

Vergaderjaar 2008–2009

**23 490**

## **Ontwerpbesluiten Unie-Verdrag**

**EH**

### **BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN JUSTITIE EN DE MINISTER VAN SOCIALE ZAKEN EN WERKGELEGENHEID**

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 10 december 2008

Het Franse voorzitterschap is voornemens om voor het einde van dit jaar een politiek akkoord te bereiken over het voorstel voor een Richtlijn tot vaststelling van minimumnormen voor sancties voor werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen (korthedshalve: Richtlijn illegale tewerkstelling). Een definitief politiek akkoord wordt pas bereikt nadat het Europees Parlement (EP) en de Raad naar verwachting in de loop van december, overeenstemming hebben bereikt over de eerste lezing van het voorstel.

Ten aanzien van dit voorstel geldt gekwalificeerde meerderheidsbesluitvorming in de Raad en medebeslissingsrecht voor het EP. Wij willen u via deze brief over:

- I. de stand van zaken met betrekking tot de belangrijkste discussiepunten en het Nederlandse standpunt;
- II. de beoordeling van het voorstel.

In de bijlage bij deze brief treft u de meest recente tekstvoorstellen voor de richtlijnbepalingen aan. Aangezien deze bijlage vertrouwelijke informatie betreft verzoek ik u deze bijlage niet te publiceren en slechts ter vertrouwelijke inzage voor de leden te leggen bij het Centraal informatiepunt van de Eerste Kamer<sup>1</sup>.

#### **I. Stand van Zaken**

In reactie op het voorstel van de Europese Commissie heeft het kabinet in het BNC-fiche (TK 2006–2007, 22 112, nr. 550) aangegeven dat het een positieve grondhouding heeft ten aanzien van dit voorstel. Doel van de richtlijn is het tegengaan van illegale immigratie van derdelanders in de EU door het aanpakken van een belangrijke pull-factor: illegale tewerkstelling. Het kabinet is daarbij van mening dat dit doel beter kan worden bereikt via een communautaire aanpak, omdat in een Europa zonder

<sup>1</sup> Onder griffie nr. 142914.

controles aan de binnengrenzen illegale arbeid en illegale migratiestromen zich snel tussen lidstaten kunnen verplaatsen. Dat leidt ertoe dat een effectieve bestrijding van illegale arbeid van Europees belang is. Om die reden moet de bestrijding van illegale arbeid in alle lidstaten vergelijkbaar zijn in prioriteit, aanpak en sancties. Gemeenschappelijke minimumnormen voor sancties voor werkgevers zorgen voor afschrikkende sanctiebepalingen in alle lidstaten, het draagt bij aan het voorkomen van secundaire migratiestromen binnen de EU en het bevordert een meer gelijkwaardige concurrentiepositie van bedrijven in de EU. Voor Nederland zijn de volgende beoordelingscriteria en aandachtspunten met name van belang:

1. Inspectienorm
2. Strafrechtelijke sancties
3. Onderaanneming
4. Het verhalen van de verwijderkosten op de werkgever
5. Betalen achterstallig loon door de werkgever
6. Controle van identiteits- en verblijfsdocumenten door de werkgever
7. Notificatieplicht voor werkgevers
8. Klachtenmechanisme

Het overleg over de richtlijn nadert de eindfase. Hieronder volgt de stand van zaken ten aanzien van de hierboven genoemde punten:

### *1. Inspectienorm*

In artikel 15 van de oorspronkelijke tekst werd voorgesteld de lidstaten te verplichten om jaarlijks 10% van alle geregistreerde bedrijven te controleren op de tewerkstelling van illegaal verblijvende derdelanders. Nederland en een groot aantal andere lidstaten hebben vanaf het begin af aan gepleit voor de opname van een kwalitatieve in plaats van de voorgestelde kwantitatieve inspectienorm. Bij een kwalitatieve inspectienorm staat voorop dat de inspecties effectief en adequaat moeten zijn; elk land kan zelf bepalen hoeveel inspecties daarvoor noodzakelijk zijn. Mede op basis van een Nederlands tekstvoorstel is het voorstel gewijzigd en het kwantitatieve element geschrapt. In het aangepaste voorstel wordt bepaald dat inspecties gebaseerd moeten worden op een risicoanalyse en effectief en adequaat dienen te worden uitgevoerd. Op basis van artikelen 15 en 16 moeten de lidstaten rapporteren over het aantal uitgevoerde inspecties en over de resultaten daarvan.

### *2. Strafrechtelijke sancties*

Bepalingen inzake strafrechtelijke sancties zijn neergelegd in de Artikelen 10 t/m 13. Met betrekking tot artikel 10 is Nederland van mening dat de keuze tussen bestuursrechtelijke of strafrechtelijke maatregelen voorbehouden moet blijven aan de lidstaten zodat de lidstaten zelf kunnen kiezen voor de meest geëigende of effectieve vorm van afhandeling van een overtreding. Voor Nederland is dit van groot belang aangezien Nederland met succes de bestuursrechtelijke aanpak hanteert. In artikel 11, tweede lid, wordt tot uitdrukking gebracht dat de lidstaten ook niet-strafrechtelijke sancties kunnen toepassen. Nederland heeft een ruime strafbepaling inzake tewerkstelling van illegalen. Dit is neergelegd in artikel 197b van het Wetboek van Strafrecht (Sr.). De in artikel 10 van de richtlijn strafbaar te stellen gedragingen vallen onder de reikwijdte van artikel 197b Sr.

### *3. Onderaanneming*

Bepalingen met betrekking tot onderaanneming zijn opgenomen in artikel 9.

Over dit artikel is nog discussie. Enkele lidstaten hebben bezwaren tegen

de tekst van dit artikel, veelal om verschillende redenen. Op grond van de huidige tekst van dit artikel worden (onder-)aannemers verantwoordelijk gemaakt voor de betaling van boetes en achterstallige beloning. Nederland vindt dat generiek gezien voor de betaling van achterstallige beloning alleen de werkgever in de zin van het Burgerlijk Wetboek verantwoordelijk is en dat dit niet gevorderd mag worden van een opdrachtgever van de desbetreffende werkgever. Verder past dit artikel voor wat betreft het opleggen van boetes niet bij het brede werkgeversbegrip van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav), waarbij in beginsel aan iedereen in de aannemingsketen een boete kan worden opgelegd, mits er sprake is van verwijtbaarheid. Een belangrijk toetspunt voor Nederland is verder dat geen sanctie moet worden opgelegd als er geen sprake is van schuld of verwijtbaarheid. Nederland heeft daarom samen met Zweden onlangs een alternatief tekstvoorstel ingediend waarmee onder andere wordt bereikt dat in principe iedere partner in de aannemingsketen beboet kan worden mits er sprake is van schuld of verwijtbaarheid. Dit is noodzakelijk voor een effectievere bestrijding van illegale tewerkstelling. De steun voor dit Nederlandse/Zweedse voorstel is vooralsnog niet toereikend om het Voorzitterschap ertoe te bewegen het voorstel over te nemen.

#### *4. Het verhalen van de terugkeerkosten op de werkgever*

Artikel 6 regelt de financiële sancties voor werkgevers in het geval van een overtreding. Op grond van lid 2 van dit artikel moeten werkgevers de kosten betalen van de terugkeer van niet rechtmatig verblijvende illegaal tewerkgestelde derdelanders. Nederland staat in beginsel positief tegenover een dergelijke bepaling, immers, indien een werkgever verantwoordelijk blijkt te zijn voor de illegale tewerkstelling van illegaal verblijvende derdelanders, dan dienen de kosten voor de terugkeer ook op de desbetreffende werkgever te worden verhaald in plaats van op de samenleving. Het verhalen van de terugkeerkosten op de werkgever als sanctie is in 2004 bij de introductie van de bestuurlijke boete in de Wav overwogen. Maar uit een onderzoek van het WODC is toen gebleken dat er veel uitvoeringstechnische en juridische bezwaren kleven aan een dergelijke sanctiebepaling. Daarom is toen besloten te volstaan met hoge bestuurlijke boetes van € 8 000,- per aangetroffen illegaal tewerkgestelde vreemdeling bij bedrijven en € 4000,- in het geval van natuurlijke personen. Deze boetes worden opgelegd aan illegaal tewerkstellende werkgevers, ongeacht het land waar de desbetreffende vreemdeling vandaan komt, ongeacht of de vreemdeling al dan niet legaal in Nederland verblijft en ongeacht of de vreemdeling daadwerkelijk uitzetbaar is. Uit de ervaringen met de bestuurlijke boete tot nu toe blijkt dat het een goede afschrikkende werking heeft; mede hierdoor alsook door andere factoren treft de Arbeidsinspectie momenteel minder illegale tewerkstelling aan dan enkele jaren geleden. In 2009 vindt een evaluatie van de Wet bestuurlijke boete plaats.

Nederland pleit er daarom voor om de desbetreffende bepaling van artikel 6 lid 2 optioneel te maken. Momenteel wordt tussen de Commissie, de Raad en het EP gesproken over een door het EP ontworpen amendement waarin wordt bepaald dat de op te leggen boetes ten minste de gemiddelde terugkeerkosten dienen te weerspiegelen.

#### *5 Betalen achterstallig loon door de werkgever*

Artikel 7 van het oorspronkelijke voorstel bevatte een verplichting tot opschorting van verwijderingsbeslissingen totdat achterstallig loon zou zijn betaald. Nederland en een meerderheid van de lidstaten verzetten zich tegen deze bepaling onder meer vanwege het gevaar van een mogelijke aanzuigende werking van deze bepaling en vanwege strijdigheid met richtlijn 2001/40/EG betreffende de onderlinge erkenning van besluiten

inzake de verwijdering van onderdanen van derde landen. In deze richtlijn staat dat de uitvoering van verwijderingsbesluiten in overeenstemming met nationale wet- en regelgeving dient te gebeuren. De bepaling inzake het opschorten van verwijderingsbeslissingen is daarom in de loop van de onderhandelingen in de Raad geschrapt.

In het oorspronkelijke voorstel was bij artikel 7 ook sprake van een verplichting voor de overheid om ervoor te zorgen dat de overtredende werkgever de illegaal tewerkgestelde derdelander achterstallig loon betaald. Aangezien het claimen en betalen van achterstallig loon in Nederland een privaatrechtelijke aangelegenheid is, heeft Nederland met succes bepleit om in de tekst een verwijzing naar civiele procedures op te nemen.

#### *6. Controle van identiteits- en verblijfsdocumenten door de werkgever*

Op grond van artikel 4 krijgt de werkgever de verplichting om de derdelander naar zijn verblijfsdocument te vragen en om een kopie daarvan te bewaren in zijn administratie. Als de werkgever zich aan deze verplichting houdt, en tevens de tewerkstelling heeft genotificeerd (zie punt 7), heeft hij aan zijn verplichtingen voldaan. Toegevoegd is, dat de werkgever niet aansprakelijk wordt gesteld voor overtreding van artikel 3 van de Richtlijn, tenzij hij weet dat het aan hem gepresenteerde document een vervalsing is.

Nederland heeft er sterk voor gepleit om deze toevoeging (kennis hebben van het vervalst zijn) te schrappen. De Arbeidsinspectie en/of andere handhavingsautoriteiten kunnen immers niet bewijzen dat iemand iets wel of niet weet. Bij de handhaving leidt dit ertoe dat werkgevers, door zich op hun onwetendheid te beroepen, in een aantal gevallen niet beboet kunnen worden ondanks het gegeven dat een vervalsing met het oog zichtbaar is of met eenvoudige en alom verkrijgbare hulpmiddelen gesignaleerd had kunnen worden.

Nederland heeft er ook op gewezen dat de toevoeging over het aanwezig zijn van de wetenschap van de vervalsing afbreuk doet aan de handhaving als sprake is van identiteitsfraude. Bovendien is het een algemeen aanvaard uitgangspunt dat geen boete wordt opgelegd als iemand niet verwijtbaar heeft gehandeld. De bepaling is daarom wat Nederland betreft overbodig en bemoeilijkt de huidige handhavingspraktijk en draagt daardoor niet bij aan een betere bestrijding van illegale tewerkstelling van illegaal verblijvende derdelanders. Nederland zal hierop blijven wijzen.

#### *7. Notificatieplicht voor werkgevers*

In artikel 4 is eveneens opgenomen dat de werkgever de start van de werkzaamheden van derdelanders notificeert bij de verantwoordelijke autoriteiten. De lidstaten kunnen dan bij de bedrijven die hebben genotificeerd nagaan of de werknemers inderdaad legaal aan het werk zijn. Nederland heeft zich hier steeds tegen verzet. Ten eerste leidt een notificatieplicht tot een lastenverzwaring voor werkgevers, terwijl het kabinet streeft naar een daling van de administratieve lastendruk voor werkgevers van 25%. De verplichting is niet in te vullen met bestaande notificatiesystemen. Bovendien heeft het kabinet onlangs besloten om de Eerste Dagsmelding (EDM) grotendeels af te schaffen ter vermindering van de lastendruk voor werkgevers. Ten tweede betreft het hier alle derdelanders; ook degenen die al lang vrij zijn op de arbeidsmarkt. Deze bepaling zou ertoe kunnen leiden dat de toegang tot de arbeidsmarkt voor derdelanders wordt bemoeilijkt omdat de werkgever bij het in dienst nemen van derdelanders extra administratieve handelingen moet verrichten hetgeen het aantrekken van derdelanders niet stimuleert. Dit zou niet in de geest zijn van artikel 11 eerste lid onder a van Richtlijn 2003/109/EG inzake langdurig ingezetenen. Nederland zal de juridische diensten

van de Commissie en de Raad verzoeken om hiernaar te kijken. Ten derde is het de vraag of het doel van deze voorgestelde notificatieplicht – het in het zicht krijgen van tewerkgestelde derdelanders – op deze manier wordt bereikt. Het risico zit immers niet bij bedrijven die wel notificeren, maar bij die bedrijven die dat nalaten en zo buiten het zicht van de overheid trachten te blijven. Om deze redenen vindt Nederland het niet opportuun om voor de tewerkstelling van derdelanders een notificatiesysteem te introduceren.

#### *8. Klachtenmechanisme*

Artikel 14 derde lid bevat een bepaling die erin voorziet dat lidstaten tijdelijke verblijfstitels mogen verstrekken aan illegaal tewerkgestelde derdelanders die slachtoffer zijn van uitbuiting en medewerking verlenen aan het onderzoek of de gerechtelijke procedure tegen de in overtreding zijnde werkgever. In het oorspronkelijke voorstel was deze bepaling verplichtend en werd verwezen naar de artikelen 4 t/m 15 van richtlijn 2004/81/EG (richtlijn mensenhandel). Nederland steunt het oorspronkelijke voorstel omdat daardoor expliciet tot uitdrukking wordt gebracht dat slachtoffers van uitbuiting, indien zij voldoen aan de criteria van richtlijn 2004/81/EG, een tijdelijke verblijfstitel zal worden verleend. Een reden voor het Voorzitterschap om de oorspronkelijke tekst af te zwakken in een kan-bepaling is dat het de lidstaten zelf zijn die toetsen aan de criteria van richtlijn 2004/81/EG en op basis van die toets zelf bepalen of zij een tijdelijke verblijfstitel verstrekken.

Het EP heeft voorgesteld om in dit artikel ook een bepaling op te nemen dat lidstaten erop toezien dat derden zoals verenigingen, organisaties en andere rechtspersonen namens de illegaal tewerkgestelde derdelander gerechtelijke, bestuurlijke of civiele procedures aanhangig mogen maken. Nederland twijfelt aan de toegevoegde waarde van een dergelijke bepaling. Nederland alsook de andere lidstaten beschikken over ruime mogelijkheden voor illegaal tewerkgestelde derdelanders om juridische procedures te starten en om zich te laten vertegenwoordigen.

## **II. Beoordeling van het voorstel inzake het sanctioneren van werkgevers**

Het voorstel voor een richtlijn inzake illegale tewerkstelling kan vanuit Nederlands perspectief en vanuit Europees perspectief worden beoordeeld. Beide zijn relevant.

### *a. Nederlands perspectief*

Uit het bovenstaande blijkt dat op diverse punten de uitkomsten van de onderhandelingen over de conceptriblijn tot dusver voor Nederland bevredigend zijn. Dit betreft onder meer de overgang naar een kwalitatieve inspectienorm en de aanpassingen in artikel 7 ten aanzien van het opschorten van verwijderingsbeslissingen en de privaatrechtelijke verantwoordelijkheid van werkgevers voor het betalen van achterstallig loon. Dit geldt niet voor de onderwerpen «onderaanneming», «controle van identiteitsdocumenten door de werkgever» en «notificatieplicht voor werkgevers». Voor deze eerste twee punten heeft Nederland recent opnieuw tekstvoorstellen ingediend die een oplossing zouden kunnen bieden voor de bezwaren die Nederland heeft met de huidige teksten. Het is evenwel de verwachting dat er onvoldoende steun is van andere lidstaten om het Voorzitterschap er toe te bewegen deze voorstellen over te nemen.

*b. Europees perspectief*

Het voorstel voor een richtlijn inzake illegale tewerkstelling is een onderdeel van het Europees migratiebeleid dat zich richt op zowel het bevorderen van legale migratie als op het bestrijden van illegale immigratie. Deze richtlijn kan een belangrijke bijdrage leveren aan dit laatste doel, met name in lidstaten waar de bestrijding van illegale tewerkstelling momenteel minder ver ontwikkeld is dan in Nederland en enkele andere lidstaten. Voor een effectieve bestrijding van illegale immigratie dient de bestrijding van illegale arbeid in alle lidstaten vergelijkbaar te zijn in prioriteit, aanpak en sancties.

De staatssecretaris van Justitie,  
N. Albayrak

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