

## **Wav-boete. Reikwijdte werkgeversbegrip. Verwijtbaarheid. Schending van de redelijke termijn**

ABRvS 06-04-2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0302, m.nt. C.M. Saris

### **Instantie**

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

### **Datum**

6 april 2011

### **Magistraten**

Mrs. M.G.J. Parkins-de Vin; M.A.A. Mondt-Schouten, H.G. Sevenster

### **Zaaknummer**

201007466/1/V6.

### **Noot**

C.M. Saris

### **LJN**

BQ0302

### **Vakgebied(en)**

Vreemdelingenrecht / Bijzondere onderwerpen  
Arbeidsrecht / Arbeidsmarktbeleid en -bemiddeling  
Bestuursrecht algemeen / Handhaving algemeen

### **Brondocumenten**

ECLI:NL:RVS:2011:BQ0302, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 06-04-2011

### **Wetgeving**

Wav art. 1, 2, 15, 18, 19, 19a en 19d

## **Essentie**

**Wav-boete. Reikwijdte werkgeversbegrip. Verwijtbaarheid. Schending van de redelijke termijn**

## **Samenvatting**

*Hoewel uit de bij het boeterapport gevoegde 'Overeenkomst voor financiering van de bouw van 43 appartementen (...) te Diemen' tussen appellante A en bedrijf A van 21 september 2005, blijkt dat appellante A het door haar ontwikkelde bouwplan voor het project aan bedrijf A heeft verkocht en in eigendom heeft overgedragen, is de rol van appellante A bij de uitvoering van het project zodanig dat grond bestaat voor het oordeel dat de door de vreemdelingen verrichte arbeid ten dienste van appellante A is verricht, en zij derhalve als werkgever in de zin van de Wav dient te worden aangemerkt.*

*(...) Dit in aanmerking genomen en gelet op het hiervoor onder 2.3.1 vermelde ruime werkgeversbegrip, heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat appellante A niet als werkgever in de zin van de Wav kan worden aangemerkt. Dat, naar appellante A stelt, voormelde activiteiten, met uitzondering van de regeling omtrent de hypotheken, uit de rol als financier van het project zijn voortgevoerd en ter beheersing van de financiële risico's hebben gediend, doet hier, gelet op het ruime werkgeversbegrip van de Wav, niet aan af. Deze activiteiten wijzen op een mate van invloed van appellante A op de totstandkoming en het verloop van het project die loutere financiering te boven gaat.*

## **Partij(en)**

Uitspraak op het hoger beroep van: de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, appellant, tegen de uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 22 juni 2010 in zaak nr. 09/4950 in het geding tussen:

appellante A, als rechtsopvolger van appellante B,

en

de minister.

## Uitspraak

### 1. Procesverloop

Bij besluit van 25 augustus 2008 heeft de minister aan appellante B een boete opgelegd van € 19.000 wegens overtreding van de artikelen 2, eerste lid, en 15, tweede lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 2 november 2009 heeft de minister het daartegen door appellante B gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht (niet opgenomen, *red.*).

Bij uitspraak van 22 juni 2010, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank het daartegen door appellante A ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd en het besluit van 25 augustus 2008 herroepen. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen, *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft de minister bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 2 augustus 2010, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief van 27 augustus 2010. Deze brieven zijn aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Appellante A heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 25 januari 2010, waar de minister, vertegenwoordigd door mr. M.A.L. Verbruggen en mr. J.J.A. Huisman, beiden werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, en appellante A, vertegenwoordigd door mr. H.A. Samuels Brusse-van der Linden, advocaat te Utrecht en door bedrijfsjurist Z. en ontwikkelaar Y. bij appellante A, zijn verschenen.

### 2. Overwegingen

#### 2.1.

Op dit geding is de Wav van toepassing zoals die wet luidde tot de inwerkingtreding van de wet van 25 juni 2009 (*Stb.* 2009, 265) op 1 juli 2009.

Ingevolge artikel 1, eerste lid, aanhef, onderdeel b, onder 1<sup>o</sup>, van de Wav, wordt onder werkgever verstaan degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten.

Ingevolge artikel 2, eerste lid, is het een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.

Ingevolge artikel 15, eerste lid, draagt de werkgever die door een vreemdeling arbeid laat verrichten bij een andere werkgever er bij de aanvang van de arbeid door de vreemdeling onverwijld zorg voor dat de werkgever bij wie de arbeid feitelijk wordt verricht een afschrift van het document, bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder 1<sup>o</sup> tot en met 3<sup>o</sup>, van de Wet op de identificatieplicht, van de vreemdeling ontvangt.

Ingevolge artikel 15, tweede lid, stelt de werkgever die het afschrift van het document, bedoeld in het eerste lid, ontvangt, de identiteit van de vreemdeling vast aan de hand van het genoemde document en neemt hij het afschrift op in de administratie.

Ingevolge artikel 18, voor zover thans van belang, wordt het niet naleven van de artikelen 2, eerste lid, en 15 als beboetbaar feit aangemerkt.

Ingevolge artikel 19, eerste lid, wordt, indien de op grond van artikel 19a, eerste lid, aangewezen ambtenaar voornemens is om degene door wie een beboetbaar feit is begaan een boete op te leggen, deze hiervan in kennis gesteld onder vermelding van de gronden waarop het voornemen berust.

Ingevolge artikel 19a, eerste lid, legt een daartoe door de minister aangewezen, onder hem ressorterende ambtenaar namens hem de boete op aan degene op wie de verplichtingen rusten, welke voortvloeien uit deze wet, voor zover het niet naleven daarvan is aangeduid als een beboetbaar feit.

Ingevolge het tweede lid gelden de ter zake van deze wet gestelde beboetbare feiten ten opzichte van elke persoon, met of ten aanzien van wie een beboetbaar feit is begaan.

Ingevolge artikel 19d, eerste lid, voor zover thans van belang, is de hoogte van de boete, die voor een beboetbaar feit kan worden opgelegd, indien begaan door een rechtspersoon, gelijk aan de geldsom van ten hoogste € 45.000.

Ingevolge het derde lid stelt de minister beleidsregels vast waarin de boetebedragen voor de beboetbare feiten worden vastgesteld.

Volgens artikel 1 van de Beleidsregels boeteoplegging Wav 2007 (hierna: de beleidsregels) worden bij de berekening van een boete, als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, voor alle beboetbare feiten als uitgangspunt gehanteerd de normbedragen die zijn neergelegd in de 'Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wav' (hierna: de Tarieflijst), die als bijlage bij de beleidsregels is gevoegd.

Volgens artikel 4 bestaat de totale bij een boetebeschikking op te leggen boete, ingeval er sprake is van meer beboetbare feiten, uit de som van de per beboetbaar feit berekende boetebedragen.

Volgens de Tarieflijst is het boetenormbedrag voor overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav op € 8.000 en voor overtreding van artikel 15, tweede lid, van de Wav op € 1.500 per persoon per beboetbaar feit gesteld.

## **2.2.**

Het op ambtsead onderscheidenlijk ambtsbelofte door inspecteurs van de Arbeidsinspectie (hierna: de inspecteurs) opgemaakte boeterapport van 29 januari 2008 (hierna: het boeterapport) houdt in dat twee vreemdelingen, van Ghanese onderscheidenlijk Turkse nationaliteit, op 8 maart 2007 op een bouwplaats aan het locatie-A te Diemen, arbeid hebben verricht, bestaande uit opruimwerkzaamheden onderscheidenlijk het verplaatsen van stenen, zonder dat hiervoor tewerkstellingsvergunningen waren verleend. Aan appellante B, rechtsvoorganger van appellante A (hierna beide: appellante A), is een boete opgelegd van € 16.000 voor overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav en van € 3.000 voor overtreding van artikel 15, tweede lid, van de Wav.

## **2.3.**

De minister betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat appellante A niet als werkgever in de zin van de Wav kan worden aangemerkt omdat zij in een te ver verwijderd verband tot het daadwerkelijk uitvoeren van de bouwwerkzaamheden, door bedrijf A gevestigd te a-plaats, heeft gestaan.

Hiertoe voert de minister, samengevat weergegeven, aan dat appellante A als projectontwikkelaar het initiatief heeft genomen tot het ontwikkelen van het project op de genoemde locatie door onder meer de aankoop van grond, dat appellante A door beheersmaatregelen, te weten de financiering, grip op het project heeft gehouden en dat bedrijf A weliswaar met de verkrijgers van de woningen in het pand de koop- en aannemingsovereenkomsten heeft gesloten, maar dat de betalingen van de termijnen door de kopers via appellante A zijn gegaan. Appellante A heeft voorts activiteiten ondernomen om de verkoop van die woningen te bewerkstelligen, promotieactiviteiten ondernomen, opdrachten aan de makelaar en notaris gegeven, de werkzaamheden van de makelaar gecontroleerd, de gehele facturering aan de verkrijgers verzorgd, de debiteurenadministratie gevoerd, btw afgedragen en zorg voor afname van de door bedrijf A onverkochte woningen gedragen. Bovendien diende bedrijf A al hetgeen van belang was inzake de bouwactiviteiten aan appellante A te rapporteren, zo voert de minister aan. De stelling van appellante A, dat ten tijde van de controle 88% van de woningen in handen was van particulieren en de resterende 12% was verkocht, maar nog niet was geleverd, doet aan het werkgeverschap van appellante A niet af, aangezien de door de vreemdelingen verrichte arbeid, gelet op de verwevenheid van haar belangen in het project, mede ten behoeve van appellante A is verricht, aldus de minister. Dat appellante A, naar zij stelt, niet in staat zou zijn geweest om te controleren op naleving van de Wav, laat volgens de minister onverlet dat het op haar weg had gelegen maatregelen te treffen ter voorkoming van overtreding van de Wav.

### **2.3.1.**

Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de artikelen 1 en 2 van de Wav (*Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 13*) volgt dat diegene die een vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten vergunningplichtig werkgever is en dat deze werkgever te allen tijde verantwoordelijk is voor en aanspreekbaar op het al dan niet aanwezig zijn van de benodigde tewerkstellingsvergunning. Of sprake is van een arbeidsovereenkomst of gezagsverhouding is daarbij niet relevant. Het feit dat in opdracht of ten dienste van een werkgever arbeid wordt verricht is voor het feitelijk werkgeverschap reeds voldoende (*Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 5, blz. 2*).

### **2.3.2.**

Hoewel uit de bij het boeterapport gevoegde 'Overeenkomst voor financiering van de bouw van 43 appartementen (...) te Diemen' tussen appellante A en bedrijf A van 21 september 2005 (hierna: de financieringsovereenkomst) en de daarbij behorende bijlagen, waaronder de overeenkomst inzake planovername, blijkt dat appellante A het door haar ontwikkelde bouwplan voor het project aan bedrijf A heeft verkocht en in eigendom heeft overgedragen, is de rol van appellante A bij de uitvoering van het project zodanig dat grond bestaat voor het oordeel dat de door de vreemdelingen verrichte arbeid ten dienste van appellante A is verricht, en zij derhalve als werkgever in de zin van de Wav dient te worden aangemerkt.

Hiertoe is van belang dat appellante A het project heeft geïnitieerd door de ontwikkeling van het bouwplan, de aankoop van de grond waarop het bouwplan is gerealiseerd en de aanvraag van een bouwvergunning. Tevens is van belang dat in de financieringsovereenkomst is bepaald dat appellante A zorg draagt voor de afname van de, na bouwkundig gereedkomen van het project, nog onverkochte woningen en de kosten draagt voor het in stand houden van de nog onverkochte woningen in de periode na bouwkundig gereedkomen tot oplevering aan de verkrijgers. Ook is van belang dat in de financieringsovereenkomst is bepaald dat appellante A de activiteiten onderneemt die noodzakelijk zijn om de verkoop van de woningen te bewerkstelligen, waaronder de promotie en de opdrachten aan de makelaar en notaris, waarvan bedrijf A bovendien expliciet is uitgezonderd. In dit kader zal blijken de financieringsovereenkomst onder meer de verkoop van de te bouwen woningen geschieden door bemiddeling van een door appellante A aan te wijzen makelaar, die zal trachten primair met de te komen tot een arrangement betreffende onder meer hypothecaire leningen en verzekeringen. Eveneens is in aanmerking genomen dat bedrijf A aan appellante A dient te rapporteren over de voortgang en al hetgeen van belang is aangaande het ontwikkelingsproces en de bouwactiviteiten.

Dit in aanmerking genomen en gelet op het hiervoor onder 2.3.1 vermelde ruime werkgeversbegrip, heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat appellante A niet als werkgever in de zin van de Wav kan worden aangemerkt. Dat, naar appellante A stelt, voormelde activiteiten, met uitzondering van de regeling omtrent de hypotheek, uit de rol als financier van het project zijn voortgevloeid en ter beheersing van de financiële risico's hebben gediend, doet hier, gelet op het ruime werkgeversbegrip van de Wav, niet aan af. Deze activiteiten wijzen op een mate van invloed van appellante A op de totstandkoming en het verloop van het project die loutere financiering te boven gaat.

Het betoog slaagt.

## **2.4.**

Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, overweegt de Afdeling ten aanzien van het beroep van appellante A tegen het besluit van 2 november 2009, voor zover daarop na het vorenstaande nog moet worden beslist, als volgt.

## **2.5.**

Appellante A heeft in beroep betoogd dat de overtreding haar niet kan worden verweten, aangezien zij geen betrokkenheid bij en zeggenschap over het feitelijke bouwproces heeft gehad.

### **2.5.1.**

Het gaat bij het opleggen van een boete wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, en 15, tweede lid, van de Wav om de aanwending van een bevoegdheid van de minister. De minister moet bij de aanwending van deze bevoegdheid het bepalen van de hoogte van de boete afstemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij moet rekening worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

Ingevolge de verplichting hem opgelegd in artikel 19d, derde lid, van de Wav, heeft de minister beleidsregels vastgesteld waarin de boetebedragen voor de overtredingen zijn vastgesteld. Deze beleidsregels zijn door de Afdeling als zodanig niet onredelijk bevonden (zie onder meer de uitspraak van 23 juni 2010 in zaak nr. 200908558/1/V6). Ook bij de toepassing van deze beleidsregels en de daarin vastgestelde boetebedragen dient de minister in elk voorkomend geval te beoordelen of die toepassing strookt met de hiervoor bedoelde eisen die aan de aanwending van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete moeten worden gesteld. Indien dat niet het geval is, dient de boete, in aanvulling op of in afwijking van het beleid, zodanig te worden vastgesteld dat het bedrag daarvan passend en geboden is.

De rechter toetst zonder terughoudendheid of het besluit van het bestuur met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en dus leidt tot een evenredige sanctie.

### **2.5.2.**

Zoals de Afdeling in de uitspraak van 12 maart 2008 in zaak nr. 200704906/1 (AB 2009/111, *red.*) heeft overwogen, wordt in situaties waarin sprake is van het volledig ontbreken van verwijtbaarheid van boeteoplegging afgezien. Hiertoe dient de werkgever aannemelijk te maken dat hij al hetgeen redelijkerwijs mogelijk was heeft gedaan om de overtreding te voorkomen. Een verminderde mate van verwijtbaarheid kan aanleiding geven de opgelegde boete te matigen.

### **2.5.3.**

Op grond van de financieringsovereenkomst heeft bedrijf A de activiteiten verricht welke noodzakelijk waren om het project te realiseren. Niet valt in te zien dat appellante A in dat verband geen afspraken kon maken met bedrijf A om te voorkomen dat bij de uitvoering van het project vreemdelingen zonder tewerkstellingsvergunning arbeid zouden verrichten. Appellante A heeft niet bedongen dat bedrijf A erop toe zou zien dat vreemdelingen gerechtigd zijn hier te lande arbeid te verrichten. Appellante A heeft evenmin met bedrijf A afspraken gemaakt over de wijze waarop dat toezicht zou worden uitgeoefend. Gelet hierop is niet aannemelijk geworden dat appellante A al hetgeen redelijkerwijs mogelijk was heeft gedaan om de overtreding van de Wav te voorkomen en is evenmin sprake van een verminderde mate van verwijtbaarheid.

Het betoog faalt.

## 2.6.

Appellante A heeft voorts in beroep betoogd dat de redelijke termijn bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM) is overschreden. Volgens appellante A heeft de redelijke termijn op 22 november 2007 een aanvang genomen, aangezien op die datum belanghebbende is gehoord en hem is medegedeeld dat appellante A werd verdacht van overtreding van de Wav, zodat zij in redelijkheid hieraan de verwachting kon ontlenen dat aan haar een boete zou worden opgelegd. Ook indien de redelijke termijn een aanvang heeft genomen met de boetekennisgeving van 12 maart 2008 is de redelijke termijn overschreden, aldus appellante A.

### 2.6.1.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer de uitspraak van de Afdeling van 24 december 2008 in zaak nr. 200803437/1), is de redelijke termijn, bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het EVRM overschreden, indien de duur van de totale procedure onredelijk lang is. Voorts heeft, zoals volgt uit de jurisprudentie van de Afdeling (onder meer de uitspraak van de Afdeling van 9 september 2009 in zaak nr. 200809215/1/V6), voor de beslechting van het geschil in eerste aanleg als uitgangspunt te gelden dat deze niet binnen een redelijke termijn geschiedt, indien de rechtbank niet binnen twee jaar nadat die termijn is aangevangen uitspraak doet en dat deze termijn aanvangt op het moment dat vanwege het betrokken bestuursorgaan jegens de beboete persoon een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting kan ontlenen dat aan hem een boete zal worden opgelegd.

In de gevallen waarin de redelijke termijn met niet meer dan zes maanden is overschreden, wordt de boete verminderd met 5%.

### 2.6.2.

Zoals de Afdeling evenzeer eerder heeft overwogen (uitspraak van 9 december 2009 in zaak nr. 200900175/1/V6) wordt in de regel eerst met de in artikel 19 van de Wav bedoelde kennisgeving van de boete jegens de beboete een handeling verricht waaraan deze de verwachting kan ontlenen dat hem een boete zal worden opgelegd. In de grote meerderheid van de gevallen zal derhalve de dag waarop deze kennisgeving wordt gedaan gelden als het tijdstip waarop de redelijke termijn, bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het EVRM een aanvang neemt. Zoals ook tot uitdrukking is gebracht in de geschiedenis van de totstandkoming van de Wav (*Kamerstukken II 2003/04, 23 523, nr. 3, p. 14*) valt evenwel niet uit te sluiten dat in een concreet geval sprake is van specifieke omstandigheden waarbij, in afwijking van voormeld uitgangspunt, reeds voordat de boetekennisgeving wordt gedaan, jegens de beboete een concrete handeling wordt verricht waaraan hij in redelijkheid de verwachting kan ontlenen dat hem een boete zal worden opgelegd. In de bij het boeterapport gevoegde verklaring van belanghebbende van 22 november 2007 is vermeld dat één van de inspecteurs heeft medegedeeld dat appellante A als werkgever wordt gezien en dat een boeterapport gericht aan haar zal worden opgemaakt. Deze enkele mededeling is te onbepaald van aard om als een handeling in voormelde zin te kunnen worden aangemerkt. Anders dan appellante A betoogt, heeft voormeld verhoor op 22 november 2007 derhalve niet tot gevolg gehad dat de redelijke termijn toen een aanvang heeft genomen.

### 2.6.3.

Aangezien appellante A aan de boetekennisgeving van 12 maart 2008 wel in redelijkheid de verwachting heeft kunnen ontlenen dat haar een boete zou worden opgelegd, is de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het EVRM op dat moment aangevangen. De rechtbank heeft op 22 juni 2010 uitspraak gedaan. Op dat moment was de redelijke termijn bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het EVRM met ruim drie maanden overschreden. Gegeven het in 2.6.1. overwogene, dient de boete met 5% te worden verminderd. Naast deze vermindering is voor schadevergoeding op de voet van artikel 8:73 van de Algemene wet bestuursrecht wegens overschrijding van de redelijke termijn geen plaats.

Het betoog slaagt.

## 2.7.

Gegeven hetgeen in 2.6.3. is overwogen, zal de Afdeling het beroep van appellante A tegen het besluit van 2 november 2009 gegrond verklaren en dat besluit vernietigen. De Afdeling zal op de hierna te melden wijze in de zaak voorzien en bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit.

## 2.8.

De minister dient op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld.

## 3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;  
recht doende:

### I.

verklaart het hoger beroep gegrond;

**II.**

vernietigt de uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 22 juni 2010 in zaak nr. 09/4950;

**III.**

verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond, voor zover het de hoogte van de boete betreft;

**IV.**

vernietigt het besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 november 2009, kenmerk WBJA-JA-WAV 2008/27878/BOB, voor zover het de hoogte van de boete betreft;

**V.**

herroept het besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 25 augustus 2008, kenmerk 070800381/03, voor zover het de hoogte van de boete betreft;

**VI.**

bepaalt dat het bedrag van de boete wordt vastgesteld op € 18.050 (zegge: achttienduizend vijftig euro);

**VII.**

bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het besluit van 2 november 2009, voor zover het de hoogte van de boete betreft;

**VIII.**

veroordeelt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van bij appellante A in verband met de behandeling van het beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 874 (zegge: achthonderd vierenzeventig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

**IX.**

gelast dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan appellante A het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 297 (zegge: tweehonderdzevenennegentig euro) voor de behandeling van het beroep vergoedt.

## **Noot**

**Auteur:** C.M. Saris

**1.**

Deze en de hierna volgende uitspraken zijn opgenomen, omdat zij interessant zijn met het oog op de reikwijdte van het werkgeversbegrip in de Wet arbeid vreemdelingen ('Wav'). In de uitspraak van 12 januari 2011 ging het over een boete van € 4.000 die de Minister van SZW ('Minister') had opgelegd aan eenmanszaak 'bl-escort' voor het tewerkstellen van een escortdame uit Roemenië. In bovenstaande uitspraak van 6 april 2011 had een projectontwikkelaar een boete van € 19.000 opgelegd gekregen voor onder meer het zonder vergunning tewerkstellen van vreemdelingen die op een bouwplaats door een aannemer waren ingeleend om opruimwerkzaamheden te verrichten. De Afdeling komt tot de conclusie dat bl-escort geen werkgever is, omdat er geen sprake is van een gezagsverhouding tussen de escortdame en het bemiddelingsbedrijf en in de andere uitspraak oordeelt zij dat de projectontwikkelaar die geen gezagsrelatie had met de vreemdelingen wél werkgever is in de zin van de Wav. Twee opmerkelijke uitspraken?

**2.**

Het werkgeversbegrip in de Wav blijkt in de praktijk (nog steeds) tot de nodige discussie te leiden. Onder werkgever verstaat art. 1 sub b onder 1 Wav: degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten. Daaronder valt zowel de formele werkgever (degene die een arbeidsovereenkomst heeft met de werknemer) als de feitelijke werkgever (*Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 13/14*).

**3.**

In de wetsgeschiedenis is bepaald dat het gaat om een ruim werkgeversbegrip. In de memorie van antwoord staat over de reikwijdte van het werkgeversbegrip "met de ruimere definitie van het begrip werkgever kan nu ook het verschijnsel van het tewerkstellen van buitenlanders als zelfstandigen worden aangepakt. Door de gekozen definitie is iedereen werkgever die een



ander in het kader van ambt, beroep of bedrijf arbeid laat verrichten. Of er sprake is van een arbeidsovereenkomst of gezagsverhouding is daarbij niet meer van belang. Immers alleen het feit dat er in opdracht of ten dienste van een werkgever arbeid wordt verricht is voor het feitelijk werkgeverschap reeds voldoende" (*Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 5, p. 2*).

#### 4.

In de zaak van bl-escort ging het om een bedrijf dat bemiddelde voor escortdames. Bl-escort was beboet omdat zij bemiddelde voor een vreemdelinge/escortdame uit Roemenië. De escortdame in kwestie had overigens een tewerkstellingsvergunning als zelfstandige, maar via bl-escort kreeg zij gemiddeld twee à drie keer per week klanten. De werkzaamheden van bl-escort betroffen het maken van afspraken tussen een klant en een escortdame, het bepalen van de prijs en het wegbrengen van de escortdame naar het besproken adres. Van het bedrag dat de klanten betaalden, ontving bl-escort een vast bedrag. Verder adverteerde bl-escort voor de dames. De afspraken over de handelingen die de dames al dan niet wilden verrichten, lagen schriftelijk vast.

#### 5.

De Rechtbank Rotterdam had het beroep van bl-escort gegrond verklaard en de boete herroepen (uitspraak niet gepubliceerd). De Rechtbank had geoordeeld dat de vreemdeling de werkzaamheden als zelfstandige heeft verricht en dat bl-escort slechts bemiddelde. De Minister ging in hoger beroep, maar ving opmerkelijk genoeg bot bij de Afdeling. De (meervoudige kamer van de) Afdeling komt tot de conclusie dat bl-escort geen werkgever is, omdat er onvoldoende aanknopingspunten zouden zijn voor het oordeel dat sprake is van een gezagsverhouding tussen bl-escort en de desbetreffende escortdame. De Afdeling achtte daartoe onder meer van belang dat het de vreemdeling vrijstond om de afspraak te weigeren, dat de escortdame meer kon verdienen voor extra handelingen en dat bl-escort een standaardbedrag verdiende met de bemiddeling. Over die conclusie valt absoluut anders te denken. Alleen op basis van de wettekst zou je verwachten dat bl-escort als werkgever zou worden aangemerkt. Bl-escort laat immers in de uitoefening van zijn bedrijf een ander arbeid verrichten. Dat de vreemdelinge in kwestie (ook) als zelfstandige werkt en daarvoor een tewerkstellingsvergunning heeft, doet daaraan mijns inziens niet af, omdat de werkzaamheden plaatsvonden via bl-escort. Bovendien heeft de wetgever expliciet overwogen dat een gezagsverhouding niet relevant is voor het werkgeversbegrip. De door de Afdeling relevant geachte omstandigheden zouden op basis van de wetsgeschiedenis juist pleiten voor de stelling dat bl-escort werkgever is.

#### 6.

De tweede uitspraak verbaast weliswaar in het licht van de hiervoor besproken zaak, maar ligt wel in lijn met de principiële uitspraak van de Afdeling van 17 maart 2010 (*AB 2010/184*) waarin zij het 'invloedcriterium' introduceerde ten aanzien van de vraag wanneer een (rechts)persoon die op grote(re) afstand van de vreemdelingen staat als feitelijk werkgever kan worden aangemerkt. In ieder geval moeten (project)ontwikkelaars en banken zich bij het sluiten van (financierings)contracten in verband met de realisatie van een bouwproject, dat zij niet zelf uitvoeren, ook bewust zijn van de implicaties die de Wav voor hen meebrengen.

#### 7.

In hierboven vermelde uitspraak had de Minister de projectontwikkelaar in kwestie beboet voor de omstandigheid dat vreemdelingen zonder tewerkstellingsvergunning op een bouwplaats opruimwerkzaamheden hadden verricht (welke overtreding beboetbaar is gesteld in art. 2 jo art. 1 lid 1 sub b jo. art. 18 lid 1 Wav) en het niet opnemen van een kopie van het identiteitsdocument van de vreemdelingen in zijn administratie (welke overtreding beboetbaar is gesteld in art. 15 lid 2 jo. art. 18 lid 1 Wav). De vreemdelingen in kwestie waren in dienst bij onder meer een asbestverwijderingsbedrijf. De aannemer die het bouwplan realiseerde, had de vreemdelingen ingeleend op zijn bouwplaats in Diemen. Ten tijde van de overtreding was de ontwikkelaar eigenaar van 12% van de door aannemer gebouwde appartementen.

#### 8.

De Rechtbank Arnhem oordeelde dat de projectontwikkelaar geen werkgever was en dat de boetes daarom ten onrechte waren opgelegd (*Rb. Arnhem 22 juni 2010, LJN BN2440*). Daartoe achtte de Rechtbank het van belang dat de ontwikkelaar geen opdracht had gegeven tot het verrichten van de bouwwerkzaamheden, het enkele ontwikkelen van een bouwproject (onder andere het indienen van de bouwaanvraag) in een te verwijderd verband staat tot het daadwerkelijk uitvoeren van de bouwwerkzaamheden en het niet gebleken was dat de projectontwikkelaar niet de bevoegdheid had dan wel in staat was de arbeid van de vreemdelingen te verhinderen. Uit de financieringsovereenkomst kon volgens de Rechtbank ook geen werkgeverschap worden afgeleid, omdat niet viel in te zien dat de ontwikkelaar binnen die overeenkomst invloed had kunnen uitoefenen ter voorkoming van de illegale tewerkstelling.

#### 9.

De Afdeling kwam op basis van de financieringsovereenkomst wèl tot de conclusie dat de ontwikkelaar als werkgever kon worden aangemerkt. Volgens de Afdeling was de rol van de projectontwikkelaar zodanig dat de door de vreemdelingen verrichte arbeid ten dienste van de ontwikkelaar is verricht. Daartoe achtte de Afdeling van belang dat de ontwikkelaar de gronden heeft aangekocht, de aanvraag om een bouwvergunning heeft ingediend en de ontwikkelaar (blijkens de

financieringsovereenkomst) de niet verkochte woningen zou terugkopen, de ontwikkelaar de promotie exclusief regelt, de makelaar aanwijst die de verkoop van de woningen begeleidt en dat de bouwer aan de ontwikkelaar dient te rapporteren over de voortgang van de bouwactiviteiten. Deze activiteiten wijzen volgens de Afdeling op een mate van invloed van de ontwikkelaar op de totstandkoming en het verloop van het project die loutere financiering te boven gaat. Dat er geen sprake was van een gezagsverhouding tussen de ontwikkelaar en de vreemdelingen die door de aannemer waren ingeleend doet hier dus niet terzake en is (opmerkelijk genoeg) ook niet onderzocht door de Afdeling.

#### 10.

In elk geval leidt het 'invloedcriterium' tot een voor de praktijk bizarre situatie. Hoe zou de Afdeling de zaak hebben beoordeeld wanneer de Minister ook alle andere (vermoedelijk particuliere) eigenaren van de woningen als werkgever van de vreemdelingen had beboet? Misschien dat herijking van het werkgeversbegrip in het kader van de implementatie van Richtlijn 2009/52/EG (tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen (*PB L 168/24*)) voor gevallen zoals deze mede daarom in de rede ligt (*Kamerstukken II 2010/11, 32 843, nr. 2*)?

#### 11.

Wat voor de praktijk van belang is, is dat bedrijven zich moeten realiseren dat wanneer zij indirect te maken hebben met het tewerkstellen van werknemers zij hun contracten 'Wav-proof' moeten maken. Op basis van de huidige lijn in de jurisprudentie is het zo dat werkgevers alleen in dat geval een goed verhaal hebben wanneer zij zich in het kader van de verwijtbaarheid/evenredigheid van boetes op boetematiging of nihilstelling beroepen. Uiteraard hebben die bedrijven dan wel de medewerking nodig van hun contractspartij, wat niet altijd het geval zal zijn. Zie hierover nader de annotatie van O.J.D.M.L. Jansen van ABRvS 14 september 2011, *AB 2011/294*.

#### 12.

Op basis van de huidige jurisprudentie moet een 'Wav-proof' contract aan nogal wat voorwaarden voldoen, wil een beroep op afwezigheid van verwijtbaarheid slagen. Werkgevers zullen in hun contracten uitdrukkelijk moeten bedingen dat de wederpartij (en de door hem ingeschakelde bedrijven) de Wav moet(en) naleven (ABRvS van 17 maart 2010 *LJN BM3244 AB 2010/184*, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen). Verder moeten in het contract afspraken worden gemaakt over de wijze waarop de wederpartij toezicht uitoefent op de naleving van de Wav (ABRvS van 4 mei 2010, *AB 2010/184*). Voor een van de weinige zaken waar het contract wel voldeed, kan gewezen worden op ABRvS 23 september 2009, *AB 2009/401*, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. De jurisprudentie heeft de Minister inmiddels ook verankerd in de toelichting op artikel 9 van zijn nieuwe Beleidsregels boeteoplegging Wav ('Beleidsregels') van 27 oktober 2011 (Stcrt. 2011 nr. 19841).

#### 13.

Een 'Wav-proof' contract alleen is niet voldoende; de werkgever moet blijkens de jurisprudentie van de Afdeling ook laten zien daadwerkelijk toezicht/controle uit te voeren op de naleving van de Wav (onder andere ABRvS van 4 mei 2010, *AB 2010/184*, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ABRvS van 23 september 2009, *AB 2009/401*, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en ABRvS van 17 maart 2010 *LJN BM3244, AB 2010/184*, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen). Overigens leidt het controlevereiste in de praktijk tot nogal wat problemen, zeker wanneer de tewerkstelling zich op grote afstand van een werkgever afspeelt.

#### 14.

Waarom een controle precies moet voldoen zodat een werkgever zich met succes op het evenredigheidsbeginsel of de afwezigheid van/verminderde verwijtbaarheid kan beroepen, bestaat helaas nog geen duidelijkheid. Het had mijns inziens op de weg van de Minister gelegen om daarover in de Beleidsregels duidelijkheid te bieden. De Minister volstaat enkel met de opmerking in de toelichting bij artikel 9: 'ook gedurende de uitvoering van het werk, zal een opdrachtgever zich er met regelmaat van moeten vergewissen dat het bedrijf, dat hij voor de uitvoering van het werk inschakelt, zich gedurende de gehele duur van de opdracht inzet om aan de eisen van de Wav te voldoen.'

#### 15.

Dit betekent dat het voor werkgevers nog lang onduidelijk zal blijven wanneer zij verschoond zullen blijven van Wav-boetes. Het zou de praktijk beslist helpen wanneer de Afdeling in een volgende zaak kritischer naar de Beleidsregels kijkt.

#### 16.

Deze uitspraak is ook gepubliceerd in *JV 2011/216*.

Voetnoten

[\[1\]](#) Christien Saris is advocaat bij Stibbe.