



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De verborgen schat in artikel 23 Wav

de Lange, T.

Published in:
Journaal Vreemdelingenrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
de Lange, T. (2011). De verborgen schat in artikel 23 Wav. Journaal Vreemdelingenrecht, 10(1), 20-29. [4].

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.

Artikelen

JNVR 2011, nr. 1 /4

De verborgen schat in artikel 23 Wav

Mr. dr. T. de Lange¹

1. Inleiding

Op 20 juli 2011 moet Richtlijn 2009/52/EG "tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen" (hierna: Richtlijn 2009/52) in Nederland geïmplementeerd zijn.² De richtlijn bevat, naast sancties voor werkgevers van derdelanders zonder rechtmatig verblijf, een aantal bepalingen over de arbeidsrechtelijke positie van de illegaal tewerkgestelde vreemdeling. De richtlijn verlangt van de lidstaten dat werkgevers van illegaal tewerkgestelde vreemdelingen al het verschuldigde loon, belastingen en premies betalen. Tenzij de werkgever het tegendeel kan bewijzen moet daarbij uitgegaan worden van een fictief dienstverband van ten minste drie maanden (artikel 6 lid 3 Richtlijn 2009/52/ EG). Nederland kent al sinds 1995 een artikel dat hier sterk aan doet denken, namelijk artikel 23 Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Dit artikel luidt: "Indien een werkgever een vreemdeling arbeid doet verrichten in strijd met artikel 2 Wet arbeid vreemdelingen, wordt de vreemdeling vermoed gedurende ten minste zes maanden werkzaam te zijn voor die werkgever tegen een beloning en een arbeidsduur die in de betreffende bedrijfstak gebruikelijk is." Artikel 23 roept dus een fictieve arbeidsduur van zes maanden in het leven voor illegaal tewerkgestelde vreemdelingen: dat zijn derdelanders en zolang de overgangstermijn voor werknemers uit de nieuwe EU-lidstaten voortduurt ook Roemenen en Bulgaren. Uit de gepubliceerde rechtspraak over loonvorderingen blijkt echter niet dat het artikel ooit wordt gebruikt. Richtlijn 2009/52/EG verplicht de lidstaten tot meer dan het hebben van zo'n artikel 23 Wav.

De lidstaten moeten de vreemdelingen hierover voorlichten en doelmatige procedures beschikbaar hebben voor de vreemdelingen om die loonvordering in te stellen (artikel 6 lid 2 Ri). Nu artikel 23 Wav in Nederland niet gebruikt lijkt te worden, is de vraag of Nederland wel aan die verplichtingen voldoet als alles bij hetzelfde blijft. Reden om artikel 23 Wav eens onder de loep te nemen.

In deze bijdrage komen de volgende vragen aan de orde: wat was de bedoeling van de wetgever met artikel 23 Wav en is bij de parlementaire behandeling de effectiviteit aan de orde gesteld? Wat staat er in Richtlijn 2009/52/EG met betrekking tot de nabetaling door werkgevers en in welk opzicht verschilt dit van de Nederlandse regeling? Kunnen anderen dan vreemdelingen, bijvoorbeeld vakbonden of bestuursorganen, zelfstandig een beroep doen op dit artikel? Hoe valt het te verklaren dat dit artikel niet of nauwelijks wordt toegepast? In mijn concluderende opmerkingen zal ik stilstaan bij de vraag of Nederland voldoet aan de verplichtingen die voortvloeien uit de richtlijn.

Voor de beantwoording van deze vragen maak ik gebruik van onderzoek dat studenten eind 2010 onder mijn begeleiding hebben verricht bij de Internationale Organisatie voor Migratie (IOM).³ In dat kader is onder andere gesproken met illegaal in Nederland verblijvende vreemdelingen die met behulp van de IOM naar hun land willen terugkeren, met advocaten en met medewerkers van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Ook gebruik ik informatie verkregen naar aanleiding van mijn oproep om artikel 23 Wav af te stoffen, gedaan bij mijn lezing over het Wav-werkgeversbegrip op de jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Arbeidsrecht.⁴

2. Wetsgeschiedenis en twijfels over effectiviteit

In de volgende paragraaf zal ik vrij uitgebreid stilstaan bij de wetsgeschiedenis van artikel 23 Wav. Opmerkelijk is namelijk dat veel van de knelpunten bij de toepassing van artikel 23 Wav al bij de parlementaire behandeling werdenesignaleerd. Toezeggingen gedaan door de regering om de

effectiviteit van het artikel zo mogelijk te bevorderen, zijn voor zover ik kan nagaan zelden opgevolgd.

2.1 Bedoeling van de wetgever

Het idee van een fictieve loonvordering voor de illegaal tewerkgestelde vreemdelingen werd voor het eerst gelanceerd in een advies van de Sociaal Economische Raad (SER) en het Centraal Bestuur Arbeidsvoorziening (CBA) uit 1992.⁵ In dat advies werd voorgesteld om de vreemdeling die zonder tewerkstellingsvergunning had gewerkt een loonvordering te geven voor een fictieve arbeidsperiode van zes maanden tegen een beloning en arbeidsduur gebruikelijk in de betreffende bedrijfstak. Voor dat loon zou de vreemdeling een loonvordering kunnen instellen. Het risico van zo'n loonvordering moest werkgevers ervan weerhouden vreemdelingen illegaal tewerk te stellen, naast het strafrechtelijke sanctiesysteem dat grotendeels ongewijzigd uit de Wet arbeid buitenlandse werknemers (Wabw) werd overgenomen.⁶ Het voorstel van de SER en de CBA hield in dat de loonvordering ook namens de vreemdeling door een werknemersorganisatie of andere erkende vertegenwoordiger moest kunnen worden ingesteld als de vreemdeling al uit Nederland was vertrokken. "Wegneming van het materieel voordeel is niet alleen belangrijk met het oog op de bestrijding van de illegale tewerkstelling, maar ook een middel om het evenwicht in de concurrentieverhoudingen tussen bedrijven te herstellen", aldus het SER/ CBA-advies. Uit de onderhandelingen binnen de SER blijkt dat in eerste instantie niet alle deelnemers het hiermee eens waren. "Vanuit de gedachte dat ook een illegale werknemer een eigen verantwoordelijkheid ter zake kent, is het ongewenst om hem extra te belonen voor zijn illegale arbeid", zo luidde het argument van de tegenpleiters.⁷

De loonvordering kreeg inderdaad een plek in het Wetsvoorstel tewerkstelling vreemdelingen (later omgedoopt in Wet arbeid vreemdelingen).⁸ De ratio achter de invoering van het artikel was het ontnemen van financieel voordeel van de werkgever bij de illegale tewerkstelling van een vreemdeling: "Ingeval een werkgever een vreemdeling illegaal tewerkstelt, zullen zijn kosten [...] een stuk hoger kunnen uitvallen.

Deze kosten vloeien onder andere voort uit artikel 23 van dit voorstel van wet. De regering vindt dit redelijk, aangezien de terugdringing van illegale tewerkstelling mede hierdoor kan worden geëffectueerd."⁹

Het was de wetgever er dus om te doen een extra instrument in te voeren in de strijd tegen illegale tewerkstelling. Het was de wetgever er echter ook om te doen de vreemdeling te beschermen tegen uitbuiting, een argument dat in het de SER/CBA-advies niet was genoemd. In de Memorie van Toelichting stond hierover:

"Dit artikel beoogt de vreemdeling enige bescherming te bieden. Op grond van het rechtsvermoeden dat de vreemdeling gedurende ten minste zes maanden werkzaam is geweest kan deze voor deze periode een loonvordering jegens zijn werkgever instellen. Het is aan de werkgever om aannemelijk te maken dat de betreffende vreemdeling korter dan de vermoede zes maanden heeft gewerkt en dat het verschuldigde loon reeds is uitbetaald."¹⁰

Er werd dus gekozen voor een omkering van de bewijslast. De werkgever moest gaan bewijzen dat de vreemdeling niet zes maanden had gewerkt en dat hij het verschuldigde loon wel uitbetaald had gekregen.

2.2 Twijfels aan de effectiviteit

De parlementaire reacties op het wetsvoorstel met betrekking tot artikel 23 waren overwegend positief. De PvdA zag in dit artikel een wezenlijke bijdrage "aan de bescherming van de rechten van de vreemdeling en tevens een goede preventieve maatregel voor de werkgever."¹¹ Ook GroenLinks was enthousiast en roemde de omkering van de bewijslast.¹² Wel vroegen de leden van GroenLinks zich af hoe de illegaal in Nederland verblijvende vreemdeling van dit recht gebruik zou moeten maken, naar achteraf blijkt een zeer terechte vraag naar de effectiviteit van de regeling. De vraag van GroenLinks was:

"Hoe kunnen illegalen zich nu eigenlijk van rechtsbijstand voorzien, nu zij wat arbeidszaken betreft zijn uitgesloten van het recht op gefinancierde rechtshulp. Waar illegalen ook wel zelden lid zullen zijn van een vakbond en de weg naar de advocatuur is geblokkeerd, zal artikel 23 de kans lopen een 'dode letter' te blijven."¹³

Minister Melkert reageerde door te stellen dat het moeilijk was om over het effect van dit artikel op voorhand pertinente uitspraken te doen. Dat lijkt me evident. Wel merkte hij op dat in de SER gebleken was dat er bij de vakbonden een ruime bereidheid was om een eventuele loonvordering van vreemdelingen zonder verblijfstitel te ondersteunen. Ook wees hij erop dat er altijd de mogelijkheid bestaat om als persoon vanuit het buitenland via een Nederlandse advocaat een

procedure te voeren.¹⁴ Dat deze laatste optie in het geval van menig illegaal tewerkgestelde vreemdeling, zeker in het pre-internet tijdperk, niet erg reëel was, werd niet besproken. Wel bleef GroenLinks twijfelen over de toegang tot de rechtshulpverlening voor illegaal tewerkgestelde vreemdelingen. Zij signaleerden twee - achteraf gezien terechte - problemen. Als de werknemersorganisaties namens enkele duizenden illegaal tewerkgestelde vreemdelingen procedures zouden gaan voeren, zou dat de werknemersorganisatie te veel kosten. De vraag was of de regering een oplossing had voor dit financiële probleem. Omdat het probleem nogal fictief was tijdens de behandeling van het wetsvoorstel, wilde de regering daar geen uitspraak over doen. Zoals hierna zal blijken spelen de kosten voor de werknemersorganisaties inderdaad een rol bij hun bereidheid om voor vreemdelingen zonder verblijfstitel op te treden, maar hebben zij voor de dekking van die kosten voor zover mij bekend nooit bij de overheid aangeklopt.

Het andere probleem dat GroenLinks signaleerde had ook betrekking op de effectiviteit van de regeling en betrof de bekendheid van artikel 23 Wav bij uit te zetten vreemdelingen. "Om illegale tewerkstelling effectief te bestrijden is het van groot belang dat illegale werknemers inderdaad gewezen wordt op hun rechten op grond van deze bepaling. Zal aan de vreemdelingendiensten een instructie worden gegeven om er voor te zorgen dat illegale werknemers, voordat hun uitzetting wordt gerealiseerd, inderdaad toegang zullen kunnen krijgen tot adequate rechtshulp?", aldus GroenLinks.¹⁵ Die bekendheid, of eigenlijk onbekendheid, is inderdaad één van de problemen die de toepassing van artikel 23 Wav parten speelt.

In reactie hierop schreef Melkert namens het kabinet dat zij "bereid waren te bezien of het mogelijk is om uit te zetten vreemdelingen die te kennen geven uitgebuit te zijn op een of andere wijze te attenderen op de mogelijkheid een loonvordering in te stellen met behulp van dit artikel. Dit zal echter het vertrek uit Nederland niet mogen vertragen. Het kabinet hecht eraan te benadrukken dat het niet de bedoeling is om allerlei procedures als het ware uit te lokken, maar uitsluitend om vreemdelingen die een correcte beloning voor hun arbeid is onthouden, in staat te stellen zonder de huidige bewijsproblemen hun recht te doen gelden."¹⁶

De VVD kwam nog met een zorg van geheel andere aard. Zij vroegen zich af of artikel 23 Wav geen aanzuigende werking tot gevolg zou hebben.¹⁷ Daar was de regering niet zo bang voor. De verwachting was dat de afschrikkende werking van de loonvorderingen de mogelijke aanzuigende werking zou compenseren. De regering verwachtte dus dat de angst voor loonvorderingen de vraag naar illegaal te werk te stellen vreemdelingen sterk zou doen afnemen. Sterker dan de eventuele stijging van het aantal vreemdelingen dat bereid zou zijn illegaal in Nederland te werken vanwege deze loonvorderingsmogelijkheid. Ook zag de regering in de loonvordering een mogelijkheid om uitbuiting aan te pakken, die, aldus de regering "tot nu toe in bewijstechnische problemen bleven steken".¹⁸

Over het punt van de omgekeerde bewijslast werd ook in de Eerste Kamer gesproken. D66 maakte zich zorgen over een niets vermoedende werkgever van een vreemdeling met een vals identiteitsbewijs, bijvoorbeeld een vals Belgisch paspoort. Als dan zou blijken dat het toch illegale arbeid betrof zou de gedupeerde werkgever tegen die bewijslast aankijken. De kabinetsreactie hierop was de terechte opmerking dat "uit een rechtsverhouding voor werkgever en werknemer voortvloeiende rechten en plichten blijven gelden, ook al is - om welke reden ook - niet aan de voorschriften van de Wav voldaan."¹⁹

Op 1 september 1995 trad de Wet arbeid vreemdelingen, en daarmee artikel 23 Wav, in werking. Voor zover ik heb kunnen nagaan is er daarna in het parlement niet meer gerept over dit artikel. Ook in de evaluaties van de Wet arbeid vreemdelingen is geen aandacht besteed aan dit artikel.

3. Europese verplichting tot faciliteren van de nabetaling²⁰

Uit overweging 33 van de Richtlijn 2009/52/ EG blijkt dat deze richtlijn ook dient te worden gezien als aanvulling op maatregelen tegen zwart werk en uitbuiting. De arbeidsrechtelijke aspecten van de richtlijn hebben betrekking op de verplichting van werkgevers tot nabetaling van het nog verschuldigde loon en belastingen en sociale premies die de werkgever had betaald als de vreemdeling legaal was tewerkgesteld (artikel 6 lid 1 sub a en b). Eventueel komen daar nog de kosten bij die samenhangen met het verzenden van nabetalingen naar het land waarnaar de vreemdeling is teruggekeerd of uitgezet (artikel 6 lid 1 sub c). De essentie van deze bepaling,

namelijk zwart werk en uitbuiting tegengaan, is gedurende het Europese wetgevingsproces ongewijzigd gebleven.

De richtlijn verlangt van de lidstaten dat ze er niet alleen voor zorgen dat het minimumloon wordt betaald (niet alle EU-landen hanteren een minimumloon). Het gaat om achterstallig loon conform collectieve overeenkomsten of overeenkomstig gevestigde praktijk in de betrokken bedrijfstak.²¹ Betaling conform een cao of marktconform is tot nog toe in Nederland een privaatrechtelijke aangelegenheid voor vakbonden en werkgevers of voor werknemer en werkgever onderling. Traditioneel mengt de staat zich niet in deze verhouding, maar daar zal nu ten aanzien van illegaal tewerkgestelde vreemdelingen verandering in moeten komen. Daarom verklaarde Nederland bij het aannemen van het voorstel dat hierdoor verdergaande verplichtingen ontstaan jegens illegale vreemdelingen dan de overheid heeft jegens Nederlandse, Europese en legaal verblijvende derdelanders.²²

Een aantal details was wel uitgebreid onderwerp van discussie, zoals hoe deze nabetaling geëffectueerd moest worden. Het oorspronkelijke voorstel bevatte de verplichting tot het ontwerpen van een opmerkelijk mechanisme dat er voor moest zorgen dat de nodige invorderingsprocedures automatisch in werking werden gesteld zonder expliciete vordering van de illegaal tewerkgestelde migrant. Dit automatisme van de invorderingsprocedure was al snel weer uit het ontwerp verwijderd. Hetzelfde lot trof de bepaling dat de uitzetting opgeschort zou moeten worden totdat de derdelander zijn achterstallig loon zou hebben ontvangen. De vreemdeling kan wel in aanmerking komen voor een tijdelijke verblijfsvergunning voor de duur van de bestuurlijke of strafrechtelijke procedure tegen zijn werkgever wegens arbeidsgerelateerde uitbuiting.²³ Tijdens zo'n procedure kan de vreemdeling natuurlijk ook een loonvordering instellen, maar daarvoor alleen krijgt hij geen verblijfsvergunning.

De voorstellen van de Europese Commissie die sneuvelden in de onderhandelingen waren duidelijk bedoeld om de rechten van de vreemdeling zo goed mogelijk te beschermen en de effectiviteit van de loonvordering te vergroten. In Nederland stuitte deze voorstellen op verzet omdat "[wanneer] werkgevers achterstallig loon alsnog uitbetalen, [dit] in Nederland een privaatrechtelijke aangelegenheid betreft. (...) Het opleggen van een verplichting om achterstallig loon uit te betalen met daaraan gekoppeld het opschorten van de verwijderingsbeslissing, kan resulteren in een aanzuigende werking."²⁴ Doordat de lidstaten juist deze voorstellen uit de richtlijn hebben gehaald wordt duidelijk dat het de lidstaten vooral gaat om het tegengaan van zwart werk en uitbuiting als oorzaken van oneerlijke concurrentie.

Artikel 6 lid 2 onder a verplicht de lidstaten ervoor te zorgen dat de derdelander zijn vordering binnen de bij wet vastgestelde termijn kan instellen, ook als hij al is uitgezet. In aanvulling daarop moeten de lidstaten de migrant tijdig informeren over de mogelijkheid om zo'n vordering in te stellen. Nederland maakte, zonder succes, bezwaar tegen de bepaling dat de 25 daadwerkelijk de betalingen kan ontvangen.²⁵

Overigens is wel bepaald dat de lidstaten hierbij niet hun diplomatieke posten hoeven in te zetten.²⁶

De richtlijn verwijst ook naar het stelsel dat in sommige lidstaten bestaat dat instanties van de lidstaat achter het loon aangaan zonder dat de vreemdeling een vordering hoeft in te stellen. Dat lijkt op de bestuursrechtelijke handhaving van de Wet Minimumloon en vakantietoelage (WML) die wij sinds 2007 kennen.²⁷ Voor de betaling van het minimumloon kan Nederland deze bepalingen dus gebruiken om te voldoen aan de richtlijn. Het handavingsinstrumentarium van de WML bevat een bestuurlijke boete voor de werkgever en de verplichting het achterstallig loon te betalen op straffe van verbeurte van een dwangsom van maximaal € 25.000. Voor zover bekend heeft SZW dit handavingsinstrument nog niet ingezet om werkgevers van illegaal tewerkgestelde vreemdelingen tot WML-conforme betaling aan te sporen.

Ingevolge artikel 6 lid 3 geldt voor de loonvordering van de derdelander *en* de belasting en socialezekerheidsbijdragen een fictie van een dienstverband van drie maanden, tenzij de werkgever het tegendeel bewijst. Nederland mag de fictie van zes maanden in artikel 23 Wav overigens wel houden omdat de richtlijn gunstigere bepalingen toelaat mits die niet in strijd zijn met de richtlijn.²⁸

Niet onbelangrijk is vervolgens dat ingevolge artikel 8, eerste lid onder b Richtlijn 2009/52/ EG de lidstaten er voor moeten zorgen dat ook de aannemer wiens onderaannemer zich schuldig maakt aan illegale tewerkstelling van vreemdelingen tot betaling van het marktconforme loon moet kunnen worden gehouden. Een loonvordering ingesteld conform Nederlands recht moet worden ingesteld tegen degene die arbeidsrechtelijk gezien werkgever is. Op grond van de richtlijn moet een vreemdeling in dienst bij een onderaannemer ook een loonvordering kunnen instellen tegen de aannemer. Deze verplichting gaat verder dan het op 1 januari 2010 ingevoerde artikel 7:692 BW, dat regelt dat niet gecertificeerde inleners aansprakelijk zijn voor betaling van het wettelijke

minimumloon aan uitzendkrachten.²⁹

Geconcludeerd kan worden dat de nabetalingsverplichtingen op grond van de richtlijn verder gaan dan op grond van de Nederlandse regelgeving en praktijk tot nu toe het geval is. Artikel 23 Wav kent een langere fictieve arbeidsduur, zes maanden in plaats van drie maanden. Artikel 23 Wav is echter geen grondslag voor een loonvordering tegen 'werkgevers' in de zin van de Wav, maar slechts een fictie waar in een reguliere loonvordering - dus alleen tegen de arbeidsrechtelijke werkgever - een beroep op kan worden gedaan. Het is goed denkbaar dat de Nederlandse wetgever artikel 23 Wav zal wijzigen om aan de verplichtingen van de richtlijn te voldoen. Mogelijk dat artikel 23 Wav een grondslag voor een zelfstandige vordering gaat bevatten, naast de loonvordering op grond van het Burgerlijk Wetboek. Denkbaar is dat vreemdelingen 'werkgevers' in de zin van de Wet arbeid vreemdelingen kunnen gaan aanspreken op nabetaling van loon.³⁰ Dat is een veel ruimere groep potentieel aan te spreken partijen dan de arbeidsrechtelijke werkgever, of de werkgever-onderaannemer en de aannemer, zoals de richtlijn voorschrijft. De richtlijn laat striktere aansprakelijkheidsregels toe (artikel 8 vierde lid Richtlijn 2009/52/EG). De bedoeling van de Nederlandse en de Europese wetgever is wel dezelfde: uitbuiting en onderbetaling van illegaal tewerkgestelde vreemdelingen moet worden tegengegaan. Dat is beter voor de vreemdeling, maar ook beter voor de concurrentieverhoudingen.

4. Wie kunnen een beroep doen op artikel 23 Wav?

De vraag wie een beroep kunnen doen op artikel 23 Wav stel ik omdat uit ons onderzoek uit 2010 naar voren kwam dat de Arbeidsinspectie zich op het standpunt stelt dat zij artikel 23 Wav niet kan inzetten bij de handhaving van de Wet minimumloon en minimumvakantietoeslag ten aanzien van illegaal tewerkgestelde vreemdelingen.³¹ De indruk bestaat dat artikel 23 Wav alleen bruikbaar zou zijn in een civiele loonvordering. Die indruk is begrijpelijk. Sterker nog, ikzelf heb in het handboek *Nederlands vreemdelingenrecht* dit artikel besproken onder het kopje 'civielrechtelijke sancties'.³² Ook in het recente handboek over de Wet arbeid vreemdelingen van Franssen gaat het over 'privaatrechtelijke sancties'.³³ Is artikel 23 inderdaad alleen geschreven voor de civiele loonvordering, of kan een bestuursorgaan, zoals de Minister van SZW bij de handhaving van de WML, hier ook gebruik van maken? Zeker omdat is gebleken dat de Arbeidsinspectie moeite heeft overtreding van de WML te bewijzen, is de eventuele omkering van de bewijslast bij de handhaving van de WML interessant.³⁴

De wetsgeschiedenis geeft geen houvast ten aanzien van de vraag wie een beroep kunnen doen op artikel 23 Wav. In de Memorie van Toelichting bij artikel 23 stond dat als de vreemdeling al uit Nederland is uitgezet "de loonvordering ook *namens* hem door een rechtspersoon, bijvoorbeeld een vakbond, kan worden ingesteld."³⁵ Dat dit alleen namens de vreemdeling zou kunnen, betekende dus dat de vakbonden zonder expliciete machtiging van de vreemdeling geen loonvordering konden instellen. In de Eerste Kamer expliciteerde de minister nog dat artikel 23 aan de illegaal tewerkgestelde vreemdeling een *civielrechtelijke* bescherming biedt.³⁶ Meer is er niet over gezegd in de wetsgeschiedenis. Dat artikel 23 een civielrechtelijke bescherming bieden was anno 1995 eigenlijk een overbodige opmerking. Een andere vorm dan civielrechtelijke naleving van arbeidsvoorwaarden was er niet. Zoals door de Nederlandse onderhandelaars in Europa ook was opgemerkt: de handhaving van arbeidsgeschillen was in Nederland een civielrechtelijke aangelegenheid.

Sinds in 2007 de bestuursrechtelijke handhaving van de WML is ingevoerd, is het nodig om te weten of artikel 23 Wav alleen civielrechtelijk kan worden ingezet - dus als de *werknemer* een loonvordering instelt - of dat de Arbeidsinspectie er ook een beroep op kan doen. Als bij de handhaving van de WML ten aanzien van vreemdelingen die in strijd met de Wav zijn tewerkgesteld een fictief dienstverband van zes maanden en een omkering van de bewijslast geldt, kan dat de handhavingpraktijk behoorlijk vereenvoudigen. Uit ons onderzoek bleek overigens dat de Arbeidsinspectie niet onderzoekt of de WML is geschonden als zij bij de gecontroleerde werkgever alleen maar illegaal verblijvende vreemdelingen aantroef. Dan beperkt de handhaving zich tot de Wav. Vreemdelingen, of hun gemachtigden, wier illegale tewerkstelling het in deze zaken betreft en die niet zelf een civiele loonvordering starten, kunnen natuurlijk een verzoek om handhaving van de WML doen, zodat de Arbeidsinspectie ook voor hen het instrumentarium van de WML inzet.

De ratio van de invoering van de bestuurlijke handhaving van de WML is het tegengaan van

onderbetaling. Bij de uitbreiding van de EU in 2004 en het ingaan van het recht op vrij verkeer van werknemers in 2007 voor onderdanen van acht van de tien nieuwe lidstaten, bestond de vrees dat de werknemers uit die nieuwe lidstaten geen gebruik zouden maken van hun recht om onderbetaling aan te vechten.³⁷ Daarom moest de Arbeidsinspectie dit voor hen gaan doen. Artikel 23 Wav strekt, zo zagen wij al, ook tot doel uitbuiting te voorkomen. Gelet op deze overlappende doelstellingen ligt het voor de hand dat de fictie en de omgekeerde bewijslast van artikel 23 ook bij de bestuursrechtelijke handhaving van de WML kan worden gebruikt. De tekst van artikel 23 Wav rept immers niet over het soort procedure waarin het kan worden ingezet.

5. Onbekend en onbemind?

Over de toepassing van artikel 23 in de rechtspraak kan ik kort zijn: op rechtspraak.nl zijn geen uitspraken te vinden waaruit blijkt dat in enige zaak een beroep op artikel 23 Wav is gedaan. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat het niet voorkomt, het is alleen in de gepubliceerde jurisprudentie niet opgenomen. Hoe valt het te verklaren dat dit artikel niet of nauwelijks wordt toegepast? Ik zou de vraag breder kunnen trekken, namelijk: hoe komt het dat illegaal tewerkgestelde vreemdelingen überhaupt zelden of nooit een loonvordering instellen bij onderbetaling? Dit was de onderzoeksvraag in het eerder genoemde onderzoek verricht door studenten aan de UvA in samenwerking met het IOM.³⁸

5.1 Onbekendheid

Vooropgesteld zij dat een vreemdeling als werknemer, ook als hij illegaal verblijft en in strijd met de Wav is tewerkgesteld, recht heeft op gelijke beloning voor gelijk werk (artikel 7 IVESCR).³⁹ Uit ons onderzoek bleek dat de geïnterviewde, illegaal in Nederland verblijvende, vreemdelingen weinig kennis hadden van hun arbeidsrechtelijke rechtspositie. De meeste van deze vreemdelingen vonden dat hen redelijke arbeidsvoorwaarden waren geboden, hoewel het loon naar alle waarschijnlijkheid onder cao-niveau en waarschijnlijk ook onder WML-niveau lag. Nadat de onderzoeksters betrokkenen hadden geïnformeerd over de eventuele mogelijkheid een loonvordering in te stellen, bleek dat de meerderheid geen heil zag in het instellen daarvan. Redenen waren onder meer dat zij niet het gevoel hadden te zijn onderbetaald: zij waren de werkgever dankbaar voor het geboden werk en wilden de relatie met de werkgever niet bezoedelen met een loonvordering achteraf.⁴⁰ Weer anderen dachten dat zij als illegaal verblijvende vreemdeling geen toegang tot arbeidsrechtelijke procedures hadden. Dat deze *vreemdelingen* van een artikel 23 Wav niets af wisten zal niet verbazen. Wat echter ook bleek in onze rondgang langs partijen die betrokken zijn bij de bescherming van de rechten van vreemdelingen en werknemers, is dat zij artikel 23 Wav ook niet kenden. Ngo's, een werknemersorganisatie en een aantal arbeidsrechtjuristen kenden de bepaling niet. De bekendheid van deze bepaling bij vreemdelingenadvocaten hebben we niet kunnen nagaan, maar mijn veronderstelling is dat ook deze advocaten lang niet allemaal bekend zijn met artikel 23 Wav. Deze onbekendheid verklaart waarom artikel 23 Wav niet of nauwelijks wordt gebruikt. De vrees over de onbekendheid van artikel 23 Wav, zoals GroenLinks die bij de parlementaire behandeling daarvan uitte, was dus terecht.

5.2 Onbemind?

Er zijn echter meer verklaringen voor de stilte rond artikel 23 Wav. Zoals hiervoor beschreven vroeg GroenLinks bij de parlementaire behandeling van artikel 23 Wav of de toegang tot rechtshulp wel gewaarborgd was. Hoewel de gesproken vertegenwoordigers van een werknemersorganisatie de bereidheid hadden om voor illegaal tewerkgestelde vreemdelingen op te komen, kregen zij in de praktijk weinig verzoeken van vreemdelingen om rechtshulpverlening. Een mogelijke verklaring is dat zij in principe alleen voor vreemdelingen die lid zijn van hun organisatie juridische dienstverlening bieden. Het lidmaatschap kost € 100 per jaar, een bedrag dat vooruit moet worden betaald en dat waarschijnlijk voor menig illegaal verblijvende vreemdeling een drempel kan zijn om lid te worden van een vakbond. Advocaten kunnen illegaal tewerkgestelde vreemdelingen op basis van kosteloze rechtsbijstand bijstaan in een arbeidszaak; maar de vreemdeling moet wel een eigen bijdrage van € 100 voldoen. Naar verluidt vergt het wel enige administratieve zorg om die rechtsbijstand gefinancierd te krijgen. Nader onderzoek zou moeten uitwijzen of dit advocaten afhoudt van het verlenen van rechtsbijstand aan deze vreemdelingen. Waarschijnlijk is het zwaarste dilemma van vreemdelingen en eventuele gemachtigden en werknemersorganisaties de angst dat het verblijf van de vreemdeling in Nederland bekend wordt bij de vreemdelingendienst. Het instellen van de loonvordering kan tot gedwongen uitzetting

leiden.⁴¹ De vreemdelingen die wij hebben gesproken hadden echter zelf besloten Nederland te verlaten met hulp van IOM. Toch nam dat hun huiver voor het instellen van een loonvordering niet weg.

Een andere drempel waar advocaten aan refereerden betreft de bewijsproblemen. Dat is opmerkelijk, want artikel 23 Wav was nou juist bedoeld om bewijsproblemen weg te nemen. Er moet echter meer worden bewezen dan de duur van het dienstverband: er moet eerst worden aangetoond dat de vreemdeling überhaupt voor een bepaalde werkgever heeft gewerkt. In zaken waarin de Arbeidsinspectie bij een controle de vreemdeling werkend heeft aangetroffen zou de vreemdeling gebruik kunnen maken van het proces-verbaal van de Arbeidsinspectie om te bewijzen dat hij ergens heeft gewerkt, maar van zo'n proces-verbaal krijgt de vreemdeling niet standaard een afschrift. Als de vreemdeling niet werkend is aangetroffen door een instantie en hij heeft niets op papier staan over zijn dienstverband, zijn er voor hem nog steeds bewijsproblemen, zodat advocaten waarschijnlijk niet zullen overgaan tot het instellen van een loonvordering. Ook werd als reden om af te zien van een loonvordering aangegeven dat de arbeidsrechter de werknemervreemdeling mogelijk op zitting wil horen en dat hieraan niet zou kunnen worden voldaan als de vreemdeling al zou zijn uitgezet. Dit lijkt mij overigens een oplosbaar probleem, gezien de moderne techniek zoals het horen via video-conferentie. Het is ook een probleem dat opgelost moet worden gelet op de verplichting neergelegd in artikel 6, tweede lid Richtlijn 2009/52/EG, om doelmatige procedures te hebben. Aan het bereiken van die doelmatigheid zullen rechters ook moeten meewerken.

Samenvattend zijn een aantal redenen te signaleren die de toepassing van artikel 23 Wav in de weg staan. De onbekendheid van dit artikel is de belangrijkste reden. Praktische bezwaren en angst voor uitzetting maken het instellen van een loonvordering, met of zonder artikel 23 Wav, kennelijk onbemind.

6. Conclusie: procedures moeten en kunnen beter

Uit het voorgaande blijkt dat Nederland niet automatisch voldoet aan de verplichtingen die voortvloeien uit Richtlijn 2009/52/EG. Zoals gezegd gaat het de richtlijn niet alleen om het verschuldigde loon; ook belastingen en socialezekerheidsbijdragen moeten door de werkgever worden betaald. Ook voor de belastingen en premies moet ten minste de Europese fictieve termijn van drie maanden gelden. De termijn van drie maanden gaat op grond van de richtlijn dus ook gelden in bestuursrechtelijke verhoudingen. Beargumenteerd is dat die fictie en de omgekeerde bewijslast al kan gelden bij de handhaving van de WML en de richtlijn lijkt dit alleen maar te bevestigen.

Op grond van de richtlijn moet de loonvordering ook tegen een aannemer kunnen worden ingesteld. Dat vraagt om het ombouwen van artikel 23 Wav in een zelfstandige grondslag voor een loonvordering gericht op een ruimere groep 'werkgevers'. Deze ruime groep werkgevers krijgt op grond van de Wav al bestuurlijke boetes opgelegd bij gebleken illegale tewerkstelling. Die boetes vloeien echter in de kas van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. De in te voeren loonvordering tegen - in ieder geval - de werkgever en aannemer moet de vreemdeling ten goede komen.

We hebben gezien dat Nederland geen doelmatige procedures en mechanismen heeft die waarborgen dat illegaal tewerkgestelde onderdanen tegen werkgevers achterstallig loon kunnen claimen, ook als zij al terug zijn in het land van herkomst. Bij de totstandkoming van artikel 23 Wav in 1995 werd al gevreesd dat het instrument niet effectief zou zijn. In 1995 werd toegezegd te onderzoeken hoe vreemdelingen geïnformeerd konden worden, maar daar is niet veel van terecht gekomen. Vanaf 20 juli 2010 moet Nederland stelselmatige en objectieve voorlichting geven aan vreemdelingen, maar ook aan rechtshulpverleners. Ook zij zijn niet altijd op de hoogte van artikel 23 Wav. Zelfs als de informatievoorziening goed wordt, sluit ik niet uit dat een vreemdeling zelf zo'n loonvordering niet zal instellen vanwege allerlei persoonlijke overwegingen. Om de regeling effectief te laten zijn, is het dus eigenlijk nodig dat de vordering ook zonder de vreemdeling kan worden ingesteld. Dat was ook het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie. Dat kan in Nederland voor een deel van het loon, namelijk bij de vordering van het minimumloon door de Arbeidsinspectie.

Artikel 23 Wav kan vooral een onverwachte schat zijn voor de Arbeidsinspectie bij de handhaving

van de WML. Het minimumloon is meestal lager dan het in de sector gebruikelijke loonniveau zoals artikel 23 Wav noemt, maar het is altijd beter om zes maanden minimumloon te vorderen dan de werkgever met zijn genoten concurrentievoordeel te laten ontsnappen en de vreemdeling met lege handen naar huis te laten gaan.

- 1 Mr. dr. T. de Lange is universitair docent bij de leerstoelgroep Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Zij promoveerde in 2007 op onderzoek naar arbeidsmigratie in Nederland (Staat, markt en migrant. De regulering van arbeidsmigratie naar Nederland in 1945-2006).
- 2 Op 16 mei 2009 door de Europese Commissie aangenomen, *PbEU* 2009 L 168 van 30 juni 2009. Een deel van de richtlijn is geïmplementeerd in het Vreemdelingenbesluit. Het voorstel voor de vereiste wijziging van de Wet arbeid vreemdelingen was op de kopijdatum nog niet bekend en moest naar verluidt nog aan de Ministerraad worden voorgelegd. Zie ook *Kamerstukken II*, 2010/11, 21 109, nr. 198, p. 8.
- 3 T.T. Butter, M. Verhagen & T. de Lange, *Exploitative Labour Relations and Legal Consciousness of Irregular Migrant Workers in the Netherlands*, onderzoek verricht in samenwerking met IOM Nederland, januari 2011. Te raadplegen via <http://www.jur.uva.nl/marktordering/> nieuws.
- 4 <http://www.verenigingvoorarbeidsrecht.nl/bijeenkomsten.html>, bijeenkomst van 23 september 2010.
- 5 SER/CBA, *Wijziging Wet arbeid buitenlandse werknemers*, Den Haag, advies nr. 9, 1992.
- 6 Zie hierover ook mijn dissertatie *Staat, markt en migrant. De regulering van arbeidsmigratie naar Nederland van 1945-2006*, Den Haag: BJU 2007, p. 265-266.
- 7 Ontwerp-Advies Wijziging Wet arbeid buitenlandse werknemers, WAV/43, Archief Groenendijk, map WabW Wijziging SER 91/92, op te vragen bij de auteur.
- 8 *TK* 1993/94, 23 574, nr. 2, art. 23.
- 9 *TK* 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 13.
- 10 *TK* 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 22.
- 11 *TK* 1993/94, 23 574, nr. 4, p. 2.
- 12 *TK* 1993/94, 23 574, nr. 4, p. 21.
- 13 *TK* 1993/94, 23 574, nr. 4, p. 21. Opgemerkt moet worden dat GroenLinks de toegang tot gefinancierde rechtshulp ten onrechte afgesloten achtte. Vreemdelingen zonder geldige verblijfstitel konden toen en kunnen ook vandaag de dag wel gefinancierde rechtshulp krijgen. Zie daarover ook de volgende paragraaf.
- 14 *TK* 1993/94, 23 574, nr. 5, p. 20.
- 15 *TK* 1993/94, 23 574, nr. 6, p. 11.
- 16 *TK* 1993/94, 23 574, nr. 6, p. 11.
- 17 *TK* 1993/94, 23 574, nr. 7, p. 9.
- 18 *TK* 1993/94, 23 574, nr. 7, p. 9.
- 19 *EK* 1994/95, 23 574, 29b, p. 4.
- 20 Deze allinea is deels gebaseerd op mijn bijdrage aan een bespreking van de gehele richtlijn door Pieter Krop, Michiel Tjebbes en mijzelf, 'Richtlijn 2009/52: Sancties tegen werkgevers van illegaal verblijvende derdelanders', *Migrantenrecht* 2009/9, p. 336-346.
- 21 Art. 6 lid 1 onder a, Richtlijn 2009/52/EG.
- 22 Doc. 2007/0094 (COD), 8917/09 ADD 1 REV 1 van 12 mei 2009.
- 23 Art. 13 lid 4 Richtlijn 2009/52/EG, geïmplementeerd in art. 3.48, eerste lid sub d Vb2000, *Stb.* 2010, 207 (nog niet in werking getreden ten tijde van het schrijven van dit artikel in verband met het uitstel van de invoering van de Wet modern migratiebeleid).
- 24 *TK* 2006/07, 22 112, nr. 550, p. 6.
- 25 COD (2008), 11366/08, p. 8.
- 26 Preambule (16).
- 27 *Stb.* 2007, 157.
- 28 Art. 15 Richtlijn 2009/52/EG.
- 29 Zie daarover M.S. Houwerzijl en S.S. M. Peters 'Inlenersaansprakelijkheid minimumloon: paardenmiddel, papieren tijger of ei van Columbus?', *TRA* 2010, 66.
- 30 Zie over dat ruime werkgeversbegrip H.A. Samuels Brusse, 'Een vreemdeling op de bouwplaats, alle partijen een boete', *Vastgoedrecht* 2010-5, p. 119-125 en A.P. Klap en T. de Lange, 'Marktwerking via het werkgevers begrip van de Wet arbeid vreemdelingen', *SMA*, 2008-10, p. 390-395.
- 31 Interview ministerie van SZW, Directie Arbeidmarktfraude, 2 december 2010.
- 32 Kuijjer/Steenbergen, *Nederlands Vreemdelingenrecht*, zesde druk, Den Haag, BJU: 2006, p. 572.
- 33 E.J.A. Franssen, *Wet arbeid vreemdelingen*, monografieën Sociaal recht, Deventer, Kluwer: 2010, p. 80.
- 34 Met ingang van 11 februari 2011 heeft de Arbeidsinspectie in het kader van de handhaving van de WML de bevoegdheid gekregen om bijvoorbeeld een administratie in beslag te nemen, art. 18a, vierde lid WML, *Stb.* 2011, nr. 27, *Kamerstukken* 32 486.
- 35 Mijn cursivering. *TK* 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 22.
- 36 *EK* 1994/95, 23 574, 29b, p. 4.
- 37 Van het Kaar 2010 (*T&C Arbeidsrecht*), WML inleidende opmerkingen, p. 715-716.
- 38 Gelet op de beperkte schaal van dat onderzoek moet het als verkennend onderzoek worden beschouwd. Vergelijkbaar onderzoek van BLIN (Bonded Labour in Nederland) uit 2010 was al veel uitgebreider, maar beperkte zich tot slachtoffers van mensenhandel.
- 39 T.T. Butter e.a., p. 12-14.
- 40 T.T. Butter e.a., p. 45-46.
- 41 T.T. Butter e.a., p. 33.