

## Tilburg University

### De rechtspraak

van Rijs, André; van Drongelen, Harry

*Published in:*  
Over de Grens

*Publication date:*  
2020

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
van Rijs, A., & van Drongelen, H. (2020). De rechtspraak: De Wet arbeid vreemdelingen. *Over de Grens*, 2020(10), 13-15. [2220-0126].

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# OVER DE GRENS

Vakblad over grensoverschrijdend werken en wonen



## Dit artikel wordt u aangeboden door Over de Grens

Over de Grens is hét vakblad voor iedereen die op professioneel vlak te maken heeft met grensoverschrijdend ondernemen, werken en wonen. Met Over de Grens blijft u op de hoogte van ontwikkelingen en achtergronden op het gebied van sociale zekerheid, freelance werk, fiscaliteit, pensioen, arbeidsrecht en vermogen. Internationale aspecten worden vanuit meerdere invalshoeken en met een praktijkgerichte insteek behandeld.

Dit kunt u verwachten van Over de Grens:

- 10 keer per jaar het vakblad - digitaal en/of op papier
- maandelijkse nieuwsbrief met actuele ontwikkelingen
- toegang tot online database
- laatste vier vakbladen offline beschikbaar op tablet.

Kijk voor meer informatie of een (proef)abonnement op <https://www.futd.nl/vakblad/over-de-grens/abonneren/>

© 2020 Rendement Uitgeverij. Alle rechten voorbehouden.

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Harry van Drongelen<sup>1</sup> en André van Rijs<sup>2</sup>

# De rechtspraak: de Wet arbeid vreemdelingen

2020-0126

**Op grond van artikel 2 lid 1 Wet arbeid vreemdelingen<sup>3</sup> (Wav) mag een werkgever – uitzonderingen daargelaten (zie artikel 3 Wav; artt. 1-1n Besluit uitvoering Wav<sup>4</sup> (BuWav)) – een vreemdeling in Nederland geen arbeid laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning of zonder dat die vreemdeling in het bezit is van een gecombineerde vergunning van verblijf en arbeid voor werkzaamheden bij die werkgever. Een vreemdeling is elke natuurlijke persoon die niet in het bezit is van de nationaliteit van een land dat behoort tot de Europese Economische Ruimte (EER). Maar wie is werkgever in de zin van artikel 2 lid 1 Wav?<sup>5</sup>**

## De werkgever

Artikel 1 aanhef onderdeel b Wav omschrijft de werkgever *als degene die in uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten ten, alsmede de natuurlijke persoon die een ander huishoudelijke of persoonlijke arbeid laat verrichten*. De wetgever geeft aan dat daarmee eenduidig is aangegeven wie als werkgever is aangewezen en daarmee verantwoordelijk is voor de arbeid die door een vreemdeling wordt verricht.<sup>6</sup> Dat brengt met zich dat de aard van de arbeidsrelatie niet van belang is voor het beantwoorden van de vraag of er sprake is van vergunningplichtige arbeid en daarmee wie als vergunningplichtige werkgever moet worden aangemerkt.<sup>7</sup> Het werkgeversbegrip is namelijk niet gekoppeld aan het verrichten van arbeid op basis van een arbeidsovereenkomst of een gezagsverhouding.<sup>8</sup> Het feit dat de vreemdeling niet bij de werkgever in dienst is, maar bij een *vennootschap onder firma* (vof), maakt voor het niet voldoen aan de vergunningsplicht in artikel 2 lid 1 Wav volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in maart 2007<sup>9</sup> niet uit, daar het werkzaam moeten zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor de kwalificatie van het werkgeversbegrip niet is vereist. De werkgever kan een natuurlijk persoon of een rechtspersoon zijn. Een vennootschap onder firma is gelijkgesteld met een rechtspersoon (zie artikel 18a lid 3 Wav).<sup>10</sup> De wetgever<sup>11</sup> maakt duidelijk en de Afdeling bestuursrechtspraak gaat daarin in mei 2010<sup>12</sup> mee, dat ook de overheid onder het werkgevers begrip dat in de Wav wordt gebruikt kan vallen. In september 2020<sup>13</sup> maakt de Afdeling bestuursrechtspraak duidelijk dat in de situatie waarin de eigenaar van een woning die door een vreemdeling werkzaamheden laat verrichten in

het kader van de renovatie van die woning en hij ook niet die werkzaamheden van die vreemdeling heeft verhinderd die werkzaamheden dus ten dienste van hem zijn verricht. Dat die vreemdeling al tientallen jaren in Oss verblijft en werkzaam is bij andere werkgevers, maakt ook niet dat de werkzaamheden niet ten dienste van hem zijn verricht. Dat maakt volgens de Afdeling bestuursrechtspraak dan ook dat de eigenaar van de woning werkgever is in de zin van artikel 2 lid 1 Wav. Het argument dat de vreemdeling de werkzaamheden vrijwillig heeft verricht, veegt de Afdeling bestuursrechtspraak van tafel, om daaraan fijntjes toe te voegen dat de werkzaamheden, het ruimen van puin in het kader van een groot schalige renovatie van een woning bestemd voor verhuur, bedrijfsmatig van aard zijn en het commerciële doel hebben om de woning geschikter te maken voor verhuur.

Overigens maakt de Afdeling bestuursrechtspraak in oktober 2018<sup>14</sup> met een verwijzing naar maart 2007<sup>15</sup> en maart 2015<sup>16</sup>, duidelijk verschillende werkgevers in de zin van artikel 1 aanhef onderdeel b Wav, dezelfde vreemdeling arbeid kunnen laten verrichten en als geen van hen over een tewerkstellingsvergunning beschikt, is er sprake van het niet naleven van artikel 2 lid 1 Wav.

## Arbeid laten verrichten

Centraal bij het werkgeversbegrip staat volgens de wetgever *degene die een vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten*.<sup>17</sup> In tegenstelling tot het doen *verrichten van arbeid*, wat een actief handelen veronderstelt, is voor *het laten verrichten van arbeid* een lijdelijk gedogen, het louter toelaten, al voldoende.<sup>18</sup> Dat een vreemdeling in opdracht of ten dienste van een

werkgever arbeid heeft verricht is volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in oktober 2018<sup>19</sup> met een verwijzing naar de wetgever<sup>20</sup> voor het aannemen van feitelijk werkgeverschap reeds voldoende. Dat is verder ingevuld door de Afdeling bestuursrechtspraak. De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelt in juli 2007<sup>21</sup> en bevestigt dit nog eens in december 2017<sup>22</sup>, in november 2018<sup>23</sup> en in september 2020<sup>24</sup>, dat het instemmen met dan wel de wetenschap dat er arbeid wordt verricht, voor de kwalificatie van het werkgeversbegrip niet is vereist. Dat betekent dat het mogelijk maken en het niet verhinderen dat er arbeid wordt verricht alleen al voldoende is voor de kwalificatie *laten verrichten van arbeid*. Ook geeft de Afdeling bestuursrechtspraak aan dat niet alleen de aard, de omvang en de duur van de werkzaamheden, maar ook het al dan niet betalen van loon, of dat het alleen hulp betreft niet van belang zijn voor de kwalificatie van het zijn van werkgever in de zin van artikel 2 lid 1 Wav.

### **De identificatieplicht**

De werkgever moet op grond van artikel 15a Wav de identiteit vaststellen van een persoon van wie op grond van feiten en omstandigheden het vermoeden bestaat dat hij arbeid verricht of heeft verricht. Het vaststellen van de identiteit moet gebeuren binnen 48 uur na een daartoe strekkend verzoek van de toezichthouder. Die vaststelling moet gebeuren aan de hand van een document waarvan in artikel 1 lid 1 onderdeel 1<sup>o</sup> - 3<sup>o</sup> Wet op de identificatieplicht<sup>25</sup> sprake is. Een afschrift van dit document moet aan de toezichthouder worden verstrekt. Het gaat hier om een resultaatsverplichting van werkgeverskant.<sup>26</sup> De wetgever maakt daarbij duidelijk dat de vaststelling van de identiteit op grond van artikel 15a Wav eerst speelt als de identiteit van de arbeidskrachten niet langs andere weg kan worden vastgesteld. Dit is een verwijzing naar artikel 15 Wav waarin de identificatieplicht van de werkgever die als opdrachtgever de vreemdeling bij een andere werkgever, de inlener, arbeid laat verrichten is opgenomen.<sup>27</sup> De opdrachtgever moet in dat geval bij aanvang van de arbeid door de vreemdeling er onverwijld voor zorgen dat die andere werkgever een afschrift van het document waarvan in de Wet op de identificatieplicht sprake is, krijgt. De wetgever geeft nog aan dat, voor het geval de werkgever van mening dat er sprake is van een arbeidsrelatie tussen de werkgever en de arbeidskracht die niet valt onder de Wav en dat de werkgever beweert dat

de Wav niet van toepassing is, bijvoorbeeld omdat de werkende een Nederlandse uitzendkracht zou zijn, dit niet relevant is voor de in artikel 15a Wav neergelegde verplichting.<sup>28</sup>

### **Over de bewijslast van de vaststelling van identiteit**

In de gegeven situatie is een mondelinge vordering van de arbeidsinspecteurs om de identiteit van een onbekende man die is aangetroffen tijdens het verrichten van werkzaamheden per e-mail en later per brief bevestigd waarbij een termijn is gesteld om aan de verplichting te voldoen. Na de ontvangst van een kopie van een Nederlandse identiteitskaart is bij het bekijken van de pasfoto het vermoeden ontstaan dat het een andere man betreft dan degene die zich aan de controle heeft onttrokken. Tijdens een getuigenverhoor is dit vermoeden bevestigd. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State gaat in maart 2020<sup>29</sup> mee in de redenering van de werkgever dat op het bestuursorgaan in een concreet geval de bewijslast rust van een overtreding. Met een verwijzing naar de Hoge Raad van april 2011<sup>30</sup> en het eigen oordeel in juli 2013<sup>31</sup> stelt de Afdeling bestuursrechtspraak vast dat bij twijfel de betrokkene het voordeel van de twijfel hoort te worden gegund. De Afdeling bestuursrechtspraak vervolgt met de vaststelling dat een bestuursorgaan, onverminderd de eigen verantwoordelijkheid voor het bewijs, in beginsel mag afgaan op de juistheid van de bevindingen in een op ambtseed of ambtsbelofte opgemaakt en ondertekend boeterapport, voor zover deze eigen waarnemingen van de opsteller van het boeterapport weergeven. Als die bevindingen worden betwist, zal moeten worden onderzocht of er, gelet op de aard en inhoud van die betwisting, grond bestaat voor zodanige twijfel aan die bevindingen dat deze niet of niet volledig aan de vaststelling van de overtreding ten grondslag kunnen worden gelegd. De Afdeling bestuursrechtspraak stelt vervolgens eenvoudig vast dat de feiten die in het boeterapport zijn beschreven en die mede zijn gebaseerd op het getuigenverhoor, voldoende zijn voor de vaststelling dat de onbekende man niet dezelfde persoon was als degene die is aangetroffen. Dat de arbeidsinspecteurs op basis van de toegezonden identiteitskaart slechts het vermoeden hebben gehad dat de onbekende man niet dezelfde persoon was als degene die is aangetroffen, doet hieraan niet af omdat dit vermoeden tijdens het getuigenverhoor is bevestigd.

## Zelfincriminatie

In een administratie van een werkgever zijn drie personen anoniem opgenomen. De arbeidsinspecteurs vorderen van de werkgever eerst mondeling dat hij binnen 48 uur meewerkt de identiteit van deze personen vast te stellen. Dit is vervolgens schriftelijk bevestigd. Het gaat om mannen die als koeriers de taak hebben om cannabis naar de coffeeshop van de werkgever te vervoeren. De vordering tot vaststelling van de identiteit maakt dat de werkgever wordt gedwongen om bewijs te leveren over het structureel overtreden van de Opiumwet<sup>32</sup> aan de achterdeur van zijn coffeeshop. Hij beroept zich op artikel 6 Verdrag van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden<sup>33</sup> (EVRM), waarin het recht op een eerlijke en openbare behandeling van de gegrondheid van een ingestelde vervolging door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht, met andere woorden een behoorlijke rechtspleging, is geregeld. Als het in dit verband gaat om zelfincriminatie heeft het Europese Hof van de rechten van de mens in december 1996<sup>34</sup> beslist dat het verbod op gedwongen zelfincriminatie samenhangt met het zwijgrecht, wat met zich brengt dat dit verbod zich niet uitstrekt tot het gebruik in strafzaken van bewijsmateriaal dat weliswaar onder dwang is verkregen, maar bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte, het zogenoemde 'wils-onafhankelijk materiaal'. De Afdeling bestuursrechtspraak vindt in april 2020<sup>35</sup> dat waar het gaat om identiteitsdocumenten van de drie mannen er sprake is van wilsonafhankelijk materiaal. De identiteit en de identiteitsdocumenten van de drie mannen bestaan namelijk onafhankelijk van de wil van de werkgever. De werkgever heeft hen aangenomen als koerier en is daarbij gelet op de Wet op de identificatieplicht gehouden hun identiteit te controleren en een afschrift van hun identiteitsdocumenten in zijn administratie op te nemen, zodat hij wordt geacht over deze gegevens te hebben beschikt. Dat deze informatie, zoals werkgever heeft gesteld, mogelijk zou worden doorgegeven aan het Openbaar Ministerie en zou hebben kunnen leiden tot een strafvervolgung van hem in het kader van overtreding van de Opiumwet, doet volgens de Afdeling bestuursrechtspraak niet af aan de verplichting die hij op grond van de Wet op de identificatieplicht heeft. Het beroep van de werkgever dat hij met de Belastingdienst afspraken heeft gemaakt over het hanteren van het anoniementarief bij de verloning van de drie mannen veegt de Afdeling bestuursrechtspraak van tafel. De Belasting-

dienst heeft immers niet de taak om de Wav te handhaven.<sup>36</sup>

## Conclusie

Uit deze bijdrage blijkt dat op het moment dat iemand die arbeid laat verrichten door een vreemdeling al snel onder de reikwijdte van het werkgeversbegrip van de Wav valt en daarmee onder de vergunningplicht van artikel 2 lid 1 Wav. Als het gaat om de vaststelling van de identiteit van de personen die worden aangetroffen en die werkzaamheden verrichten, blijkt dat de toezichthouders zeer zorgvuldig moeten handelen omdat de bewijslast bij de overheid ligt die zij vertegenwoordigen. Wat betreft de zogenoemde 'zelfincriminatie' bij de identificatieverplichting heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad de State de deur hard dichtgegooid.

## Noten:

1. Mr. dr. J. van Drongelen is (emer.) universitair hoofdocent bij de Vakgroep sociaal recht en sociale politiek van de Universiteit van Tilburg en (gepens.) senior wetgevingsjurist bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
2. Mr. A.D.M. van Rijs is docent bij de vakgroep sociaal recht en sociale politiek van de Universiteit van Tilburg.
3. Zie wet van 21 december 1994 tot vaststelling van de Wet arbeid vreemdelingen, Stb. 1994, 959.
4. Zie besluit van 23 augustus 1995, ter uitvoering van de Wet arbeid vreemdelingen, Stb. 1995, 406.
5. Zie voor het werkgeversbegrip bij grensoverschrijdende werkzaamheden onder meer: E. Scheers, 'Ruim werkgeversbegrip vreemdelingen begrensd', TAP 2016-4, p. 20-26.
6. Zie Kamerstukken II 1993/94, 23574, nr. 3 [memorie van toelichting], p. 13.
7. Zie Kamerstukken II 1993/94, 23574, nr. 3 [memorie van toelichting], p. 13.
8. Zie Kamerstukken II 1993/94, 23574, nr. 5 [memorie van antwoord], p. 2.
9. Zie ABRvS 21 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA1198.
10. Zie ook: ABRvS 12 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC4642.
11. Zie Kamerstukken II 1993/94, 23574, nr. 3 [memorie van toelichting], p. 4.
12. Zie ABRvS 12 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2010:BM4168.
13. Zie ABRvS 30 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2323.
14. Zie ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3495.
15. Zie ABRvS 21 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA1198.
16. Zie ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:665.
17. Zie Kamerstukken II 1993/94, 23574, nr. 3 [memorie van toelichting], p. 13; Kamerstukken II 1993/94, 23574, nr. 5 [memorie van antwoord], p. 2.
18. Zie Kamerstukken II 1888/89, 53, nr. 5 [memorie van antwoord], p. 6; Handelingen II 1888/1889, p. 1100-1120. Zie J. van Drongelen, 'Over de aansprakelijkheid volgens de Arbeidswet 1919', SMA 1983, p. 621; J. van Drongelen & H. Hoeksema, Hoofdstukken uit de Arbeidswet 1919, 3e druk Voorburg 1993, p. 111-112.
19. Zie ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3495.
20. Zie Kamerstukken II 1993/94 23 574, nr. 5 [memorie van antwoord], p. 2.
21. Zie ABRvS 11 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9298.
22. Zie ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3529.
23. Zie ABRvS 7 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3599.
24. Zie ABRvS 30 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2323.
25. Zie wet van 9 december 1993, tot aanwijzing van documenten dienende ter vaststelling van de identiteit van personen alsmede aanwijzing van enige gevallen waarin de identiteit van personen aan de hand van deze documenten kan worden vastgesteld, Stb. 1993, 704.
26. Zie Kamerstukken II 2014/15, 34108, nr. 3 [memorie van toelichting], p. 39.
27. Zie Kamerstukken II 2014/15, 34108, nr. 3 [memorie van toelichting], p. 42.
28. Zie Kamerstukken II 2014/15, 34108, nr. 3 [memorie van toelichting], p. 62.
29. Zie ABRvS 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:737.
30. Zie HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN6324.
31. Zie ABRvS 10 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:234.
32. Zie wet van 12 mei 1928, tot vaststelling van bepalingen betreffende het opium en andere verdoovende middelen, Stb. 1928, 167.
33. Zie Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden; Rome, 4 November 1950, Trb. 1951, 154.
34. Zie EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791.
35. Zie ABRvS 8 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1011.
36. Zie ABRvS 7 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3631.