

Wet arbeid vreemdelingen: niet langer in beton gegoten



Voor veel ondernemingen actief in de bouw is de Wet arbeid vreemdelingen ('Wav') geen onbekende. Hoewel de Wav in beginsel geldt voor elke werkgever in Nederland, is het met name de bouwsector die buitengewoon getroffen wordt door de gevolgen van deze wet. In deze bijdrage bespreken wij de achtergrond van de Wav, de ruime reikwijdte en de mogelijkheid om boetes contractueel in de keten door te zetten. Eveneens bespreken wij de recente geluiden uit verschillende (Europese) rechtscolleges die het noodzakelijk om kritisch te kijken naar de Wav, en daarmee ook naar de boetes die op basis daarvan worden opgelegd.

1. Ruim werkgeversbegrip en ketenaansprakelijkheid

Het hoofdartikel uit de Wav is artikel 2, waarin wordt bepaald dat het een werkgever verboden is een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning of zonder dat een vreemdeling in het bezit is van een gecombineerde vergunning voor werkzaamheden bij die werkgever. Onder vreemdeling wordt elke individu verstaan die niet de nationaliteit heeft van een lidstaat bij de Europese Economische Ruimte (EER), alsmede, in elk geval tot 1 januari 2016, elke onderdaan uit Kroatië. De Wav geeft enkele uitzonderingen (artikel 3 lid 1) op de verplichting tot een tewerkstellingsvergunning, bijvoorbeeld voor zelfstandigen en kennismigranten.¹

Een verschil met veel andere wetten is het werkgeversbegrip in de Wav. Binnen de Wav is de werkgever 'degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten'. Het hebben van een arbeidsovereenkomst met de vreemdeling is niet vereist om als werkgever te worden beschouwd. Deze opzet heeft ketenwerkgeverschap tot gevolg. Ten aanzien van één vreemdeling (bijvoorbeeld een staalvlechter of steigerbouwer van een onder-onder-onderaannemer), gelden *alle* (!) partijen in de keten (denk aan opdrachtgever/projectontwikkelaar, hoofd- en onderaannemers) als Wav-werkgever. Denkbaar is ook dat meerdere nevenaannemers, om een inkoop- en efficiëntievoordeel te behalen, steigerwerk-

werkzaamheden laten verrichten door een en dezelfde steigerbouwer die op zijn beurt weer gebruikmaakt van een onderaannemer die weer gebruikmaakt van vreemdelingen zonder tewerkstellingsvergunning, ofwel 'illegalen'. Dan hebben dus ook alle nevenaannemers en hun opdrachtgever te gelden als werkgever. Eén illegaal werd in een geschil waar wij afgelopen jaren een van de vele nevenaannemers bijstonden geacht wel acht werkgevers te hebben. Dat is dan kassa voor de overheid.

Het uitgangspunt van de Wav is namelijk dat iedere werkgever in de keten een eigen verplichting heeft om te voldoen aan de eisen van de Wav. Indien geen van de werkgevers binnen deze keten een tewerkstellingsvergunning heeft ten aanzien van de werkzaamheden van deze vreemdeling, worden alle 'werkgevers' in de keten in gelijke zin beboet voor overtreding van de Wav. De boete voor het tewerkstellen van een vreemdeling zonder benodigde vergunning is momenteel € 12 000 en wordt opgelegd door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW). Bij recidive stijgt het boetebedrag. Hoewel de boete gematigd kan worden indien sprake is van verminderde verwijtbaarheid, blijkt uit de rechtspraak dat dit maar zelden het geval is. De rechtspraak stelt zware en vaak commercieel onhaalbare eisen aan werkgevers aan het beroep op verminderde verwijtbaarheid, waardoor werkgevers met weinig succes kunnen beargumenteren verminderd verwijtbaar te zijn.² Het argument van opdrachtgever of hoofdaannemer dat zij niet (voldoende) wisten wie er door de onderaannemer werd ingezet op de bouwplaats, is in elk geval onvoldoende. De (keten)werkgever zal ten minste moeten aantonen dat hij dagelijks controleert (of zorg draagt voor controle) of vreemdelingen werkzaamheden verrichten ten behoeve van hem, en zo ja of de vereiste vergunning aanwezig is. Een verregaande procedure om illegale arbeid te voorkomen is noodzakelijk om met succes onder (een deel van) de boete uit te komen. De wetgever is naar ons vermoeden nooit op een bouwplaats geweest en verlangt de facto universitair geschoolde beveiligers en paspoortscans op ieder werk.

2. Doorzetten van boetes

Omdat het gros van de werkgevers zich wel bewust is van deze ketenaansprakelijkheid en meer dan uitdagende controle aan de poort, zien wij in veel contracten (bijvoor-

* Mr. J.O. Berlage en mr. N. Koene zijn advocaat bij CMS.

1. Het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen benoemt additionele uitzonderingsgronden op de hoofdregel.

2. Een nadere uiteenzetting van de inspanningsverplichtingen voor werkgevers is terug te vinden op www.weethoehet.nl en is besproken door A. Avci & N. Koene, 'Wet arbeid vreemdelingen: Alert anno 2014!', *ArbeidsRecht* 2014/32.

beeld tussen hoofdaannemer en onderaannemer) terug dat eventuele Wav-boetes worden doorbelast richting de partij waar de vreemdeling (zonder vergunning) in dienst is, en waar dan ook de 'oorsprong' van de boeteketen ligt. Over de geldigheid van dergelijke clausules bestaat momenteel discussie tot op het niveau van de Hoge Raad. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft deze zomer een prejudiciële vraag gesteld aan de Hoge Raad, met het verzoek zich uit te spreken over de legitimiteit van het civiel, contractueel doorbelasten van Wav-boetes aan ketenpartners.³ Achtergrond hiervan is dat de wetgever met een bestuurlijke boete beoogt dat de wetsovertreder die ook zelf in zijn eigen vermogen zal voelen, onder meer als prikkel en afschrikking om in volgende aangelegenheden geen overtreding meer te begaan. Het wettelijk stelsel zou kunnen worden belemmerd, bedreigd of ondermijnd, als de boete te gemakkelijk kan worden doorgezet naar een andere partij. De vraag die nu concreet bij de Hoge Raad voorligt, is of een contractuele civielrechtelijke bepaling, voor zover die bepaling betrekking heeft op de mogelijkheid van verhaal op de medecontractant van een bestuursrechtelijk opgelegde boete krachtens de Wav vanwege eigen schendingen van bepalingen van die wet, nietig is wegens strijd met de wet, openbare orde of goede zeden als bedoeld in artikel 3:40 Burgerlijk Wetboek. Aardig gek.

Het te gemakkelijk (kunnen) doorzetten van boetes ondermijnt wellicht in enige mate de effectieve bestrijding van de tewerkstelling van vreemdelingen, maar anderzijds blijven ketenwerkgevers, ook indien boetes worden doorgezet, gewoon de financiële nadelen ondervinden van een boeteoplegging. Ongeacht welke contractuele afspraken onderling zijn gemaakt worden de Wav-boetes aan elke individuele werkgever in de keten opgelegd. Indien de eigen boete wordt doorgezet naar de contractant en deze niet vrijwillig voldoet, is het aan de partij waar de bestuurlijke boete is opgelegd, om een civiele procedure te entameren. Dan is nog niets gezegd over het verhaalsrisico als zodanig; let wel dat inherent aan deze problematiek is dat veelal in meer of mindere mate sprake is van buitenlandse partijen. Dit alles kost tijd, geld en energie wat voor voldoende prikkels zou moeten zorgen bij werkgevers om de Wav na te leven, ook indien de boete uiteindelijk kan worden doorgezet. Daarnaast blijft de ketenwerkgever het risico houden dat de boete niet langer verhaalbaar is binnen de keten (faillissement) en kan overtreding van de Wav tegenwoordig eveneens leiden tot openbaarmaking, hetgeen ten minste reputatieschade tot gevolg heeft. Een contractuele clausule waarin de (betaling van de) Wav-boete wordt doorgezet, maakt dat niet anders.

Er wordt met belangstelling uitgekeken naar het arrest van de Hoge Raad, nu de impact, met name indien wordt geoordeeld dat doorzetten van boetes niet meer mogelijk is, groot is. Navraag bij de Hoge Raad leert dat er nog dit jaar een arrest wordt verwacht. Naar onze mening zou de rechtspraak in dezen de contractsvrijheid niet moeten beperken.

Een andere recente discussie over doorzetten van boetes draait om de vraag of de laagste partij in de keten (degene op wie de boetes door de ketenpartners zijn doorgezet), daarmee de eigen boete kan wegstrepen, althans kan beargumenteren dat daardoor haar eigen boete gematigd dient te worden. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (verder: ABRvS) heeft geoordeeld dat doorbelasting van andermans boetes niet kan leiden tot vernietiging of matiging van de eigen boete, omdat betaling van andermans boete 'een eigen keuze is geweest, die voortvloeit uit zakelijke motieven passend binnen een normaal ondernemersrisico'.⁴ De Rechtbank Overijssel had een en ander in overweging.⁵ In een geval waar één onderneming vijf boetes contractueel kreeg doorbelast; de Rechtbank Overijssel overwoog dat het nog maar zeer de vraag is of het betalen van andermans boete tot het normaal maatschappelijk risico mag worden gerekend. Waarom niet zou je zeggen, temeer daar de onderneming zelf debet was aan de aan diens opdrachtgevers opgelegde boete? De boete aan de onderneming zelf viel volgens de rechtbank in dit geval in het niet bij de doorbelaste boetes, waardoor de eigen boete als onevenredig werd aangemerkt en werd vernietigd. Dit was een trendbreuk in de rechtspraak en bleef begrijpelijk ook niet overeind. De ABRvS heeft de uitspraak inmiddels in hoger beroep vernietigd; de mogelijkheid tot matiging of vernietiging van de eigen boete bij forse doorbelastingen is van tafel. De ABRvS heeft het uitgangspunt van eerdere uitspraken aangehouden: het is de eigen verantwoordelijkheid van de Wav-werkgever om bij de aanvang van de arbeid en ook gedurende de arbeid na te gaan of aan de voorschriften van de wet wordt voldaan. Doorbelasting van boetes door andere ketenwerkgevers doet niets af aan de eigen verplichtingen.⁶ Dat lijkt ons dus – anders dan een mogelijk verbod op doorbelasten – terecht.

3. Wav strijdig met Europees recht

Niet alleen over (de geldigheid van) het verhalen van boetes heeft de rechter zich uitgesproken. Het afgelopen jaar zijn er meerdere uitspraken geweest, mede gestuurd vanuit Europa, die tornen aan het stringente toepassingsbereik van de Wav. Een voorbeeld daarvan is de uitspraak van de ABRvS.⁷ De ABRvS heeft de visie van het Hof van Justitie⁸ overgenomen, hetgeen in de praktijk mogelijkheden biedt voor (bouw)bedrijven die actief zijn in de grensoverschrijdende dienstverlening. Geoordeeld is dat artikel 56 en 57 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie meebrengen dat geen tewerkstellingsvergunning mag zijn vereist voor de tijdelijke terbeschik-

3. Hof 's-Hertogenbosch 30 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2432.

4. ABRvS 27 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2554.

5. Rb. Overijssel 18 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1392.

6. ABRvS 25 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:542.

7. ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4028.

8. HvJ EU 11 september 2014, C-91/13.

kingstelling van vreemdelingen door een in een lidstaat gevestigde onderneming aan een in een andere lidstaat gevestigde inlenende onderneming, zolang de vreemdelingen legaal wonen en werken in de uitlenende lidstaat. Het is nogal een puzzel, maar een voorbeeld kan verduidelijking brengen: een Ghanees (vreemdeling), die legaal woonachtig en werkzaam is in Duitsland (lidstaat), en die voor een werk in een andere lidstaat (Nederland) door de Duitse onderneming tijdelijk wordt ingezet bij een Nederlandse onderneming, terwijl de Ghanese werknemer wel voor rekening van de in Duitsland gevestigde onderneming blijft werken. In de bouw is deze constructies niet ongebruikelijk, zeker ingeval werken waar (een deel van) het werk aan (onder)aannemers uit ons omringende landen wordt opgedragen. Het Hof van Justitie en de ABRvS hebben ons inziens terecht geoordeeld dat voor dergelijke situaties het vereiste van een Nederlandse tewerkstellingsvergunning (bovenop het equivalent dat al is afgegeven in een andere lidstaat) een ongerechtvaardigde beperking zou betekenen van het Europees vrije dienstenverkeer. De nieuwe lijn in de rechtspraak geeft de bouw in elk geval meer ruimte, althans minder beperkingen om te contracteren in grensoverschrijdende sfeer, mits de vreemdeling daadwerkelijk een legale status heeft in de andere lidstaat natuurlijk.

Een nog recenter voorbeeld over de Europese invloed op de Wav is de uitspraak van Rechtbank Zeeland-West-Brabant, welke uitspraak immense gevolgen heeft voor boeteoplegging ten aanzien van Oost-Europese werknemers.⁹ In desbetreffende zaak is een boete opgelegd omdat twee Roemeense werknemers zonder tewerkstellingsvergunning gewerkt hebben in Nederland. De overtreding vond plaats in 2013, en op dat moment was voor Roemenen nog een tewerkstellingsvergunning verplicht. Hoewel Roemenië, net als Bulgarije, in 2013 reeds was toetredend tot de Europese Unie, was er voor onderdanen uit die landen een uitzondering gemaakt op de vrije toegang tot de Europese arbeidsmarkt. Het Toetredingsverdrag tot de Europese Unie voorziet in de mogelijkheid voor lidstaten om gedurende een periode van vijf jaar na toetreding de vrije toegang tot de arbeidsmarkt voor Roemenen en Bulgaren te beperken.¹⁰ Omdat Nederland gebruikt heeft gemaakt van bovengenoemde mogelijkheid, was het dat, ondanks lidmaatschap van de Europese Unie, tot 1 januari 2014 in Nederland een tewerkstellingsvergunning was vereist voor Roemeense en Bulgaarse werknemers. Overigens speelt een identieke situatie nu met Kroatië. Ondanks lidmaatschap van Kroatië bij de Europese Unie, mogen Kroaten niet zonder tewerkstellingsvergunning in Nederland werkzaam zijn, gebaseerd op de overgangsregels uit het Toetredingsverdrag van Kroatië.¹¹

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft deze beperking tot toetreding op de Nederlandse arbeidsmarkt als onrechtmatig gekwalificeerd. In het Toetredingsverdrag tot de Europese Unie van Roemenië, Bulgarije en Kroatië is opgenomen dat lidstaten (waaronder Nederland) ten aanzien van toegang tot de arbeidsmarkt geen beperkingen mogen opleggen die strikter zijn dan de beperkingen die gelden voor onderdanen van derde landen. Nu het echter zo is dat Japan (derde land) en Nederland een verdrag hebben die het Japanners in beginsel toelaat zonder tewerkstellingsvergunning te werken in Nederland,¹² hebben Japanse onderdanen een sterkere positie dan onderdanen uit toetredende lidstaten. Hoewel busjes met Japanse kentekenplaten een weinig voorkomend straatbeeld is kon de rechtbank niet anders concluderen dan dat de voorwaarden uit het Toetredingsverdrag zijn geschonden, nu kort gezegd voor Roemeense bouwvakkers (en daarmee feitelijk ook voor Bulgaren en Kroaten) er strengere voorwaarden gelden dan voor Japanse bouwvakkers; en dat is niet eerlijk. De tewerkstellingsvergunningplicht voor deze nationaliteiten is daarom in strijd met het Toetredingsverdrag en de boete die is opgelegd dient te worden terugbetaald door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Wij vermoeden dat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede gelet op het grote (financiële) belang, in hoger beroep gaat tegen de uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant. Indien de uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant echter wordt bevestigd door de ABRvS, betekent dit opnieuw een grote terechtwijzing – geïnspireerd op Europees recht – op de geldigheid van de Wav.

4. Conclusie

De rechtspraak omtrent de Wav is in beweging. De afgelopen twaalf maanden zijn meerdere belanghebbende uitspraken gepubliceerd die de reikwijdte van de Wav danig hebben aangetast. Nu is geoordeeld dat de Wav zich onder omstandigheden niet verhoudt tot de grondbeginselen van de Europese Unie, biedt dat meer mogelijkheden om met internationale partijen te contracteren. Tegelijkertijd is het uitzien naar de Hoge Raad die arrest wijst over de vraag of Wav-boetes bij ketenwerkgevers doorgezet mogen worden. Een ontkennend antwoord op deze vraag zal niet alleen een bom leggen onder de vele bestaande contracten, ook zal daarmee de rechtspraak zich naar onze mening te aanwezig mengen in de contractsvrijheid tussen private partijen.

9. Rb. Zeeland-West Brabant 24 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4991.

10. Toetreding van de Republiek Bulgarije en de Republiek Roemenië tot de Europese Unie – Toetredingsverdrag, protocol en de bijlagen (7411/05).

11. Toetredingsverdrag: Verdrag betreffende de toetreding van de Republiek Kroatië (14409/11).

12. Verdrag van handel en scheepvaart tussen het Koninkrijk der Nederlanden en Japan (*Stb.* 1913, 389).