

Richtlijn sancties voor werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen uit derde landen

Titel: Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van sancties voor werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen

Datum Commissiedocument: 16 mei 2007
Nr. Raadsdocument: 9871/07
Nr. Commissiedocument: COM (2007) 249 final
Eerstverantwoordelijk ministerie: JUS i.o.m. BZ, BZK, EZ, FIN, SZW

Behandelingstraject in Brussel: Raadswerkgroep Migratie en Verwijdering, SCIFA, JBZ-Raad (12-13 juni (eerste presentatie))

Achtergrond, korte inhoud en doelstelling van het voorstel:

Het voorstel vloeit voort uit het Haags Programma en uit een mededeling van de Commissie uit juli 2006 waarin wordt aangekondigd dat maatregelen zullen worden genomen om de illegale immigratie van derdelanders te bestrijden. De Europese Raad van december 2006 heeft dit bekrachtigd en de Commissie uitgenodigd om voorstellen te doen. Het onderhavige voorstel moet worden gezien als onderdeel van een alomvattend migratiebeleid dat thans door de Commissie wordt ontwikkeld.

Doel van dit voorstel is het tegengaan van illegale immigratie van derde-landers in de EU door het aanpakken van een belangrijke aantrekkingsfactor: illegale tewerkstelling. De verwachting is dat door het aanpakken van illegale arbeid en de mogelijkheden daartoe, illegale immigratie afneemt. Het voorstel richt zich met name op het sanctioneren van werkgevers voor de tewerkstelling van illegaal verblijvende derdelanders. Meer specifiek worden onder meer de volgende onderwerpen geregeld:

- a. een verbod voor werkgevers om illegaal in het land verblijvende vreemdelingen arbeid te laten verrichten; handhaving van dit verbod door middel van administratieve boetes, strafsancties en uitsluiting van overheidssubsidies- en aanbestedingen;
- b. administratieve verplichtingen voor werkgevers die niet-EU-onderdanen tewerkstellen;
- c. verhaal van uitzettingskosten op de werkgever;
- d. opschorting van het effectueren van de verwijderingsbeslissing totdat het achterstallig loon is betaald;
- e. een overheidstaak bij de invordering van achterstallig loon waar de illegaal verblijvende werknemer aanspraak op heeft;
- f. mede-aansprakelijkheid van de hoofdaannemer;
- g. een klachtenmechanisme voor werknemers en de mogelijkheid tijdelijk te blijven als wordt meegewerkt aan een strafrechtelijke procedure tegen de werkgever;
- h. een minimumhandhavingsniveau, waarbij elk jaar tenminste 10% van alle ondernemingen gevestigd in de lidstaat worden gecontroleerd.

Rechtsbasis van het voorstel: Artikel 63(3)(b) EG-Verdrag

Besluitvormingsprocedure en rol Europees Parlement:

Gekwalificeerde meerderheidsbesluitvorming in de Raad en medebeslissingsprocedure

Instelling nieuw Comitologie-comité: nee

Subsidiariteit en proportionaliteit:

Subsidiariteit: positief.

De doelstelling van het voorstel kan onvoldoende worden bereikt door de individuele lidstaten. De centrale doelstelling van de richtlijn, het bestrijden van illegale immigratie door een strenge aanpak van illegale arbeid, kan beter worden bereikt via een communautaire aanpak, omdat in een Europa zonder 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 voldoende afschrikkende sanctiebepalingen in alle lidstaten, het voorkomt secundaire migratiestromen binnen de EU en het bevordert een meer gelijkwaardige concurrentiepositie van bedrijven in de EU.

Nederland plaatst wel een kanttekening bij de bevoegdheid van de EG om voor te schrijven dat de afschrikkende sancties strafrechtelijk dienen te zijn. Deze strafrechtelijke sancties kunnen worden aangevuld met andere sancties, zoals financiële sancties. De noodzaak voor het toepassen van strafrecht in de eerste pijler is in dit geval nog onvoldoende aangetoond.

Proportionaliteit: twijfelachtig

De conceptrichtlijn schrijft voor wat de lidstaten moeten doen op het gebied van het sanctioneren van werkgevers die zich schuldig maken aan illegale tewerkstelling. Door te kiezen voor een richtlijn bestaat er voor de lidstaten flexibiliteit voor wat betreft de implementatie.

Kanttekening hierbij is dat de conceptrichtlijn ambitieus is en de lidstaten op diverse punten gedetailleerd voorschrijft wat zij moeten doen en laten waardoor nadere invulling en uitwerking voor de lidstaten lastig kan zijn. Het doel van het beperken van illegale immigratie door het aanpakken van illegale tewerkstelling kan ook worden bereikt met een richtlijn die op onderdelen minder specifiek en gedetailleerd is, minder regulerend is, en daardoor minder disproportioneel belastend voor de rijksoverheid, decentrale overheden en bedrijven. Een te grote mate van detail, zonder rekening te houden met lokale omstandigheden, zou een effectieve handhaving eerder belemmeren dan bevorderen. Centraal dient te staan dat illegale arbeid door de lidstaten effectief wordt bestreden waarbij de nadruk moet liggen op de kwalitatieve aspecten en minder op de kwantitatieve aspecten.

Consequenties voor de EU-begroting: geen

Financiële, personele en administratieve consequenties voor de rijksoverheid, decentrale overheden en/of bedrijfsleven en burger:

- Het voorstel brengt extra, nader te kwantificeren, administratieve lasten teweeg voor de rijksoverheid, decentrale overheden en het bedrijfsleven. De conceptrichtlijn vormt met name een bron van regeldruk voor werkgevers. De Commissie stelt dat de additionele regeldruk ("minimum variant") in verhouding zou staan tot het beoogde doel van het voorstel en dat de meeste lidstaten toch al aan de maatregelen voldoen (of zelfs verder gaan). De totale administratieve lasten voor bedrijven op EU-niveau worden door de Commissie geschat op € 190.080.000, de totale nalevingskosten op € 1.140.480.000. Een goede kwantitatieve én kwalitatieve onderbouwing per beleidsoptie ontbreekt echter in het impact-assessment van de Commissie. Dat stelt ook de Impact Assessment Board (IAB) in haar advies. In het bijzonder is het opmerkelijk dat het impact-assessment en de conceptrichtlijn van de Commissie geen uitwerking bevatten van mogelijke nalevingsmaatregelen. Dit maakt het onmogelijk om in deze fase de daaruit voortvloeiende administratieve lasten te kwantificeren, maar deze zullen zeker niet gering zijn, ook niet voor een lidstaat als Nederland die reeds diverse regelingen kent in dit kader.
- Om het aantal voorgestelde controles te realiseren is een forse uitbreiding van de arbeidsinspectie nodig. Om 10% van alle geregistreerde bedrijven te controleren, in plaats van de huidige controles (ruim 1,5% van alle bedrijven), zal de inspectiecapaciteit van de arbeidsinspectie verhoogd moeten worden van 180 fte naar 930 fte's. De totale apparaatskosten zullen €60 tot €70 miljoen structureel bedragen. Verder is de waarschijnlijke onmogelijkheid om deze mensen te werven nog niet meegenomen. Tot slot is het in strijd met de gedachte van de regering om te komen tot een efficiëntere en kleinere overheid.
- Aangezien er in een aantal situaties sprake is van strafrechtelijke vervolging c.q. een misdrijf zal het voorstel budgettaire consequenties hebben voor de hele strafrechtsketen.
- Aangezien in het huidige voorstel sprake is van het opschorten van de verwijderingsbeslissing van de illegale werknemers die nog loonvorderingen hebben op de werkgever zal in kaart

moeten worden gebracht welke budgettaire gevolgen dit heeft (handhavingskosten, opvangkosten, bijstand, rechtsbijstand, etc.)

- Daarnaast dient rekening gehouden te worden met de effecten die een ophoging van de controles van de arbeidsinspectie met zich meebrengen voor de diensten die zijn belast met het toezicht op vreemdelingen (vreemdelingenpolitie, dienst terugkeer en vertrek, Koninklijke Marechaussee), en eventueel strafrechtelijke vervolging (OM). Ook hier geldt dat dit extra kosten met zich mee zal brengen.

Vervolgtraject financiële afspraken: Indien het voorstel budgettaire gevolgen heeft dan komen deze ten laste van de beleidsverantwoordelijke departementen, conform de regels budgetdiscipline.

Consequenties voor nationale en decentrale regelgeving/beleid, (informatie over het inschakelen van nationale agentschappen / zelfstandige bestuursorganen e.d., implementatie en uitvoering, notificatie en handhaving en/of sanctionering): De relevante wetgeving is onder meer de Wet arbeid vreemdelingen (WAV), de vreemdelingenwet 2000, het Burgerlijk Wetboek (Boek 7, Titel 10), de Wet minimumloon en minimumvakantietoelage (WML), de Wet op de c.a.o., de Algemene wet bestuursrecht (subsidies) en de aanbestedingswetgeving. Met het oog op harmonisering zouden deze wetten op diverse onderdelen (mogelijk) moeten worden aangepast. Zo richt het tewerkstellingsverbod van de WAV zich niet op illegaal verblijf, maar op illegale arbeid; vindt sanctionering van dit verbod primair plaats via administratieve boetes en in zeer beperkte mate via de andere genoemde sanctioneringsmethoden; kent Nederland geen verhaal van uitzettingskosten op de werkgever; heeft de overheid geen taak bij de invordering van achterstallig loon (behalve in het kader van de WML) en bestaat er geen medeaansprakelijkheid van de aannemer voor illegale tewerkstelling en loonbetaling door onderaannemers. Op grond van artikel 8 onderdeel b van de voorgestelde richtlijn kunnen ondernemers voor een periode van 5 jaar worden uitgesloten van overheidsaanbestedingen, indien ze illegalen in dienst hebben genomen. Hiervoor moet (mogelijk) de aanbestedingswetgeving worden aangepast.

Voorgestelde implementatietermijn (bij richtlijnen) dan wel voorgestelde datum inwerkingtreding (bij verordeningen en beschikkingen) met commentaar t.a.v. haalbaarheid:

De Commissie stelt voor de richtlijn twee jaar na publicatie in het Publicatieblad van de Europese Unie in werking te laten treden. Gezien de noodzakelijke gedeeltelijke aanpassing van onder meer de Wet arbeid vreemdelingen (WAV), de Vreemdelingenwet 2000, het Burgerlijk Wetboek (Boek 7, Titel 10), de Wet minimumloon en minimumvakantietoelage (WML), de Wet op de c.a.o., de Algemene wet bestuursrecht (subsidies) en de aanbestedingswetgeving lijkt dit niet haalbaar.

Consequenties voor ontwikkelingslanden: geen

Nederlandse belangen en eerste algemene standpuntbepaling:

Nederland hecht veel belang aan een communautaire aanpak bij de bestrijding van illegale immigratie en illegaal verblijf in de EU. De conceptrichtlijn beoogt één van de aantrekkingsfactoren, de mogelijkheid illegale arbeid te verrichten, te bestrijden door het vastleggen van sancties voor werkgevers die illegale derde-landers tewerkstellen. Dit moet tot gevolg hebben dat het aantal illegale immigranten dat naar de EU reist, afneemt hetgeen ook bijdraagt aan een gelijkwaardige concurrentiepositie van bedrijven in de EU. Vanwege het ontbreken van controles aan de EU-binnengrenzen en het risico van een 'overloopeffect' heeft Nederland belang bij een stringente aanpak van illegale immigratie en illegale tewerkstelling door EU-landen. Nederland steunt daarom een communautaire aanpak, maar is tevens van mening dat voor een effectieve bestrijding van illegale immigratie en illegaal verblijf kan worden volstaan met een minder specifieke en gedetailleerde richtlijn die minder regulerend is, en daardoor minder disproportioneel belastend voor de Rijksoverheid, decentrale overheden en bedrijven.

Nederland plaatst een kanttekening bij de bevoegdheid van de EG om voor te schrijven dat de afschrikkende sancties strafrechtelijk dienen te zijn. Deze strafrechtelijke sancties kunnen worden aangevuld met andere sancties, zoals financiële sancties. De noodzaak voor het toepassen van

strafrecht in de eerste pijler is in dit geval nog onvoldoende aangetoond. Daarnaast moet in het algemeen de keuze tussen een bestuursrechtelijke en een strafrechtelijke handhaving voorbehouden blijven aan de lidstaat, zodat deze kan kiezen voor de in deze lidstaat meest geëigende of effectieve vorm van afhandeling van een overtreding.

De indruk is dat de Commissie hoog heeft ingezet, anticiperend op bezwaren vanuit de lidstaten tegen het principe van een Europese richtlijn over dit onderwerp en de mogelijke inhoud ervan. Hoewel de gedachte op zich goed is (ook Nederland kan er voordeel bij hebben als alle EU-landen effectief illegale immigratie en tewerkstelling kunnen bestrijden), is vooralsnog op veel artikelen van de conceptrichtlijn iets aan te merken. De verwachting is dat Nederland in de EU in zijn kritiek niet alleen zal staan. Naast de al genoemde punten zijn de volgende kritiekpunten van belang.

- Het opschorten van een beslissing tot verwijdering totdat achterstallig loon is betaald kan belemmerend werken voor de nationale en Europese inspanningen op het gebied van terugkeer en verwijdering. Daarbij brengt dit een risico teweeg dat het illegaal verblijf in de lidstaten wordt verlengd aangezien een dergelijke bepaling tot langdurige juridische procedures kan leiden. Daarnaast ontbreekt de samenhang met richtlijn 2001/40/EG van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de onderlinge erkenning van besluiten inzake de verwijdering van onderdanen van derde landen waarin staat dat de uitvoering van verwijderingsbesluiten in overeenstemming met nationale wet- en regelgeving dient te gebeuren.
- Nederland heeft enkele jaren geleden onderzocht of het mogelijk en wenselijk is uitzettingskosten op de werkgever te verhalen. Dit bleek slecht uitvoerbaar. (TK 2003-2004, 29523 nr.3 en nr.6; TK 2004-2005, 29523, c). Bovendien zijn er grote verschillen in uitzettingskosten per herkomstland, waardoor de kosten per werkgever verschillen en verder krijgt alleen de laatste werkgever waar de illegale werknemer werkt, deze sanctie. Werkgevers die voor hetzelfde beoetbare feit worden betrapt, worden dan niet gelijk behandeld. In plaats van het laten betalen van terugkeerkosten heeft Nederland besloten die kosten te verdisconteren in de hoogte van de boete.
- Bij de werkgeverssancties is het van belang dat werkgevers achterstallig loon alsnog uitbetalen, maar in Nederland betreft dit een privaatrechtelijke aangelegenheid. Er is hierbij momenteel geen rol weggelegd voor de overheid. Een uitzondering hierop is het instrument van de last onder dwangsom zoals opgenomen in de Wet Minimum Loon (WML), waarbij de wetgever zich baseert op de publiekrechtelijke verplichting voor de werkgever om ten minste het wettelijk minimumloon te betalen. Het opleggen van een verplichting om achterstallig loon uit te betalen met daaraan gekoppeld het opschorten van de verwijderingsbeslissing, kan resulteren in een aanzuigende werking.
- Werkgevers moeten voor het aanstellen van een derdelander controleren of de identiteits- en verblijfsdocumenten in orde zijn. De Commissie stelt dat van werkgevers niet altijd verwacht mag worden dat zij in staat zullen zijn de echtheid van de papieren vast te stellen. Daarom is opgenomen dat het sanctiebeleid alleen van toepassing is als de documenten '*manifestly incorrect*' zijn. Dit creëert echter een potentiële ontsnappingsclausule voor de werkgever, de interpretatieruimte kan leiden tot willekeur en het doet afbreuk aan de beoogde strenge aanpak van illegale tewerkstelling.
- De voorstellen op het terrein van onderaanneming passen niet in het Nederlands recht. De huidige praktijk is dat de formele werkgever verantwoordelijk is voor de correcte en tijdige betaling van loon aan zijn werknemer(s). Wat de loonvorderingen betreft is in een recente discussie met de Tweede Kamer toegezegd in een notitie de voor- en nadelen te verkennen van een wettelijk recht voor werknemers om achterstallig loon te claimen bij hun inlener, waarbij een onderscheid zal worden gemaakt naar strafrechtelijke en civielrechtelijke oplossingen voor het invorderingsprobleem.
- Bij de verplichting het werk van alle derdelanders (legaal en illegaal) te notificeren is niet duidelijk wat de Commissie daarmee beoogd. Notificatie binnen een week na aanvang van de werkzaamheden lijkt niet zinvol. Bij inspecties aangetroffen niet-genotificeerde vreemdelingen

zullen anders altijd beweren net begonnen te zijn met de werkzaamheden. Bovendien leidt notificatie tot een aanmerkelijke lastenverzwaring voor werkgevers en overheid aangezien er ook al verplichtingen bestaan voor de overheid en werkgevers op grond van de WAV.

- Wat betreft de controleverplichtingen vindt Nederland een verhoging van de jaarlijkse inspectie van het huidige EU-gemiddelde van 2% naar 10% van bedrijven in risicovolle sectoren disproportioneel, en kan niet akkoord gaan met bij het op communautair niveau vaststellen van een controlenorm van 10%. Illegale tewerkstelling beperkt zich grotendeels tot een aantal bekende risicosectoren zoals horeca, land- en tuinbouw en de bouw. De huidige orde van grootte van de inspectiecapaciteit, en het aantal jaarlijks uit te voeren inspecties, is thans voldoende voor de Nederlandse situatie. Elke lidstaat moet zelf de risico-bedrijven blijven kunnen identificeren. Dit mag expliciet geen competentie van de EU zijn/worden. Samenwerkingsverbanden tussen verschillende opsporingsdiensten in combinatie met een risico-analyse en gerichte controles werken in de praktijk efficiënter dan een algemeen opgelegde norm.
- Op grond van artikel 15 zou het land waar een bedrijf is gevestigd zonodig een sanctie moeten opleggen, ook in het geval dat de feitelijke tewerkstelling in een ander land plaatsvond. Hiervan is sprake zijn bij grensoverschrijdende dienstverlening. Dit leidt tot ongewenste uitkomsten. De illegale tewerkstelling en de fraude daarbij verstoren de arbeidsmarkt in het land waar arbeid feitelijk wordt verricht. Voor het treffen van een sanctie moeten daarom de normen van het werkland gelden. Bovendien kunnen uitvoeringsproblemen ontstaan, bij voorbeeld als gevolg van verschillen tussen landen als het gaat om werkgeversbegrip en te hanteren beloningsniveau.
- Om een effectieve EU-aanpak van illegale tewerkstelling te bereiken is het tevens van belang de samenwerking te bevorderen tussen handhavende instanties in de lidstaten, bijvoorbeeld op het terrein van gegevensuitwisseling, om daarmee grensoverschrijdende fraude te voorkomen. De conceptrichtlijn besteedt aan deze mogelijkheid geen aandacht.