

# Ketenaansprakelijkheid bij bestuurlijke boetes voor illegale tewerkstelling

– Mr. dr. P.J. Krop<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Ruim 12 jaar na de invoering van de bestuurlijke boete ter handhaving van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav), zullen er nog maar weinig bouwondernemingen zijn die nog nooit van de Wav hebben gehoord. Een aanzienlijk aantal bouwondernemingen zal bezoek hebben gehad van de Inspectie SZW in het kader van de Wav, of zelfs een boete hebben gekregen. Niet alleen zijn de boetes torenhoog, ze kunnen ook worden opgelegd aan partijen die zich waarschijnlijk nooit hadden gerealiseerd verantwoordelijk te zijn voor de werknemers van een andere partij in de keten. In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de verplichtingen die de Wav met zich meebrengt, met speciale aandacht voor de verantwoordelijkheden binnen een keten van opdrachtgevers. Daarbij wordt eerst in gegaan op het ruime werkgeversbegrip van de Wav en de administratieverplichtingen uit artikel 15 Wav. Daarna komt de hoogte van de boete aan de orde, en de gevolgen van het ruime werkgeversbegrip in bouwketens. Tot slot wordt afgesloten met enkele praktische aanwijzingen om een overtreding, of in elk geval boeteplegging, te voorkomen.

## 2. Werkgeverschap

De Wav is ingevoerd in 1995. Deze wet verbiedt het werkgevers om een vreemdeling<sup>2</sup> arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.<sup>3</sup> Eén van de belangrijkste wijzigingen bij de invoering van de Wav was de aanpassing van het werkgeversbegrip. Onder de voorloper van de wet, de Wet arbeid buitenlandse werknemers, was het werkgeverschap beperkt tot degene die een arbeidsovereenkomst had met de werknemer. Dit zou volgens de Minister echter schijnconstructies in de hand

werken.<sup>4</sup> Om die reden is het werkgeversbegrip sterk verruimd. De Wav kent sindsdien een eigen, autonoom, werkgeversbegrip; een werkgever is degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten.<sup>5</sup> Ieder bedrijf 'ten dienste van wie', direct of indirect, de werkzaamheden worden uitgevoerd kan daarom worden aangemerkt als werkgever. Het hebben van een arbeidsovereenkomst of gezagsverhouding is daarbij niet van belang. Bovendien is instemming met, respectievelijk wetenschap van, de arbeid niet vereist.<sup>6</sup> Dat betekent dus dat ondernemingen als werkgever kunnen worden aangemerkt van vreemdelingen waar ze nog nooit van hebben gehoord.

In het hiernaast opgenomen schema kan iedere betrokken partij (A t/m D) worden aangemerkt als werkgever.

### 2.1 Vastgoedbeheerders

Een andere partij die in de keten af en toe voorkomt is een vastgoedbeheerder. Sinds een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) worden deze partijen, onder bepaalde omstandigheden, echter niet meer zomaar als werkgever gezien.<sup>7</sup> Daarbij zijn twee aspecten doorslaggevend. Ten eerste moet het gaan om een vastgoedbeheerder die als gevolmachtigde van de eigenaar van het onroerend goed optreedt. De vastgoedbeheerder is dan zelf geen contractspartij, maar sluit slechts overeenkomsten namens de eigenaar (met aannemers, schoonmaakbedrijven etc.). Daarnaast werd, bij deze uitspraak, de controle op de werkzaamheden uitgevoerd door een derde partij. Deze omstandigheden, plus het feit dat het Ministerie van SZW onvoldoende heeft gemotiveerd welke andere omstandigheden zouden maken dat de onderneming moest worden aange-

<sup>1</sup> Pieter Krop is advocaat bij Kroes Advocaten Immigration Lawyers te Amsterdam. In februari 2014 promoveerde hij aan de Universiteit van Amsterdam op het proefschrift, 'De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling'.

<sup>2</sup> Onderdanen van niet-EU landen (en Kroaten).

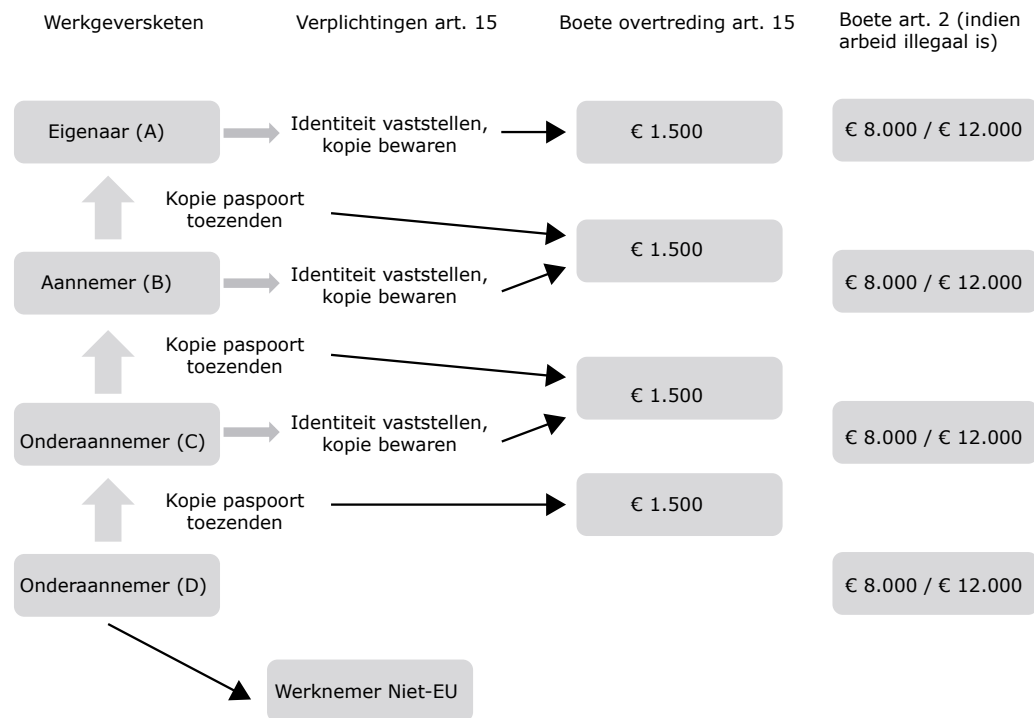
<sup>3</sup> Art. 2, eerste lid, Wet arbeid vreemdelingen.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3.

<sup>5</sup> Art. 1, onder b, Wav.

<sup>6</sup> ABRvS 11 juli 2007, 200700303/1, r.o. 2.2.1. Zie ook: E. Scheers, 174. 'Ruim werkgeversbegrip vreemdelingen begrensd', in: Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk, nr. 4, mei 2016.

<sup>7</sup> ABRvS 13 april 2016, 201506230/1/V6, JV 2016/173 m.nt. P.J. Krop.



merkt als werkgever, maken dat de onderneming in dit geval niet als werkgever in de zin van de Wav kon worden aangemerkt.<sup>8</sup>

### 3. Artikel 15 Wav

Naast het verbod op illegale tewerkstelling kent de Wav nog een verplichting waarvan overtreding kan worden bestraft met een bestuurlijke boete. Het betreft de doorzend- en bewaarplicht van identiteitsbewijzen, neergelegd in artikel 15 Wav. Dit artikel is van toepassing op ingeleende arbeidskrachten van buiten de Europese Unie.<sup>9</sup> Wanneer werkgever D door zijn werknemer (niet-EU) arbeid laat verrichten die feitelijk bij een andere partij (C) wordt verricht (bijvoorbeeld op een bouwplaats), dan dient partij D vóór aanvang van de werkzaamheden een kopie van het identiteitsbewijs aan partij C te verzenden.<sup>10</sup> Partij C is verplicht om aan de hand van de toegezonden kopie de identiteit van de vreemdeling vast te stellen en het document ten minste vijf jaar in de administratie te bewaren. Partij C, vanwege het ruime werkgeversbegrip óók aangemerkt als werkgever, moet deze kopie op haar beurt weer doorzenden aan partij B. Partij B dient

ook weer de identiteit te controleren en een kopie op te nemen in de administratie, en een kopie door te zenden naar partij A. Partij A controleert op haar beurt wederom de identiteit en neemt de kopie op in de administratie. Het nalaten van één van deze verplichtingen, resulteert in de overtreding waarop een boete van € 1.500 staat.<sup>11</sup>

### 4. Bestuurlijke boetes

Tot 2005 werden overtredingen van de Wav strafrechtelijk vervolgd, als een economisch delict.<sup>12</sup> Dit was volgens het Ministerie van SZW onvoldoende effectief, vanwege de lage sancties.<sup>13</sup> Bij de invoering van de bestuurlijke boete in 2005 werd een boetenormbedrag van € 8.000 ingesteld. In januari 2013 werd dit verhoogd tot een standaardbedrag van € 12.000.<sup>14</sup> Dit bedrag is echter zo hoog, dat dit volgens de Afdeling bestuursrechtpraak van de Raad van State (ABRvS) onevenre-

<sup>11</sup> Als er geen sprake is van daadwerkelijke illegale tewerkstelling (artikel 2, eerste lid Wav), dan is de boete € 1.500 in totaal. Als de overtreding wél gepaard gaat met een overtreding van artikel 2, eerste lid Wav, dan is het boetebedrag € 1.500 per vreemdeling plus de boete voor overtreding van artikel 2, eerste lid, Wav.

<sup>12</sup> Krop, P.J., *De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling* (diss. UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2014.

<sup>13</sup> De gemiddelde strafrechtelijke boete bedroeg € 984 per werkgever (dus niet per werknemer), zo bleek uit het Advies Uitvoering motie Dittrich, IND, 31 oktober 2001, p. 8, bijlage bij *Kamerstukken II 2003/04*, 29 523, nr. 6.

<sup>14</sup> Art. 2, eerste lid, bijlage bij Art. 1 van de Beleidsregel boeteoplegging wet arbeid vreemdelingen 2013.

<sup>8</sup> De praktijk laat zien dat SZW sinds deze uitspraak sneller afziet van beboeting van vastgoedbeheerders.

<sup>9</sup> In elk geval tot 1 juli 2018 vallen Kroatische werknemers nog niet onder het vrij verkeer, en is deze regelgeving ook op hen van toepassing. Artikel 15, derde lid, Wav.

<sup>10</sup> Artikel 15, eerste lid Wav

dig is.<sup>15</sup> Het standaard bedrag is daarna weer terug gebracht naar € 8.000. Onder bepaalde, verzwarende, omstandigheden is het boetebedrag echter nog steeds € 12.000. Het gaat hierbij om recidive,<sup>16</sup> tewerkstelling van illegaal verblijvende vreemdelingen,<sup>17</sup> 'bewuste ontduiking van de regelgeving', en een overtreding waarbij drie of meer vreemdelingen zijn betrokken.<sup>18</sup>

Deze bedragen zijn cumulatief per vreemdeling. Bij één vreemdeling, zonder verzwarende omstandigheden, bedraagt de boete voor illegale tewerkstelling € 8.000. Gaat het om drie vreemdelingen, dan bedraagt de boete € 36.000 (het boetenormbedrag gaat naar € 12.000 per vreemdeling, en het boetenormbedrag maal drie). Deze boete wordt dus aan elke onderneming in de keten afzonderlijk opgelegd. Bij recidive gaat het boetenormbedrag bovendien naar € 12.000 op grond van de beleidsregels, maar wordt de boete op grond van de Wav zelf ook nog eens verdubbeld, of bij meerdere antecedenten, verdriedubbeld.<sup>19</sup> Een tweede overtreding binnen vijf jaar, waarbij drie vreemdelingen zijn betrokken zal een boete opleveren van € 72.000.

Daarnaast bevat de Wav de mogelijkheid tot stillegging van ondernemingen bij herhaalde recidive. Als een onderneming binnen vijf jaar drie Wav overtredingen begaat, kan de onderneming worden stil gelegd. Is de eerste overtreding een 'ernstige' overtreding (er zijn ten minste twintig werkenden bij betrokken),<sup>20</sup> dan kan een onderneming worden stil gelegd bij een tweede overtreding (die gelet op de tekst van de regelgeving niet per se ernstig hoeft te zijn) binnen tien jaar.

#### 4.1 Matiging

Naast de gronden voor verhoging van de boete, bestaan er ook matigingsgronden. Op grond van artikel 6 EVRM en artikel 5:46, tweede lid, Awb dient de hoogte van de boete immers steeds te worden afgestemd op de ernst van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder. De door het Ministerie toegepaste matigingsgronden zijn opgenomen in de toelichting op artikel 11 van de Beleidsregel boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen.<sup>21</sup> In artikel 11 van de beleidsregel is opgenomen dat de boete, op grond van de aard en de ernst

van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de evenredigheid kan worden gematigd met 25%, 50% of 75%. Matiging met 100% vindt alleen plaats bij het volledig ontbreken van de verwijtbaarheid van de overtreder.<sup>22</sup> In de toelichting op dit artikel is een tabel opgenomen waarin de omstandigheden worden beschreven die moeten leiden tot matiging van de boete. Voor ketens in de bouwwereld is er een aantal van belang. Zo wordt de boete met 25% gematigd wanneer de werknemer is opgenomen in de administratie van de contractuele werkgever en is verlood conform de wettelijke regels. Het implementeren en volgen van het Stappenplan Verificatieplicht van de Inspectie SZW heeft een matiging met 50% tot gevolg. Het zelf beëindigen en melden van een overtreding bij de inspectie SZW is reden voor matiging met 75% (of zelfs voor een waarschuwing in plaats van een boete, zie verderop).

Veel van deze matigingsgronden zijn terug te voeren op uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, waarin de Afdeling oordeelde dat de door het Ministerie opgelegde boete onevenredig was en het Ministerie van SZW daarmee feitelijk dwong in vergelijkbare gevallen ook te matigen. De matigingsgronden worden niet altijd automatisch door het Ministerie van SZW toegepast, vaak moeten deze door de onderneming zelf worden aangevoerd. Daarnaast hanteert het Ministerie, mijns inziens, het evenredigheidsbeginsel op verkeerde wijze. Wanneer de Afdeling in een zaak heeft geoordeeld dat bij het voldoen aan vier criteria de boete met 75% moet worden gematigd, zal het Ministerie zich doorgaans in een vergelijkbare zaak waarbij aan drie van de vier criteria is voldaan op het standpunt stellen dat er voor matiging geen enkele plaats is, in plaats van na te gaan of de boete in dat geval misschien met 50% of 25% moet worden gematigd. Door deze wat starre houding is vaak een gang naar de rechtbank noodzakelijk om tot een gematigde boete te komen.

#### 5. Ketenaansprakelijkheid en ruim werkgemersbegrip

Het beboeten van de overige ketenpartijen wordt vaak aangeduid als ketenaansprakelijkheid. Dat impliceert dat de volledige keten aansprakelijk kan worden gehouden voor de overtreding van één van haar (onder)aannemers. Bij de Wav zit dit eigenlijk net iets anders. De keten van opdrachtgevers wordt niet aansprakelijk gehouden voor een overtreding door de feitelijke werkgever van de vreemdelingen maar de ketenwerkgevers zijn zelf werkgever en daarom in overtreding. Dit brengt met zich mee dat de verantwoordelijkheid, voor zowel illegale tewerkstelling als de administratieve verplichtingen uit artikel 15 Wav, niet kan worden overgedragen aan een

15 ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3138.

16 Er kan zelfs sprake zijn van recidive wanneer een ondernemer met een antecedent een nieuwe onderneming is gestart.

17 Er bestaat een verschil tussen vreemdelingen met een verblijfsvergunning, die ze geen recht geeft om te werken (wel legaal verblijf, illegale tewerkstelling) en vreemdelingen zonder verblijfsvergunning (geen rechtmatig verblijf, illegale tewerkstelling).

18 Artikel 2, aanhef en onder a tot en met d, Beleidsregel boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2017.

19 Artikel 19d, Wav.

20 Artikel 4b, derde lid, Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen.

21 Stcrt. 2017, nr. 37085.

22 De overtreder moet daarvoor al het mogelijke in het werk hebben gesteld teneinde een overtreding te voorkomen.

andere partij. Niet aan de partij die contractuele werkgever is van de vreemdeling, maar ook niet aan andere externe partijen zoals vastgoedbeheerders. Als de verantwoordelijkheden en bijbehorende controles zijn uitbested, kan de partij nog steeds beboet worden als er overtreding heeft plaats gevonden. Het is en blijft dus de verantwoordelijkheid van elke onderneming in de keten om zelf illegale tewerkstelling te voorkomen.

Omdat de verantwoordelijkheid altijd bij de ondernemingen zelf zal blijven liggen, zullen eventuele boetes dan ook altijd aan de individuele ondernemingen worden opgelegd. Het is niet mogelijk om boeteoplegging door het Ministerie van SZW te voorkomen door middel van contractuele afspraken in de keten. Wel is het mogelijk om de schade middels een specifiek verhaalsbeding af te wentelen op de (onder)aannemer. Dit blijkt uit een uitspraak van de Hoge Raad van 11 december 2015.<sup>23</sup> De Hoge Raad vroeg zich hierbij af of er sprake was van een beding dat in strijd zou zijn met de strekking van de wet (omdat de overtreder van de wet niet meer zelf de boete draagt). Dat is niet het geval, omdat de Wav een dergelijk beding niet uitsluit. Wel tekent de Hoge Raad daarbij aan dat dit anders kan zijn indien er sprake is van andere omstandigheden, bijvoorbeeld wanneer de verhalende partij zelf een ernstig verwijt kan worden gemaakt van de Wav-overtreding. Civielrechtelijk verhaal is dus, nog los van het insolventierisico, niet erg eenvoudig.

## 6. Conclusie: praktische omgang met de Wav

Op grond van het voorgaande, en gebaseerd op de praktijkervaring van de auteur, zijn er een aantal praktische lessen te leren over de omgang met de Wav. Dat zijn de volgende:

### 6.1 Vertrouw niet op controle door andere partijen

Gelet op het voorgaande een open deur, maar daarom niet minder belangrijk. De verplichtingen op grond van de Wav zijn geen verplichtingen die op de arbeidsrechtelijke werkgever rusten en vervolgens 'doorsijpelen' in de keten. Elke ketenonderneming is zelf werkgever in de zin van de Wav, van alle betrokken werknemers. De verplichtingen rusten dus direct op alle ketenwerkgevers zelf. Het is niet mogelijk om de controle- en administratieverplichtingen op grond van de Wav uit te besteden aan andere ketenwerkgevers. De ondernemingen blijven altijd zelf verantwoordelijk, en dus ook zelf het subject van eventuele boeting.

### 6.2 Unieburgers en grensoverschrijdende dienstverrichting

Sinds de toetreding van zeven Midden- en Oost-Europese landen tot de EU in 2004, gevolgd door de toetreding van Roemenië en Bulgarije in 2007, zijn veel boetes opgelegd voor overtredingen waarbij burgers uit deze landen betrokken waren. Deze nieuwe Unieburgers mochten gedurende de overgangperiode (uiteindelijk zeven jaar) geen arbeid in loondienst verrichten in Nederland. Ze mochten wel werken als zelfstandige of in het kader van grensoverschrijdende dienstverrichting (op voorwaarde dat de dienst niet enkel bestond uit het leven van arbeidskrachten). De scheidslijn tussen arbeid in loondienst enerzijds en arbeid als zelfstandige is echter niet altijd scherp. Tegelijkertijd is ook het verschil tussen het leveren van een dienst die bestaat uit het enkel leveren van arbeidskrachten ('onzuivere dienstverrichting') en andere dienstverrichting ('zuivere dienstverrichting') niet altijd even duidelijk. Daarnaast waren werkgevers zich niet altijd bewust van de overgangsfase voor deze Unieburgers, die dus in tegenstelling tot andere Unieburgers geen vrij werknemersverkeer genoten. Deze onduidelijkheden hebben in veel gevallen tot boeteoplegging geleid. Op dit moment zijn de overgangperiodes voor de genoemde lidstaten voorbij. De onderdanen van die lidstaten zijn inmiddels vrij op de Nederlandse arbeidsmarkt. Momenteel gelden alleen nog overgangsbepalingen ten aanzien van Kroaten. Zij genieten, in elk geval tot 1 juli 2018, nog geen vrij verkeer van werknemers. Het is nog niet duidelijk of Nederland die periode zal verlengen tot 1 juli 2020 (de maximale termijn). Wees dus extra op de hoede bij tewerkstelling van Kroaten.

### 6.3 Europese verblijfsvergunningen

Daarnaast is het van belang te benadrukken dat het bezit van een verblijfsvergunning in een EU-land die vreemdeling geen toegang geeft tot het vrij verkeer. Een Spaanse verblijfsvergunning is namelijk iets anders dan de Spaanse nationaliteit. Alleen personen die de nationaliteit van een Lidstaat bezitten mogen in Nederland werken. In sommige landen (Italië is een berucht voorbeeld) worden identiteitsdocumenten uitgegeven aan inwoners, ook als ze niet de Italiaanse nationaliteit bezitten. Het is voor werkgevers die een dergelijk document voor het eerst zien, niet altijd duidelijk dat de houder niet de Italiaanse nationaliteit bezit. Dezelfde verwarring komt voor bij zogenaamde British Overseas Territory Citizens. Deze personen bezitten *niet* de Britse nationaliteit, en mogen dus ook niet werken in Nederland. Het is dus van belang altijd goed na te gaan welke nationaliteit iemand bezit.

<sup>23</sup> Hoge Raad, 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, JV 2016, 50 m.nt. T. de Lange.

## 6.4 Waarschuwingen in plaats van boetes

Sinds de herziening van de Beleidsregel boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen in 2016, kan het Ministerie van SZW in een beperkt aantal gevallen volstaan met het opleggen van een waarschuwing, in plaats van het opleggen van een boete. Eén van de situaties waarin dat mogelijk is, is wanneer de werkgever na ontdekking van de illegale tewerkstelling de arbeid onmiddellijk beëindigt, en binnen een bepaalde termijn de overtreding meldt bij de Inspectie SZW. Dit kan potentiële boetes voorkomen. Er zitten echter wel wat haken en ogen aan. Als er sprake is van een boeteverhogende omstandigheid (zie paragraaf 4), overtreding van artikel 15 Wav, of twee of meer vreemdelingen, dan zal er toch een boete worden opgelegd.<sup>24</sup> En hoewel er geen boete zal worden opgelegd (maar een waarschuwing) is er nog steeds sprake van een overtreding. Dat zal in het geval van recidive ook in het kader van het boetenormbedrag worden tegengehouden. Bij de recidive bepaling in de beleidsregel is namelijk opgenomen dat het boetenormbedrag wordt verhoogd naar € 12.000 wanneer eerder een overtreding is geconstateerd. Of daarvoor een boete is opgelegd is niet relevant.

## 6.5 Naming and shaming

Sinds 1 januari 2016 worden de inspectieresultaten van de Inspectie SZW openbaar gemaakt via de website [www.inspectieresultatenszw.nl](http://www.inspectieresultatenszw.nl). Hier worden met naam en toenaam alle ondernemingen genoemd waarbij een inspectie heeft plaats gevonden (niet alleen Wav, ook de Wet Minimumloon (WML) en de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi)). Wanneer het Ministerie van

SZW besluit een boete op te leggen wordt dat op deze website gepubliceerd. Het is wettelijk geregeld dat daarbij geen enkele belangenafweging plaats zal vinden: in principe worden altijd de gegevens openbaar gemaakt. Het is enkel mogelijk om dit, door middel van een voorlopige voorziening van de bestuursrechter, te voorkomen totdat de boete onherroepelijk is geworden. Er bestaan eigenlijk geen mogelijkheden om openbaarmaking te voorkomen indien de boete in stand blijft. Wel is het altijd mogelijk om een opmerking te plaatsen op de website waar de inspectieresultaten gepubliceerd worden.

## 6.6 Verklaringen / bewijs

Tot slot nog een opmerking over het afleggen van verklaringen tegenover de Inspectie SZW. In de praktijk blijkt dat veel ondernemingen verklaringen afleggen bij de Inspectie SZW, zonder precies te weten welke verplichtingen uit de Wav voortvloeien. Het komt regelmatig voor dat er bij deze gesprekken bewijs wordt geleverd dat doorslaggevend is voor de boeteoplegging. Meestal is dat omdat het opdrachtgevers betreft, die zich van geen kwaad bewust zijn maar op grond van de Wav wel degelijk zelf werkgever zijn. Deze verklaring treft dan niet alleen de onderneming zelf, maar ook alle andere ondernemingen waarbij er zonder die verklaring onvoldoende bewijs zou zijn geweest van de overtreding. Dit kan bijvoorbeeld spelen bij zaken waarbij de feitelijke werkzaamheden niet door de Inspecteurs zelf zijn waargenomen. Het afleggen van een verklaring is niet verplicht. Als een onderneming ervoor kiest dat toch te doen is het erg belangrijk dat de onderneming zich terdege bewust is van de reikwijdte en inhoud van de Wav. ●

<sup>24</sup> De boete zal wel worden gematigd.