

Vergaderjaar 2003–2004

29 523

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

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 8 maart 2004 en het nader rapport d.d. 14 april 2004, aangeboden aan de Koningin door de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 15 oktober 2003, no. 03.004282, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet arbeid vreemdelingen in verband met invoering van bestuursrechtelijke handhaving (Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen), met memorie van toelichting.

Aanleiding voor het wetsvoorstel is de op 30 mei 2000 door de Tweede Kamer der Staten-Generaal aangenomen motie-Dittrich. Het wetsvoorstel strekt tot de invoering van de bestuurlijke boete in de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Hiermee wordt beoogd de overheid over een nieuw instrument te laten beschikken om sneller en efficiënter werkgevers aan te pakken die vreemdelingen illegaal te werk stellen en daarmee illegale tewerkstelling van vreemdelingen te ontmoedigen. De Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel opmerkingen over met name de afbakening van het stelsel van bestuurlijke boetes met het strafrecht. Hij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 15 oktober 2003 nr. 03 004282, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 8 maart 2004, nr. W12.03 0434/IV, bied ik U hierbij aan.

De Raad van State heeft geadviseerd het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met een aantal opmerkingen rekening is gehouden. Deze worden hieronder besproken.

*1. Keuze voor strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving
Het bestrijden van arbeid door vreemdelingen zonder dat de werkgever beschikt over een tewerkstellingsvergunning heeft hoge prioriteit. Het verbod op tewerkstelling van vreemdelingen zonder tewerkstellingsvergunning berust op artikel 2, eerste lid, Wav, en op grond van artikel 15 is de inlenende werkgever verplicht om de identiteit van de werknemer te verifiëren en een kopie van het identiteitsdocument in de administratie op te nemen.*

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

Overtreding van deze regels is strafbaar op grond van de Wet op de economische delicten.

Daarnaast stelt 197b van het Wetboek van Strafrecht een werkgever strafbaar die een illegaal in Nederland verblijvende vreemdeling arbeid laat verrichten, terwijl hij weet of ernstige redenen heeft om te vermoeden dat het verblijf van de vreemdeling illegaal is.

In paragraaf 2 van de toelichting wordt vermeld dat in de huidige praktijk de werkgever die de Wav overtreedt geconfronteerd wordt met een boete van gemiddeld € 984 en dat deze boete veelal pas een jaar na de constatering van de overtreding door de Arbeidsinspectie, door de strafrechter wordt opgelegd. Door de lange tijd tussen de constatering van de overtreding en de sanctiëring enerzijds en de hoogte van die sanctie anderzijds, worden werkgevers volgens de staatssecretaris onvoldoende geprikkeld om zich te onthouden van het illegaal tewerkstellen van vreemdelingen. Aanscherping van het strafvorderingsbeleid zal volgens de toelichting niet het gewenste effect hebben vanwege de lange tijdsduur van het strafrechtelijke traject. Van een «lik-op-stuk»-beleid door toepassing van de bestuurlijke boete wordt een efficiëntere en effectievere aanpak verwacht om illegale tewerkstelling te bestrijden.

Zoals in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel ook wordt vermeld, hebben de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten (CTW)¹ en de Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving² een aantal criteria geformuleerd om vast te stellen wanneer een gedraging in aanmerking komt voor sanctiëring met een bestuurlijke boete. Dit afwegingskader heeft de regering overgenomen.³ Het betreft de volgende criteria:

- a. de wettelijke norm heeft een geringe normatieve lading;*
- b. de overtreding van de wettelijke norm pleegt in de regel geen letsel aan personen of schade aan goederen⁴ te veroorzaken;*
- c. de wettelijke norm is zodanig duidelijk in de wet omschreven dat in de praktijk gemakkelijk kan worden vastgesteld dat een overtreding heeft plaatsgevonden;*
- d. de ambtenaar of dienst die belast is met de handhaving beschikt over voldoende expertise om aan die handhaving adequaat gestalte te geven;*
- e. voor de handhaving van de norm zijn geen vrijheidsbenemende of andere ingrijpende dwangmiddelen nodig.*

De Raad onderschrijft het oordeel van de regering dat aan de hand van deze criteria overtreding van de artikelen 2, eerste lid, en 15 Wav zich leent voor het toepassen van de bestuurlijke boete.

1. Het kabinet is verheugd dat ook de Raad de invoering van de bestuurlijke handhaving in de Wet arbeid vreemdelingen ondersteunt.

2. Vormgeving: model A of model B

Met betrekking tot de vormgeving van de bestuurlijke boete in het wetsvoorstel wordt in de memorie van toelichting onder meer gerefereerd aan het advies van de CTW, waarin is uitgegaan van twee modellen (A en B).⁵ In model A wordt het strafrecht in beginsel geheel uitgesloten en wordt de hoogte van de boete precies vastgelegd (tarifiering). In model B zijn zowel de strafrechtelijke als de bestuursrechtelijke weg open en bepaalt het bestuursorgaan de hoogte van de boete.

In het wetsvoorstel is gekozen voor het B-model. In de wet zelf is vastgelegd dat bestuurlijke afdoening de hoofdregel is en als uitzondering is bepaald dat bij recidive als bedoeld in artikel 19c, eerste lid, van het voorstel een overtreding strafrechtelijk kan worden afgedaan.⁶ Bij algemene maatregel van bestuur zullen daarnaast op grond van het voorgestelde artikel 19c, tweede lid, nog regels worden gesteld omtrent de gevallen waarin een beboetbaar feit op grond van de ernst van de overtreding of de samenloop van de overtreding met enig ander wettelijk voorschrift dat als strafbaar feit is gekwalificeerd, wordt aangemerkt als strafbaar feit (en om die reden eveneens in beginsel strafrechtelijk zal worden afgedaan). Voorts voorziet het wetsvoorstel niet in tarifiering van de boetes, maar is uitsluitend de maximumhoogte van de boete in de wet vastgelegd.⁷

¹ Rapport «Handhaving door bestuurlijke boeten» van 12 januari 1994.

² Rapport «Handhaven op niveau», Deventer 1998.

³ Kamerstukken II 1999/2000, 26 800 VI, nr. 67.

⁴ De Raad gaat ervan uit dat hiermee, in terminologie van het (nieuw) Burgerlijk Wetboek, bedoeld is: zaken.

⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 4.

⁶ Artikel 19c, eerste lid, juncto artikel 18 van het wetsvoorstel.

⁷ Artikel 19e van het wetsvoorstel.

Aan de keuze voor het B-model ligt evenwel de gedachte ten grondslag dat overtreding van de onderscheiden voorschriften van de Wav ernstig of minder ernstig kan zijn.

De Raad merkt hieromtrent het volgende op. Het wetsvoorstel heeft betrekking op de sanctionering van de overtreding van de artikelen 2, eerste lid, en van de onderscheiden leden van artikel 15 Wav.¹ Indien de ernst van de overtreding zou zijn gelegen in het aantal vreemdelingen dat een werkgever zonder tewerkstellingsvergunning arbeid laat verrichten, dan voorziet artikel 19a, tweede lid, in een zogenoemde cumulatiebepaling, op grond waarvan de bestuurlijke boete opgelegd kan worden voor elke persoon ten aanzien van wie de werkgever de Wav heeft overtreden. Differentiatie op grond van het aantal werknemers ten aanzien waarvan de overtreding is begaan lijkt daarom niet nodig.

In paragraaf 5.1 van de toelichting, alsook in de toelichting bij artikel 1, onderdeel D, artikel 19c, wordt in verband met de aard van de overtreding van de Wav aangegeven dat het risico bestaat dat illegale tewerkstelling samenhangt met meerdere en ingrijpender overtredingen van andersoortige wetgeving, zoals ontduiken van belastingplicht, plegen van valsheid in geschrifte, fraude met identiteitsbewijzen, het op grote(re) schaal organiseren van illegale tewerkstelling of zelfs mensensmokkel/mensenhandel. Het is, aldus de toelichting, niet altijd op voorhand duidelijk of er sprake is van illegale tewerkstelling als op zichzelf staand feit of dat er samenhang bestaat met andere overtredingen. Zelfs indien van zo'n samenhang of samengaan sprake is, kan dat naar het oordeel van de Raad evenwel niet betekenen dat daarmee de overtreding van de Wav als zodanig ernstiger van aard is.

Naar het de Raad voorkomt zijn overtredingen van de voorschriften in artikel 2 en 15 eenvoudig vast te stellen en lijkt verder die overtreding in het ene geval niet als ernstiger of minder ernstig dan in het andere geval te kunnen worden gekwalificeerd.

Met betrekking tot de mogelijke samenhang met andere strafbare gedragingen, wijst de Raad erop dat op die gedragingen het strafrecht van toepassing is en blijft. Voorzover er daartoe in voorkomende gevallen aanleiding is, zal de strafrechter bij de strafoplegging rekening kunnen houden met de reeds in het kader van de Wav opgelegde boete(s).

In die zin verdient het «A-model» de voorkeur, temeer nu in de toelichting wordt vermeld dat er behoefte is aan een «lik-op-stuk»-aanpak. Indien een beboetbaar feit bij of krachtens het wetsvoorstel tevens als een strafbaar feit wordt gekwalificeerd dient het in beginsel eerst te worden voorgelegd aan het openbaar ministerie (OM).² Het OM heeft vervolgens 13 weken de tijd om te beslissen omtrent de vervolging.³ Dit betekent dat zelfs als het OM afziet van strafvervolging, inmiddels veelal geen sprake meer zal zijn van een «lik-op-stuk»-aanpak.

De Raad acht het juist dat voor de gevallen van recidive het strafrecht als enige van toepassing is.

De Raad is op grond van het vorenstaande van oordeel dat met uitzondering van de gevallen van recidive een stelsel van bestuurlijke boetes volgens handhavingsmodel A in aanmerking komt en adviseert daarom de keuze in het wetsvoorstel voor het B-model in die zin te heroverwegen en het wetsvoorstel dienovereenkomstig aan te passen.

2. Het kabinet heeft goede nota genomen van de opmerkingen die de Raad heeft gemaakt met betrekking tot het gekozen handhavingsmodel. De argumentatie van de Raad om in het wetsvoorstel niet handhavingsmodel B op te nemen, maar handhavingsmodel A zijn voor het kabinet overtuigend geweest om het wetsvoorstel in die zin aan te passen. Dit geldt met name de stelling van de Raad dat er in de overtreding van de Wav op zichzelf geen gradaties wat betreft ernst van de overtreding zijn aan te brengen, hetgeen ertoe heeft geleid dat het kabinet vanwege rechtszekerheid en rechtsgelijkheid uiteindelijk heeft gekozen voor een eenduidige bestuursrechtelijke handhaving. Ook het feit dat in handhavingsmodel B het lik-op-stuk beleid onvoldoende tot zijn recht komt, is voor het kabinet reden om te kiezen voor handhavingsmodel A. Alleen in geval van recidive blijft, zoals de Raad ook aanbeveelt, strafrechtelijke afdoening gehandhaafd.

¹ Of het wetsvoorstel ook ziet op overtreding van artikel 15, vierde lid, is niet duidelijk: zie hierover paragraaf 3 van dit advies.

² Artikel 19b, derde lid, van het wetsvoorstel.

³ Artikel 19b, vierde lid, van het wetsvoorstel.

3. Reikwijdte artikel 18

In paragraaf 5.3 van de toelichting wordt vermeld dat de boete zal gelden voor zowel de overtreding van artikel 2 als van artikel 15 Wav. De Raad leidt daaruit af dat alleen een werkgever een beboetbaar feit kan begaan en vindt voor die opvatting steun in de toelichting bij het wetsvoorstel waarbij voornamelijk wordt uitgegaan van gedragingen in strijd met de Wav van werkgevers. Elders in de toelichting¹ wordt evenwel vermeld dat ook de vreemdeling die (in strijd met artikel 15, vierde lid, Wav) geen identiteitsdocument verstrekt, of de werkgever niet in de gelegenheid stelt een afschrift van dat document te maken, een beboetbaar feit begaat. De Raad merkt op dat het niet verstrekken van het document door de vreemdeling op zich bezwaarlijk als een overtreding kan worden aangemerkt. De leden van artikel 15 in onderlinge samenhang gelezen stellen aan de uitlenende werkgever de eis dat hij, indien hij de vreemdeling uitleent, de inlenende werkgever een afschrift verstrekt van het hiervoor bedoelde document. Als de vreemdeling het document niet verstrekt en de werkgever hem toch bij een derde arbeid laat verrichten, begaat zowel de uitlenende als de inlenende werkgever het beboetbare feit. Nu niet geheel duidelijk is of overtreding van artikel 15, vierde lid, een beboetbaar feit oplevert, adviseert de Raad in de toelichting aandacht te besteden aan de positie van de vreemdeling en in dat verband ook aan de reikwijdte van artikel 18 en dit artikel zo nodig aan te passen.

In dit verband merkt de Raad voorts op dat, indien overtreding van artikel 15, vierde lid, een beboetbaar feit oplevert, naar zijn mening voor deze overtreding een lagere (maximum)boete dient te gelden dan voor de overtredingen die door werkgevers worden begaan. De Raad adviseert in verband hiermee artikel 19e van het wetsvoorstel aan te passen.

3. Volgens de Raad is het onduidelijk of naast de werkgever ook de vreemdeling een beboetbaar feit kan begaan indien hij de identificatieverplichting uit artikel 15, vierde lid, van de Wet arbeid vreemdelingen niet naleeft.

In artikel 18 is het niet naleven van de artikelen 2, eerste lid, en 15 van de Wet arbeid vreemdelingen als beboetbaar feit aangemerkt. Hieruit blijkt dat ook de vreemdeling die de verplichting voortvloeiend uit artikel 15, vierde lid, niet nakomt, beboet kan worden. Hierin verschilt het wetsvoorstel niet van de huidige regelgeving, waarbij het niet naleven van bovengenoemd artikel 15, vierde lid, door de vreemdeling een strafbaar feit is.

Om alle onduidelijkheid weg te nemen, is in de memorie van toelichting thans expliciet aangegeven dat ook de vreemdeling bij het niet naleven van artikel 15, vierde lid, van de Wet arbeid vreemdelingen een beboetbaar feit begaat. Het kabinet is het met de Raad eens dat de hoogte van de boete voor de overtreding van artikel 15, vierde lid, lager dient te zijn dat de boetes die gelden voor overtredingen door werkgevers. In de memorie van toelichting zijn de verschillende beoogde boetebedragen expliciet weergegeven.

4. Taalhulp

Artikel 6, derde lid, onderdeel a, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden eist dat de mededeling van de gronden van de beschuldiging geschiedt in een taal die de overtreder verstaat. In verband hiermee adviseert de Raad ook een voorziening van de taal ten behoeve van het eerste lid van het voorgestelde artikel 19 Wav op te nemen.

4. Conform de opmerking van de Raad is artikel 19, tweede lid, van de Wet arbeid vreemdelingen aangepast.

5. Effecten van het wetsvoorstel op de rechterlijke macht

In de toelichting² wordt in een schema de verschuiving weergegeven van de werkbelasting als gevolg van de invoering van de bestuurlijke boete. Op grond daarvan wordt in de toelichting vermeld dat tegenover de daling van het aantal zaken bij de strafrechter een geringere stijging van het aantal zaken bij de bestuursrechter staat. Met inachtneming van de genoemde kanttekeningen, is volgens de toelichting de inschatting dat de werkbelasting bij de rechterlijke macht als geheel nauwelijks zal wijzigen. Niet duidelijk is waarop deze inschatting berust en evenmin blijkt uit de toelichting of en zo ja, in welke mate er rekening is gehouden met de bezwaar- en beroepsmogelijkheden op grond

¹ Toelichting op artikel I, onderdeel D, artikel 18b, eerste, tweede, vierde en vijfde lid, eerste volzin.

² Paragraaf 6 van de memorie van toelichting.

van de Algemene wet bestuursrecht. De Raad adviseert in de toelichting hierop nader in te gaan.

Het college wijst er voorts op dat, indien overeenkomstig zijn advies met betrekking tot de inrichting van het boetestelsel gekozen wordt voor model A, dit uiteraard gevolgen heeft voor de schattingen ten aanzien van de werkbelasting.

De Raad adviseert de toelichting zonodig aan te passen.

5. De Raad geeft aan dat de berekening van de financiële effecten van dit wetsvoorstel voor de rechterlijke macht niet duidelijk zijn. Naar aanleiding van deze opmerking is de memorie van toelichting aangepast.

6. Overige

De Raad wijst erop dat in artikel 19c, tweede lid, van het wetsvoorstel met betrekking tot de samenhang met andere strafbare gedragingen het begrip «samenloop» wordt gehanteerd, maar daarnaast in de toelichting deze term wordt afgewisseld met de term «samenhang».¹ Onverminderd de Raad reeds heeft opgemerkt in punt 2, adviseert hij, met name in verband met de strafrechtelijke betekenis van het begrip «samenloop», de terminologie in het wetsvoorstel en de toelichting consequent te hanteren.

6. Nu het kabinet heeft gekozen voor handhavingsmodel A, zijn de passages in de memorie van toelichting over de samenhang c.q. samenloop met andere strafbare gedragingen niet meer relevant. De desbetreffende passages zijn dan ook geschrapt.

7. Voor redactionele kanttekeningen verwijst het college naar de bij het advies behorende bijlage.

7. De redactionele kanttekeningen van de Raad zijn overgenomen.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om in het wetsvoorstel een overgangsbepaling op te nemen (artikel IV) om strafrechtelijk op te kunnen blijven treden tegen strafbare gedragingen die voor inwerkingtreding van het onderhavige wetsvoorstel hebben plaatsgevonden. Voorts is het wetsvoorstel aangepast om zo nodig toepassing te kunnen geven aan artikel 16 van de Tijdelijke referendumwet. Hierdoor kan het wetsvoorstel, conform ook de in de Tweede Kamer aangenomen motie Bussemaker en Bruls (Kamerstukken II, 29 407 nr. 3) snel nadat het parlement met het wetsvoorstel heeft ingestemd in werking treden.

Ik moge U hierbij verzoeken het gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
M. Rutte

¹ Memorie van toelichting, paragraaf 5.1.

**Bijlage bij het advies van de Raad van State van 8 maart 2004
no. W12.03.0434 met redactionele kanttekeningen die de Raad in
overweging geeft.**

- In het voorgestelde artikel 1, tweede lid, onder a, na «een gedraging» invoegen: in strijd met deze wet.
- In het voorgestelde artikel 18b, tweede lid, onder a, d en e, «een beboetbaar feit» vervangen door: het beboetbare feit.
- In artikel 18, tweede lid, onder c, na «waar» invoegen : en het tijdstip waarop
- In artikel I, onderdeel E, «een besluit» vervangen door: een beschikking.
- In de memorie van toelichting in paragraaf 4 de toevoeging aan criterium 1, «waarvan in ieder geval sprake is indien de overtreding geen letsel aan personen of omvangrijke schade aan goederen veroorzaakt» vervangen door: waarvan in ieder geval in de regel geen sprake is indien de overtreding letsel aan personen of omvangrijke schade aan zaken veroorzaakt.