



Inspectie SZW
Ministerie van Sociale Zaken en
Werkgelegenheid



Overzicht veel voorkomende bezwaargronden inzake overtreding Wet arbeid vreemdelingen (Wav)

De Inspectie SZW werkt aan eerlijk, gezond en veilig werk en bestaanszekerheid voor iedereen

1 Inleiding

Het ministerie van SZW behandelt bezwaren die worden gemaakt tegen een opgelegde boete op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Daarbij blijkt dat een aantal bezwaargronden veel voorkomen, maar niet tot verandering van de opgelegde boete leiden. Hieronder zijn deze gronden genoemd en toegelicht. Om onnodig werk te voorkomen adviseren wij u deze informatie eerst goed door te lezen voordat u een bezwaarschrift indient.

Het is ook mogelijk om de bezwaarfase over te slaan en uw zaak in één keer aan de rechter voor te leggen. Informatie daarover vindt u aan het eind van het overzicht.

2

Beroep op ontbreken van werkgeverschap

“Ik ben geen werkgever, want ik heb de werknemers ingeleend van de uitlener. De uitlener is de werkgever.”

De Wet arbeid vreemdelingen kent een ruim werkgeversbegrip. Ook als u als bedrijf personen inleent van bijvoorbeeld een uitzendbureau, wordt u aangemerkt als werkgever in de zin van de Wav. Het werk wordt namelijk in uw opdracht en voor uw bedrijf verricht. Dit is voldoende om u als werkgever aan te merken. Er hoeft dus geen arbeidsovereenkomst te zijn gesloten. Omdat u als werkgever wordt aangemerkt moet u ook de identiteit van de persoon die u te werk wilt stellen controleren. Dus naast het uitzendbureau heeft u daarin een eigen verantwoordelijkheid.

“Ik was geen werkgever, want ik wist niet dat de vreemdelingen voor mij werkten.”

Het feit dat u als werkgever niet wist dat de vreemdelingen voor u werkten kan niet leiden tot de conclusie dat u niet als werkgever in de zin van de Wav wordt aangemerkt. Als het werk wel voor u wordt verricht dan is dat doorslaggevend voor de vraag of u als werkgever wordt aangemerkt.

“Ik was niet aanwezig in de zaak.”

Ook als u niet aanwezig bent in uw bedrijf, bijvoorbeeld door ziekte, en de werkzaamheden vinden tijdens uw afwezigheid plaats, geldt dat u als werkgever wordt aangemerkt. Deze werkzaamheden vinden namelijk plaats voor uw bedrijf. Het feit dat u niet aanwezig bent brengt daarin geen verandering.

“Er is geen sprake van werkgeverschap, want de werkzaamheden hebben maar een paar minuten geduurd. De vreemdeling werkte op proef.”

Zelfs als de werkzaamheden maar enkele minuten hebben geduurd bent u als werkgever aan te merken. Dit geldt ook als u de vreemdeling op proef heeft

laten werken om te kijken of de vreemdeling u bevalt. Over het algemeen zal de boete wel lager worden vastgesteld als blijkt dat de werkzaamheden eenmalig en kortdurend waren. Als de werkzaamheden op meerdere dagen zijn verricht, is het niet eenmalig.

“De vreemdeling heeft een Verklaring Arbeidsrelatie (VAR), dus is hij te beschouwen als zelfstandige.”

Ook als u denkt te maken te hebben met een zelfstandige moet u goed opletten. Het feit dat de Belastingdienst door afgifte van een VAR een persoon heeft erkend als zelfstandige betekent niet dat u deze persoon altijd kunt laten werken zonder over een tewerkstellingsvergunning te beschikken. Als u de persoon aanwijzingen geeft over zijn werk en regelmatig controleert dan kan dat betekenen dat deze persoon in uw onderneming de werkzaamheden niet als zelfstandige uitvoert. U moet dan bij UWV een tewerkstellingsvergunning aanvragen. Meer informatie over tewerkstellingsvergunningen kunt u vinden op de pagina *Werkvergunning* onder ‘informatie en tips’ op de website werk.nl voor werkgevers.

“Ik ben geen werkgever want er is geen arbeidsovereenkomst gesloten.”

Voor de Wet arbeid vreemdelingen is een arbeidsovereenkomst niet vereist om u als werkgever aan te merken. Het is voldoende dat een ander in opdracht of ten dienste van u heeft gewerkt.

3

Beroep op matigingsgronden

“Ik heb de Wav voor de eerste keer overtreden, daarom is een waarschuwing op zijn plaats.”

De omstandigheid dat u de Wav niet eerder heeft overtreden is geen reden om een opgelegde boete te matigen. Het niet naleven van de voorschriften in de Wav levert een overtreding op. De Wav biedt niet de ruimte om een voorwaardelijke boete op te leggen.

“Ik heb (artikel 2, artikel 15 van) de Wav niet opzettelijk overtreden.”

Het ontbreken van opzet vormt geen aanleiding om de boete te matigen.

“Ik was te goeder trouw.”

Het is de eigen verantwoordelijkheid van een werkgever om bij aanvang van de werkzaamheden na te gaan of de voorschriften van de Wav worden nageleefd. Van u mag worden verwacht dat u alles doet om een overtreding van de Wav te voorkomen. Dit moet u doen door de identiteitspapieren van de door u ingeschakelde personen te controleren en door afspraken te maken met door u ingeschakelde bedrijven over het naleven van de Wav.

In de volgende gevallen aanvaardt u het risico dat bij de uitvoering van de opdracht de Wav zal worden overtreden en dat u daarvoor kan worden beboet. U kunt u er niet op beroepen dat u niets of in mindere mate iets te verwijten valt:

- Als u nalaat de identiteit van door u ingeschakelde personen te controleren;
- Als u erop vertrouwt dat een door u ingeschakeld bedrijf bij het uitvoeren van een door u gegeven opdracht de voorschriften van de Wav zal naleven en u daarover geen afspraken met dat bedrijf maakt.

“De boete is onevenredig omdat het eerst geven van een waarschuwing ook had geholpen.”

De Wav biedt geen wettelijke ruimte voor het geven van een waarschuwing. Ook bij een eerste overtreding kunt u een boete opgelegd krijgen.

“Ik word extra gestraft, omdat ik ook de boetes van mijn ketenpartners (opdrachtgever, opdrachtgever van opdrachtgever etc.) moet betalen.”

Als u een contract heeft ondertekend met ketenpartijen waarin staat dat u de boetes moet betalen voor die ketenpartijen, dan is dat geen aanleiding om de boetes te matigen of in te trekken. Het gaat immers om een doorbelasting die voortvloeit uit een door u gemaakte contractuele afspraak, dan wel een eigen keuze, die voortvloeit uit zakelijke motieven.

“De boete moet worden gematigd omdat ik volledige medewerking aan het onderzoek heb gegeven.”

Op het moment dat u de inspecteurs uw medewerking verleende bij hun onderzoek had u de Wav al overtreden. Daarom is dit geen reden voor matiging van de boete. Bovendien bent u verplicht om medewerking te verlenen aan het onderzoek op grond van artikel 5:20 Algemene wet bestuursrecht.

“Er was haast geboden bij de inzet van de vreemdelingen.”

Het begaan van een overtreding van de Wav kan natuurlijk geen oplossing zijn voor bedrijfsmatige problemen, die bijvoorbeeld bestaan uit het niet voorhanden zijn van voldoende personeel.

4 Beroep op het ontbreken, dan wel een verminderde mate van verwijtbaarheid

“Ik wist niet dat de Wav bestaat / kende de regels niet.”

Het is de eigen verantwoordelijkheid van degene die een vreemdeling laat werken om bij aanvang van de werkzaamheden na te gaan of de wet wordt nageleefd. Als u een vreemdeling voor u laat werken dient u dus volledig op de hoogte te zijn van het feit dat u wettelijk verplicht bent om vóórdat de werkzaamheden beginnen (onder meer) te controleren of u voor deze persoon in het bezit moet zijn van een geldige tewerkstellingsvergunning. Onbekendheid met de juridische implicaties van de Wav kan geen situatie van verminderde verwijtbaarheid opleveren. Bij onbekendheid daarover had u informatie kunnen inwinnen bij UWV of de Inspectie SZW.

“Ik heb vertrouwd op de informatie van mijn boekhouder of de informatie van de Belastingdienst.”

Als u een vreemdeling arbeid laat verrichten heeft u een eigen verantwoordelijkheid om bij aanvang van de werkzaamheden na te gaan of de Wav wordt nageleefd. Dat u ervoor heeft gekozen het bewaken van uw verplichtingen voortvloeiend uit de Wav uit te besteden aan uw boekhouder of aan de Belastingdienst, doet niet af aan uw eigen verantwoordelijkheid op dit gebied. Als bij u de kennis daarvoor ontbrak had u daarover informatie kunnen inwinnen bij UWV of de Inspectie SZW. Dit is dan ook geen reden om de boete te matigen.

“Ik ben verminderd verwijtbaar, omdat ik in de werkgeversketen te ver van de vreemdeling af zit”, of “ik ben niet verwijtbaar, want de uitlener is verantwoordelijk voor het controleren van de werknemers.”

Het is mogelijk dat u een boete heeft gekregen terwijl u de Wav per ongeluk heeft overtreden. Ook als er geen opzet in het spel is, worden overtredingen

van de Wav beboet. Als u echter kunt aantonen dat u heeft gedaan wat mogelijk is om de overtreding van de Wav te voorkomen, dan kan dat een reden zijn om de boete te matigen of in te trekken. Iedere werkgever is zelf verantwoordelijk om bij aanvang van het werk na te gaan of de Wav wordt nageleefd. Volgens vaste jurisprudentie kan ook aan meerdere werkgevers een boete worden opgelegd voor hetzelfde feit. Als u voor de controle op de naleving van de Wav heeft vertrouwd op degene(n) via wie de vreemdeling het werk voor u doet, dan heeft u het risico aanvaard dat die controle niet of niet goed plaatsvindt. In dat geval heeft u niet gedaan wat mogelijk was om de overtreding van de Wav te voorkomen. Daarom is dat geen reden om de boete te matigen.

“Ik ben verminderd verwijtbaar want ik dacht dat vreemdelingen met een VAR-verklaring of die ingeschreven stonden bij de Kamer van Koophandel als zelfstandigen mochten werken.”

Vreemdelingen die in Nederland mogen werken als zelfstandige, mogen om die reden niet automatisch ook werken als werknemer. Als werknemer werken wil zeggen dat de vreemdeling zijn werkzaamheden verricht onder toezicht en leiding, en onder verantwoordelijkheid van een werkgever of zijn voorman. Anders gezegd: er is een werkgever-werknemer relatie. Van een dergelijke werkgever-werknemer relatie kan ook sprake zijn als er geen arbeidsovereenkomst is gesloten. Waar het om gaat is dat alleen een beroep op ‘werken als zelfstandige’ kan worden gedaan als de vreemdeling daadwerkelijk zelfstandig de werkzaamheden verricht. Vreemdelingen die illegaal in Nederland verblijven, kunnen ook staan ingeschreven bij de Kamer van Koophandel en als zelfstandige werken. Deze vreemdelingen zijn überhaupt niet gerechtigd om te werken. Voor hen kunt u, ook al werken zij daadwerkelijk als zelfstandige, worden beboet.

Echt zelfstandige vreemdelingen mogen wél zonder tewerkstellingsvergunning werken. Zij moeten dan wel écht zelfstandig zijn, wat wil zeggen dat zij voor eigen risico en onder eigen verantwoordelijkheid, en dus niet onder een baas werken. Vaak hebben echte zelfstandigen ook meerdere opdrachtgevers. Kortom, zij hebben dan als zelfstandig ondernemer een eigen bedrijf. Wat wil dat nu zeggen, “voor eigen risico” en “onder eigen verantwoordelijkheid”? De volgende feiten en omstandigheden leveren een aanwijzing op voor het aannemen van zelfstandigheid. Maar, deze opsomming is niet volledig.

Dat een zelfstandige "voor eigen risico" en "onder eigen verantwoordelijkheid" werkt, betekent bijvoorbeeld dat een zelfstandige

- niet onder verantwoordelijkheid en onder toezicht en leiding van een werkgever of zijn voorman werkt;
- vaak een offerte zal uitbrengen waarin hij verklaart een concreet omschreven klus te klaren;
- de opdracht uitvoert tegen een door hem zelf bepaalde - marktconforme - prijs;
- zelf zijn werktijden bepaalt;
- zelf zorgt voor vervanging bij ziekte;
- zelf aansprakelijk is voor schade die wordt veroorzaakt door slecht werk of ontijdig werk;
- vaak ook een beroepsaansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten;
- beschikt over eigen gereedschap en apparatuur;
- zelf het risico draagt als de werkzaamheden langer duren dan in de offerte staat;
- rechtstreeks aan zijn opdrachtgever factureert en ook rechtstreeks door hem wordt betaald.

Vóór het aan het werk zetten van een vreemdeling, moet u nagaan of aan de Wav wordt voldaan. Dat betekent concreet dat u, vóór inschakeling van een vreemdeling die zegt dat hij zelfstandige is, moet nagaan of hij ook daadwerkelijk als zelfstandige gaat werken. En dat hij dus niet zoals bij een werknemer, onder toezicht en leiding en onder verantwoordelijkheid van u als werkgever of uw voorman, gaat werken. Dat betekent ook dat u niet alleen mag afgaan op papieren, zoals een uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel, een VAR-verklaring en een opdracht- of aanneemovereenkomst, want zoals hierboven al is opgemerkt, is het enige wat telt of de vreemdeling ook daadwerkelijk als zelfstandige werkt. Als er feitelijk sprake is van een werkgever-werknemer relatie, dan werkt de vreemdeling niet daadwerkelijk als zelfstandige. Is voor hem geen tewerkstellingsvergunning afgegeven, dan is er sprake van overtreding van de Wav en kan een boete worden opgelegd. U kunt in dat geval geen beroep doen op verminderde verwijtbaarheid. Zie voor meer informatie hierover de website van de Inspectie SZW (www.inspectieszw.nl)

“Ik wist niet dat Bulgaren/ Roemenen/ Kroaten niet in Nederland mochten werken.”

Weliswaar zijn Bulgarije en Roemenië lidstaten van de Europese Unie, maar in de verdragen waarmee Bulgarije en Roemenië tot de Europese Unie zijn toegetreden is namens Nederland bepaald dat werknemers uit Bulgarije en Roemenië tot 1 januari 2014 een tewerkstellingsvergunning nodig hadden. Iedereen wordt geacht de wet te kennen. Iedereen die een Bulgaar of een Roemeen arbeid laat verrichten hoort dan ook te weten dat voor Bulgaren en Roemenen tot 1 januari 2014 een tewerkstellingsvergunning nog vereist was. Dat een tewerkstellingsvergunning niet langer is vereist, is niet omdat de wetgever anders is gaan denken over de strafwaardigheid van eerder geconstateerde overtredingen maar omdat de overgangperiode waarin de tewerkstellingsvergunning verplicht was voor Bulgaren en Roemenen is afgelopen. Ook als overtredingen relatief kort voor het einde van deze periode zijn geconstateerd kan dus een boete worden opgelegd. Kroatië is per 1 juli 2013 toegetreden tot de Europese Unie, maar in ieder geval tot 1 juli 2015 geldt voor werknemers uit Kroatië dat nog steeds een tewerkstellingsvergunning nodig is.

“Mij kan niet verweten worden dat de vreemdeling in mijn onderneming werkte, want ik was zelf niet aanwezig.”

U als ondernemer bent verantwoordelijk voor alles wat zich binnen uw onderneming afspeelt. U had dan ook maatregelen moeten nemen om ervoor te zorgen dat de vreemdeling geen arbeid voor u kon verrichten.

5

De boetebeschikking is onrechtmatig / in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

“Het werkgeversbegrip in de Wav is in strijd met de EU-richtlijn voor minimumnormen van sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegalen uit derde landen.”

De hoogste rechter in Wav-zaken, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, heeft uitgemaakt dat het ruime werkgeversbegrip van de Wav niet in strijd is met de richtlijn, omdat deze minimumnormen voor sancties en maatregelen bevat. De lidstaten mogen dus aan werkgevers strengere verplichtingen opleggen. Dat betekent dat strengere normen, zoals een ruim werkgeversbegrip, gesteld mogen worden om illegale tewerkstelling tegen te gaan. Wie hier meer over wil weten, kan de uitspraak raadplegen van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 11 april 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BW1623).

“Voor zowel overtreding van artikel 2, eerste lid, Wav als voor overtreding van artikel 15 Wav, een boete opleggen kan niet, want het gaat om dezelfde handeling / vergissing.”

De wetgever heeft in de Wav uitdrukkelijk bepaald dat tegelijkertijd boetes kunnen worden opgelegd voor overtreding van artikel 2, eerste lid van de Wav en voor overtreding van artikel 15 van de Wav. Het zijn twee afzonderlijk beboetbare gedragingen, zie de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 21 november 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BY3741), de hoogste rechter in Wav-zaken.

6

Mogelijkheid tot het instellen van rechtstreeks beroep

Op grond van artikel 7:1a Algemene wet bestuursrecht kunt u in uw bezwaarschrift een verzoek doen aan de Minister om, in plaats van eerst de bezwarenprocedure te volgen, direct naar de bestuursrechter te gaan. Deze mogelijkheid is volgens de wet bedoeld voor situaties waarin de feiten duidelijk zijn en de standpunten van u en de Minister ook (bijvoorbeeld omdat u dit in de zienswijze al heeft uitgewisseld), maar waarbij de Minister en u toch van mening blijven verschillen. Het verzoek kan alleen door een belanghebbende (degene die de boete heeft opgelegd gekregen) worden gedaan, niet door de Minister. Wanneer u bovenstaand verzoek doet, zal de Minister daar binnen de genoemde randvoorwaarden in beginsel medewerking aan verlenen.

Deze folder is een uitgave van:

Inspectie SZW

De Inspectie SZW maakt deel uit van het
Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

vijfkeerblauw | SSS-624330

Gratis uitgave

© Rijksoverheid | april 2014

