

1. Er bestaat al heel wat jurisprudentie met betrekking tot het werkgeversbegrip in artikel 1, sub b van de Wet arbeid vreemdelingen. Als werkgever wordt aangemerkt een ieder die in de uitoefening van ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten. Het gaat bij dit werkgeversbegrip dus uitdrukkelijk niet om het arbeidsrechtelijke werkgeversbegrip, maar om een veel ruimer werkgeversbegrip. In een keten van werkgevers wordt niet alleen de contractuele werkgever, maar worden ook alle opdrachtgevers in de keten als werkgever aangemerkt. Dat de ketenwerkgevers geen directe contractuele band hebben met de contractuele werkgever van de vreemdeling, of überhaupt op de hoogte zijn van het inhuren van die contractuele werkgever en de vreemdeling, is hiervoor niet relevant. Dit werkgeversbegrip is destijds op deze wijze in de Wav opgenomen, om schijnconstructies te voorkomen.<sup>1</sup> Het actief verstrekken van een opdracht is hierbij niet relevant. Ook passieve partijen kunnen worden aangemerkt als werkgever, bijvoorbeeld als zij geen actie hebben ondernomen om te verhinderen dat de arbeid kon worden verricht door een vreemdeling zonder tewerkstellingsvergunning (ABRvS 11 juli 2007, 200700303/1, JV 2007/388, ve07001319).

2. In de onderhavige zaak gaat het om een boete die is opgelegd aan een vastgoedbeheerder. Deze beheerder heeft een managementovereenkomst met de eigenaar van een pand, waarbij bij het verrichten van onderhoud illegale tewerkstelling heeft plaatsgevonden. De vastgoedbeheerder heeft vooraf geïnventariseerd welk onderhoud er moest worden uitgevoerd, offertes aangevraagd en heeft ten behoeve van de eigenaar van het pand een aannemer geselecteerd. Er was echter een andere partij ingeschakeld die de aannemer heeft aangestuurd en verantwoordelijk was voor de controle op de uitvoering van de werkzaamheden.

3. De Afdeling stelt vast dat de rol van de beheerder slechts bestond uit het sluiten van de opdrachtovereenkomst namens de eigenaar en het betalen van de facturen voor de schilderswerkzaamheden namens de eigenaar. Vervolgens overweegt de Afdeling dat deze rol zodanig beperkt is dat de beheerder niet als werkgever in de zin van de Wav kan worden aangemerkt. Daarbij, zo stelt de Afdeling, heeft de Minister van SZW onvoldoende gemotiveerd welke omstandigheden niettemin zouden maken dat de beheerder wel als werkgever in de zin van de Wav zou moeten worden gezien.

4. De zaak vertoont gelijkenissen met een zaak uit 2013, waarbij een bedrijf bemiddelde tussen een uitzendbureau en een winkelketen.<sup>2</sup> Het bedrijf stelde vacatures op en deed wat administratief werk. Ook dit bedrijf was geen contractspartner en had geen enkele invloed op het uitoefenen van de werkzaamheden en werd door de Afdeling niet aangemerkt als Wav-werkgever. Overigens schreef Erik Scheers onlangs een overzichtsartikel over het werkgeversbegrip waarin ook deze twee uitspraken aan bod komen.<sup>3</sup>

5. Naar mijn mening zijn in de voorliggende zaak twee feiten hier doorslaggevend. Ten eerste het feit dat de beheerder enkel als gevolmachtigde de eigenaar heeft gebonden. De beheerder is geen contractspartij in de keten. Dit is op zichzelf natuurlijk onvoldoende om de boete te ontlopen. Ook zonder contractuele relatie kan iemand immers Wav werkgever zijn. Maar als de contractuele relatie ontbreekt, moeten er wel andere feiten en omstandigheden zijn die de partij Wav-werkgever maken. Dat brengt bij mij het andere feit. De controle op de werkzaamheden werd door een andere partij verricht. Hoewel ik dat niet zeker weet ga ik er vanuit dat die partij ook is beboet, en dat die partij wel als werkgever zou worden aangemerkt door de Afdeling. Als de controle was uitgevoerd door de beheerder, had de Afdeling hoogstwaarschijnlijk de beheerder wel als Wav werkgever aangemerkt.

6. Kortom, het ontbreken van een contractuele relatie is onvoldoende om de boete te ontlopen. En ook een contractuele ketenwerkgever die op geen enkele wijze bij de uitvoering van de werkzaamheden is betrokken zal beboet kunnen worden. Maar bij deze, uitzonderlijke, combinatie (geen contractuele relatie én geen enkele rol bij de uitvoering van het werk) kan de beheerder niet worden aangemerkt als

<sup>1</sup> TK, 1993/94, 23 574, nr. 3 (MvT).

<sup>2</sup> ABRvS 17 juli 2013, 201208385/1 (JV 2013/312).

<sup>3</sup> E. Scheers, 174. *Ruim werkgeversbegrip vreemdelingen begrensd*, in: Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk, Nummer 4, mei 2016.

werkgever. In zoverre vormt deze uitspraak geen trendbreuk met de eerdere jurisprudentie waarin een ruim werkgeversbegrip werd aangenomen.

7. Maar de toegift van de Afdeling in r.o. 2.3, nadat al geconcludeerd is dat de beheerder geen Wav-werkgever is, is wel interessant. Door de Minister te verwijten onvoldoende gemotiveerd te hebben welke omstandigheden maken dat de beheerder zou moeten worden aangemerkt als werkgever, voorkomt de Afdeling een verregaande risicoaansprakelijkheid, waarvoor Stijnen eerder waarschuwde.<sup>4</sup> In mijn dagelijkse praktijk blijkt dat SZW vaak iedereen die op enige wijze formeel betrokken is bij de keten van opdrachtgevers vrijwel automatisch als Wav-werkgever wordt aangemerkt. Een soort 'je was erbij, dus je bent erbij'. Het is dan aan de partijen om aan te tonen dat zij in het specifieke geval niet als Wav-werkgever worden aangemerkt. Dat is natuurlijk een omdraaiing van het uitgangspunt van punitieve sancties. SZW zal allereerst *elke afzonderlijke partij* aannemelijk moeten maken waarom de betrokken partij *wél* als Wav-werkgever moet worden aangemerkt. De vorm van risicoaansprakelijkheid waarbij iedere betrokken partij 'automatisch' als werkgever wordt aangemerkt is daarmee enigszins ingeperkt. Pas wanneer SZW voor elke partij aannemelijk heeft gemaakt dat die partij Wav-werkgever is, verschuift de plicht naar de betrokken partij om het tegenovergestelde aan te tonen. Tegelijkertijd laat deze zin ook zien, dat SZW de ruimte heeft om een beheerder onder iets andere omstandigheden wel degelijk als Wav-werkgever te beboeten.

**Mr. dr. P.J. Krop, advocaat bij Kroes Advocaten Immigration Lawyers**

---

<sup>4</sup> EHRM 28 juni 2011, 577/11, Financiële dagblad tegen Nederland, AB 2012, 15, m.nt. Stijnen, JV 2011/403 m.nt. J.S. Nan.