

1. Deze uitspraak is uitstekend geschikt om als rechtshulpverlener de Wav kennis weer even op te halen. Er komt een hele rij aan onderwerpen aan bod. De Afdeling gaat nergens 'om' en geeft ook geen baanbrekend oordeel. Wel worden verschillende leerstukken nog eens helder uiteengezet, en een aantal andere onderwerpen (voor het eerst) verduidelijkt. In deze noot bespreek ik het werkgeversbegrip, de bewijslastverdeling, artikel 15a Wav en de AVG én de waarschuwing stillegging.

2. De zaak gaat over een transportonderneming (onderneming A) dat groottransport verzorgt. Een deel van die transportwerkzaamheden besteedt de onderneming uit aan andere bedrijven, zogenaamde charters (zoals onderneming B). De Arbeidsinspectie heeft onderzoek verricht naar charter B en vastgesteld dat charter B Turkse chauffeurs heeft laten werken zonder tewerkstellingsvergunning (TWV).

3. *Werkgeverschap*

Sinds de invoering van de bestuurlijke boete in de Wav is er sprake van een veel ruimer werkgeversbegrip dan in het civielrecht. Een ieder ten behoeve van wie de arbeid wordt verricht is aan te merken als werkgever in de zin van de Wet arbeid vreemdelingen, en kwalificeert daarmee als overtreder als er is gewerkt in strijd met artikel 2, eerste lid, Wav. In 2019 is daar een belangrijk kader bij gegeven, toen de Afdeling oordeelde dat dit ruime werkgeversbegrip niet betekent dat in het zakelijk verkeer iedere afnemer van een willekeurig product of een willekeurige dienst, ongeacht relevante feitelijke of juridische aanknopingspunten, in beginsel als werkgever in de zin van de Wav kan worden aangemerkt (ECLI:NL:RVS:2019:2924, ve19002502). Gelet op de bewijslastverdeling bij bestraffende sancties is het aan de Minister van SZW om te motiveren waarom er sprake is van aanwijzingen dat tussen een opdrachtgever en dienstverlener een zodanige relatie bestaat dat de opdrachtgever niet meer louter als afnemer van de dienst kan worden aangemerkt (ECLI:NL:RVS:2013:1598, ve13002086).

Of er sprake is van degelijke aanwijzingen hangt bijvoorbeeld af van de vraag of de opdrachtgever invloed kan uitoefenen op de wijze waarop het werk wordt uitgevoerd, of de werkzaamheden op de locatie van de opdrachtgever worden uitgevoerd, of het incidentele of terugkerende werkzaamheden betreft en of de werkzaamheden 'bedrijfseigen' zijn. In rechtsoverweging 5.3 overweegt de Afdeling in deze zaak dat er een vast samenwerkingsverband is ontstaan, met bijna dagelijkse transporten. De overeenkomst tussen A en B was niet zo algemeen dat onderneming A geen feitelijke bemoeienis met de uitvoering door bedrijf B had, en geen invloed kon uitoefenen op de naleving van de Wav door bedrijf B. Bovendien werden de werkzaamheden uitgeoefend op het terrein, en onder toezicht, van onderneming A. Onderneming A is 'meer dan alleen een afnemer' en daarom is onderneming A terecht als werkgever aangemerkt.

4. Dat is zeker geen nieuw oordeel, en past bij de bestaande lijn. De vertaling naar de praktijk is echter voor rechtshulpverleners soms lastig. Het werkgeverschap rijkt zó ver dat het voor personen en bedrijven zonder Wav kennis bijna niet voor te stellen is. Mijn ervaring leert dat het soms de nodige overredingskracht kost om partijen te overtuigen dat ze in bepaalde gevallen werkgever zijn, en dus een proces voor naleving van de Wav moeten hebben. Partijen geloven soms simpelweg niet dat ze voor zzp'ers die werkzaam zijn voor een onderaannemer van hun contractspartij in bepaalde situatie kunnen worden gezien als werkgever. De facto betekent deze lijn dat bedrijven als uitgangspunt moeten nemen om van iedereen die op het bedrijfsterrein of kantoor rondloopt te verifiëren of deze persoon in Nederland werkzaam mag zijn.

5. *Bewijs van overtreding*

Omdat bestuurlijke boetes op grond van de Wav een punitieve sanctie zijn in de zin van het EVRM, ligt de bewijslast voor de overtreding bij de Minister (zowel de boetes voor artikel 2 als artikel 15a). En dat is een hoge bewijslast. De Minister moet dit buiten twijfel bewijzen. Bij twijfel, valt het voordeel van de twijfel toe aan de vermeende overtreder (ECLI:NL:RVS:2020:604, onder 3.2). De rechtbank oordeelde in haar uitspraak in beroep dat de Minister voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat 10 betrokken vreemdelingen arbeid hebben verricht. Dat is een onjuiste maatstaf.

6. Bij het leveren van bewijs is in eerste instantie dus de Minister aan zet. In dit geval is er ter bewijs verwezen naar verklaringen van de wettelijke vertegenwoordiger van bedrijf B en documenten zoals bestuurderskaarten. De bewijsconstructie van de Minister komt er in dit geval kort gezegd op neer dat de ritten niet zijn gedaan door bedrijf C, dus dan moeten ze wel door bedrijf B zijn gedaan, door de genoemde chauffeurs (ook al ontbreken daar facturen voor).

7. Het is vervolgens aan de beboete onderneming om twijfel te zaaien over de feiten en veronderstellingen die de Minister presenteert. Daar slaagt onderneming A in. Daarom constateert de Afdeling dat er onvoldoende grond is voor het opleggen van de boetes (zowel artikel 2 als artikel 15a Wav). Kortom, het is voor de beboete onderneming voldoende om twijfel te zaaien. Als dat lukt kunnen de boetes niet in stand blijven.

8. *Bewaarplicht en AVG*

Artikel 15a Wav verplicht de werkgever (in de brede zin van de Wav, uiteraard) om binnen 48 uur na een vordering van de arbeidsinspectie de identiteit vast te stellen van een persoon van wie op grond van feiten en

omstandigheden het vermoeden bestaat dat deze arbeid heeft verricht, en een afschrift aan de Arbeidsinspectie te overleggen. Dit artikel is bedoeld om te voorkomen dat werkgevers van arbeidskrachten die zich aan een controle onttrekken (door weg te rennen bijvoorbeeld) of van wie om andere redenen niet kan worden vastgesteld of de Wav op hen van toepassing is, de dans ontspringen. Bij Nederlandse en Europese (EER, Zwitserland én Turkije) arbeidskrachten die niet direct in dienst zijn, mag de werkgever echter geen kopie van het ID bewijs bewaren. Dat maakt het voldoen aan artikel 15a in praktijk in sommige gevallen onmogelijk. In een zaak bij de Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 20 februari 2024 (ECLI:NL:RBZWB:2024:1272) oordeelde de Rechtbank dat in het geval van degelijke arbeidskrachten inderdaad geen kopie ID mag worden opgenomen in de administratie, maar dat de Arbeidsinspectie desondanks een afschrift kan vorderen. Het feit dat de werkgever dit afschrift niet mocht bewaren moet dan meewegen in de verwijtbaarheid. Het kan dus zijn dat je als werkgever een vordering krijgt om binnen 48 uur een kopie ID bewijs te overleggen van een zzp'er die 4 jaar geleden een dag iets is komen repareren, terwijl je die kopie niet mocht bewaren. Kun je dat niet, dan bega je een overtreding van artikel 15a Wav. In de genoemde uitspraak oordeelde de rechtbank gelukkig wel dat er sprake was van het volledig ontbreken van de verwijtbaarheid. Maar wat mij betreft is de wetgever aan zet, om deze spagaat voor de werkgevers op te lossen. Er zal onderscheid gemaakt moeten worden tussen het vorderen van kopie ID bewijzen van personen waarvan de kopie *moet* worden bewaard en die personen waarvan dat niet *mag* worden bewaard.

9. Dan terug naar deze zaak. De werkgever is van mening dat artikel 15a Wav onverbindend moet worden verklaard vanwege strijd met de AGV. De conclusie van de Afdeling is dat artikel 15a Wav een wettelijke grondslag creëert voor het verwerken van identiteitsgegevens zoals bedoeld in artikel 6, eerste lid, aanhef en onder c van de AVG. Bovendien oordeelt de Afdeling dat er hier sprake is van een gerechtvaardigd belang, namelijk het kunnen controleren (door de Arbeidsinspectie) of iemand in Nederland arbeid mag verrichten. De Afdeling geeft een impliciete opening voor andere zaken, door uit te leggen dat in dit geval de werkgever niet 'aannemelijk' heeft gemaakt dat het Europese onderdanen betrof. De boete blijft dan ook in stand. Kennelijk kan de boete anders uitpakken, zoals we zagen in de zaak bij de rechtbank, wanneer de werkgever aannemelijk kan maken dat het Europese arbeidskrachten betrof, waarvan dus het ID bewijs niet bewaard mocht worden.

10. Waarschuwing stillegging

In het geval van een herhaalde of ernstige (20 betrokken arbeidskrachten of meer) overtreding van de Wet arbeid vreemdelingen kan op grond van artikel 10.1 Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen (BuWav) een waarschuwing preventieve stillegging worden opgelegd. Dat betekent dat bij een nieuwe overtreding, een bevel tot stillegging kan worden gegeven. Die stillegging is voor de duur van een maand en gaat één week na dagtekening van het bevel in (artikel 2, 3 beleidsregel preventieve stillegging). Bij het beslissen over het opleggen van de waarschuwing moet de Minister direct de aard en omvang van de overtreding en de maatschappelijke en economische gevolgen meewegen (ECLI:NL:RVS:2022:2676). In de Beleidsregel preventieve stillegging arbeidswetten is dit verder uitgewerkt. De Minister mag deze beoordeling niet 'doorschuiven' naar het daadwerkelijke bevel tot stillegging, maar moet dat dus direct bij het opleggen van de waarschuwing doen.

11. In de onderhavige zaak constateert de Afdeling dat de Minister in de bestreden besluiten (primo en bezwaar) niet is ingegaan op de maatschappelijke gevolgen en de economische gevolgen voor derden. Pas ter zitting bij de rechtbank geeft de Minister een toelichting op de maatschappelijke gevolgen, welke naar oordeel van de Afdeling onvoldoende is. Op de economische gevolgen voor derden is in het geheel niet ingegaan. De Afdeling oordeelt daarom dat de waarschuwing niet in stand kan blijven.

12. Uit de uitspraak valt op te maken dat de onderneming lang in het ongewisse was over de reikwijdte van de voorgenomen waarschuwing. Dat herken ik uit de praktijk. Hoewel de Minister het daadwerkelijke bevel kan beperken tot bepaalde onderdelen of werkzaamheden van de onderneming, wordt in de waarschuwing eigenlijk niet duidelijk of een dergelijke beperking van toepassing is. In dit geval werd bijvoorbeeld pas ter zitting bij de rechtbank duidelijk dat een eventueel bevel tot stillegging alleen zou zien op één depot van de betrokken onderneming. Het is natuurlijk niet mogelijk om een goede belangenafweging en evenredigheidstoets toe te passen, als in de waarschuwing niet duidelijk is hoe het daadwerkelijk opleggen van een bevel tot stillegging zou uitpakken. Met deze uitspraak in het achterhoofd zal de Minister dit beter moeten gaan uitleggen.

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