



Besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2012, nr. AV/SDA/2012/6091, tot vaststelling van beleidsregels in het kader van de bestuursrechtelijke handhaving van de Wet arbeid vreemdelingen (Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2012)

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,

Gelet op artikel 19, derde lid, van de Wet arbeid vreemdelingen;

Besluit:

Artikel 1

Bij de berekening van een bestuurlijke boete als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen wordt voor alle overtredingen als uitgangspunt gehanteerd de normbedragen die zijn neergelegd in de 'Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wet arbeid vreemdelingen' die als bijlage bij deze beleidsregels is gevoegd.

Artikel 2

Voor de werkgever als natuurlijk persoon wordt bij een overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen of artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht als uitgangspunt voor de berekening van de op te leggen bestuurlijke boete gehanteerd: 0,5 maal het boetenormbedrag. Dit uitgangspunt geldt alleen in gevallen waarin geen matiging van de bestuurlijke boete op grond van artikel 7 of 8 wordt toegepast.

Artikel 3

Indien sprake is van een overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen of artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht door een rechtspersoon kan tevens een bestuurlijke boete worden opgelegd aan hen die tot de overtreding opdracht hebben gegeven, als mede aan hen die feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging. Als uitgangspunt voor de berekening van de op te leggen bestuurlijke boete wordt gehanteerd: 0,5 maal het boetenormbedrag. Dit uitgangspunt geldt alleen in gevallen waarin geen matiging van de bestuurlijke boete op grond van artikel 7 of 8 wordt toegepast.

Artikel 4

Een overtreding van artikel 15, tweede en derde lid, van de Wet arbeid vreemdelingen wordt beboet alsof sprake was van slechts één overtreding per persoon ten aanzien van wie deze overtredingen zijn begaan.

Artikel 5

1. De totale bij een boetebeschikking op te leggen bestuurlijke boete bestaat, ingeval er sprake is van meer overtredingen, uit de som van de per overtreding berekende boetebedragen.
2. Indien op de dag van het constateren van de overtreding nog geen 24 maanden zijn verstreken nadat een eerdere overtreding, bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke verplichting is geconstateerd en de bestuurlijke boete wegens de eerdere overtreding onherroepelijk is geworden, worden deze maximale boetebedragen per beschikking met 50% verhoogd.

Artikel 6

De artikelen 19c en 19d, tweede lid, van de Wet arbeid vreemdelingen zijn van toepassing indien de aan de werkgever opgelegde bestuurlijke boetes, onherroepelijk zijn geworden.

Artikel 7

1. Bij een overtreding van artikel 15, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen waarbij niet tevens



ten aanzien van dezelfde of een andere vreemdeling een overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen of artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht wordt geconstateerd, wordt de bestuurlijke boete gematigd tot € 1.500,- voor het totaal van deze overtredingen.

2. Bij overtreding van artikel 15, tweede of derde lid, van de Wet arbeid vreemdelingen waarbij niet tevens ten aanzien van dezelfde of een andere vreemdeling een overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen of artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht wordt geconstateerd, wordt de bestuurlijke boete gematigd tot € 1.500,- voor het totaal van deze overtredingen.
3. Indien sprake is van recidive wordt per overtreding een bestuurlijke boete opgelegd waarbij de regels van artikel 19d, tweede lid, van de Wet arbeid vreemdelingen in acht worden genomen.

Artikel 8

1. Bij een overtreding van artikel 2a, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen waarbij niet tevens ten aanzien van dezelfde of een andere vreemdeling een overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen of artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht wordt geconstateerd, wordt de bestuurlijke boete gematigd tot € 1.500,- voor het totaal van deze overtredingen.
2. Indien sprake is van recidive wordt per overtreding een bestuurlijke boete opgelegd waarbij de regels van artikel 19d, tweede lid, van de Wet arbeid vreemdelingen in acht worden genomen.

Artikel 9

Bij de tewerkstelling van een kennismigrant als bedoeld in artikel 1d van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen, waarvoor nog geen verblijfsvergunning voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 14 van de Vreemdelingenwet 2000 is aangevraagd, maar wel aan alle overige voorwaarden voor de tewerkstelling als kennismigrant is voldaan, wordt de bestuurlijke boete voor de overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen, gematigd tot € 1.500 per overtreding.

Artikel 10

1. In alle andere gevallen waar sprake is van een overtreding van artikel 2 van de Wet arbeid vreemdelingen, kan de bestuurlijke boete per overtreding met 25%, 50% of 75% worden gematigd afhankelijk van de aard en ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de evenredigheid.
2. Indien de werkgever heeft aangetoond dat hem geen enkel verwijt gemaakt kan worden voor de geconstateerde overtreding wordt geen boete opgelegd.

Artikel 11

De Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2011 worden ingetrokken.

Artikel 12

Deze beleidsregel treedt in werking met ingang van 1 mei 2012.

Artikel 13

Deze beleidsregel wordt aangehaald als: Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2012.

Deze beleidsregel zal met de toelichting en de bijlage in de Staatscourant worden geplaatst.

Den Haag, 23 april 2012

*De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
H.G.J. Kamp.*



BIJLAGE BIJ ARTKEL 1 VAN DE BELEIDSREGELS BOETEOPLEGGING WET ARBEID VREEMDELINGEN 2012

Tarieflijst Boetenormbedragen Bestuurlijke Boete Wet arbeid vreemdelingen

Artikel	Lid	Overtreding	Boetenormbedrag
2	1	Het is een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning;	€ 8.000
2a	1	De werkgever dient arbeid door een vreemdeling twee dagen voorafgaande aan de werkzaamheden bij UWV te melden;	€ 1.500
15	1	Indien de werkgever door een vreemdeling arbeid laat verrichten waarbij die arbeid feitelijk wordt verricht bij een andere werkgever, draagt de eerstgenoemde werkgever er bij aanvang van de arbeid onverwijld zorg voor dat de andere werkgever een afschrift van het document, bedoeld in artikel 1 van de Wet op de identificatieplicht, van de vreemdeling ontvangt;	€ 1.500
15	2	De werkgever die het afschrift van het document, bedoeld in het eerste lid ontvangt, stelt de identiteit van de vreemdeling vast aan de hand van het genoemde document en neemt het afschrift op in de administratie;	€ 1.500
15	3	De werkgever bedoeld in het tweede lid, bewaart het afschrift tot tenminste vijf jaren na het einde van het kalenderjaar waarin de arbeid door de vreemdeling is beëindigd;	€ 1.500
15	4	De vreemdeling verstrekt een op hem betrekking hebbend document als bedoeld in artikel 1 van de Wet op de Identificatieplicht aan de werkgever, die het afschrift van het document, bedoeld in het eerste lid, ontvangt, en stelt die werkgever in de gelegenheid een afschrift van dit document te maken;	€ 150
18	2	Het door de werkgever niet naleven van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht voor zover het betreft het door de toezichthouder uitoefenen van bevoegdheden ter vaststelling van de identiteit van degene die voor de werkgever arbeid verricht of heeft verricht.	€ 8.000



TOELICHTING

Algemeen

Inleiding

Op 18 juni 2009 is de Richtlijn nr. 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake de sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen in werking getreden (hierna: de richtlijn). De richtlijn legt verplichtingen op aan werkgevers ter voorkoming van illegale tewerkstelling. Bij inbreuken op verplichtingen uit de richtlijn leggen lidstaten maatregelen en sancties aan werkgevers op.

Nederland voldoet nagenoeg geheel aan de eisen van de richtlijn. De elementen die nog in nationale wet- en regelgeving moeten worden omgezet, betreffen de meldingsplicht en de ketenaansprakelijkheid bij loonvorderingen. Het wetsvoorstel wijziging Wet arbeid vreemdelingen (Kamerstukken II 2010/11, 32 843) strekt tot implementatie van deze elementen uit de richtlijn.

In het nieuwe artikel 2a, eerste lid, Wet arbeid vreemdelingen (Wav), is de verplichting opgenomen dat een werkgever voor aanvang van de tewerkstelling van een vreemdeling daarvan melding doet aan een bij ministeriële regeling aan te wijzen instantie. Deze verplichting is neergelegd in artikel 4, eerste lid, onder c, van de richtlijn. De melding in de zin van de richtlijn zal gebeuren door notificatie waar artikel 2a Wav de wettelijke basis aan geeft.

In artikel 2a, tweede lid, Wav is bepaald dat de verplichting uit het eerste lid niet geldt indien de werkgever al uit hoofde van andere, bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen, bepalingen een meldingsplicht heeft. Deze bepaling vindt haar grondslag in overweging 10 van de richtlijn waarin is bepaald dat de melding van de aanvang van de werkzaamheden kan meelopen in andere kennisgevingsprogramma's. Zo kunnen administratieve lasten worden beperkt.

Wijziging Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen

De wet waarin de wettelijke basis voor de notificatieplicht wordt opgelegd, treedt per 1 mei 2012 in werking. De algemene maatregel van bestuur waarin uitzonderingen op de meldingsplicht zullen worden uitgewerkt, zal per die datum nog niet gereed zijn. Dat zou betekenen dat elke werkgever van een vreemdeling waarvoor geen tewerkstellingsvergunning vereist is, zou moeten notificeren. De regering acht dit niet wenselijk. In de Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2012 (hierna: de beleidsregels) wordt daarom vooralsnog bepaald in welke gevallen werkgevers beboet worden indien zij niet aan de notificatieplicht voldoen. Zo spoedig mogelijk zal in een algemene maatregel van bestuur worden vastgelegd welke werkgevers worden uitgezonderd van de notificatieplicht. Daarna zal ook deze beleidsregel worden aangepast.

Notificatieplicht

Grensoverschrijdende dienstverlening

Per 1 december 2005 heeft een dienstverlener die in een andere EU-lidstaat, de EER of Zwitserland is gevestigd, geen tewerkstellingsvergunning nodig als hij zijn werknemers in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening tijdelijk in Nederland een dienst laat verrichten. Deze vrijstelling van de verplichting tot het hebben van een tewerkstellingsvergunning vloeit voort uit het recht op vrij verkeer van diensten. Voorwaarde voor de vrijstelling is dat er sprake moet zijn van zuivere dienstverlening. Als de dienst uitsluitend bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (zogenaamde onzuivere dienstverlening) kan wel een tewerkstellingsvergunning worden geëist. Dit heeft het Europese Hof van Justitie beslist in de zaak Vicoplus (C-307/09).

In de beleidsregel is geregeld dat de werkgever beboetbaar wordt gesteld die vreemdelingen in dienst van een werkgever uit een andere EU-lidstaat, de Europese Economische Ruimte of Zwitserland in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening tijdelijk arbeid in Nederland laat verrichten zonder dat hij genotificeerd heeft.

De notificatieplicht geldt zowel voor werkgevers van werknemers met de nationaliteit van een land van buiten de EU als voor werkgevers van werknemers van een EU-lidstaat waarvoor het vrije verkeer voor werknemers nog niet geldt.

Voorwaarden notificatie

Wanneer sprake is van zuivere dienstverlening is geen tewerkstellingsvergunning nodig. Wel moet de



werkgever melding doen van de werkzaamheden in het kader van de grensoverschrijdende dienstverlening. Er moet in dat geval aan de volgende voorwaarden zijn voldaan.

1. Er is sprake van tijdelijke grensoverschrijdende dienstverlening in Nederland.
De notificatieplicht geldt in geval van tijdelijke dienstverlening in Nederland, door een onderneming die buiten Nederland is gevestigd, in gevallen waarin bij verdrag aan dit land van vestiging van de werkgever het recht van vrije dienstverlening is toegekend. Deze verdragsverplichtingen bestaan jegens de landen behorend tot de Europese Unie, landen die behoren tot de Europese Economische Ruimte en Zwitserland.
Het begrip 'vestiging' heeft de betekenis die daaraan in EU-verband wordt toegekend, hetgeen impliceert dat de vrijstelling slechts geldt voor buiten Nederland woonachtige dan wel gezelde ondernemers c.q. ondernemingen die in het desbetreffende land reële en daadwerkelijke economische activiteiten verrichten van meer dan marginale en bijkomstige aard; zogenaamde 'postbusondernemingen' vallen niet onder de vrijstelling voor een tewerkstellingsvergunning. Bij dienstverlening gaat het om het tijdelijk verrichten van economische activiteiten, anders dan in loondienst, waarvoor een economische tegenprestatie pleegt te worden ontvangen. De vrijstelling van de tewerkstellingsvergunning geldt uitsluitend voor grensoverschrijdende dienstverlening in Nederland, en niet voor de dienstverlening die wordt verzorgd door ondernemingen die in Nederland zijn gevestigd. In geval de onderneming zowel in Nederland als in een andere EU-lidstaat gevestigd is, is de vrijstelling van toepassing indien de vreemdeling vanuit de buitenlandse vestiging in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening tijdelijk in Nederland werkzaam is. De vrijstelling geldt niet wanneer het tijdelijke karakter van de arbeid ontbreekt en de vreemdeling dus normaal in Nederland werkzaam is.
2. De vreemdeling is gerechtigd als werknemer van dezelfde werkgever te verblijven en arbeid te verrichten in het land waar de werkgever gevestigd is.
Door deze beperking worden schijnconstructies tegengegaan, en wordt zeker gesteld dat de betrokken werknemers, na het verrichten van de dienstenactiviteit, weer naar het land van vestiging van de dienstverlener kunnen terugkeren.
3. De werkzaamheden zijn ten minste twee dagen voorafgaande aan de aanvang ervan aan het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) gemeld onder overlegging van de documenten genoemd in artikel 3 van de Regeling melding Wet arbeid vreemdelingen.
Deze melding vooraf wordt noodzakelijk geacht met het oog op het tegengaan van misbruik en oneigenlijk gebruik van de vrijstelling. Indien, op basis van een risico-inventarisatie van de verstrekte gegevens, een verhoogd risico aanwezig wordt geacht dat de aangemelde dienstverrichting niet daadwerkelijk kan worden beschouwd als zuivere dienstverlening zal dit voor de Inspectie SZW aanleiding zijn om controles in te stellen op de werkplek en bij de opdrachtgever. Zo nodig zullen dan maatregelen worden genomen, gericht op naleving van de Wav. Daar staat tegenover dat, in gevallen waarin de melding niet tot dergelijke vermoedens aanleiding geeft, veelal kan worden afgezien van dergelijke controles, hetgeen voor de dienstverlener tot vermindering van lasten leidt, en doelmatiger werken door de Inspectie SZW mogelijk maakt.
De bewijsstukken die bij de melding moeten worden overgelegd, worden genoemd artikel 3 van de Regeling melding Wet arbeid vreemdelingen. Het zijn een door UWV verstrekt formulier, een kopie van een geldig identiteitsbewijs van de vreemdeling en een kopie van een geldige verblijfsvergunning. In de hierboven genoemde regeling zal opgenomen worden welke gegevens op het formulier moeten worden ingevuld.
Tevens moeten bewijsstukken overgelegd worden waaruit blijkt dat de vreemdeling het recht heeft om te verblijven en te werken in het land waar de werkgever gevestigd is.
4. Er is geen sprake van dienstverlening die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.
Voor het begrip 'ter beschikking stellen' wordt verwezen naar de feitelijke omstandigheden waaronder de arbeidskrachten worden tewerkgesteld. Het gaat om de situatie waarin een onderneming aan een andere onderneming personeel verschafft teneinde onder toezicht en leiding van laatstgenoemde onderneming werkzaamheden te verrichten. Niet van belang is hoe de buiten Nederland gevestigde werkgever en de derde in Nederland aan wie de arbeidskrachten ter beschikking worden gesteld de arbeidsrelatie aanduiden. In de praktijk worden termen gebruikt als arbeidspooling, detachering, outsourcing, bodyshopping, uitlenen, uitzenden en ter beschikking stellen. Het begrip ter beschikking stellen is ook niet beperkt tot het tot stand brengen van arbeidsverhoudingen die naar Nederlands recht kunnen worden gekarakteriseerd als uitzendovereenkomsten in de zin van artikel 7:690 van het Burgerlijk Wetboek; ook uitzendrelaties welke tot stand worden gebracht door een onderneming waarvoor het ter beschikking stellen van personeel niet de primaire bedrijfsactiviteit is, moeten onder omstandigheden beschouwd worden als ter beschikking stellen in de zin van deze beleidsregels, bijvoorbeeld de intraconcernuitzending of de collegiale uitleen. Europeesrechtelijk gaat het om de terbeschikkingstellingssituaties, als bedoeld in artikel 1, derde lid onder b en c, van Richtlijn 96/71/EG (de zgn. detacheringsrichtlijn). Veelal zal de rechtsverhouding tussen de buitenlandse onderneming en de Nederlandse onderneming naar Nederlands recht gekarakteriseerd moeten worden als een overeenkomst van opdracht, als bedoeld in artikel 7:400 van het Burgerlijk Wetboek, maar dit zal niet altijd het geval zijn. Ook de ter



beschikking stelling om niet en, onder omstandigheden, de als aanneemovereenkomst geconstrueerde overeenkomst kunnen, afhankelijk van de inhoud van het contract en de feitelijke uitvoering daarvan, ter beschikking stelling opleveren. Bepalend is slechts of de inlener feitelijk, krachtens het contract, zo nodig aangevuld met aanwijzingen over de uitvoering van het contract, bepaalt of kan bepalen welke arbeid door de arbeidskrachten wordt verricht, en de omstandigheden waaronder dit plaatsvindt.

Over de vraag, wanneer sprake is van het ter beschikking stellen van personeel, kan tenslotte nog het volgende worden opgemerkt. Indien uit het contract met de opdrachtgever voortvloeit dat een dienst zal worden verricht onder gebruikmaking van op eigen risico door de dienstverlener aangeschafte bedrijfsmiddelen en aangeschafte materialen, en de dienstverlener die bedrijfsmiddelen laat bedienen en de materialen laat verwerken door eigen werknemers, hoeft geen tewerkstellingsvergunning worden aangevraagd. Dit is anders indien de beschikbaarstelling van de bedrijfsmiddelen en materialen slechts een ondergeschikt onderdeel vormt van de overeengekomen dienstverrichting, en de beschikbaarstelling van personeel aan de inlener overheerst.

Hoogte boetebedrag

De notificatieplicht heeft betrekking op bepaalde werkgevers die in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening vreemdelingen tijdelijk arbeid laten verrichten in Nederland. Van hen wordt geen tewerkstellingsvergunning geëist. Het ligt daarom voor de hand overtreding van de notificatieplicht minder zwaar te beboeten dan illegale tewerkstelling. De regering acht het redelijk aan te sluiten bij de boetenormbedragen die gelden voor overtreding van een administratieve verplichting zoals genoemd in artikel 15, eerste, tweede en derde lid, van de Wav. De boete voor niet notificeren bedraagt daarmee €1.500,-. In het kader van het wetsvoorstel Aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving zal de hoogte van boete opnieuw worden gezien.

Tevens is in de beleidsregel de mogelijkheid voor matiging van de boete opgenomen voor gevallen waarin een werkgever niet notificeert ten aanzien van meerdere werknemers opgenomen. De boete zal dan slechts een keer worden opgelegd.

Overigens wordt niet volledig of niet tijdig notificeren aangemerkt als niet notificeren. Uiteraard krijgt de werkgever tot twee dagen voor aanvang van de werkzaamheden de gelegenheid de notificatie volledig te maken.

Artikelsgewijze toelichting

Artikel 1

Het niet naleven van de in de Wav gegeven voorschriften levert een overtreding op. Alle overtredingen zijn direct beboetbaar. Als een overtreding van de Wav wordt geconstateerd, kan direct een boeterapport aangezegd en opgemaakt worden.

De beleidsregels boeteoplegging bevatten nadere regels over de wijze waarop de bestuurlijke boete wordt berekend. Bij deze beleidsregels hoort de bijlage 'Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete.' Deze boetenormbedragen blijven ongewijzigd ten opzichte van het niveau van 2011.

Artikel 2

Het boetenormbedrag waaraan wordt gerefereerd in artikel 1 geldt ten aanzien van een ieder die handelt in strijd met de Wav. Als het gaat om het ontbreken van de voorgeschreven tewerkstellingsvergunning waarvan in artikel 2, eerste lid, van de Wav sprake is of als de werkgever de medewerkingsplicht niet naleeft, wordt een onderscheid gemaakt tussen de werkgever die een natuurlijk persoon is en de rechtspersoon als werkgever. Als er sprake is van een werkgever die een natuurlijk persoon is wordt in dit geval een correctiefactor van 0,5 gebruikt ten opzichte van het boetenormbedrag. Dit laatste is niet van toepassing als matiging van de boete plaatsvindt op grond van artikel 7 of 8 van deze beleidsregels.

Artikel 3

Indien een overtreding van de Wav is begaan door een rechtspersoon kan op grond van artikel 5:1, derde lid van de Algemene wet bestuursrecht, juncto artikel 51, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht de bestuurlijke boete worden opgelegd aan degene die opdracht heeft gegeven tot arbeid waarbij de Wav is overtreden alsmede aan degene die feitelijk leiding heeft gegeven aan arbeid waarbij de Wav is overtreden. Met deze Beleidsregel wordt hier nadere invulling aan gegeven. Omdat een feitelijk leidinggevende een natuurlijke persoon is, wordt voor de hoogte van de boete aangesloten bij artikel 2 van deze Beleidsregels.



Artikel 4

De verplichtingen die zijn voorgeschreven in artikel 15, tweede en derde lid, van de Wav hebben betrekking op opeenvolgende en aan elkaar gerelateerde door de werkgever te verrichten handelingen: het opnemen in de administratie van een afschrift als bedoeld in het eerste lid van dit artikel (tweede lid) en het bewaren van dit afschrift gedurende ten minste 5 jaren na afloop van het kalenderjaar waarin de arbeid door de vreemdeling is beëindigd (derde lid). Wie niet overeenkomstig het tweede lid heeft gehandeld kan niet aan het derde lid van artikel 15 voldoen. Als iemand niet aan het derde lid voldoet, is moeilijk vast te stellen of wel aan het tweede lid is voldaan. Daarom wordt overtreding van het tweede en derde lid tezamen beboet als één overtreding. Hiervoor is het boetebedrag bepaald op € 1.500,-. Dit bedrag geldt voor iedere vreemdeling ten aanzien van wie de wet niet is nageleefd.

Artikel 5

Artikel 5 geeft aan dat de op te leggen boete is samengesteld uit de som van de per overtreding berekende boetebedragen. Dat hangt samen met artikel 19a, tweede lid, van de Wav dat wel het cumulatieve artikel wordt genoemd. Het uitgangspunt van dit artikellid is dat de overtredingen gelden ten opzichte van elk persoon ten aanzien van wie de overtreding is begaan. Met andere woorden: voor de berekening van de hoogte van de totale bestuurlijke boete in de boetebeschikking geldt het beginsel per persoon per overtreding.

De achtergrond van deze cumulatiebepaling ligt in de doelstelling van de bestuurlijke boete in de Wav. De voornaamste doelstelling is illegale tewerkstelling te voorkomen en te ontmoedigen. Illegale tewerkstelling verdringt legaal arbeidsaanbod. Daarnaast behalen werkgevers die illegaal te werk stellen hiermee vaak een aanzienlijk financieel voordeel. Daardoor kunnen de productiekosten van de werkgever bij illegale tewerkstelling aanzienlijk lager zijn dan bij legale tewerkstelling. Het is onwenselijk dat de werkgever dit voordeel behoudt. Niet alleen de vreemdeling is hiervan de dupe, maar ook de andere werkgevers die wel de desbetreffende regelgeving naleven worden hierdoor benadeeld. Een hoge bestuurlijke boete is dan tevens een middel om de verstoorte concurrentieverhoudingen weer recht te zetten.

Artikel 6

Met artikel 6 wordt duidelijkheid gegeven over wanneer er sprake is van recidive en een overtreding een strafbaar feit wordt. Er is in dit artikel gekozen voor de term onderneming. Aan deze term moet eenzelfde betekenis worden toegekend als in de Wet op de ondernemingsraden, dus: elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin op grond van een arbeidsovereenkomst of een publiekrechtelijk aanstelling arbeid wordt verricht. Daaronder wordt ook begrepen elke overige situatie waarin sprake is van werkgeverschap zoals bedoeld in artikel 1, onder b, ten eerste, van de Wav.

Voor het begrip onderneming zijn van belang: organisatorisch verband en zelfstandige eenheid. Van een organisatorisch verband is sprake wanneer mensen samenwerken binnen een structuur en die structuur in leiding voorziet. Indien werknemers arbeid verrichten verspreid over verschillende locaties en niet in de onderneming van de ondernemer, is er geen sprake van een organisatorisch verband. Voorts moet het organisatorische verband als zelfstandige eenheid naar buiten optreden. Daarbij is niet van belang of het optreden rechtens zelfstandig is. Ook het feit dat het organisatorische verband deel uitmaakt van een groter juridisch geheel doet niet af aan het optreden van een zelfstandige eenheid. Een filiaal van een grootwinkelbedrijf, kruideniersbedrijf of een dependance van een gemeentehuis en een bijkantoor van een bankinstelling zijn organisatorische verbanden die als zelfstandige eenheid optreden.

Van zelfstandig optreden naar buiten is in de eerste plaats sprake wanneer dat onder eigen naam gebeurt. Maar ook als dat niet het geval is maar er zelfstandig met derden wordt gecontracteerd of goederen en diensten aan het publiek worden aangeboden, is er sprake van zelfstandig naar buiten optreden.

Bouwlocaties worden behandeld als waren het zelfstandige bedrijven. Onder een bouwlocatie wordt verstaan elke tijdelijke of mobiele arbeidsplaats waar civieltechnische werken of bouwwerken tot stand worden gebracht.

Indien de werkgever een vreemdeling arbeid laat verrichten en die arbeid feitelijk bij een andere werkgever wordt verricht, is de locatie waar de arbeid feitelijk wordt verricht bepalend bij de vraag of sprake is van recidive. Een dergelijke situatie kan zich voordoen in onder andere de uitzendbranche en bij schoonmaakbedrijven.

Artikel 7

Op grond van artikel 15, eerste lid, van de Wav dient een werkgever die een vreemdeling arbeid laat



verrichten en waarbij die arbeid feitelijk wordt verricht bij een andere werkgever, ervoor te zorgen, dat die andere werkgever bij aanvang van de arbeid een afschrift ontvangt van het document, bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder 1° tot en met 3°, van de Wet op de identificatieplicht, van de vreemdeling. De werkgever bij wie de arbeid feitelijk wordt verricht dient de identiteit van de vreemdeling aan de hand van voornoemd document vast te stellen, het afschrift in de administratie op te nemen (artikel 15, tweede lid, van de Wav) en dit te bewaren gedurende tenminste vijf kalenderjaren na het kalenderjaar waarin de arbeid is beëindigd (artikel 15, derde lid, van de Wav).

Deze verplichting geldt ten aanzien van elke vreemdeling die bij een ander arbeid verricht. Dit betekent dat deze verplichting ook geldt ten aanzien van een vreemdeling die legaal arbeid verricht, bijvoorbeeld omdat op grond van zijn nationaliteit of verblijfsstatus geen tewerkstellingsvergunning is vereist of omdat de werkgever over een geldige tewerkstellingsvergunning voor hem beschikt. Het nalaten van de verplichtingen uit artikel 15 van de Wav kan, als de tewerkstelling legaal is, als minder zwaarwegend worden aangemerkt dan wanneer tevens sprake zou zijn van illegale tewerkstelling. Bij de werkgever zou de indruk kunnen bestaan dat hij aan de verplichtingen uit de Wav had voldaan, omdat hij de vreemdeling legaal tewerkgesteld had.

In die gevallen waarin geen illegale tewerkstelling van dezelfde of andere vreemdelingen door de overtreder wordt geconstateerd en de overtreder zich niet onttrekt aan de plicht tot medewerking bij de vaststelling van de identiteit van personen die voor hem arbeid verrichten of hebben verricht, maar de verplichtingen van artikel 15, eerste lid, van de Wav niet of niet geheel zijn nagekomen, wordt de bestuurlijke boete voor het overtreden van artikel 15, eerste lid, van de Wav gematigd tot een bedrag van € 1.500,- voor het totaal van deze overtredingen.

In die gevallen waarin geen illegale tewerkstelling van dezelfde of andere vreemdelingen door overtreder wordt geconstateerd en de overtreder zich niet onttrekt aan de plicht tot medewerking bij de vaststelling van de identiteit van personen die voor hem arbeid verrichten of hebben verricht, maar de verplichtingen van artikel 15, tweede en/of derde lid, van de Wav niet geheel zijn nagekomen, wordt de bestuurlijke boete voor de overtreding van artikel 15, tweede en/of derde lid, van de Wav gematigd tot een bedrag van € 1.500,- voor het totaal van deze overtredingen.

De matiging wordt in beide gevallen dus alleen toegepast als ten aanzien van geen enkele vreemdeling een overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav, of artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht wordt geconstateerd. Deze laatste overtreding is beboetbaar gesteld in artikel 18, tweede lid, Wav.

Artikel 8

Het nalaten van de verplichtingen uit artikel 2a, eerste lid, van de Wav kan, als de tewerkstelling legaal is, als minder zwaarwegend worden aangemerkt dan wanneer tevens sprake zou zijn van illegale tewerkstelling. In die gevallen waarin geen illegale tewerkstelling van dezelfde of andere vreemdelingen door de overtreder wordt geconstateerd en de overtreder zich niet onttrekt aan de plicht tot medewerking tot vaststelling van de identiteit maar de verplichtingen van artikel 2a, eerste lid, van de Wav niet of niet geheel zijn nagekomen, wordt de bestuurlijke boete voor het overtreden van artikel 2a, eerste lid, van de Wav gematigd tot een bedrag van € 1.500,- voor het totaal van deze overtredingen.

Artikel 9

Voor de tewerkstelling als kennismigrant is geen tewerkstellingsvergunning meer vereist als wordt voldaan aan de voorwaarden in artikel 1d, eerste lid, van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen. De daadwerkelijke tewerkstelling kan pas plaatsvinden als de vreemdeling:

- 1) rechtmatig in Nederland verblijft op grond van artikel 8, onderdelen a, b, c, d, e, k of l, van de Vreemdelingenwet 2000; of
- 2) in het bezit is van een machtiging tot voorlopig verblijf die overeenkomt met het verblijfsdoel 'kennismigrant' waarvoor een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 14 van de Vreemdelingenwet 2000 is aangevraagd.

Wordt aan deze voorwaarden in artikel 1d, van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen, niet voldaan, dan is sprake van een overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav.

In de tweede situatie geldt dat de bestuurlijke boete wordt gematigd tot € 1.500 per overtreding, als de vreemdeling beschikt over een machtiging tot voorlopig verblijf die overeenkomt met het verblijfsdoel 'kennismigrant', maar wordt tewerkgesteld nog voordat de verblijfsvergunning voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 14 van de Vreemdelingenwet 2000 is aangevraagd.

Artikel 10

In de voorgaande artikelen wordt een aantal gronden en situaties omschreven waarin opgelegde boetes wegens overtreding van de Wav gezien de aard en de ernst van de overtreding gematigd kunnen worden, ongeacht de mate van verwijtbaarheid. Niet in alle gevallen is evenwel expliciet aan



te geven wanneer en in welke mate een overtreding tot een bepaalde matiging dient te leiden. Het vertrekpunt is dat iedereen die een ander arbeid laat verrichten moet zorg dragen dat die werkzaamheden conform de geldende wettelijke voorschriften worden uitgevoerd. Ook in situaties van onderaanneming of uitbesteding van werkzaamheden is iedere werkgever in de keten verantwoordelijk voor eventuele overtredingen.

Voor het vaststellen van de hoogte van een in een concreet geval op te leggen boete dient in beginsel te worden gehandeld overeenkomstig de Beleidsregels, waarbij echter ook het in artikel 3:4 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel in acht dient te worden genomen. Dit betekent dat bij het vaststellen van de hoogte van een boete de uit de boetenormbedragen voortvloeiende boete, gelet op alle omstandigheden van het geval, evenredig dient te zijn aan het door de wetgever beoogde doel. Tot de omstandigheden van het geval behoren in ieder geval de aard en de ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en de omstandigheden waaronder deze is gepleegd. Wanneer het toepassen van het boetenormbedrag niet evenredig is, is matiging van dit bedrag passend en geboden.

Dit artikel biedt de mogelijkheid -naast de concreet omschreven situaties in de artikelen 2 tot en met 9- om de bestuurlijke boete in individuele omstandigheden te matigen. Daartoe kan aanleiding zijn als de overtreding minder ernstig is dan wel sprake is van verminderde verwijtbaarheid.

In dit soort gevallen kunt u denken aan de volgende zaken.

Een werkgever kan gebruik maken van een (Nen-4400) gecertificeerd uitzendbureau. In het kader van deze certificering wordt bij deze uitzendbureaus onder meer gecontroleerd of zij de Wav naleven. Hoewel dit de werkgever niet ontslaat van zijn eigen verplichtingen om te controleren of volgens de Wav wordt gehandeld, is een matiging van de boete met 25% op zijn plaats voor de inlenende werkgever.

Aanleiding tot matiging kan tevens gelegen zijn als door de werkgever uitdrukkelijk kan worden aangetoond dat slechts sprake is geweest van arbeid van geringe omvang en duur, die eenmalig heeft plaats gehad. Hierbij kan gedacht worden aan het eenmalig eten bereiden, waarbij het boeterapport geen aanknopingspunten biedt voor het oordeel dat meer aan de hand is dan werkzaamheden van zeer beperkte aard. Een matiging van de boete met 50% is in dit geval passend.

Een matiging met 50% kan tevens op zijn plaats zijn als tijdens het onderzoek is gebleken dat een werkgever het stappenplan heeft geïntegreerd in zijn werkproces en alle identiteitsdocumenten volgens het stappenplan heeft gecontroleerd, maar de afwijkingen redelijkerwijs niet heeft kunnen vaststellen. Hierbij dient wel te worden aangetekend dat het moet gaan om afwijkingen die niet te zien zijn zonder dat iemand specifieke kennis op dit terrein bezit, die verder gaat dan de kennis die van een werkgever verwacht mag worden.

Een matiging met 75% kan passend zijn in het geval de vreemdeling familie is die aantoonbaar voor familiebezoek rechtmatig in Nederland is en werkzaamheden verricht die meer in de privésfeer liggen. Tevens kan in deze categorie gedacht worden aan gevallen waarbij de tewerkstellingsvergunning reeds is aangevraagd en er positief is beslist, maar waarbij de werkzaamheden enkele dagen te vroeg zijn aangevangen.

Van de werkgever wordt evenwel verwacht dat hij zich zoveel als redelijkerwijze mogelijk is inspannt om overtreding van de wet te voorkomen.

Uitsluitend indien de werkgever kan aantonen dat hij zich bij aanvang en bij de uitvoering van de arbeid waarbij de Wav is overtreden, zich voldoende heeft ingespannen om overtredingen te voorkomen, kan sprake zijn matiging omdat geen sprake is van verwijtbaarheid. Daarvan is bijvoorbeeld ook sprake als een werkgever mocht vertrouwen op informatie, zeker als hij daarvan een bevestiging van de bevoegde instanties kan overleggen.

Voor de invulling van de eigen verantwoordelijkheid, zullen alle werkgevers in de keten (opdrachtgevers, aannemers, uitzendbureaus en inleners), onderling goede afspraken moeten maken over correcte naleving van de Wav. Iedereen is dan (geheel of gedeeltelijk) verantwoordelijk. Hetzelfde geldt voor de 'overige werkgevers' in de keten, die bij de uitvoering van desbetreffende werkzaamheden zijn betrokken.

Om misverstanden hierover te voorkomen, is het van belang dat dergelijke afspraken (inclusief de afspraken over het toezien op de naleving van de Wav) expliciet door de betrokken partijen worden vastgelegd. De betrokken partijen kunnen hiermee al vóór aanvang van desbetreffende werkzaamheden voor iedereen duidelijk maken aan welke verplichtingen er dient te worden voldaan (zoals identiteitscontroles, controle op de aanwezigheid en geldigheid van tewerkstellingsvergunningen en het doorzenden en administreren van afschriften van identiteitsdocumenten).

Ook gedurende de uitvoering van het werk, zal een opdrachtgever zich er met regelmaat van moeten vergewissen dat het bedrijf, dat hij voor de uitvoering van het werk inschakelt, zich gedurende de gehele duur van de opdracht inzet om aan de eisen van de Wav te voldoen. Ook eventuele veranderingen



gen ten aanzien van het inzetten van vreemdelingen moeten tijdig worden gemeld.

*De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
H.G.J. Kamp.*