



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Marktordening via het werkgeversbegrip van de Wet arbeid vreemdelingen

Klap, A.P.; de Lange, T.

Published in:
SMA

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Klap, A. P., & de Lange, T. (2008). Marktordening via het werkgeversbegrip van de Wet arbeid vreemdelingen. SMA, 63(10), 390-396.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Archief SMA
Afl levering 2008-10
Artikelen

SMA 2008, p. 390. MARKTORDENING VIA HET WERKGEVERSBEGRIP VAN DE WET ARBEID VREEMDELINGEN (Dr. A.P. Klap en mevr. dr. T. de Lange *^[1])

Op grond van de Wet arbeid vreemdelingen is het werkgevers verboden vreemdelingen arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning. Ter voorkoming van problemen met de handhaving van dit verbod kent de wet een ruim en feitelijk werkgeversbegrip. Toch bleek de strafrechtelijke handhaving in de loop van de tijd onvoldoende effect te sorteren. Daarom wordt de wet sinds 2005 via het opleggen van een bestuurlijke boete gehandhaafd. Met de bestuursrechtelijke handhaving is niet alleen het aantal opgelegde boetes, maar ook de boetehoogte sterk gestegen. Deze stijging lijkt in belangrijke mate het gevolg van een ruime invulling van het werkgeversbegrip. In onderstaande bijdrage zal worden gekeken of de invulling van dit begrip door bestuur en rechter niet te ver is doorgeschoten.

1 Inleiding

De Wet arbeid vreemdelingen (WAV) die op 1 september 1995 in werking trad, vervult een belangrijke rol bij het tegengaan van oneerlijke concurrentie op de arbeidsmarkt als gevolg van illegale tewerkstelling van vreemdelingen.* ^[2] Met het oog daarop is in [art. 2 WAV](#) het verbod opgenomen om vreemdelingen zonder tewerkstellingsvergunning 'arbeid te laten verrichten'. De vergunningverlening hangt in belangrijke mate af van de vraag of op de arbeidsmarkt 'prioriteitgenietend aanbod' beschikbaar is en of de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden niet beneden het niveau liggen dat wettelijk vereist of in de desbetreffende bedrijfstak gebruikelijk is. Geen vergunning is onder andere vereist voor het verrichten van arbeid als zelfstandige, terwijl EU-burgers niet als vreemdeling worden beschouwd en daarom niet onder het verbod vallen.* ^[3] Om schijnconstructies te kunnen bestrijden die een goed functioneren van de arbeidsmarkt in gevaar brengen, kent de wet een zeer ruim en feitelijk werkgeversbegrip dat moet worden onderscheiden van het meer inhoudelijke werkgeversbegrip dat doorgaans in arbeidsrechtelijke context gehanteerd wordt. Zo is het uitbetalen van loon of het uitoefenen van gezag over degene die arbeid verricht niet nodig om als WAV-werkgever te kunnen worden aangemerkt.

Met de inwerkingtreding van de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen op 1 januari 2005 is de strafrechtelijke handhaving van de WAV ingeruild voor een bestuursrechtelijke. De invoering van de bestuurlijke boete als exclusieve sanctie op overtreding van de WAV heeft tot een verschuiving van de werkbelasting van het Openbaar Ministerie (OM) naar de Arbeidsinspectie en van de strafrechter naar de bestuursrechter geleid. Aan het systeem en de normering van de wet is echter niets veranderd. De invoering van de bestuurlijke boete in de WAV lijkt voornamelijk te zijn ingegeven door onvrede met de strafrechtelijke handhaving van de bestaande normen tot dan toe. Deze werd als onvoldoende effectief ervaren. Illustratief is in ieder geval dat in de memorie van toelichting (MvT) - onder verwijzing naar de strafrechtelijke boetes die in geval van overtreding van de WAV gemiddeld € 984 bedroegen* ^[4] - het voornemen wordt aangekondigd om de op te leggen bestuurlijke boetes aanzienlijk hoger te maken. Een belangrijke rol daarbij heeft ongetwijfeld gespeeld dat het OM vaak lage transactievoorstellen deed die onmiddellijk door de werkgever werden geaccepteerd. Wellicht heeft ook nog meegespeeld dat de strafrechter in zijn uitspraken strenge eisen stelde aan de bewijsvoering van het werkgeverschap* ^[5], waardoor zaken soms niet, of slechts tot een lage boeteoplegging leidden. De regering verwachtte dat een verhoging van de op te leggen boetes in combinatie met een lik-op-stukbeleid werkgevers er van zou weerhouden economisch voordeel te behalen door illegale tewerkstelling.* ^[6]

Nu de handhaving al weer bijna vier jaar op bestuursrechtelijke leest is geschoeid, is in ieder geval duidelijk dat de bestuursrechtelijke aanpak niet alleen tot meer, maar ook tot hogere boetes heeft geleid. Zo zijn in 2007 niet minder dan 2936 boetes opgelegd met een totale waarde van € 49 miljoen.* ^[7] Dat komt neer op een gemiddelde boete van bijna € 17 000. Tevens blijkt dat boeteoplegging vaak wordt aangevochten: in 2007 werden 641 beroepszaken tegen WAV-boetes aangespannen en 134 hoger beroepszaken bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS). Bij bestudering van de jurisprudentie valt onmiddellijk op dat het werkgeverschap weliswaar vaak wordt betwist, maar vrijwel altijd stand houdt. Daarmee heeft de Minister van SWZ een grotere greep gekregen op de arbeidsmarkt en is het begrip 'werkgever' een belangrijk instrument geworden bij het ordenen van de arbeidsmarkt. De vraag is echter of de wijze waarop sinds 2005 invulling wordt gegeven aan het werkgeversbegrip wel in overeenstemming is met de strekking van de wet en of met de oprekking van het begrip niet het kind met het badwater wordt weggegooid. Aangezien in de jurisprudentie vaak naar de parlementaire geschiedenis wordt verwezen, zal deze hieronder eerst worden besproken. Vervolgens zal worden gezien of de invulling van het werkgeversbegrip door bestuur en rechter hiermee in overeenstemming is en bijdraagt aan het doel van de wet.

2 Het begrip 'werkgever' in de parlementaire geschiedenis* ^[8]

Het ruime werkgeversbegrip van de WAV* ^[9] moet worden gezien in het licht van haar voorganger, de Wet arbeid buitenlandse werknemers (Wabw) uit 1979.* ^[10] Ook deze wet bevatte een verbod op tewerkstelling van vreemdelingen zonder tewerkstellingsvergunning. Alleen was het werkgeversbegrip daar beperkter gedefinieerd als 'degene jegens wie een ander zich bij een arbeidsovereenkomst tot het verrichten van arbeid verbindt'.* ^[11] Door de koppeling aan de arbeidsovereenkomst was het werkgeversbegrip van de Wabw een meer formeel juridisch begrip dan het vooral feitelijke werkgeversbegrip in de WAV. Hier komen we nog op terug.

2.1 Aanleiding voor de aanscherping van het werkgeversbegrip

Met de invoering van de WAV in 1995 werd de koppeling losgelaten omdat deze onder de Wabw in ieder geval op twee punten

problematisch uitwerkte. Ten eerste in situaties waarin meer werkgevers konden worden onderscheiden. In dergelijke situaties, zoals bij de aanneming van werk (waar zowel de aannemer als de opdrachtgever als werkgever in beeld komen), bestond vaak onduidelijkheid over de vraag wie de vergunningplichtige werkgever was. Een tweede probleem werd gevormd door Poolse zelfstandigen die hun diensten in Nederland aanboden op grond van de Associatieovereenkomst tussen de EG en Polen van 1993.* [12] Hoewel de opdrachtgevers van deze zelfstandigen onder de Wabw formeel niet vergunningplichtig waren, was het Ministerie van SZW van oordeel dat er onder het mom van 'zelfstandige arbeid' vaak arbeid werd verricht die onder de werking van de wet behoorde te vallen en dat veel van deze opdrachtgevers dan ook eigenlijk gewoon vergunningplichtige 'werkgevers' waren. De vrees voor schijnconstructies en bewijsproblemen werd nog versterkt doordat de betrokkenen er doorgaans geen belang bij hadden aan doorzichtigheid mee te werken.* [13]

In de MvT werd verder nog aangegeven dat degene voor wie de feitelijke arbeid wordt verricht onder de WAV zorg diende te dragen voor de aanwezigheid van een vergunning.* [14] De bedoeling van de wetgever was om ervoor te zorgen dat er in ieder geval één werkgever was aan te wijzen als vergunningplichtige in de zin van de wet. Voorkomen moest worden dat SZW, mede door bewijsproblemen over het bestaan van werkgeverschap in arbeidsrechtelijke zin, met lege handen zou staan en niemand kon aanspreken.

2.2 Discussie over de strafrechtelijke handhaving van de wet

Hoewel de WAV sinds 1995 een aantal keren is gewijzigd, bleef de wettelijke definitie van het begrip 'werkgever' hetzelfde.* [15] Wel ontstond er in 1999 een discussie tussen het Amsterdamse gerechtshof en het Ministerie van SZW over de uitleg van de parlementaire toelichting en het daarin omschreven feitelijke werkgeverschap. Onder verwijzing naar de MvT oordeelde het hof dat alleen de 'inlener' strafrechtelijk kon worden vervolgd als 'feitelijk werkgever' en dat het uitzendbureau 'niet als zodanig kon worden aangemerkt, aangezien zij niet degene is geweest die de vreemdeling (...) feitelijke arbeid heeft laten verrichten'.* [16] Waarschijnlijk mede in reactie hierop, kwam de regering in maart 2000 met een wijzigingsvoorstel onder de titel 'Wijziging van de Wet arbeid vreemdelingen in verband met het vergroten van de effectiviteit van de uitvoering en de verbetering van de handhaving van die wet'.* [17] In de MvT bij dit wetsvoorstel werd nog eens benadrukt dat zowel de feitelijke als de formele werkgever verantwoordelijk waren voor de tewerkstellingsvergunning en dat alleen als de feitelijke werkgever al over een tewerkstellingsvergunning beschikt, de formele werkgever vrijuit gaat.* [18]

Met betrekking tot het werkgeversbegrip werd bij de behandeling van de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen in 2004 in de nota naar aanleiding van het verslag door de regering opnieuw benadrukt dat als sprake zou zijn van een intermediair die een vreemdeling uitleent of detachert bij een andere werkgever, zowel de intermediair als de werkgever waar de daadwerkelijke arbeid verricht wordt, verantwoordelijk zijn voor de tewerkstellingsvergunning.* [19] In aanvulling hierop werd hier voor het eerst gesproken over situaties van onderaanneming: 'Ten slotte kan de situatie zich voordoen dat een opdrachtgever een opdracht verleent aan een aannemer en deze aannemer de opdracht vervolgens laat uitvoeren door een onderaannemer. De onderaannemer kan een bedrijf zijn van buiten de EU die met eigen - niet EU - personeel de desbetreffende arbeid in Nederland verricht. In deze situatie worden de feitelijke werkzaamheden door de vreemdelingen in opdracht of ten dienste van zowel de opdrachtgever als de aannemer als de onderaannemer verricht en zijn alle drie verantwoordelijk voor het beschikken over een tewerkstellingsvergunning. Ook hier geldt dat een van de drie een tewerkstellingsvergunning dient te hebben die de desbetreffende arbeid toestaat en dat de andere twee werkgevers de verplichting hebben om te controleren of deze vergunning inderdaad is afgegeven.

Iedere werkgever die vreemdelingen in opdracht van zich of ten dienste van zich laat werken - en dat kunnen soms meerdere werkgevers zijn bij dezelfde werkzaamheden - zal bij constatering van illegale tewerkstelling door de AI bestuurlijk kunnen worden beboet'.* [20] Hiermee is het werkgeversbegrip, hoewel de wettelijke definitie ongewijzigd was gebleven, door de wetgever steeds ruimer uitgelegd, in de zin dat elke schakel in een hele keten van opdrachtgevers afzonderlijk kan worden beboet bij het ontbreken van een tewerkstellingsvergunning.

2.3 Handhaving door middel van de bestuurlijke boete

De invoering in 2005 van de bestuurlijke boete was het gevolg van onvrede over de strafrechtelijke aanpak van de overtreding van de WAV. Mogelijk mede als gevolg van bewijsproblematiek was sprake van relatief lage transacties of boetes waardoor de handhaving van de WAV als weinig effectief werd gezien. Er was in 1995 expliciet voor gekozen de strafmaat niet te verhogen omdat het nieuwe art. 197b Sr het tewerkstellen van vreemdeling als misdrijf strafbaar stelde.* [21] Ook had het kabinet toen hoge verwachtingen van de preventieve werking die zou uitgaan van het verhalen van de kosten van uitzetting van illegale tewerkgestelde vreemdelingen op werkgevers. Het kostenverhaal zou in de nieuwe Vreemdelingenwet geregeld worden, maar dit gebeurde uiteindelijk niet.

Om dit kostenverhaal alsnog geregeld te krijgen nam de Tweede Kamer in 2000 een motie aan van Dittrich (D66), waarin de regering werd gevraagd om de kosten van uitzetting van illegaal tewerkgestelde vreemdelingen op werkgevers te gaan verhalen.* [22] De bedoeling van Dittrich met de motie was: 'het verhalen van de kosten van uitzetting op werkgevers die doelbewust illegale arbeid naar Nederland halen en zich niets gelegen laten liggen aan de Wet arbeid vreemdelingen'.* [23] In de MvT bij de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen kwam het antwoord van de regering op deze motie: aan kostenverhaal kleefden te veel praktische en juridische bezwaren zodat de doelstelling van de motie-Dittrich beter gerealiseerd kan worden met de invoering van de bestuurlijke boete.* [24] Een relatie tussen kostendoorberekening en de (hoogte van de) bestuurlijke boete kwam er echter niet.* [25]

Uit de hierna te bespreken jurisprudentie blijkt zelfs dat ook als iemand zich er niet van bewust is dat hij 'werkgever' in de zin van de WAV is, dit niet in de weg staat aan het aannemen van werkgeverschap en het vervolgens opleggen van een boete. Dat is vreemd, omdat het zich bewust zijn van de overtreding normaliter deel uitmaakt van de delictsomschrijving of in ieder geval verondersteld wordt. Niet voor niets is in art. 5.4.1.2 van het Voorontwerp vierde tranche Awb bepaald dat geen bestuurlijke boete wordt opgelegd 'voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten'.

3 Het begrip 'werkgever' in de jurisprudentie

Zoals gezegd, is het werkgeversbegrip uit de WAV zeer ruim en feitelijk van aard, om schijnconstructies tegen te gaan en bewijsproblemen te vermijden.

3.1 Aard, intensiteit en duur van de verrichte werkzaamheden

Tegen deze achtergrond moet ook de standaardoverweging worden begrepen die de Afdeling hanteert, dat aard, intensiteit en duur van de verrichte werkzaamheden niet terzake doen voor het werkgeversbegrip.* [26] Zo werd weinig waarde gehecht aan de opmerking van een winkeleigenaar dat de persoon die bij controle werd aangetroffen slechts tien minuten op de winkel had gepast en alleen € 10 in ontvangst zou hebben genomen. Het opvouwen van een broek achter de toonbank van een kledingreparatiebedrijf was volgens de rechtbank 'een zodanig marginale activiteit' dat geen sprake was van 'arbeid' in de zin van art. 2 WAV. Volgens de Afdeling was echter wel sprake van arbeid, met als gevolg dat de eigenaar van het bedrijf als werkgever werd aangemerkt.* [27]

3.2 Instemming met of wetenschap van de arbeid

Ook de vaak gehanteerde overweging 'dat instemming met of wetenschap van de arbeid voor de kwalificatie als werkgever in de zin van de WAV niet vereist is en dat het enkel mogelijk maken en niet verhinderen daarvan ook als het laten verrichten van arbeid wordt opgevat' lijkt ingegeven door de gedachte dat het bestuur gevrijwaard dient te blijven van lastige bewijsproblemen die de effectiviteit van de WAV in de weg kunnen staan. In de uitspraak waarnaar steeds wordt verwezen, ging het om een werknemer die een bloedverwant uit Frankrijk tien minuten op een winkel zou hebben laten passen. De winkeleigenaar beriep zich erop dat hij deze bloedverwant van zijn werknemer geen opdracht had gegeven en dat hij ook niet op de hoogte was van deze opdracht, omdat hij op vakantie was. Dat argument werd met de genoemde overweging van tafel geveegd.* [28] Deze strikte toepassing van de toch al streng geformuleerde overweging roept de vraag op of er helemaal niets meer bewezen hoeft te worden dat wijst op een intentie om iemand werkzaamheden te laten verrichten, en of de vermeende werkgever zich op geen enkele wijze kan disculperen.

Waarschijnlijk ligt deze vraag ook ten grondslag aan de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam over het werkgeverschap van een eigenaar van een transportbedrijf naar aanleiding van de inschakeling van een Turkse man door een vrachtwagenchauffeur om hem tegen vergoeding te helpen bij het lossen van goederen. In de uitspraak (die overigens werd gedaan net voordat de Afdeling de bedoelde overweging formuleerde), stelde de rechtbank zich op het standpunt dat voor het verrichten van arbeid een wilsbesluit van de werkgever vereist was. Aangezien de chauffeur de inschakeling van de Turkse man niet namens zijn baas kon hebben gewild, en niet gebleken was dat hij daartoe bevoegd was, werd de eigenaar van het transportbedrijf niet als werkgever aangemerkt.* [29] In hoger beroep oordeelde de Afdeling onder verwijzing naar de standaardoverweging dat het feit dat de vreemdeling zonder medeweten van de eigenaar in zijn bedrijf werk had verricht niet in de weg stond aan zijn werkgeverschap. Opmerkelijk is dan dat de Afdeling het beroep van de 'werkgever' desondanks gegrond verklaart en het boetebesluit vernietigt wegens strijd met het motiveringsbeginsel. De minister was namelijk in zijn boetebesluit niet ingegaan op de verklaringen van de vreemdeling in het boeterapport dat hij niet wist wie de werkgever was, noch had hij deze verklaringen betwist. Daardoor had de minister volgens de Afdeling onvoldoende gemotiveerd 'dat en waarom geen sprake is van bijzondere omstandigheden die afwijking van de in de beleidsregels neergelegde boetenormbedragen rechtvaardigen'.* [30] Het vreemde aan de overweging van de Afdeling is dat daarin twijfel aan het werkgeverschap doorklinkt, maar dat deze twijfel alleen tot eventuele verlaging van de boete en niet tot het schrappen ervan leidt. De jurisprudentie over het ontbreken van instemming of wetenschap heeft daardoor tot gevolg dat iedereen geacht wordt te allen tijde alle mogelijke voorzorgsmaatregelen te treffen ter voorkoming van onbewust en onbedoeld werkgeverschap.

3.3 Vriendendiensten

Met het oog op het tegengaan van schijnconstructies ligt het voor de hand dat ook het verrichten van vriendendiensten niet snel in de weg staat aan het aannemen van werkgeverschap. Te meer niet, omdat een gezagsverhouding of loonbetaling geen vereiste is voor het werkgeversbegrip. Begrijpelijk is dan ook dat de Rechtbank Arnhem voorbij ging aan het betoog van een auto-eigenaar dat een Palestijn die in een autowerkplaats het motorblok van zijn auto loskoppelde, ongevraagd en spontaan een vriendendienst verrichtte die niet kon worden aangemerkt als arbeid die hem tot werkgever maakte.* [31] In hoger beroep heeft de Afdeling de Arnhemse uitspraak bevestigd.* [32]

Toch rijst soms de vraag of niet te snel werkgeverschap wordt aangenomen. Illustratief, ook al is niet aangevoerd dat het om een vriendendienst zou gaan, is de zaak bij de Utrechtse rechtbank naar aanleiding van een Turkse man met een Finse verblijfsvergunning die een weekje bij zijn Nederlandse broer op bezoek was en in diens shoarmazaak vlees afsneed op het moment dat dit aan de vleesspies dreigde te verbranden. Vreemd is dat de minister zich op het standpunt stelt dat van de eigenaar verwacht had mogen worden dat hij zijn broer had tegengehouden. De rechtbank overweegt onder verwijzing naar het ruime werkgeversbegrip van de WAV en de vaste jurisprudentie van de Afdeling dat de eigenaar als werkgever is aan te merken. Vervolgens wordt de conform de toepasselijke beleidsregels opgelegde boete echter op grond van art. 4:84 Awb teruggebracht van € 4000 tot € 1000. De rechtbank wijst daarbij op het feit dat de broer blijkens het overgelegde vliegticket slechts een week op bezoek is geweest. Hoewel met de matiging kan worden ingestemd, doet ze in zoverre vreemd aan dat de afwijking van de beleidsregels alleen vanuit het evenredigheidsbeginsel wordt beredeneerd en er geen bijzondere omstandigheden voor worden aangedragen. Het lijkt alsof de rechtbank zelf ook niet echt gelooft in het werkgeverschap en daarom de boete wil matigen. Dan was het echter consequenter geweest geen boete op te leggen, omdat in dit geval toch moeilijk van werkgeverschap kan worden gesproken.* [33]

4 De bewijsvoering

Aangezien de bestuurlijke boete een punitieve sanctie is, is het in eerste instantie aan het bevoegde bestuur om het bewijs van het werkgeverschap te leveren. De bewijslast drukt dus formeel gezien op de Staatssecretaris van SZW. In de praktijk zal het bewijs doorgaans via het boeterapport van de Arbeidsinspectie moeten worden geleverd.

Uit de jurisprudentie, zoals die hiervoor is aangestipt, blijkt dat als gevolg van het feitelijke werkgeversbegrip veelal kan worden volstaan met een weergave van de feiten: wie achter de toonbank van een kledingbedrijf een broek opvouwt, verricht arbeid, zodat de eigenaar van het bedrijf als werkgever wordt aangemerkt. Waar het op neerkomt is dus dat de feitenkwalificatie in feite samenvalt met de feitenvaststelling en dat er van een reële bewijsvoering vaak nauwelijks sprake is. Dit is zeker het geval, als de intentie om iemand arbeid te laten verrichten er niet toe doet en als van de werkgever wordt verwacht dat hij de gewraakte werkzaamheden verhindert. Gelukkig stelt de rechter nog wel enige eisen aan de bewijsvoering door de Arbeidsinspectie, in de zin dat uit het boeterapport moet

blijken dat er werkzaamheden zijn verricht en dat de verrichte werkzaamheden ook ten behoeve van de bedrijfsvoering zijn. Dat er überhaupt werkzaamheden moeten zijn verricht om van arbeid te spreken, lijkt voor zich te spreken. Zo oordeelde de Rechtbank Arnhem dat de enkele aanwezigheid van vreemdelingen in een keuken waar pizza's werden gebakken, zonder ondersteunend bewijs van specifieke bedrijfshandelingen, onvoldoende was voor de conclusie dat arbeid werd verricht.* [34] Een ander voorbeeld heeft betrekking op een Poolse man die bij een controle van een vliering kwam waar gereedschap lag. De Afdeling oordeelde dat er in dit geval geen sprake van arbeid was.* [35]

Dat de werkzaamheden ook op de specifieke bedrijfsvoering moeten zijn toegespitst, blijkt uit enkele andere uitspraken over het bereiden van voedsel in restaurants of eetgelegenheden. Op het eerste gezicht lijkt met het bereiden van gerechten sprake van het verrichten van arbeid, maar de vraag is of er wel voor de gasten wordt gekookt. Zo verrichtten twee Chinezen die bij een controle in de keuken van een horecabedrijf in pannen stonden te roeren, daarmee nog geen arbeid in de zin van de WAV. Onderzocht moest worden, aldus de Afdeling, of zij niet voor zichzelf aan het koken waren, zoals door getuigen was verklaard. In dat geval is er immers geen sprake van arbeid in de zin van de WAV.* [36] In een andere zaak waar ook twee Chinezen aan het koken waren werd wel arbeid in de zin van de WAV verricht.* [37] In weer een andere zaak bleek dat de vreemdeling weliswaar stond te koken, maar dat in de keuken geen voedsel werd bereid dat in de snackbar werd verkocht. De minister had dat ook niet betwist. De keuken waar de vreemdeling kokend was aangetroffen was bouwkundig van de cafetaria gescheiden door een scheidingswand. Dat maakte dat hij in de zin van de WAV dus geen arbeid verrichtte ten behoeve van de cafetaria.* [38]

Dat de volgens het boeterapport verrichte werkzaamheden niet altijd zonder meer als 'arbeid' in de zin van de WAV worden aangemerkt, blijkt ook uit een uitspraak waarin een vreemdeling zijn (naar eigen zeggen) eigen wasgoed door de mangel haalde en in een wasmand deed. Nu geen onderzoek was gedaan naar de juistheid van deze verklaring, en het bedrijf een 'zelfbedieningswassalon' was, kon volgens de rechtbank niet zonder nader onderzoek 'worden geconcludeerd dat de vreemdeling niet zijn eigen was deed'. Het enkele feit dat geconstateerd was dat hij zich tijdens de controle omkleedde en kleding had hangen in een ruimte die voor het publiek niet toegankelijk was, achtte de rechtbank onvoldoende om te concluderen dat hij 'werkzaamheden heeft verricht in de uitoefening van het bedrijf van eiseres'. Dergelijke 'bijkomende aanwijzingen zijn op zichzelf onvoldoende voor de conclusie dat arbeid is verricht'. Er moeten volgens de rechtbank 'concrete werkzaamheden zijn waargenomen die als arbeid kunnen worden beschouwd'. Het boetesluit werd daarop wegens een onvoldoende draagkrachtige motivering vernietigd. Ten aanzien van een andere vreemdeling die ook zijn eigen was deed (en verklaarde niet daarvoor te hoeven betalen omdat hij in de zaak hielp), werd echter wel aangenomen dat hij 'arbeid' verrichtte.* [39] Waar het dus op aankomt, is dat het boeterapport geen ruimte moet laten voor de conclusie dat de verrichte werkzaamheden wellicht uitsluitend ten bate komen van de vreemdeling die ze heeft verricht.

5 Slotopmerkingen

Met de inwerkingtreding van de WAV in 1995 is het arbeidsrechtelijke werkgeversbegrip uit de Wabw vervangen door een feitelijk werkgeversbegrip. De wijze waarop dit begrip sinds 2005 door de bestuursrechter is ingevuld, heeft ertoe geleid dat de verbodsbepaling van art. 2 WAV veel strikter wordt gehandhaafd dan in de periode daarvoor. Niet alleen wordt veel sneller werkgeverschap aangenomen, wat tot een verhoging van het aantal boetes heeft geleid, maar de gemiddelde hoogte van de boetes is ook fors gestegen. Voor zover het om uitbuiting, misbruik of doelbewust ontduiken van de normen van de WAV gaat, is het feitelijke werkgeversbegrip en de ruime invulling daarvan zeker te rechtvaardigen.

Toch is het opmerkelijk dat de invulling van het werkgeversbegrip door de bestuursrechter na de introductie van de bestuurlijke boete in de WAV in 2005 - vergeleken met de invulling die de strafrechter er tot dan toe aan had gegeven - een stuk strenger is. Het begrip 'werkgever' is immers niet gewijzigd. Opvallend is ook dat sommige overwegingen van de Afdeling niet direct te herleiden zijn tot de parlementaire geschiedenis van het begrip. Met name voor de vaak gehanteerde overweging in uitspraken van de Afdeling dat 'wetenschap van de verrichte arbeid' niet relevant is en dat van de werkgever zelfs wordt verwacht dat hij het verrichten van arbeid verhindert, zijn in de wetgeschiedenis geen directe aanknopingspunten te vinden. Bovendien leidt deze overweging gemakkelijk tot het stellen van irreële eisen aan het handelen van ondernemers of particulieren. Tekenend is de opmerking van de minister dat de eigenaar van de shoarmazaak zijn broer ervan had moeten weerhouden het aanbrandende vlees van de spies te halen.

Wat het bewijs van het werkgeverschap betreft, blijkt uit de jurisprudentie dat de Arbeidsinspectie zich in haar boeterapporten veelal beperkt tot het louter weergeven van de handelingen die door vreemdelingen zijn verricht, en dat zij daar ook herhaaldelijk bij de rechter mee kan volstaan. In feite valt de feitenkwalificatie dan samen met de feitenvaststelling. Daarnaast valt op dat het leveren van tegenbewijs vaak weinig effect sorteert bij het al dan niet aanmerken van iemand als werkgever. Illustratief is dat het overleggen van een vliegticket als bewijs dat de broer van een als werkgever aangemerkte ondernemer slechts een week op bezoek was geweest, niet werd meegenomen bij diens kwalificatie als 'werkgever'. Wel werd de boete in dat geval gematigd. Het lijkt alsof de matiging dan plaatsvindt omdat men niet overtuigd is van het werkgeverschap.

Om te voorkomen dat de bewijsvoering een wassen neus wordt, is het nodig dat enig tegenwicht wordt geboden in de vorm van zorgvuldigheidseisen met betrekking tot het door de Arbeidsinspectie te verrichten onderzoek. De rechter lijkt - gelukkig - ook in zoverre grenzen te stellen dat er in ieder geval handelingen moeten zijn verricht die op arbeid wijzen (zodat niet het enkel zich bevinden in een werkplaats al tot de conclusie leidt dat 'arbeid' wordt verricht) en dat deze handelingen ook voldoende aan de bedrijfsvoering van de 'werkgever' kunnen worden gerelateerd in de zin dat vaststaat dat de handelingen niet ten bate van de vreemdeling zelf zijn verricht. Daarnaast is het ook nodig dat eventueel door de 'overtreder' overgelegd tegenbewijs serieus wordt genomen en dat dit ertoe kan leiden dat geen werkgeverschap wordt aangenomen. Dat mag naar ons oordeel vooral worden verwacht als het gaat om familieleden of vrienden uit het buitenland waarvan duidelijk is dat ze slechts voor een kort bezoek in Nederland zijn.

Gelet op bovenstaande kanttekeningen kan men zich moeilijk aan de indruk onttrekken dat het feitelijke werkgeversbegrip van de WAV sinds 2005 zover is opgerekt dat het doel van de wet (het tegengaan van oneigenlijke concurrentie) vaak niet bereikt, laat staan gediend wordt. Er kan zelfs een verstoring van de arbeidsmarkt van uitgaan doordat opdrachtgevers zich - met het oog op eventuele beboeting op grond van de WAV - gedwongen zien disculperende clausules in contracten op te nemen of andersoortige maatregelen te nemen die de noodzakelijke vertrouwensrelatie tussen contractspartijen op de proef stellen. Hoe reëel is het om van opdrachtgevers van complexe of grootschalige projecten te verwachten dat ze alle bedrijven die aan de realisering van zulke projecten meewerken, controleren? Vooral, als een opdrachtgever geen enkele bemoeienis heeft met de door deze bedrijven verrichte werkzaamheden, en

duidelijk is dat er geen sprake is van schijnconstructies. Daarnaast moet ook worden bedacht dat de wet niet alleen van toepassing is op bedrijven, maar ook op particulieren. Juist ten aanzien van particulieren laat zich herhaaldelijk de vraag stellen of het wel reëel is om van werkgeverschap te spreken. Verricht de oma die op bezoek is en 's avonds op de kinderen past terwijl de ouders weg zijn, arbeid? En moeten de ouders dan als 'werkgever' worden beboet? Het lijkt ons dat het werkgeversbegrip dan elk onderscheidend vermogen mist en als marktordeninginstrument zijn doel voorbij schiet.

-
- *[1] *Dr. A.P. Klap is universitair hoofddocent en mevr. dr. T. de Lange is universitair docent bij de leerstoelgroep Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit van Amsterdam. Zij danken Adrienne de Moor-van Vugt en Ben Olivier voor hun waardevolle commentaar op een eerdere versie van dit artikel, en Tamar Zijlstra voor de assistentie bij het ordenen van de jurisprudentie.*
- *[2] *Stb. 1994, 959.*
- *[3] *Zie art. 3 en 4 WAV voor de uitzonderingen op het verbod. Voor onderdanen uit Bulgarije en Roemenië - op 1 januari 2007 toetreden tot de EU - geldt een overgangsregeling en zijn werkgevers nog wel vergunningplichtig.*
- *[4] *Gelet op het maximum van € 11 500 dat op grond van de Wet op de economische delicten kon worden opgelegd, is dit gemiddelde vrij laag te noemen.*
- *[5] *Zie o.a. Hof 's-Gravenhage 3 maart 2004 (LJN AO7390), waar ter adstructie van het werkgeverschap wordt gewezen op het bestaan van richtlijnen die een gezagsverhouding impliceren. In een uitspraak van 22 januari 2008 (LJN BC5523) neemt het hof zelfs geen werkgeverschap aan, omdat geen instructies zijn gegeven in het kader van de bedrijfsuitoefening en evenmin betalingen zijn gedaan aan de personen die bepaalde werkzaamheden hadden verricht.*
- *[6] *Kamerstukken II 2003/04, 29 523, nr. 6, p. 4.*
- *[7] *Jaarverslag Arbeidsinspectie 2007.*
- *[8] *Zie ook: T. de Lange, Staat, markt en migrant. De regulering van arbeidsmigratie naar Nederland 1945-2006 (diss. Nijmegen), Den Haag: BJU 2007.*
- *[9] *Art. 1 lid 1 sub b WAV: 'een werkgever in de zin van de WAV is degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten en de natuurlijke persoon die een ander huishoudelijke of persoonlijke diensten laat verrichten'.*
- *[10] *Stb. 1978, 737.*
- *[11] *Art. 1 sub a Wabw. Art. 1 sub b Wabw bood de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur andere overeenkomsten tot het verrichten van arbeid gelijk te stellen aan arbeidsovereenkomsten. Overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten met musici en artiesten werden bij de invoering van de wet gelijkgesteld aan arbeidsovereenkomsten. Kamerstukken II 1975/76, 13 682, nr. 1-4, p. 17 en AMvB 25 oktober 1979, Stb. 573.*
- *[12] *PbEG 1993, L 348.*
- *[13] *Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 13.*
- *[14] *Kamerstukken II 1993/94, 23 754, nr. 3, p. 13-14.*
- *[15] *Zie in het bijzonder Stb. 2000, 463, Stb. 2004, 705 en laatstelijk Stb. 2008, 303.*
- *[16] *Hof Amsterdam 10 maart 1999, nr. 452/99, RV 1999/71, m.nt. Th.L. Badoux. Zie ook Rb. 's-Gravenhage (zp) Haarlem 4 september 2000, RV 2000, 76, m.nt. Th.L. Badoux.*
- *[17] *Kamerstukken II 1999/00, 27 022. Zie hierover ook De Lange, 2007, p. 269 e.v.*
- *[18] *Uitleg van de betekenis van art. 2 lid 2 WAV.*
- *[19] *Kamerstukken II 2003/04, 29 523, nr. 6, p. 2 (NV II).*
- *[20] *Kamerstukken II 2003/04, 29 523, nr. 6, p. 3.*
- *[21] *Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 10. Stb. 1993, 707. Art. 197b Sr luidt: 'Hij die een ander, die zich wederrechtelijk toegang tot of verblijf in Nederland heeft verschafte, krachtens overeenkomst of aanstelling arbeid doet verrichten, terwijl hij weet of ernstige redenen heeft om te vermoeden dat de toegang of dat verblijf wederrechtelijk is, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vijfde categorie (toen € 45 000)'.*
- *[22] *Kamerstukken II 1998/99, 26 617, nr. 8.*
- *[23] *Handelingen II 1999/00, nr. 79, p. 5123.*
- *[24] *Kamerstukken II 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 2.*
- *[25] *Kamerstukken II 2003/04, 29 523, nr. 6, p. 4.*
- *[26] *ABRvS 11 juli 2007, nr. 200700303, LJN BA9298.*
- *[27] *ABRvS 28 november 2007, nr. 200703719/1, LJN BB8942.*
- *[28] *Doorgaans wordt verwezen naar ABRvS 11 juli 2007, nr. 200700303, LJN BA9298.*
- *[29] *Rb. Amsterdam 5 juli 2007, nr. AWB 06/3319, LJN BA9437.*
- *[30] *ABRvS 2 april 2008, nr. 200705675, LJN BC8519.*
- *[31] *Rb. Arnhem 14 maart 2007, nr. AWB 06/5582, LJN BB2559.*
- *[32] *ABRvS 9 januari 2008, nr. 200702867, LJN BC1532.*
- *[33] *Rb. Utrecht 22 november 2007, nr. SBR 07/1403, LJN BB9096.*
- *[34] *Rb. Arnhem 17 maart 2008, nr. AWB 07/3924, LJN BC9415.*
- *[35] *ABRvS 5 maart 2008, nr. 200705180/1, LJN BC5804.*

[*\[36\]](#) ABRvS 23 juli 2008, nr. 200708170/1, LJN BD8353.

[*\[37\]](#) ABRvS 16 januari 2008, nr. 200703342/1, LJN BC2314.

[*\[38\]](#) ABRvS 28 november 2007, nr. 200701576/1, LJN BB8933.

[*\[39\]](#) Rb. 's-Gravenhage 30 augustus 2007, nr. AWB 07/554, LJN BB4492.

Copyright (C) Kluwer 2009

Archief SMA