

Vergaderjaar 2009–2010

17 050

Misbruik en oneigenlijk gebruik op het gebied van belastingen, sociale zekerheid en subsidies

29 523

Wijziging van de Wet arbeid vreemdelingen in verband met invoering van bestuursrechtelijke handhaving (Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen)

Nr. 396

BRIEF VAN DE MINISTER VAN SOCIALE ZAKEN EN WERKGELEGENHEID

Den Haag, 18 januari 2010

De regering heeft de afgelopen jaren fors ingezet op de aanpak van illegale tewerkstelling en uitbuiting van buitenlandse werknemers. Om werkgevers die vreemdelingen illegaal te werk stellen sneller en efficiënter aan te pakken is per 1 januari 2005 een bestuurlijke boete opgenomen in de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Op grond van artikel III van de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen dient de TK binnen vijf jaar na de inwerkingtreding van de wet een evaluatie te ontvangen over de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk. In overeenstemming met de minister van Justitie bied ik u hierbij aan¹ de eindrapportage van de Evaluatie Invoering bestuurlijke boete Wav. Al eerder, in september 2006, hebt u een eerste evaluatie ontvangen², ter uitvoering van de motie-Weekers/Rambocus³.

Deze brief gaat in op de uitkomsten van deze evaluatie. Daarbij besteed ik tevens aandacht aan de effectiviteit van het recidivebeleid. Conform mijn toezegging in mijn brief van 26 mei jl.⁴ is dit onderwerp betrokken in de evaluatie. Verder geef ik met deze brief gevolg aan mijn toezegging uit het Algemeen Overleg van 11 juni 2009 over handhaving om u een overzicht te doen toekomen van afwegingen voor een keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke aanpak van illegale tewerkstelling. Achtergrond van deze toezegging was de veronderstelling in uw Kamer dat toepassing van het strafrecht leidt tot een effectievere en snellere handhaving in het geval van notoire overtreders. Op basis daarvan werd gesuggereerd om al bij de eerste recidive over te gaan naar het strafrecht.

Verder is tijdens de behandeling van de SZW-begroting op 10 december jl. de motie-Spekman c.s. ingediend over de handhaving op het terrein van arbeidsbescherming en arbeidsmarktfraude⁵. In de motie wordt de regering verzocht de sancties aan te scherpen en daarbij enkele maatregelen te overwegen op het terrein van loondoorbetaling in het geval van uitval door ernstige overtredingen op het terrein van arbeidsbescherming en het leggen van een relatie tussen de hoogte van boetes en het economische

¹ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 17 020/29 523, nr. 332.

³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 523, nr. 14.

⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–2009, 17 050, nr. 385.

⁵ Tweede Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 32 123 XV, nr. 31.

gewin door niet naleving. Deze motie is op dinsdag 15 december jl. aangenomen. Met deze brief reageer ik tevens op de motie.

Uitkomsten evaluatie

In de evaluatie staat de vraag centraal wat vanaf 1 januari 2005 tot heden de ervaringen zijn met de bestuurlijke boete als instrument bij de bestrijding van illegale tewerkstelling en in hoeverre de invoering van deze bestuurlijke boete heeft geleid tot een meer effectieve handhaving van de Wav.

Op basis van dit onderzoek constateer ik dat de overgang van het strafrecht naar het bestuursrecht heeft bijgedragen aan een effectievere bestrijding van illegale tewerkstelling. In vergelijking met de situatie onder het strafrecht, heeft de bestuurlijke boete een meer afschrikwekkende werking, is er meer eenduidigheid in de handhaving ontstaan en ervaren overtreders sneller de consequenties van hun daden (lik-op-stuk beleid).

Daarnaast heeft de bestuurlijke boete bijgedragen aan een betere naleving van de Wav. Sinds 2005 is sprake van een gestage daling van het percentage controles dat resulteert in één of meer boeterapporten, van 26% in 2005 naar 15% medio 2009¹. Verder is het aandeel hercontroles waarbij een overtreding wordt geconstateerd sinds 2003 gedaald, van 35% in 2003 naar 26% in 2006 en 18% in 2008.

De keuze voor een hoge boete en het ingezette matigingsbeleid worden ondersteund in rechterlijke uitspraken. Dit matigingsbeleid is opgenomen in de Beleidsregels boeteoplegging Wav 2008. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om een matiging van de opgelegde boete, als de werkgever kan aantonen zich redelijkerwijs voldoende te hebben ingespannen om een overtreding te voorkomen. De hoge boetes hebben daarbij wel als neven-effect dat er veel bezwaarschriften worden ingediend. Verder stonden in de eerste jaren de doorlooptijden sterk onder druk door de grote hoeveelheden boeterapporten, boetebeschikkingen en bezwaren. Door de inzet van extra capaciteit zijn de doorlooptijden sinds 2007 flink gereduceerd. Vanaf 1 september 2009 worden de boeterapporten binnen de wettelijke termijn van 13 weken afgehandeld.

Op één punt signaleert het onderzoek dat de handhaving soms als te streng wordt ervaren. Daarbij gaat het om artikel 15 Wav waarin onder meer verplichtingen zijn opgenomen, gericht op de controle van de identiteit van nieuwe medewerkers, het uitwisselen van informatie over hun identiteitsbewijs en het bewaren in de administratie van een kopie van hun identiteitsbewijs. Al eerder, in juli 2008, is door de Commissie Wientjes aandacht gevraagd voor dit artikel in relatie tot administratieve lasten. Daarom bekijk ik momenteel de mogelijkheden om de verplichtingen met betrekking tot de uitwisseling van informatie en de bewaarplicht te vereenvoudigen. Binnenkort zal ik u daarover afzonderlijk informeren.

De keuze tussen een bestuursrechtelijke en een strafrechtelijke aanpak van illegale tewerkstelling: voordelen en beperkingen

In de onderstaande tabel worden bestuurs- en strafrecht op een aantal aspecten met elkaar vergeleken.

¹ Ondertussen is dit gegeven voor heel 2009 bekend, nl. 17%.

Vergelijking bestuursrecht en strafrecht: systeemvergelijking

Aspect	Bestuursrecht	Strafrecht
Afhandeling/Lik- op-stuk	Intern bestuursorgaan, binnen 13 weken boeteoplegging, na kennisgeving en reactie overtreder	Door het Openbaar Ministerie (OM), langere periode tot besluitvorming
Kennis bij beoordeling	Afhandeling door één gespecialiseerde organisatie	Afhandeling door de verschillende generalistische arrondissementen
Sancties	Uniforme boetes op grond van beleidsregels met beoordelingskader	Worden per overtreding bepaald
Mogelijkheden naast financiële sancties	Bij de Wav geen	Bedrijfsluiting als ultimum remedium/vrijheidsbeneming
Betaling boete	Bezwaar en beroep hebben geen schorsende werking; de boete moet binnen zes weken na dagtekening boetebeschikking zijn betaald	De inning start pas nadat er een onherroepelijke veroordeling is van de rechter
Type overtredingen	Overtredingen	Zware overtredingen en Misdrijven
Bewijsvoering	Een boete wordt opgelegd als het daderschap vaststaat; de overtreder moet aantonen dat de overtreding hem niet of in mindere mate te verwijten is.	Het OM moet aantonen dat de overtreder schuldig is aan de betreffende overtreding.
Uitvoering in het buitenland (binnen de EU)	Betaling is in het buitenland niet afdwingbaar	Betaling in het buitenland kan wel ten uitvoer worden gelegd, door regelgeving in EU-verband

Uit deze tabel blijkt dat een belangrijk voordeel van het bestuursrecht is dat overtreders onder dit recht sneller met de financiële gevolgen van hun daden worden geconfronteerd (boeteoplegging na de kennisgeving en de reactie van de overtreder; geen schorsende werking) dan onder het strafrecht. Bovendien is er sprake van een uniforme boetehoogte en van een centrale snelle afhandeling. Doordat dit meer duidelijkheid biedt over de gevolgen van een overtreding kan dit bijdragen aan een betere naleving. Een ander voordeel van het bestuursrecht is de eenvoudiger bewijsvoering als gevolg van de andere eisen aan de bewijslast. Een beperking vergeleken met het strafrecht is dat uitsluitend een boete kan worden opgelegd en dat er geen andere sanctiemogelijkheden zijn.

De genoemde voordelen sluiten aan bij de redenen waarom het Kabinet destijds, conform advies van de Raad van State, koos voor dit model van bestuurlijke handhaving: «de grotere rechtszekerheid, de rechtsgelijkheid tussen werkgevers die de verplichtingen uit de Wet arbeid vreemdelingen niet nakomen, en het consequent doorgevoerde lik-op-stukbeleid zijn voor het kabinet de belangrijkste overwegingen geweest om het handavingsmodel te wijzigen»¹.

In dit verband wordt ook gewezen op de kabinetsnota van 31 oktober 2008 over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel. De keuze voor bestuursrechtelijke handhaving in de Wav sluit aan op de uitgangspunten van deze notitie² heidsorgaan en de burger of het bedrijf (het vergunningenstelsel). Bij een besloten context bestaat een voorkeur voor bestuursrechtelijke handhaving..

De keuze tussen een bestuursrechtelijke en een strafrechtelijke aanpak van illegale tewerkstelling: vergelijking van de hoogte van de financiële sancties

Voorafgaand aan de invoering van de bestuurlijke boete werd een overtreding van de Wav op grond van artikel 25 Wav aangemerkt als een overtreding in het kader van de Wet op de economische delicten (Wed). Deze overtreding kon met een maximale boete van € 11 250 per illegaal tewerkgestelde vreemdeling worden bestraft, als de werkgever een natuurlijke persoon was; voor een rechtspersoon gold een maximale boete van € 45 000. In de praktijk was de gemiddelde sanctie per illegaal tewerkge-

¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 523, nr. 3, Memorie van Toelichting.

² Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–2009, 31 700 VI, nr. 69. De nota maakt onderscheid tussen open en besloten contexten. Bij de Wav is sprake van een besloten context, omdat er in het kader van de uitvoering van de wet een rechtstreekse verbinding is tussen een over-

stelde onder het strafrecht echter € 984. Hiertegenover staan de hoge uniforme boetes onder het bestuursrecht van € 8000 per illegaal tewerkgestelde vreemdeling (€ 4000 bij een particulier). Naast de hogere pakkans en het sneller geconfronteerd worden met de gevolgen van een overtreding, heeft deze aanzienlijke stijging van de financiële sanctie een afschrikkende werking en bijgedragen aan een betere naleving van de Wav.

Effectiviteit van het recidivebeleid

Op grond van de Wav wordt de op te leggen boete met 50% verhoogd, als binnen 24 maanden opnieuw een overtreding is geconstateerd en de eerdere overtreding heeft geleid tot een onherroepelijk opgelegde boete. Als er sprake is van herhaalde recidive (in een periode van 48 maanden overtreedt dezelfde werkgever de wet voor de derde keer en de twee eerder opgelegde boetes zijn onherroepelijk geworden), wordt een zaak overgedragen voor strafrechtelijke vervolging op grond van de Wed.

Tot 2009 zijn 20 zaken overgedragen aan de rechter vanwege herhaalde recidive.

De strafrechter blijkt slechts in een aantal gevallen een sanctie op te leggen van 150% van het boetenormbedrag; in de overige gevallen zijn lagere boetes opgelegd. Verder heeft de rechter geen gebruik gemaakt van aanvullende mogelijkheden, zoals het (tijdelijk) stilleggen van bedrijven. De strafrechtelijke vervolging van herhaalde recidive heeft dus niet geleid tot zwaardere sancties dan die in het bestuursrechtelijke traject worden gehanteerd. Op basis hiervan concludeer ik dat een overgang naar het strafrecht in het geval van eerste recidive niet zal bijdragen aan een betere aanpak van notoire overtreeders.

Zoals aangegeven is een voordeel van het strafrecht wel dat het meer instrumenten kent, zoals de (tijdelijke) stillegging van bedrijven of bedrijfssluiting. Ik zal daarom bezien of dit instrument ook kan worden opgenomen in de bestuursrechtelijke handhaving van de Wav en of dit kan bijdragen aan een effectievere handhaving.

Tijdens het AO is ook aangegeven dat een procedure van bezwaar en beroep als die eenmaal is ingezet binnen een jaar zou moeten worden afgerond. Uit het onderzoek blijkt dat door de inzet van extra capaciteit met ingang van 2008 de gemiddelde doorlooptijd van bezwaarschriften is gedaald. Op de doorlooptijden van de afhandeling van (hoger) beroep heb ik echter geen invloed; de lengte van de procedure is een zaak van het gerechtelijke systeem.

De Tweede Kamer informeerde verder bij twee gelegenheden¹ of het mogelijk is een nieuwe overtreding ook aan te merken als formele recidive als de eerder opgelegde boete nog niet onherroepelijk is. Dit is niet mogelijk om redenen van rechtszekerheid, maar ook vanwege het beginsel dat men geacht wordt onschuldig gehouden te zijn totdat men onherroepelijk veroordeeld is. Vanwege de rechtszekerheid is het evenmin mogelijk om achteraf een boete te verhogen, als van een eerdere overtreding is vastgesteld dat de overtreding uiteindelijk heeft geleid tot een onherroepelijke boete.

De motie-Spekman c.s. over de handhaving op het terrein van arbeidsbescherming en arbeidsmarktfraude

In de motie-Spekman c.s. overweegt de Kamer dat voor een succesvolle handhaving van de wetten op het terrein van arbeidsbescherming en bestrijding van arbeidsmarktfraude de hoogte van boetes bij overtreding

¹ Het AO van 11 juni 2009 over handhaving en het AO van 12 november 2009 over de herziening van de Wav.

daarvan een afschrikwekkende werking moet hebben en dat werkgevers werknemers kunnen ontslaan na twee jaar loondoorbetaling bij ziekte nadat deze werknemers zijn uitgevallen vanwege ernstige overtredingen op het terrein van arbeidsbescherming. De Kamer verzoekt daarom de regering de sancties aan te scherpen en daarbij de volgende maatregelen te overwegen:

- het invoeren van een model voor de bepaling van de hoogte van de boetes, waarin ook het economische gewin door niet-naleving wordt meegenomen;
- het invoeren van een extra jaar loondoorbetaling bij ziekte in het geval van uitval door ernstige overtredingen op het terrein van arbeidsbescherming;
- gedupeerde flexwerkers onder de twee jaar loondoorbetalingsverplichting van de werkgever te brengen in het geval van uitval door ernstige overtredingen op het terrein van arbeidsbescherming.

Bij het invoeren van een model waarin de hoogte van de boetes worden gerelateerd aan het economische gewin door niet-naleving zijn twee varianten denkbaar: een variant waarin het exacte economische gewin per overtreding wordt gemeten en een variant waarin op geabstraheerde wijze een economisch gewin wordt verondersteld.

Het vaststellen van het economische gewin in het geval van overtreding van de arbeidswetgeving zal per overtreding veel onderzoek vergen. Daarbij zal dit niet altijd tot een goede vaststelling van dit economische gewin kunnen leiden omdat overtreders beboet- en bestrafbare feiten veelal minder goed administreren. Verder is het niet uitgesloten dat het economische gewin van een overtreding lager is dan de boetes die worden gehanteerd, waardoor de hoogte van de boete niet recht zal doen aan de ernst van het betreffende geval. Dit is bijvoorbeeld het geval als een dodelijk ongeval op de werkvloer wordt veroorzaakt door een gebrek aan een apparaat dat met een geringe investering verholpen had kunnen worden.

Om deze redenen is op het terrein van de arbeidswetgeving niet voor een stelsel met een directe relatie met het economisch gewin in het individuele geval gekozen, maar voor een systeem met relatief hoge boetes. Doordat de hoogte van de opgelegde boetes verder oploopt met het aantal werknemers waarop de overtreding betrekking heeft, wordt in het geval van de Wav en de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (Wml) in feite op een geabstraheerde wijze een relatie gelegd met het economische gewin. In de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) wordt de hoogte van de op te leggen boete onder andere gerelateerd aan de ernst van de overtreding en het aantal werknemers van het betreffende bedrijf.

Gezien de hoge boetenormbedragen op het terrein van de arbeidsregelgeving en de gemiddeld hoge boetebedragen, wordt het beeld uit de pers dat bedrijven de lage boetes van de Arbeidsinspectie van enkele honderden euro's als tegenvallers inboeken¹ niet herkend. Bij de overgang naar de bestuurlijke handhaving van de Wav is juist bewust gekozen voor (zeer) hoge boetenormbedragen van € 8000 voor bedrijven en € 4000 voor particulieren, om het financiële voordeel als gevolg van de illegale tewerkstelling te niet te doen. Het gemiddelde boetebedrag dat wordt opgelegd bedraagt ruim € 15 000. Ook de Wml kent hoge boetes, oplopend tot € 6 700 per werknemer, en de plicht het achterstallige loon en de vakantiebijslag na te betalen. Het gemiddelde boetebedrag per werkgever is bij de Wml € 13 200. Ten slotte kent de Arboregelgeving een stelsel van bestuurlijke boetes die oplopen tot maximaal € 22 500 in het geval van

¹ Telegraaf, 8-12-2009. «Misbruik personeel moet worden aangepakt».

een arbeidsongeval met dodelijk letsel. De gemiddelde arboboete is € 5 500 per zaak. Uit onder meer de lage recidive blijkt dat dit stelsel goed werkt.

Ik constateer dat de opgelegde boetes ingevolge de Wav, de Wml en de Arboregelgeving al rekening houden met het economische gewin. Een verdere verhoging van deze boetes draagt naar mijn oordeel niet bij aan een verhoging van het afschrikwekkende effect. Uit de ervaringen met de bestuurlijke boete in de Wav blijkt dat werkgevers de boetes al als zeer hoog ervaren. Bovendien moet op grond van het proportionaliteitsbeginsel de boete in een redelijke verhouding staan tot de geconstateerde overtreding¹.

Als het gaat om notoire overtreders die herhaaldelijk en op meerdere fronten de regelgeving inzake arbeidsmarktfraude en arbeidsbescherming overtreden is het van groter belang om ten aanzien van al deze overtredingen handhavend op te treden. Er wordt dan bijvoorbeeld niet alleen een boete opgelegd ingevolge de Wav, maar de gemeente treedt handhavend op tegen slechte huisvesting en in het geval van illegaal verblijf van de werknemer kan de rechter met toepassing van artikel 197 a en b van de Wetboek van Strafrecht een werkgever veroordelen wegens het uit winstbejag verschaffen van gelegenheid tot verblijf in Nederland en het laten verrichten van arbeid, wetende dat het verblijf van de betrokken vreemdeling wederrechtelijk was. De daarvoor noodzakelijke samenwerking van handhavende instanties en mogelijkheden tot gegevensuitwisseling zijn de afgelopen jaren goed verbeterd; ook nu wordt daar volop geïnvesteerd.

Verder is tijdens het AO over handhaving al gesproken over de mogelijkheid om de effectiviteit van de Wav ten aanzien van notoire overtreders te verhogen door meer mogelijkheden om een tewerkstellingsvergunning te weigeren of in te trekken en het schrappen van de schorsende werking van het aantekenen van bezwaar en beroep tegen het intrekken door UWV van een reeds verleende tewerkstellingsvergunning. Onlangs heb ik u hierover mede gedeeld dat hiertoe de Wav zal worden aangepast². In de toekomst komen er bovendien mogelijkheden om werkgevers die illegaal verblijvende derdelanders tewerkstellen uit te sluiten van deelname aan overheidsopdrachten en uitsluiting of terugvordering van overheidsuitkeringen, steun of subsidies. Dit is opgenomen in de richtlijn tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, die uiterlijk in juli 2011 moet zijn vertaald in nationale regelgeving³.

Wat betreft de voorstellen over loondoorbetaling bij ziekte is van belang dat loondoorbetaling bij ziekte ophoudt als het contract eindigt. Daarna is er immers geen titel meer voor loondoorbetaling. Als een werknemer schade ondervindt als gevolg van ziekte door slechte arbeidsomstandigheden kan deze werknemer een civiele vordering instellen bij de rechter om de schade te verhalen op de werkgever. Verder komt de flexwerker die ziek wordt en wiens contract afloopt terecht in het vangnet Ziektewet. Deze wet biedt aan het UWV de mogelijkheid om de verstrekte uitkeringen te verhalen op een werkgever.

Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat de invoering van de bestuurlijke boete in de Wav heeft geleid tot een effectievere handhaving en een betere naleving van de Wav. Op basis van deze conclusie en de ervaringen met de afhandeling van herhaalde recidive door de rechterlijke macht constateer ik dat de suggestie van uw Kamer om al bij een eerste recidive over te gaan naar het strafrecht niet het beoogde effect zal hebben. Wel zal ik bezien of

¹ Artikel 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM). Op grond van de Algemene wet bestuursrecht, 3:2 en 3:4 moet een boetebedrag zijn afgestemd op de zwaarte van de overtreding alswel op de beoogde afschrikkende werking ervan.

² TK vergaderjaar 2009–2010, 32 144, nr. 1.

³ Richtlijn 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009.

een betere aanpak van volhardende overtredders kan worden bereikt door het instrument van stillegging of bedrijfssluiting op te nemen in de bestuursrechtelijke handhaving van de Wav.

Op één punt, de handhaving van artikel 15 Wav, wordt de handhaving soms als te streng ervaren. Daarom bekijk ik momenteel de mogelijkheden om de verplichtingen met betrekking tot de uitwisseling van informatie en de bewaarplicht te vereenvoudigen. Hierover zal ik u binnenkort afzonderlijk informeren, in reactie op het advies van de Commissie Wientjes uit juli 2008 over de identificatieplicht.

Gezien de hoge boetenormbedragen op het terrein van de arbeidsregelgeving en de gemiddeld hoge boetebedragen per overtreding, constateer ik in reactie op de motie-Spekman c.s. dat de opgelegde boetes al rekening houden met het financiële gewin als gevolg van die overtreding. Een verdere verhoging van deze boetes zal niet leiden tot een verhoging van het afschrikwekkende effect. Ten aanzien van notoire overtredders ligt een andere aanpak meer in de rede, waarbij instanties samenwerken om op alle relevante fronten handhavend op te treden. Al eerder, bij de herziening van de Wav, heb ik aangekondigd de aanpak van notoire overtredders te willen versterken door in de wet meer mogelijkheden op te nemen om een tewerkstellingsvergunning te weigeren of in te trekken en door het schrappen van de schorsende werking van het aantekenen van bezwaar en beroep tegen het intrekken van een verleende tewerkstellingsvergunning.

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
J. P. H. Donner