

Artikel

Wie is werkgever bij een (dodelijk) arbeidsongeval?

De verschillende benaderingen van het werkgeversbegrip in het straf- en het bestuursrecht

Mr. R.S. Wijling en mr. L.S.E. Hinrichs*

1. Inleiding

Nederland kent een veelheid aan wet- en regelgeving op het gebied van arbeidsomstandigheden. Gedacht kan worden aan de Arbeidsomstandighedenwet, de Arbeidstijdenwet, de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag en de Wet arbeid vreemdelingen. Voor al deze wetten geldt dat de (voornaamste) normadressaat de werkgever is. Maar wie is nu werkgever en hoe wordt dit vastgesteld? En wat zijn de gevolgen voor een partij als wordt vastgesteld dat deze werkgever is, bijvoorbeeld in het geval van een bedrijfsongeval? In de praktijk signaleren wij dat met name ten aanzien van deze punten de nodige vragen opkomen in het geval bijvoorbeeld een ongeval heeft plaatsgevonden. Ook signaleren wij een verschil in benadering tussen het bestuursrecht en het strafrecht bij de beantwoording van deze vragen. In deze bijdrage gaan wij nader in op deze vragen, waarbij wij ons voornamelijk zullen richten op de Arbeidsomstandighedenwet (hierna: Arbowet).

Dit artikel is als volgt opgebouwd. Eerst schetsen wij het wettelijk kader, met name ten aanzien van het begrip werkgever. Daarna gaan wij aan de hand van enkele voorbeelden uit de rechtspraak in op de toepassing van dit wettelijk kader en gaan wij nader in op het door ons

gesignaleerde verschil in benadering tussen het bestuursrecht en het strafrecht. Vervolgens gaan wij in op de verplichtingen die op een werkgever in zowel het bestuursrechtelijk als het strafrechtelijk spoor rusten. Wij gaan daarbij ook in op de deelnemingsvorm ‘medeplegen’ en de schaduwwerking van deze verplichtingen als hiervan sprake is. Verder besteden wij aandacht aan de verdere gevolgen voor een werkgever in het geval verplichtingen niet zijn nagekomen en een boete is opgelegd of strafvervolgning heeft plaatsgevonden. In dit verband zullen wij kort stilstaan bij de (bedrijfs-)VOG, de Wet Bibob en de gevolgen in het geval wordt deelgenomen aan een aanbestedingstraject.

2. Wettelijk kader

In de Arbowet wordt onder artikel 1 lid 1 en 2 gedefinieerd wie werkgever is, dan wel wie daarmee wordt gelijkgesteld. Op grond van artikel 1 lid 1 Arbowet geldt als hoofdregel dat de partij met wie een arbeidsovereenkomst is afgesloten als werkgever kwalificeert. Dit is slechts anders indien sprake is van het ter beschikking stellen. Dan kwalificeert de partij aan wie een ander ter beschikking is gesteld als werkgever. Denk hierbij aan een uitzend- of een inleenconstructie.¹

Om ook andere situaties onder de werking van de Arbowet te brengen, is het werkgeversbegrip in artikel 1 lid 2

235

* Mr. R.S. Wijling is advocaat bij van Ardenne & Crinice le Roy Advocaten N.V. te Rotterdam. Mr. L.S.E. Hinrichs is advocaat bij van Ardenne & Crinice le Roy Advocaten N.V. te Rotterdam.

1 In de memorie van toelichting bij art. 1 Arbowet (*Kamerstukken II 1997/98*, 25879, nr. 3, p. 35) wordt als voorbeeld van deze situatie genoemd het uitzendbureau, dat arbeidskrachten uitleent.

Arbowet uitgebreid. Een partij kwalificeert ook als werkgever als een ander onder gezag van die partij arbeid doet verrichten. Tot slot en specifiek in het geval sprake is van het verrichten van arbeid in een woning en geen sprake is van gezag, heeft de wetgever bij algemene maatregel van bestuur voorzien in een aantal specifieke gevallen waarin ook werkgeverschap wordt aangenomen.²

De Arbeidstijdenwet kent in artikel 1:1 eenzelfde soort begripsbepaling als de Arbowet. De uitzonderingssituatie voor het verrichten van arbeid in een woning wordt in de Arbeidstijdenwet echter niet benoemd. De Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag gaat in artikel 5 lid 1 uit van het bestaan van een dienstbetrekking dan wel een daarmee gelijk te stellen situatie. Als daarvan sprake is, is dit de partij die als werkgever wordt gekwalificeerd, behoudens tegenbewijs.³ Slechts de Wet arbeid vreemdelingen kent in artikel 1 onder b een (veel) breder werkgeversbegrip, namelijk degene die een ander arbeid laat verrichten.⁴

Gelet op het wettelijk kader zal in het geval sprake is van een arbeidsovereenkomst of een situatie van een-op-een inlening de vraag wie werkgever is – behoudens uitzonderingen – vaak eenvoudig zijn vast te stellen. Indien geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, of in het geval sprake is van meerdere inleners, wordt dit al een stuk lastiger. Dan zijn de concrete feiten en omstandigheden van het geval leidend en zal aan de hand daarvan moeten worden beoordeeld of (wel) sprake is van gezag en dus van werkgeverschap. Dit wordt met name relevant indien een ongeval heeft plaatsgevonden en de vraag opkomt of de werkgever een verwijt kan worden gemaakt, bijvoorbeeld omdat verplichtingen niet zijn nagekomen. Dan spreekt het voor zich dat deze feiten en omstandigheden niet alleen door de Arbeidsinspectie zorgvuldig moeten worden vastgesteld, maar ook dat het in het belang van de betrokken partijen en hun advocaten is om dezelfde analyse te maken.

3. Verplichtingen voor de werkgever

Zoals eerder aangegeven is de werkgever de normadresaat voor wat betreft de verplichtingen die voortvloeien uit bijvoorbeeld de Arbowet. Op het moment dat is vastgesteld welke partij(en) als werkgever kwalificeren, kan (i) worden vastgesteld aan welke verplichtingen zij die-

nen te voldoen; en (ii) of hier feitelijk gezien aan voldaan is. De op de werkgever rustende verplichtingen volgen uit – onder meer – artikel 3 (zorgplicht), 5 (RI&E-verplichting) en 8 (onderricht personeel) Arbowet.⁵ Voor werkgevers die werken met jeugdigen of die kwalificeren als zogenoemde Seveso-inrichting gelden verzwaarde verplichtingen. Dit gelet op de extra zorg die van een werkgever mag worden verwacht voor een jeugdige of in het geval met gevaarlijke stoffen wordt gewerkt.⁶ Ook het Arbeidsomstandighedenbesluit bevat nog de nodige aanvullende verplichtingen voor specifieke branches.⁷

In het geval een arbeidsongeval heeft plaatsgevonden, zal de discussie of de werkgever aan de in dat geval relevante verplichtingen heeft voldaan vaak plaatsvinden over de band van artikel 32 Arbowet. Dit artikel omvat de strafbepaling en maakt het mogelijk om strafrechtelijk op te treden tegen het niet nakomen door de werkgever van verplichtingen.⁸ Ook zal deze discussie spelen in het geval tevens tot bestuursrechtelijk handhavend optreden wordt overgegaan in de vorm van bijvoorbeeld een eis tot naleving of een lastgeving.⁹

Omdat zowel in het bestuursrecht als in het strafrecht op grond van de Arbowet sprake is van een uniform werkgeversbegrip, namelijk het bepaalde in artikel 1 Arbowet, hadden wij de verwachting dat de bestuurs- en de strafrechter dit begrip ook op eenzelfde manier zouden benaderen. Wij signaleren in de rechtspraak echter een verschil. Waar de bestuursrechter (slechts en bij uitsluiting van anderen) één werkgever mogelijk acht op grond van de Arbowet, lijkt de strafrechter de mogelijkheid open te houden dat meerdere partijen op grond van de Arbowet als werkgever van één werknemer kunnen kwalificeren.

4. Werkgever; bestuursrechtelijke benadering

Het toetsingskader in het bestuursrechtelijk spoor wordt door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) stapsgewijs weergegeven in bijvoorbeeld de uitspraak van 6 maart 2024.¹⁰ De Afdeling overweegt als volgt (RW/LH: vet):

2 Dit is nader uitgewerkt in het Arbeidsomstandighedenbesluit, onder art. 1.43 e.v.
3 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 13 juli 2023, ECLI:NL:RBDHA:2024:3794.
4 Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) van 26 juni 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2583 en dan met name r.o. 2.2. Daarin overweegt de Afdeling dat: '[appellant] betoogt tevergeefs dat voor het werkgeversbegrip in de zin van de Wav, moet worden uitgegaan van de vereisten voor werkgeverschap zoals die gelden in de rest van het recht'.

5 De RI&E-verplichting ziet op de verplichting voor een onderneming om te beschikken over een risico-inventarisatie en -evaluatie.
6 Zie bijvoorbeeld art. 6 Arbowet en art. 2.4 e.v. Arbeidsomstandighedenbesluit voor wat betreft de verplichtingen in het geval van gevaarlijke stoffen en Seveso-inrichtingen.
7 Zie hiertoe hoofdstuk 3 e.v. Arbeidsomstandighedenbesluit.
8 Uiteraard is in het strafrechtelijk spoor daarnaast ook altijd mogelijk om strafrechtelijk op te treden op grond van een verdenking van dood door schuld (art. 307 Sr). Omdat de focus in dit artikel ligt op het werkgeverschap, laten wij dit verder buiten beschouwing.
9 Zie hiertoe art. 27 e.v. Arbeidsomstandighedenwet.
10 ABRvS 6 maart 2024, ECLI:NL:RVS:2024:937, NJB 2024/642.

‘4.2 De werknemers die de saneringswerkzaamheden hebben verricht, hadden op het moment van de overtredingen op 15 november 2019 met [appellante] een arbeidsovereenkomst, zoals bedoeld in artikel 1, eerste lid, aanhef en sub a, onder 1, van de Arbowet. Volgens de hoofdregel van deze bepaling is [appellante] de werkgever. Uit het slot van deze bepaling volgt echter dat een uitzondering op de hoofdregel wordt gemaakt wanneer een werknemer aan een derde ter beschikking wordt gesteld voor het verrichten van arbeid, welke die derde gewoonlijk doet verrichten (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 23 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP8743, onder 2.5.1.). In de memorie van toelichting bij artikel 1 (Kamerstukken II 1997/98, 25 879, nr. 3, blz. 35) wordt als voorbeeld van deze situatie genoemd het uitzendbureau, dat arbeidskrachten uitleent. Niet het uitzendbureau is dan werkgever, maar degene die de arbeidskrachten inleent, aldus de memorie van toelichting. Het is aan [appellante] om door middel van feiten en omstandigheden aannemelijk te maken dat zij in afwijking van de hoofdregel niet als werkgever is te beschouwen omdat [bedrijf] feitelijk het gezag over de werknemers uitoefende.

4.3. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat voor de beoordeling van de gezagsverhouding de feitelijke situatie op het moment van de overtredingen van belang is. De zich bij de stukken bevindende inleenovereenkomst is algemeen van aard en daaruit volgt niet zonder meer dat de werkzaamheden waar het hier om gaat, ook onder die overeenkomst zijn verricht. Anders dan [appellante] betoogt, volgt de gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer dus niet alleen uit de inleenovereenkomst. Hetzelfde geldt voor de vraag wie leiding gaf en toezicht hield. [appellante] heeft niet aannemelijk gemaakt dat [bedrijf] op het moment van de overtredingen feitelijk het gezag over de werknemers uitoefende. De volgende omstandigheden leiden tot het oordeel dat de minister [appellante] terecht als werkgever heeft aangemerkt.’

Kort en goed geldt een arbeidsovereenkomst als hoofdregel om werkgeverschap aan te nemen, en kwalificeert die partij als werkgever. Als een partij meent dat sprake is van een van de uitzonderingen, dient deze partij daarvoor het bewijs te leveren. Daarbij is als eerder aangegeven de feitelijke situatie leidend.¹¹

Uit een uitspraak van 29 maart 2024 van de rechtbank Noord-Holland blijkt deze stapsgewijze benadering ook.¹² Tevens volgt uit deze uitspraak het standpunt van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: minister) dat slechts één partij als werkgever kan worden aangemerkt. Volgens de minister was sprake van de uitzonderingssituatie als bedoeld in artikel 1

lid 2 Arbowet, maar speelde de vraag of deze situatie voldoende was onderzocht. De minister stelde dat dit het geval was en dat er geen aanleiding bestond om nader onderzoek te doen naar de partij die de arbeidsovereenkomst had gesloten. Volgens de minister kon namelijk slechts één partij bij uitsluiting als werkgever kwalificeren gelet op artikel 1 Arbowet. Alhoewel dit niet heel duidelijk uit de uitspraak van de rechtbank volgt, lijkt de rechtbank deze redeneerlijn ook te volgen. De rechtbank overweegt namelijk dat de minister op goede gronden slechts één partij als werkgever heeft aangemerkt gelet op de bewoordingen van artikel 1 Arbowet.

Wij hebben naar aanleiding van deze uitspraken nader onderzoek gedaan naar de rechtspraak van zowel lagere rechtbanken als van de Afdeling. Wij hebben geen zaken kunnen vinden waarin aan meer dan één werkgever een bestuursrechtelijke sanctie is opgelegd. Mede aan de hand van dit onderzoek en aan de hand van de voornoemde uitspraken, leiden wij af dat de bestuursrechter slechts één partij als mogelijke werkgever ziet, en dus geen ruimte ziet voor meerdere werkgevers van één werknemer in het geval het gaat om de Arbowet.

5. Werkgever; strafrechtelijke benadering

Als wordt gekeken naar relevante rechtspraak in strafzaken lijkt het – anders dan in het bestuursrecht – wel mogelijk om meerdere partijen als werkgever te kwalificeren en te veroordelen voor het overtreden van de Arbowet. Zo heeft het gerechtshof Amsterdam in twee arresten van 28 september 2022 twee verdachten als werkgever veroordeeld voor het schenden van artikel 32 Arbowet en artikel 3.17 Arbeidsomstandighedenbesluit.^{13,14}

De eerste veroordeelde verdachte betrof een rechtspersoon, waarvan niet ter discussie stond dat zij als werkgever kwalificeerde op grond van de Arbowet. De betrokken werknemers werden namelijk aan deze rechtspersoon ter beschikking gesteld voor het verrichten van arbeid, waardoor werd voldaan aan artikel 1 lid 1 onder 2 Arbowet.

De tweede veroordeelde verdachte betrof een natuurlijk persoon, waarbij het voor zijn (strafrechtelijke) positie van belang is dat hij de rol van kapitein had. Door deze verdachte werd wel betwist dat hij als werkgever van de betrokken werknemers kon worden aangemerkt. Het hof oordeelt echter dat hij wel als werkgever kan gelden omdat onder zijn gezag arbeid werd verricht door de betrokken werknemers. Deze verdachte is daarmee ook

11 Wel merken wij op dat de Afdeling in deze uitspraak een partij met wie een arbeidsovereenkomst was gesloten als werkgever aanmerkt omdat sprake was van gezag als bedoeld in art. 1 lid 2 Arbowet. Dit lijkt ons geen zuivere benadering te zijn van het werkgeversbegrip.

12 Rb. Noord-Holland 29 maart 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:3062.

13 Hof Amsterdam 28 september 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3475 en ECLI:NL:GHAMS:2022:3477.

14 Een derde verdachte in dezelfde kwestie werd vrijgesproken (Hof Amsterdam 28 september 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3476).

werkgever gelet op artikel 1 lid 2 onder a Arbowet. Daarbij overweegt het hof als volgt (RW/LH: vet):

‘(...) Het hof stelt vast dat voornoemde [betrokkene 1 en [betrokkene 2] aan boord van de [naam 1] arbeid verrichtten in afhankelijkheid van de verdachte. Zo verklaren zowel de verdachte en de eerste stuurman, [naam 4], bij de politie dat de verdachte als kapitein eindverantwoordelijke is. [naam 4] verklaart verder dat de lagers formeel onder de verantwoordelijkheid van de kapitein vallen en [naam 6] verklaart bij de politie dat de kapiteins van de schepen die in de “holding” [bedrijf] zitten, aan boord autonoom zijn. Met die verklaring wordt de aandacht gevestigd op een bijzonder aspect van de rol van de verdachte, immers neemt hij als gezagvoerder van het schip de arbeidsplaats waarover hij gezag voert met zich mee de zee op, hetgeen de afhankelijkheid van de positie van de werknemers versterkt. Gelet op het voorgaande past de rol en hoedanigheid van de verdachte binnen het werkgeversbegrip uit de Arbeidsomstandighedenwet.’¹⁵

Ook de rechtbank Overijssel komt in een vonnis van 14 december 2020 tot het oordeel dat twee ondernemingen als werkgever van alle betrokken werknemers kunnen worden aangemerkt als bedoeld in de Arbowet.¹⁶ De rechtbank Overijssel komt tot dit oordeel omdat gelet op de feitelijke gang van zaken, door de rechtbank als feitelijk samenwerkingsverband geduid, sprake is van gezamenlijk werkgeverschap voor alle betrokken werknemers.

Op basis van de concrete feiten en omstandigheden van het geval is het dus in een strafrechtelijk onderzoek mogelijk om meerdere werkgevers aan te wijzen, te vervolgen én te veroordelen voor hetzelfde strafrechtelijke verwijt. Namelijk het niet of onvoldoende nakomen van de op hen als werkgever rustende verplichtingen. Op dit punt signaleren wij een verschil in de bestuursrechtelijke benadering enerzijds en de strafrechtelijke benadering anderzijds. Dit verschil is met name relevant, als zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk wordt opgetreden tegen een partij. Dat een partij bestuursrechtelijk gezien niet als werkgever kwalificeert en dan de dans ontspringt, houdt dus niet automatisch in dat deze partij ook strafrechtelijk van de haak is.

6. Deelnemingsvorm: medeplegen

In het strafrechtelijk spoor is verder relevant dat ook andere partijen, niet zijnde werkgever, vervolgd (en veroordeeld) kunnen worden voor het overtreden van artikel 32 Arbowet. In de kern gaat het dan om strafzaken

waarin – naast de werkgever(s) – ook een ander als *medepleger*, *medeplachtige* of *feitelijk leidinggever* wordt vervolgd voor dezelfde verweten strafbare gedraging ex artikel 32 Arbowet. Straffervolging hoeft dus niet beperkt te blijven tot de ‘zuivere’ werkgever als bedoeld in artikel 1 Arbowet. In het verdere verloop gaan wij uitsluitend in op de deelnemingsvorm medeplegen.

Van medeplegen is sprake bij een nauwe en bewuste samenwerking, waarbij de intellectuele en/of materiële bijdrage van de verdachte aan het delict van voldoende gewicht is. In de regel gaat het om een gezamenlijke uitvoering, maar van medeplegen kan ook sprake zijn als de bijdrage van de medepleger is geleverd in de vorm van verscheidene gedragingen voor en/of tijdens en/of na het strafbare feit. Ook is niet uitgesloten dat de bijdrage in hoofdzaak vóór het strafbare feit is geleverd.¹⁷ Voor de bewezenverklaring van medeplegen geldt bovendien het vereiste van dubbel opzet. Dat wil zeggen dat de medepleger opzet moet hebben op het medeplegen zelf (de samenwerking) en het strafbare feit (het gronddelict). Of aan het beoordelingskader van medeplegen wordt voldaan, is casuïstisch en (weer) telkens afhankelijk van de concrete feiten en omstandigheden van het specifieke geval.¹⁸

Voor een eventuele veroordeling van een medepleger is het daarnaast noodzakelijk dat de werkgever zelf voor het schenden van artikel 32 Arbowet wordt veroordeeld. Artikel 32 Arbowet is namelijk een kwaliteitsdelict. Enkel de werkgever draagt deze kwaliteit, en is daarom de enige normadressaat van artikel 32 Arbowet. Een medepleger kan om die reden enkel veroordeeld worden voor een schending van artikel 32 Arbowet als de mededader over de vereiste kwaliteit beschikt en voor dit feit wordt veroordeeld.¹⁹ Dit staat uiteraard los van de omstandigheid dat strafrechtelijk gezien meerdere partijen als werkgever kunnen kwalificeren.

Hoewel in het bestuursrecht de deelnemingsvorm medeplegen ook toegepast kan worden op grond van artikel 5:1 lid 2 Awb, signaleren wij in de rechtspraak dat specifiek ten aanzien van de Arbowet in het strafrecht veel vaker tot vervolging wordt overgegaan tegen een vermeende medepleger en dat dit in het bestuursrecht niet tot nauwelijks gebeurt. Dit kan mogelijk verklaard worden doordat in het bestuursrecht überhaupt zeer te-

¹⁵ Zie hiertoe het eerdergenoemde arrest van het hof Amsterdam van 28 september 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3477.

¹⁶ Rb. Overijssel 14 december 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:4238 en ECLI:NL:RBOVE:2020:4239.

¹⁷ Zie bijv. HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474.

¹⁸ Wij noemen enkele voorbeelden in het licht van art. 32 Arbowet. De rechtbank Oost-Brabant oordeelde op 19 november 2019 in twee vonnissen (ECLI:NL:RBOBR:2019:6667 en ECLI:NL:RBOBR:2019:6668) dat sprake was van medeplegen. In een andere kwestie kwam het hof Amsterdam in een drietal arresten van 28 september 2022 tot het oordeel dat van een gezamenlijke uitvoering niet was gebleken en om die reden dan ook geen sprake was van medeplegen (ECLI:NL:GHAMS:2022:3475; ECLI:NL:GHAMS:2022:3476 en ECLI:NL:GHAMS:2022:3477).

¹⁹ Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 30 januari 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:696 of Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1815 en ECLI:NL:GHSHE:2023:1816.

rughoudend wordt omgegaan met de deelnemingsvorm medeplegen.²⁰

7. Schaduwwerking voor verplichtingen Arbowet

De vaststelling of een partij als werkgever kwalificeert, vindt – in het geval over deze positie discussie bestaat – vaak pas achteraf plaats, al dan niet door tussenkomst van de rechter. Als achteraf wordt vastgesteld dat een partij als werkgever kwalificeert, houdt dit in dat die partij zich ook in het verleden had moeten houden aan de verplichtingen die op een werkgever rusten.²¹ Dat zal vaak niet het geval zijn.

Voor (potentiële) werkgevers is het dus van groot belang om zich te allen tijde bewust te zijn van hun positie, en zich daarover ook goed te laten voorlichten. Als het vermoeden bestaat dat een partij als werkgever kwalificeert, zal deze partij er goed aan doen om zich zekerheidshalve minimaal van de op hem rustende zorgplicht te vergewissen. Los van de vraag of uiteindelijk sprake is van werkgeverschap, kan in het kader van de verwijtbaarheid dan het nodige verweer worden gevoerd.

Ook voor de (potentiële) medepleger geldt dat deze zich bewust dient te zijn van zijn of haar positie. Dit geldt zowel in het geval met een werkgever in nauwe samenwerking werkzaamheden worden verricht, als in het geval een partij waarmee nauw en bewust wordt samengewerkt achteraf als werkgever wordt gekwalificeerd. Het is dus van belang om bewust te zijn van de eigen positie in relatie tot de (mogelijke) werkgever, en de verhouding waarin hij/zij tot die (mogelijke) werkgever staat. Weliswaar rusten op de medepleger niet dezelfde verplichtingen als op de formele werkgever, maar deze verplichtingen hebben uiteraard wel een schaduwwerking naar de medepleger toe. Immers, ook van de medepleger mag de nodige zorg worden verwacht voor de werknemers.

8. Verdere gevolgen na vervolging voor werkgever en medepleger

Zoals hierboven uiteengezet wordt niet alleen de formele werkgever geconfronteerd met de verplichtingen uit de Arbowet, maar geldt er voor een medepleger een schaduwwerking van die verplichtingen. Dit houdt concreet in dat de gevolgen vanwege een strafrechtelijke vervolging niet alleen de formele werkgever raken, maar in het voorkomende geval ook de medepleger. Partijen

dienen zich van deze gevolgen bewust te zijn. Hieronder wordt nader ingegaan op deze gevolgen, en dan meer specifiek op (1) het verkrijgen van justitiële documentatie (hierna ook wel ‘het strafblad’ genoemd); (2) de gevolgen voor een VOG voor rechtspersonen (hierna: VOG RP); (3) aanbestedingen; en (4) de toets die volgt uit de Wet Bibob.

1. Verkrijgen van een strafblad en openbaarmaking van de bestuursrechtelijke sanctie

Als een werkgever (en een medepleger of medeplichtige) strafrechtelijk wordt vervolgd, wordt die vervolging geregistreerd in de justitiële documentatie. Zowel rechtspersonen als natuurlijke personen kunnen een strafblad hebben. Het strafblad bevat meer informatie dan alleen veroordelingen. Zo staan op het strafblad (i) alle openstaande strafzaken; (ii) sepotbeslissingen (met uitzondering van code 1 ‘ten onrechte als verdachte aangemerkt’); (iii) transacties; (iv) strafbeschikkingen; en (v) onherroepelijke veroordelingen.²² Een ieder kan zijn/haar eigen strafblad opvragen of inzien. Onder omstandigheden hebben ook overheden een inzage-recht in de justitiële documentatie. Denk daarbij aan het kunnen beoordelen van een aanvraag voor het verkrijgen van een VOG RP.

Bestuurlijke boetes worden niet in de justitiële documentatie geregistreerd. Ondanks het feit dat een bestuurlijke boete als een punitieve sanctie kwalificeert, valt een dergelijke boete buiten het strafrecht. De wetgever heeft echter wel op een andere wijze voorzien in een – vorm van – registratie van bestuurlijke boetes. Zo kan de Arbeidsinspectie op grond van de Wet open overheid besluiten tot het openbaar maken van inspectierapporten en boetebesluiten. Dit openbaar maken moet letterlijk worden genomen, de inspectierapporten en boetebesluiten worden met naam en toenaam van de betrokken onderneming op een website gepubliceerd en zijn voor eenieder in te zien. Een vorm van ‘naming and shaming’ dus. Dit kan de Arbeidsinspectie niet zonder meer doen. Er dient (meestal) een belangenafweging plaats te vinden, en een betrokken onderneming moet de kans krijgen de publicatie in rechte aan te vechten. In de praktijk wordt daarom gewerkt met een voorgenoemen publicatie tegen een termijn van enkele weken. Dit geeft de onderneming de kans de zaak aan de rechter voor te leggen. Als de onderneming berust of de rechter wijst de vordering van de onderneming af, dan vindt publicatie plaats.²³

2. Gevolgen voor een VOG (RP)

Een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke sanctie kan gevolgen hebben voor het verkrijgen van een VOG of een VOG RP. Meer specifiek is een VOG voor natuurlijke per-

20 Een zoekslag op rechtspraak.nl heeft geen voorbeelden opgeleverd van zaken waarin naast de werkgever ook aan een medepleger een boete is opgelegd.

21 Zie bijv. ABRvS 14 september 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2676, JAR 2022/266.

22 Zie hiertoe verder de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens.

23 Zie hiertoe ook de informatievoorziening vanuit de Arbeidsinspectie zelf: <https://www.nlarbeidsinspectie.nl/nederlandse-arbeidsinspectie/openbare-inspectieresultaten>. Concrete voorbeelden zijn te vinden onder <https://resultaten.nlarbeidsinspectie.nl/>.

sonen nodig voor het (mogen) verrichten van bepaalde functies. Voor rechtspersonen is een VOG RP nodig voor het kunnen deelnemen aan – bijvoorbeeld – aanbestedingen. Als een VOG of VOG RP wordt afgegeven laat dit zien dat die (rechts)persoon kort gezegd voldoende betrouwbaar is en er geen strafrechtelijke bezwaren bestaan.

Bij de beoordeling of een VOG of VOG RP kan worden afgegeven, is de terugkijktermijn van een (relevant) strafbaar feit van belang. In beginsel wordt er bij de beoordeling een terugkijktermijn van vier jaren voorafgaand aan het moment van beoordeling gehanteerd. Er kunnen echter uitzonderingen van toepassing zijn.²⁴ Als sprake is van een (relevant) strafbaar feit, en dit strafbare feit kan in verband met de terugkijktermijn worden ‘meegenomen’ in de beoordeling, dan wordt vervolgens gekeken of dat strafbare feit ook daadwerkelijk in de weg staat aan de functie waarvoor de VOG of VOG RP wordt verzocht.

Voor een VOG RP geldt nog meer specifiek dat als sprake is van een relevant strafbaar feit op naam van de onderneming of op naam van haar (on)middellijke bestuurders, vennoten, maten of beheerders dit justitiële gegevens zijn. Bij de beoordeling van een VOG RP dienen alle omstandigheden waaronder het strafbare feit heeft plaatsgevonden te worden betrokken. Concreet betekent dit dat bijvoorbeeld betrokken dient te worden dat niet een vennoot zelf is veroordeeld, maar een vennootschap onder firma (hierna: vof), waaraan de aanvragende vennoot deelneemt/heeft deelgenomen.

Indien screeningsorganisatie Justis voornemens is een VOG of VOG RP te weigeren, wordt de aanvrager eerst in de gelegenheid gesteld hiertegen een zienswijze in te dienen. Na de termijn voor het indienen van een zienswijze wordt besloten de VOG of VOG RP al dan niet af te geven. Dit is een besluit in de zin van de Awb. Wordt de VOG of VOG RP niet afgegeven, dan kan tegen dit besluit in bezwaar worden gegaan (en eventueel later in beroep).²⁵

3. Gevolgen voor aanbestedingen

Een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke sanctie kan ook gevolgen hebben voor deelname van een onderneming aan toekomstige aanbestedingsprocedures. In het kader van een aanbestedingsprocedure zal – in de regel – worden gevraagd naar het bestaan van een strafrechtelijke veroordeling of een eerder opgelegde bestuurlijke sanctie. Een onderneming dient die feiten en

omstandigheden dan te vermelden in de aanbestedingsdocumentatie.

De aanbestedende dienst zal vervolgens beoordelen of een strafrechtelijke veroordeling of bestuurlijke sanctie leidt tot het bestaan van een dwingende of facultatieve uitsluitingsgrond als bedoeld in de Aanbestedingswet 2012.

In artikel 2.86 Aanbestedingswet 2012 staan de dwingende uitsluitingsgronden opgenomen. Deze gronden richten zich op een gegadigde of inschrijver jegens wie een onherroepelijk rechterlijk oordeel heeft plaatsgevonden ter veroordeling van (a) deelneming aan een criminele organisatie; (b) omkoping; (c) fraude; (d) witwassen; (e) terroristische misdrijven of daaraan gerelateerd; of (f) kinderarbeid of andere vormen van mensenhandel. Op grond van artikel 2:86 lid 7 Aanbestedingswet betreft de aanbestedende dienst bij toepassing van deze dwingende uitsluitingsgrond uitsluitend rechterlijke uitspraken die in de vijf jaar voorafgaand aan het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving onherroepelijk zijn geworden.

De facultatieve uitsluitingsgronden staan in artikel 2.87 lid 1 onder a tot en met j Aanbestedingswet 2012. Deze gronden richten zich tot de inschrijver of gegadigde, waarbij er – anders dan bij de dwingende uitsluitingsgronden – geen onherroepelijk rechterlijk oordeel vereist is voor de toepassing van een facultatieve uitsluitingsgrond. Het is aan de aanbestedende dienst of en, zo ja, welke grond(en) aan de inschrijvers/gegadigden wordt/worden voorgelegd. In artikel 2.87 lid 2 onder a tot en met g Aanbestedingswet 2012 staat opgenomen welke termijnen er voor de voorgaande facultatieve uitsluitingsgronden gelden. Zo geldt voor de uitsluitingsgronden onder a, c, g, h, i en j dat uitsluitend een schending van de in dat onderdeel bedoelde verplichtingen die zich in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving hebben voorgedaan, wordt voorgelegd.

4. Gevolgen voor de Wet Bibob

Tot slot kunnen er gevolgen zijn voor de toets die volgt uit de Wet Bibob. De Wet Bibob is een (preventief) bestuursrechtelijk instrument. Als een ernstig gevaar dreigt dat bijvoorbeeld een vergunning wordt misbruikt, kan de bevoegde overheidsinstantie de aanvraag weigeren of de afgegeven vergunning intrekken. De Wet Bibob is onder meer van toepassing bij overheidsopdrachten, beschikkingen (waaronder (omgevings)vergunningen en ontheffingen) en vastgoedtransacties waarbij de overheid partij is. Naast de Wet Bibob is ook de Leidraad voor de gevaarsbeoordeling op grond van de Wet Bibob (hierna: de Leidraad) relevant.²⁶

24 Zie daartoe de Beleidsregels VOG-NP-RP 2024 zoals die per 30 januari 2024 in werking zijn getreden. De beleidsregels zijn te vinden onder bijv. <https://open.overheid.nl/documenten/dpc-d2b56586b5b5c970e0bf1de78897b0bb1fcd43c6/pdf>. Wij wijzen verder op de (meer toegankelijke) informatie vanuit Justis zelf: <https://justis.nl/producten/verklaring-omtrent-het-gedrag/beoordeling-en-besluit-vog/terugkijk-termijnen#:~:text=De%20terugkijktermijn%20voor%20een%20VOG,delicten%20geldt%20een%20onbeperkte%20terugkijktermijn.>

25 Zie bijv. ABRvS 28 augustus 2024, ECLI:NL:RVS:2024:3506.

26 <https://justis.nl/sites/default/files/2022-10/Bibob%20Leidraad%20voor%20de%20gevaarsbeoordeling.pdf>.

Het toetsingskader uit de Wet Bibob richt zich op het vaststellen van een mate van gevaar. De mate van gevaar kan ertoe leiden dat op grond van artikel 3 Wet Bibob een beschikking of gunning kan worden geweigerd, dan wel kan worden ingetrokken of aan voorwaarden wordt gebonden. Daarbij is zowel de zogenoemde ‘A-grond’ (artikel 3 lid 1 onder a Wet Bibob) als de zogenoemde ‘B-grond’ (artikel 3 lid 1 onder b Wet Bibob) van belang. Voor beide gronden is relevant of strafbare feiten (vermoedelijk) zijn gepleegd door de betrokkene zelf of door een van de (rechts)personen tot wie de betrokkene in een relevante zakelijke relatie staat.²⁷ Ook is relevant of bestuursrechtelijke sancties zijn opgelegd zoals een bestuurlijke boete of (soms) een last onder bestuursdwang. Als sprake is van een zakelijke relatie, dan moet de aard van die relatie ook bij de beoordeling betrokken worden. Concreet betekent dit dat het toetsingskader uit de Wet Bibob ook van toepassing is op participerende vennoten van bijvoorbeeld een vof, nu de vennoten in een zakelijke relatie staan tot die vof.

Meer specifiek ziet de A-grond op het gevaar dat een verkregen vergunning mede wordt benut om crimineel voordeel te verkrijgen. De B-grond richt zich op het gevaar dat met gebruik van een verkregen vergunning strafbare feiten gepleegd gaan worden. Voor de beoordeling of een dergelijk gevaar bestaat, wordt onder andere rekening gehouden met het tijdsverloop. Uit de Leidraad volgt dat het uitgangspunt de pleegdatum van een strafbaar feit is, en niet de datum van de veroordeling. Als er vijf jaar of minder zijn verstreken dan is dat in ieder geval nog voldoende recent om mogelijk een ernstig gevaar te kunnen onderbouwen.

Welke feiten en omstandigheden wijzen nu op een relatie van de betrokkene tot strafbare feiten? Dit volgt uit artikel 3a Wet Bibob. Daarin staat dat dit – onder meer – het geval is bij een veroordeling wegens een strafbaar feit; een onherroepelijke strafbeschikking; het vervallen van het recht tot strafvordering op grond van een transactie als bedoeld in artikel 74 Sr; een onherroepelijke beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete en een beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete waartegen beroep is ingesteld, waarop de bestuursrechter in eerste aanleg uitspraak heeft gedaan. Wordt een strafbaar feit niet vervolgd of de vervolging niet voortgezet, dan staat dat niet in de weg aan het geheel of ten dele op grond van dat strafbare feit vaststellen van de mate van gevaar als bedoeld in artikel 3 lid 2 en 3. Dit is slechts anders in het geval van een rechterlijke uitspraak houdende vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging. Dan wordt de mate van gevaar als bedoeld in artikel 3 lid 2 en 3 niet op grond van dat strafbare feit vastgesteld.

Hoe ziet nu een Bibob-toets er in de praktijk uit? Als een Bibob-toets mag worden uitgevoerd (op grond van de wet dan wel nader gespecificeerd in beleid), begint een

toets (meestal) met het invullen van een formulier. Let wel, dit formulier is niet vrijblijvend. Zowel de weigering het formulier in te dienen als het foutief invullen ervan hebben consequenties. In het laatste geval is zowel sprake van een strafbaar feit, als van een (extra) weigeringsgrond, dit volgt uit artikel 9 lid 3 onder c Wet Bibob. Afhankelijk van het formulier – en overige informatie – kan het bestuursorgaan besluiten om zelf nader onderzoek te doen of het Landelijk Bureau Bibob (LBB) aanzoeken en vragen om een rapport ter vaststelling van de mate van het gevaar. Al naar gelang de uitkomst van het onderzoek en de mate van gevaar kan het bestuursorgaan tot besluitvorming overgaan of een transactie weigeren.

9. Afsluitend

Wij hebben in deze bijdrage niet alleen geschetst onder welke omstandigheden een partij als werkgever kwalificeert, maar ook het belang benadrukt dat deze kwalificatie vroegtijdig wordt vastgesteld. De feitelijke situatie is daarbij altijd leidend, en (potentiële) werkgevers doen er goed aan deze feitelijke situatie te allen tijde scherp te hebben en te houden. Immers, het zijn van werkgever brengt de nodige verplichtingen en verantwoordelijkheden met zich die wij eveneens in dit artikel hebben geaduid. Daarbij hebben wij opgemerkt dat een verschil in benadering bestaat tussen het bestuursrecht enerzijds en het strafrecht anderzijds. Waar de bestuursrechter slechts één partij (bij uitsluiting van andere partijen) als werkgever kwalificeert, houdt de strafrechter de mogelijkheid open dat meer partijen als werkgever van dezelfde werknemer kwalificeren. Dit verschil is relevant voor de praktijk en vraagt de nodige aandacht, ook gelet op de verdere gevolgen van een strafrechtelijke veroordeling voor een betrokken partij. Om geen verschillen te laten ontstaan, zou een afstemming tussen de bestuursrechter en de strafrechter op zijn plaats zijn.

27 Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 21 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2085.