

Vergaderjaar 2010–2011

32 843

Wijziging van de Wet arbeid vreemdelingen in verband met de implementatie van de Richtlijn nr. 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen (PbEU 2009 L 168)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

1. Inleiding

Dit wetsvoorstel strekt tot implementatie van richtlijn nr. 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen (PbEU L 168). De uiterste datum waarop de implementatie moet zijn gerealiseerd is 20 juli 2011. In paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is de transponeringstabel opgenomen.

Doel van de Richtlijn is het tegengaan van illegale immigratie van derde-landers in de EU door het aanpakken van een belangrijke aantrekkingsfactor: illegale tewerkstelling. De Richtlijn richt zich met name op het sanctioneren van werkgevers voor de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde-landen. Het communautaire belang is dat een level playing field wordt gecreëerd waardoor oneigenlijke concurrentie tussen de lidstaten wordt voorkomen. Alle lidstaten moeten ervoor zorgen dat zij vergelijkbare sancties invoeren en die ook daadwerkelijk handhaven.

De volgende onderwerpen worden onder meer geregeld in de Richtlijn:

- Een verbod voor werkgevers om illegaal in het land verblijvende vreemdelingen arbeid te laten verrichten; handhaving van dit verbod door middel van administratieve boetes en strafsancities;
- Notificatieverplichting voor werkgevers die niet-EU-onderdanen tewerkstellen;
- Ketenaansprakelijkheid voor loonvorderingen;
- Uitsluiten van werkgevers die illegalen tewerkstellen van subsidies en aanbestedingen.

2. Inhoud van het wetsvoorstel

De Nederlandse wetgeving voldoet al nagenoeg geheel aan de normen van de Richtlijn, met name door de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Een aantal bepalingen uit de Richtlijn moet echter geïmplementeerd worden. Dit betreft een notificatieplicht voor de werkgever en ketenaansprakelijkheid voor loonvorderingen. Daarom wordt in de Wav een notificatieplicht opgenomen. Een werkgever die een vreemdeling arbeid in Nederland laat verrichten waarvoor geen tewerkstellingsvergunning nodig is wordt verplicht dit te melden. Het niet voldoen aan deze verplichting wordt beboetbaar gesteld. Bij algemene maatregel van bestuur zal worden bepaald in welke gevallen de melding niet hoeft plaats te vinden indien de werkgever reeds uit hoofde van andere bepalingen een meldingsplicht heeft. Te denken valt aan de melding op grond van de artikelen 26b, aanhef en onderdelen b en c, en 28, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wet op de loonbelasting.

Daarnaast wordt in de Wav een ketenaansprakelijkheid voor loonvorderingen ingevoerd. Deze ketenaansprakelijkheid houdt in dat er een ketenbepaling wordt opgenomen die de vreemdeling in staat stelt zijn vordering in te stellen bij de naast-hogere werkgever, indien een beroep op de eerder aangesproken werkgever niet slaagt.

Voor de richtlijnbeepaling die voorschrijft dat werkgevers die illegaal verblijvende derde-landers tewerkstellen uitgesloten moeten kunnen worden van subsidies en overheidsaanbestedingen is geen wetswijziging nodig, maar zijn wel de volgende ontwikkelingen van belang.

Uitsluiting van aanbestedingen is nu geregeld in artikel 45, derde lid, van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en is verwerkt in artikel 2.87 van het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet (Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 2).

In beginsel is de subsidietitel van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) al geschikt om in subsidiebeleid en -praktijk rekening te houden met werkgevers die zich schuldig maken aan tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen. Aan de subsidieontvanger in een kwetsbare sector kan een subsidieverplichting als bedoeld in afdeling 4.2.4 van de Awb worden opgelegd. In de subsidieregeling wordt dan de verplichting opgenomen om bij uitvoering van de gesubsidieerde activiteiten direct noch indirect gebruik te maken van illegale arbeid. Als sancties komen vervolgens artikel 4:46, 4:48 en 4:49 Awb in beeld (lagere vaststelling en intrekking). Verder biedt artikel 4:35 Awb een preventieve weigeringsgrond indien opnieuw een subsidie zou worden aangevraagd, bijvoorbeeld in geval van recent, grootschalig of herhaald subsidiemisbruik (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 59/60).

Daarnaast bevat de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob) mogelijkheden voor uitsluiting van subsidies, mits de desbetreffende subsidieregeling erin voorziet dat het subsidie-uitsluitingssysteem van de Wet Bibob van toepassing is. Een voorbeeld hiervan is artikel 5 van het Subsidiebesluit Ministerie van Buitenlandse Zaken. Voor zover noodzakelijk kan een bepaling als deze worden overgenomen in andere subsidiebesluiten of ministeriële subsidieregelingen. Daarvoor zijn de delegatiegrondslagen uit de subsidiekaderwetten voldoende ruim en is geen wetswijziging nodig. Voor een opsomming van de delegatiegrondslagen wordt verwezen naar de transponeringstabel ter hoogte van artikel 7, eerste lid, onderdelen a en c, van de Richtlijn.

Het subsidie-uitsluitingssysteem ziet er als volgt uit. De desbetreffende subsidieregeling, bijvoorbeeld artikel 5 van het Subsidiebesluit Ministerie van Buitenlandse Zaken, regelt dat een subsidie aan een rechtspersoon of een natuurlijke persoon kan worden geweigerd, lager vastgesteld of ingetrokken in het geval en onder de voorwaarden van artikel 3 van de Wet Bibob. Die gevallen bestaan -voor zover hier relevant- uit de situatie dat ernstig gevaar bestaat dat de subsidie zal worden gebruikt om (a.) uit illegale tewerkstelling verkregen of te verkrijgen op geld waardeerbare voordelen te benutten of (b.) illegaal derde-landers tewerk te stellen. Een van de voorwaarden voor het kunnen vaststellen van de b-situatie is dat de illegale tewerkstelling heeft plaatsgevonden bij activiteiten die overeenkomen of samenhangen met de activiteiten waarvoor de subsidie wordt aangevraagd of is gegeven.

Het Bibob-systeem kent ook een eigen informatievoorziening. Om te kunnen vaststellen of illegale tewerkstelling heeft plaatsgevonden die «ernstig gevaar» oplevert voor het ontstaan van een a- of b-situatie, kan het bestuursorgaan advies vragen aan het Bureau Bibob. Uit het advies is vervolgens af te leiden of er reden is voor het bestuursorgaan om de subsidie te weigeren of in te trekken en terug te vorderen.

Naast strafbare feiten worden ook bestuurlijke beboetbare feiten meegewogen bij de uitvoering van de Wet Bibob. Daartoe ontvangt het Bureau Bibob o.a. gegevens van de Arbeidsinspectie (artikel 27, eerste lid, onder d, Wet Bibob). Dit is van belang omdat de Wav hoofdzakelijk bestuursrechtelijk wordt gehandhaafd. Voorgesteld is om in artikel 3 van de Wet Bibob expliciet te regelen dat onder strafbaar feit mede wordt verstaan een overtreding waarvoor een bestuurlijke boete kan worden opgelegd (Kamerstukken II 2010/11, 32 676, nr. 2).

Op grond van titel 1.2 van de Awb gelden voor dit wetsvoorstel geen advies-, overleg-, inspraak-, en voorpublicatieverplichtingen aangezien het dient ter implementatie van een EU-richtlijn.

3. Transponeringstabel

Bepaling Richtlijn 2009/52/EG	Bepaling in implementatieregeling of in bestaande regeling; toelichting indien niet geïmplementeerd of uit zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van beleidsruimte
Artikel 1: onderwerp en toepassingsgebied	geen implementatie nodig		
Artikel 2: definities	Loonbegrip uit artikel 2, onderdeel j, van de Richtlijn wordt opgenomen in artikel 23 Wav		
Artikel 3: verbod op illegale tewerkstelling	artikelen 197 b, c en d van het Wetboek van Strafrecht (Sr) en artikel 2 Wav		
Artikel 4, eerste lid, onder a: voorleggen geldig bewijs van verblijfsrecht	artikel 15 Wav en artikelen 28 en 29 Wet op de loonbelasting jo. artikel 1, eerste lid, onderdelen 1° en 2°, Wet op de identificatieplicht, en artikelen 9–15 Paspoortwet		
Artikel 4, eerste lid, onder b: bewaarplicht	artikel 15 Wav en artikelen 28 en 29 Wet op de loonbelasting 1964		
Artikel 4, eerste lid, onder c: notificatieverplichting	nieuw artikel 2a Wav en huidige artikelen 26b, aanhef en onderdelen b en c, en 28, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wet op de loonbelasting 1964		
Artikel 4, tweede lid: mogelijkheid voor een vereenvoudigde procedure (optionele bepaling)	geen implementatie nodig	voor werkgevers die natuurlijke personen zijn kan voor een vereenvoudigde procedure worden gekozen	er is voor gekozen om voor alle werkgevers een zo eenvoudig mogelijke procedure te ontwikkelen

Bepaling Richtlijn 2009/52/EG	Bepaling in implementatieregeling of in bestaande regelgeving; toelichting indien niet geïmplementeerd of uit zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van beleidsruimte
Artikel 4, derde lid	artikel 5:41 Awb; artikel 197b Sr		
Artikel 5: financiële sancties	artikel 18 en 19d Wav en artikel 5 Beleidsregels boeteoplegging Wav 2010; wanneer er geen Wav boete is opgelegd werkt artikel 6.4 Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb 2000) in Besluit Momi, artikel 2 van de Beleidsregels boeteoplegging Wav 2010		
Artikel 6, eerste lid, onder a (nabetalingen loon)	artikel 7:616 Burgerlijk Wetboek (BW) en artikel 7:623 e.v. BW en het voorgestelde artikel 23, eerste lid, Wav		
Artikel 6, eerste lid, onder b (nabetalingen belastingen en socialezekerheidsbijdragen)	artikel 6 Wet op de loonbelasting 1964 artikel 20 Wet financiering sociale verzekeringen (Wfsv)		
Artikel 6, eerste lid, onder c (samenhangende kosten)	artikel 6:47 BW		
Artikel 6, tweede lid, onder a (vordering)	artikel 7:616 BW; Zie ook artikel 6:202 BW		
Artikel 6, tweede lid, onder b (optionele bepaling)	geen implementatie nodig	regelen dat illegaal tewerkgestelde onderdaan van een derde land procedures in werking kan laten stellen om achterstallige loonsommen in te vorderen, zonder dat hij zelf vordering moet instellen	gekozen is voor het bestaande loonvorderings-systeem, dit is de optie van artikel 6, tweede lid, onder a.
Artikel 6, derde lid (duur van het verrichten van de arbeid)	artikel 23 Wav	rechtsvermoeden duur van de werkzaamheden: minimaal drie maanden	aangesloten is bij het al bestaande rechtsvermoeden uit Wav: zes maanden
Artikel 6, vierde en vijfde lid (mechanismen en verlenging verblijfsvergunning)	artikel 8.26 Vb 2000, zoals dat komt te luiden na inwerkingtreding Besluit Modern Migratiebeleid		
Artikel 7, eerste lid, onder a (uitsluiting subsidies)	afdeling 4.2.4 Awb, artikel 4:46 en 4:48 en 4:49 Awb, artikel 5 Subsidiebesluit Ministerie van Buitenlandse Zaken, artikel 6 Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur, artikel 4, tweede lid, aanhef en onderdelen c, e en f, Kaderwet LNV-subsidies, artikel 3, tweede lid, aanhef en onderdelen c, e en f, Kaderwet EZ-subsidies, artikel 3, tweede lid, aanhef en onderdelen b, d en h, Kaderwet subsidies Verkeer en Waterstaat, artikel 3, eerste lid, aanhef en onderdelen b, f en g, Kaderwet SZW-subsidies, artikel 3, tweede lid, aanhef en onderdelen c, e en f, Kaderwet VWS-subsidies, artikel 4, tweede lid, aanhef en onderdelen d, f en g, Wet overige OCW-subsidies en artikel 15, aanhef en onderdelen c, e en f, Wet overige BZK-subsidies		
Artikel 7, eerste lid, onder b (uitsluiting overheidsopdrachten)	artikel 45, derde lid, Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten, dat is overgebracht in artikel 2.87 van het wetsvoorstel Aanbestedingswet		

Bepaling Richtlijn 2009/52/EG	Bepaling in implementatieregeling of in bestaande regelgeving; toelichting indien niet geïmplementeerd of uit zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van beleidsruimte
Artikel 7, eerste lid, onder c (terugvordering subsidies)	zie hierboven bij artikel 7, eerste lid, onder a richtlijn en artikel 4:57 Awb		
Artikel 7, eerste lid, onder d (sluiting)	artikel 7, onder c, Wet op de economische delicten (WED)		
Artikel 7, tweede lid (optionele bepaling)	geen implementatie nodig	niet toepassen lid 1 indien de werkgevers natuurlijke personen zijn en de tewerkstelling hun persoonlijke doeleinden dient	Nederland kent geen uitsluitingsgronden en zal van deze facultatieve bepaling geen gebruik maken
Artikel 8, eerste en tweede lid (ketenaansprakelijkheid)	ketenaansprakelijkheid valt binnen het brede werkgeversbegrip van artikel 1 onder b Wav. Wat betreft loonvordering: artikel 23 Wav		
Artikel 8, derde lid (optionele aansprakelijkheidsbeperking)	artikel 5:41 Awb; artikel 10 van Beleidsregels boeteoplegging Wav 2010	bij keuze voor deze optie kan een aannemer die gepaste zorgvuldigheid heeft betracht niet uit hoofde van lid 1 of lid 2 aansprakelijk worden gehouden	invulling artikel 8, derde lid is niet gewenst omdat het enkele feit dat de werkgever zich heeft ingespannen voldoende is voor hem om niet aansprakelijk te zijn, hierdoor kan de effectiviteit van de handhaving onder druk komen te staan
Artikel 8, vierde lid (optionele striktere aansprakelijkheidsregels)	artikel 1, onder b, Wav	de lidstaten kunnen in de nationale wetgeving striktere aansprakelijkheidsregels vastleggen	artikel 23 Wav is niet alleen van toepassing op de werkgever als onderaannemer, maar richt zich op het ruimere werkgeversbegrip van artikel 1 onder b Wav
Artikel 9, eerste lid (strafbare feiten)	artikelen 197, b, c en d Sr en in uiterste geval 273f; artikel 43a Sr; artikel 57 Sr; artikel 19c Wav; artikel 19b, tweede lid, Wav		
Artikel 9, tweede lid (medeplichtigheid en uitlokking)	artikelen 47, eerste lid, onder 1 en 48 Sr		
Artikel 10 (strafrechtelijke sancties)	artikelen. 197b, 197c en 197d Sr, artikel 19c Wav, artikel 1, onder 4, van de WED		
Artikel 11 (aansprakelijkheid van rechtspersonen)	artikel 51, eerste lid, Sr		
Artikel 12 (sancties tegen rechtspersonen)	artikel 51, tweede lid, Sr		
Artikel 13 (faciliteren van klachten)	hfd. 9 Awb, sectorale klachtenregelingen; machtiging van een persoon of organisatie reeds mogelijk; hulpverlening is niet strafbaar gesteld		
Artikel 13, vierde lid (verblijfsvergunning van beperkte duur)	nieuw artikel 3.48 Vb 2000		
Artikel 14 (Inspecties)	artikel 14 Wav		
Artikel 15 (optionele bepaling voor gunstiger bepalingen)	geen implementatie nodig	gunstiger bepalingen aannemen of handhaven die gunstiger zijn voor onderdanen van derde landen waarop zij van toepassing is in verband met de artikelen 6 en 13, mits deze bepalingen verenigbaar zijn met deze richtlijn	doordat artikel 23 Wav gekoppeld is aan het brede werkgeversbegrip als bedoeld in artikel 1 onder b van de Wav, kunnen meer vreemdelingen een beroep doen op deze regeling
Artikel 16 (verslaglegging)	geen implementatie nodig		

ARTIKELSGEWIJS

Artikel 1, onderdeel A (artikel 2a Wav)

Dit artikel implementeert artikel 4, eerste lid, onder c, van de richtlijn. Een werkgever die een vreemdeling arbeid in Nederland laat verrichten, ten aanzien waarvan het verbod, bedoeld in artikel 2 Wav niet geldt, kan volgens het voorgestelde artikel 2a, eerste lid Wav, verplicht worden

minimaal twee werkdagen voordat die vreemdeling arbeid gaat verrichten daarvan schriftelijk melding te doen aan een bij ministeriële regeling aan te wijzen instantie, onder overlegging van een verklaring en bewijsstukken. Bij algemene maatregel van bestuur zal worden bepaald in welke gevallen de melding niet hoeft plaats te vinden indien de werkgever reeds uit hoofde van andere bepalingen een meldingsplicht heeft. Op basis van het derde lid kunnen regels gesteld worden over het model van de verklaring en de over te leggen bewijsstukken.

Artikel I, onderdeel B (artikel 18 Wav)

Deze wijziging, die samenhangt met het nieuwe artikel 2a Wav, betekent dat het niet notificeren door de werkgever wordt beboet. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zal beleidsregels stellen omtrent de hoogte van de boete.

Artikel I, onderdeel C (artikel 23 Wav)

Artikel 23 Wav beoogt de vreemdeling bescherming te geven. Op grond van het eerste lid kan de vreemdeling zelfstandig een (loon)vordering tegen zijn werkgever instellen. Het gaat hier om vorderingen op grond van een van de vier onderscheiden overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Het gaat dan om de arbeidsovereenkomst (zie artikel 7:610 BW), de overeenkomst tot opdracht (zie artikel 7:400 BW) en overeenkomst tot aanneming van werk (zie artikel 7:750 BW) of de ambtelijke aanstelling. Het voorgestelde artikel 23, eerste lid, is ruimer dan de vordering, bedoeld in artikel 7:616 BW, dat slechts ziet op loon als bedoeld in artikel 7:610 BW. Loon in de zin van dat artikel is de vergoeding door de werkgever aan de werknemer verschuldigd terzake van de bedongen arbeid in het kader van een arbeidsovereenkomst. Artikel 2, onderdeel j, van de richtlijn kent een ruim loonbegrip; in artikel 23, eerste lid, is dan ook naar dit loonbegrip van de richtlijn verwezen.

In het tweede lid is het – thans al in artikel 23 Wav neergelegde – rechtsvermoeden opgenomen dat de vreemdeling ten minste zes maanden werkzaam is geweest bij de desbetreffende werkgever. Het is aan de werkgever om aannemelijk te maken dat de desbetreffende vreemdeling korter dan de vermoede zes maanden heeft gewerkt en dat de verschuldigde beloning al is uitbetaald. Als de vreemdeling al is uitgezet, kan de (loon)vordering jegens zijn voormalige werkgever ook namens hem door een rechtspersoon, bijvoorbeeld een werknemersvereniging, worden ingesteld. In het derde en vierde lid is een ketenbepaling opgenomen die de vreemdeling in staat stelt een vordering in te stellen bij de naast hogere werkgever, indien een beroep op de eerder aangesproken werkgever niet slaagt. Het vijfde lid wijst de kantonrechter aan als rechter die bevoegd is om kennis te nemen van de vordering op grond van dit artikel.

Artikel II (Inwerkingtreding)

Gelet op het naderende einde van de omzettingstermijn, 20 juli 2011, is het streven dit wetsvoorstel zo spoedig mogelijk in werking te laten treden.

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