

Nieuwe boeteregels Wet arbeid vreemdelingen (WAV)

ArbeidsRecht 2017/9

In het huidige politieke klimaat en de ontwikkelingen rondom migratie is tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten een thema in de spotlights. Ook de wet- en regelgeving op dit gebied staat niet stil. Na een duidelijke aansporing van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft minister Asscher de boeteregels voor overtreding van de Wet arbeid vreemdelingen ("WAV") met ingang van 15 juli 2016 gewijzigd. Niet alleen de hoogte van de boetes, maar ook de onderliggende voorwaarden zijn ingrijpend gewijzigd. In dit artikel staan wij stil bij de wijzigingen in het boetebeleid en bespreken wij de (te verwachten) gevolgen voor de praktijk.

1. Definities WAV

Het verbod van illegale tewerkstelling is vastgelegd in artikel 2 lid 1 WAV:

"het is een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning of zonder dat een vreemdeling in het bezit is van een gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid ("gvva")."

Het werkgeversbegrip is niet gelijk aan het werkgeversbegrip uit artikel 7:610 Burgerlijk Wetboek. De zogenaamde WAV-werkgever is 'degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten'. De WAV-werkgever kan dus ook een natuurlijk persoon zijn. Het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen de WAV-werkgever en de vreemdeling is niet vereist.²

De definitie van vreemdeling, welke term valt te verklaren nu voor het begrip aansluiting wordt gezocht bij de Vreemdelingenwet 2000, betreft ieder die de Nederlandse nationaliteit niet bezit en niet op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander moet worden behandeld. In de praktijk gaat het om eenieder die niet de nationaliteit heeft van een lidstaat bij de Europese Economische Ruimte (EER). Voor Zwitserland en Kroatië geldt een uitzondering. Voor onderdanen uit Zwitserland, hoewel geen lidstaat bij EER, geldt vrij verkeer van werknemers, terwijl voor onderdanen uit Kroatië, lidstaat van de EER, nog wel een vergunningsplicht

geldt.³ Daarnaast geldt niet voor elke vreemdeling de vergunningsplicht uit artikel 2 lid 1 WAV. De WAV kent enkele uitzonderingen (artikel 3 lid 1 WAV) op de verplichting tot een tewerkstellingsvergunning of gvva. De meeste bekende zijn de uitzonderingen voor zelfstandigen en kennismigranten. Er zijn echter vele additionele gronden op basis waarvan een vreemdeling en zijn WAV-werkgever soms kunnen ontsnappen aan de vergunningsplicht uit artikel 2 lid 1 WAV. In het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen zijn de uitzonderingsgronden vastgelegd.⁴

2. Ruim werkgeversbegrip zorgt voor ketenaansprakelijkheid

Het werkgeversbegrip in de WAV verschilt dus van het reguliere werkgeversbegrip. Indien de natuurlijke of rechtspersoon 'een ander arbeid laat verrichten', ook indien dat niet gebeurt op basis van een arbeidsovereenkomst, is dat voldoende om als WAV-werkgever te kwalificeren. Het gaat zelfs zo ver dat instemming met respectievelijk wetenschap van de arbeid voor de kwalificatie van werkgever in de zin van de WAV niet vereist is. Het enkel mogelijk maken van het verrichten van arbeid en het niet verhinderen daarvan, wordt ook opgevat als het laten verrichten van arbeid.⁵ Vanwege het ruime bereik dat gepaard gaat met de formulering 'een ander arbeid laten verrichten', is ketenwerkgeverschap het gevolg. Dat er tussen de opdrachtgever en onderaannemer geen directe contractuele relatie bestaat maakt dat niet anders. Als gevolg hiervan kunnen boeteketens ontstaan van soms wel 5 tot 10 "werkgevers" voor één vreemdeling.⁶ Een consequentie van het ketenwerkgeverschap is mede dat elke WAV-werkgever een eigen inspanningsverplichting heeft om te voldoen aan de WAV. Deze inspanningsverplichting is nader vormgegeven in de rechtspraak. Uit de rechtspraak kan worden geconcludeerd dat er drie pijlers zijn waarop de inspanningsverplichting is gebouwd: de plicht om op de juiste wijze te controleren wie er werkzaam is (verificatieplicht), de plicht om te zorgen dat er tijdens de werkzaamheden voldaan blijft worden aan de WAV (controleplicht) en tot slot de plicht om te zorgen dat er ook binnen de keten voldaan wordt aan naleving van de WAV (de contractuele afspraken met ketenpartners). Een opdrachtgever of hoofdaannemer, die stelt dat hij niet wist wie er door de

1 Mr. N. Koene en mevr. mr. A. Avci zijn advocaten bij CMS te Amsterdam.

2 De arbeid kan op een andere grondslag dan een arbeidsovereenkomst gebaseerd zijn zoals een overeenkomst tot aanneming van werk, een overeenkomst van opdracht of op grond van een ambtelijke aanstelling bij een overheidsinstantie: *Kamerstukken II 1993/1994*, 23574, 3, p. 4 en p. 13. Ook indien er geen formele schriftelijke overeenkomst bestaat kan sprake zijn van WAV-werkgeverschap, zolang de WAV-werkgever een ander arbeid laat verrichten.

3 Deze mogelijkheid bestaat op basis van het Toetredingsverdrag van Kroatië tot de Europese Unie. Lidstaten mogen het vrij verkeer van werknemers tijdelijk beperken indien zij daarmee de eigen arbeidsmarkt willen beschermen. Het vrije werknemersverkeer is voor Kroatië in 2015 opnieuw voor maximaal drie jaar uitgesteld op voorstel van minister Asscher van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en met instemming van de ministerraad. Werkgevers blijven voorlopig een tewerkstellingsvergunning nodig hebben voor Kroatische werknemers die in Nederland willen werken.

4 Gebaseerd op het besluit van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 augustus 1995, *Stb.* 1995, 406, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 13 oktober 2016, *Stb.* 2016, 408.

5 ABRvS 11 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9298.

6 ABRvS 7 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:617, ABRvS 26 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1093, ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2952.

onderaannemer werd ingezet, zal niet met succes een boete kunnen voorkomen. De (keten)werkgever zal in elk geval moeten aantonen dat hij dagelijks verifieert of er vreemdelingen werkzaamheden verrichten ten behoeve van hem (of dat laat doen), en zo ja of de vereiste vergunning aanwezig is.⁷

In de praktijk, zo is de ervaring, wordt deze rigide wijze van boeteoplegging als frustrerend en onrechtvaardig ervaren, met name door werkgevers hoger in de keten aan wie niet goed valt uit te leggen waarom zij een even hoge boete krijgen als de partij die de vreemdeling daadwerkelijk zonder vergunning aan het werk heeft gezet. Daar komt bij dat de hoogte van de boetes door de jaren heen een enorme vlucht heeft genomen.

3. Hogere boetes door de jaren heen

Op basis van artikel 19a WAV is de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid ("Inspectie SZW") bevoegd om namens de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (de "minister") een bestuurlijke boete op te leggen aan degene die de verplichtingen volgend uit de WAV niet naleeft. Dit ziet zowel op natuurlijke personen als op rechtspersonen. De hoogte van de boete is fors en toont een sterke ontwikkeling omhoog. Vóór 2005 waren de boetes voor werkgevers voor illegale tewerkstelling ongeveer € 1.000 per vreemdeling.⁸ Met de invoering van de bestuursrechtelijke handhaving in 2005 zijn deze boetes verachtvoudigd, naar € 8.000 per vreemdeling.⁹ In 2011 volgde uit een evaluatie van deze verhoging dat zwaardere sancties in de WAV hebben bijgedragen aan een substantiële daling van het percentage overtredingen in de eerste vier jaren na verhoging van de boete.¹⁰ Echter, vanaf 2009 was er sprake van stabilisatie. De regering concludeerde dat er kennelijk een groep hardnekkige malafide werkgevers is die zich niet liet afschrikken door de destijds bestaande boetes of voor wie illegale tewerkstelling ondanks de boete nog altijd lonend leek te zijn. Met het oog op deze groep heeft de regering besloten het sanctiebeleid verder aan te scherpen, nu de gedachte heerste dat hogere boetes nodig waren om bij te dragen aan het verder terugdringen van malafide gedrag.¹¹

Vervolgens is op 1 januari 2013 de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving in werking getreden.¹² Vanaf 1 januari 2013 is de boete voor eerste overtreding door rechtspersonen van artikel 2 lid 1 WAV verhoogd

van € 8.000 naar € 12.000 per vreemdeling.¹³ Hoewel dit nog wel expliciet als doelstelling was genoemd, resulteerde de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving niet in een onderscheid tussen bonafide en malafide werkgevers. Vooral in ketens waar meerdere vreemdelingen werkzaamheden verrichtten, kon de boete al snel in tonnen euro's lopen – per WAV-werkgever(!).¹⁴ In een periode van acht jaar is de boete op illegale tewerkstelling dan ook vertwaalfvoudigd.

Eind 2015 heeft de rechtspraak, naar onze overtuiging terecht, een eerste stap gezet om deze steeds zwaardere vorm van boeteoplegging een halt toe te roepen, waarin bovendien een onderscheid tussen malafide en bonafide werkgevers in de praktijk compleet ontbreekt.

4. Aanpassing boetebeleid na aansporing rechtspraak

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de "Raad van State") heeft in haar uitspraken van 7 oktober en 14 oktober 2015 geoordeeld dat het toen geldende boetebeleid van de WAV onredelijk was. De Raad van State overwoog dat het boetenormbedrag van € 12.000 als bovengrens niet onredelijk was voor hardnekkige malafide rechtspersonen of daarmee gelijk te stellen werkgevers.¹⁵ Het boetenormbedrag was echter dusdanig hoog dat de minister, uit het oogpunt van evenredigheid, zijn beleid op het punt van het aan te houden boetenormbedrag had moeten differentiëren voor werkgevers die niet tot de hiervoor vermelde groep behoren. Met andere woorden, er diende een onderscheid te worden aangebracht tussen diverse ketenpartijen en niet langer mocht de gehele keten te gemakkelijk over één kam worden geschoren. Naar het oordeel van de Raad van State kon het boetenormbedrag van € 12.000 dan ook niet langer gelden. Zolang de minister het gebrek aan nadere differentiatie in de boeteregels niet zou herstellen, diende het in de Beleidsregel boeteoplegging WAV 2012 neergelegde boetenormbedrag van € 8.000 te gelden.

De Raad van State gaf in haar uitspraken de minister (minister Asscher) dan ook een duidelijke aansporing om het boetebeleid nader te bezien en het stelsel zodanig vorm te geven dat een onderscheid wordt gemaakt voor verschillende categorieën werkgevers. Ook wees de Raad van State erop dat er een waarschuwingsbevoegdheid geïntroduceerd diende te worden.

In navolging van deze uitspraken heeft minister Asscher op 29 oktober 2015 de Voorzitter van de Tweede Kamer der

7 Voor een meer gedetailleerde toelichting op de inspanningsverplichtingen voor werkgevers: A. Avci en N. Koene, *Wet arbeid vreemdelingen: Alert anno 2014!*, *ArbeidsRecht* 2014/32.

8 *Kamerstukken II* 2005/2006, 17050, 332, p. 4.

9 *Kamerstukken II* 2009/2010, 17050, 396, p. 4.

10 *Kamerstukken I* 2012/13, 33207, C, p. 3: in 2005 werd bij 26% van de controles illegale tewerkstelling geconstateerd, in 2009 bij 16%. Ook de recidive is een stuk lager geworden. In 2004 was dit 30% van de werkgevers, in 2008 nog 18% van de werkgevers.

11 *Kamerstukken II* 2011/12, 33207, 6, p. 24.

12 *Stb.* 2012, 462.

13 Voor natuurlijke personen werd de hoogte van de boete gehalveerd, zie artikel 2 Beleidsregel boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen tot en met het jaar 2015.

14 In hoger beroep werd onlangs een boete van € 42.000,- opgelegd aan een werkgever, wegens een totaal van 7 overtredingen, zie ABRvS 30 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3194. Ook werd in hoger beroep eerder dit jaar een boete van € 349.500 bevestigd in verband met 44 overtredingen bij eenzelfde werkgever, zie ABRvS 20 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:108.

15 ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3138, r.o. 3.2.

Staten-Generaal geïnformeerd over het voornemen om de Beleidsregel Boeteoplegging WAV 2012 te wijzigen. Tot het moment dat de nieuwe boeteregels daadwerkelijk zouden worden vastgesteld, zijn de bedragen voor overtreding van de WAV op het niveau vastgesteld zoals door de Raad van State bepaald. Voor een werkgever (ongeacht bonafide of malafide) aldus € 8.000 in plaats van € 12.000 per overtreding.

5. Gewijzigde boeteregels

5.1 Beleidsregel boeteoplegging

Bij besluit van 7 juli 2016 zijn de nieuwe boeteregels vastgesteld, formeel onder de naam Beleidsregel boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2016.¹⁶ Hoewel de Beleidsregels boeteoplegging WAV 2016 op onderdelen overeenkomt met haar voorganger, springen er twee artikelen uit die nieuw en voor de praktijk van groot belang kunnen zijn. Dit betreft het artikel waarin de gronden staan genoemd die de boete doen verhogen (artikel 2 Beleidsregels boeteoplegging WAV 2016) en het artikel waarin de gronden staan genoemd waarbij overtreding van de WAV enkel resulteert in een waarschuwing in plaats van een boete (artikel 11 Beleidsregels boeteoplegging WAV 2016). Naast deze nieuwe onderdelen valt op dat het boetenormbedrag blijvend is gewijzigd naar € 8.000 en dat er een nader onderscheid is gemaakt ten aanzien van het type overtreder. Een stichting en een natuurlijk persoon worden onder omstandigheden lager beboet.¹⁷ Onderscheid in type rechtspersoon (bijvoorbeeld groot of klein) wordt echter op geen enkele wijze gemaakt. Het boetenormbedrag voor de reguliere werkgever is aldus blijvend gewijzigd van € 12.000 naar € 8.000 per (eerste) overtreding. Hiermee heeft de wetgever afstand gedaan van haar sinds 2013 ingezette wijziging en aangesloten bij de tijdelijke situatie zoals die was gecreëerd naar aanleiding van de uitspraken van de Raad van State eind 2015. De standaardboete is € 8.000, en deze kan worden verlaagd of verhoogd al naar gelang de feitelijke situatie.

5.2 Boete-verlagende gronden

De verlaging van de standaardboete is geregeld in artikel 10 van de Beleidsregels boeteoplegging WAV 2016: de bestuurlijke boete als gevolg van overtreding van artikel 2 lid 1 WAV kan 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. Hierin laat zich gemakkelijk de bestuursrechtelijke matigingsgrond van het evenredigheidsbeginsel lezen. Boetes die voor 100% gematigd worden vallen niet onder de reikwijdte van artikel 10 van de Beleidsregels boeteoplegging WAV 2016, nu bij een overtreding die een overtreder niet te verwijten valt, op grond van artikel 5:41 Awb in het geheel geen boete mag worden opgelegd.

Een identieke bepaling bestond ook in de voorgaande boeteregels, maar kwam in de praktijk bij boeteoplegging, en ook in de rechtspraak, (te) weinig aan bod. Wij verwachten dat voor matiging van de standaardboete gelijke voorwaarden gelden zoals deze nu zijn, en de eerder besproken inspanningsverplichtingen van groot belang blijven. In de toelichting op de Beleidsregels boeteoplegging WAV 2016 is bevestigd dat bij een keten van werkgevers elke werkgever zijn eigen verantwoordelijkheid houdt.¹⁸ Om voor matiging van de standaardboete in aanmerking te komen zal een werkgever moeten voldoen aan de zware en vaak commercieel zeer lastig realiseerbare eisen die de rechtspraak daaraan in de loop van de jaren heeft toegekend. Dit zal naar onze mening temeer gelden nu de standaardboete reeds met 1/3^e is verminderd, van € 12.000 naar € 8.000. Voor overtreders die geconfronteerd worden met een boete, is het overigens raadzaam om de toelichting op de Beleidsregels boeteoplegging WAV 2016 na te gaan, aangezien daar 15 omstandigheden zijn genoemd die resulteren in een matiging van tussen de 25% en 75% van de boete.¹⁹ Ook is het raadzaam om na te gaan of het nieuwe boetenormbedrag is opgelegd, want ook op een vóór de inwerkingtreding van de Beleidsregels boeteoplegging WAV 2016 begane overtreding, waarvoor een nog niet in rechte vaststaande boete is opgelegd en waarvoor op grond van de Beleidsregels boeteoplegging WAV 2016 een lagere boete zou gelden, dient de voor de overtreder meest gunstige bepaling te worden toegepast.²⁰

5.3 Boete-verhogende gronden

Artikel 2 van de Beleidsregels boeteoplegging WAV 2016 schetst vijf situaties waarin het boetenormbedrag met 50% verhoogd wordt, en aldus stijgt naar € 12.000 per overtreding. Dit is het geval indien één van de volgende situaties zich voordoet:

1. in de vijf jaar voorafgaand aan de overtreding is eerder een overtreding van de WAV geconstateerd ten aanzien van de werkgever of feitelijk leidinggevende;
2. de vreemdeling ten aanzien van wie de overtreding is geconstateerd, heeft geen rechtmatig verblijf in Nederland;
3. de werkgever heeft bewust de regelgeving ontdoken;
4. bij de overtreding zijn drie of meer vreemdelingen of personen betrokken; of
5. de overtreding is begaan door een rechtspersoon, of daarmee gelijkgestelde, waarvan een wettelijk vertegenwoordiger eerder wettelijk vertegenwoordiger was van een andere rechtspersoon, of daarmee gelijkgestelde, ten aanzien waarvan een overtreding van de WAV is geconstateerd, en waarvan de bedrijfsactiviteiten en de

¹⁶ Beleidsregels boeteoplegging WAV 2016.

¹⁷ Bijlage behorende bij artikel 1 van de Beleidsregels boeteoplegging WAV 2016.

¹⁸ *Stcrt.* 2016, 37043, p. 9.

¹⁹ *Stcrt.* 2016, 37043, p. 10. Voorbeelden zijn de situatie waarin een werkgever de overtreding zelf heeft beëindigd en gemeld bij de Inspectie SZW, of waarin aantoonbaar sprake is van integratie van een systeem ter controle van de identiteitsdocumenten van nieuwe medewerkers in het werkproces.

²⁰ ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2952.

locatie waar de werkzaamheden worden verricht dezelfde zijn gebleven.

Uit de Beleidsregels boeteoplegging WAV 2016 noch uit de toelichting volgt of er sprake kan zijn van een cumulatieve verhoging. Indien bijvoorbeeld twee bovengenoemde gronden van toepassing zijn op de overtreding, dan is tot op heden onduidelijk of er een verhoging van tweemaal 50% volgt, of dat één of meer gronden tezamen kunnen leiden tot een enkele verhoging van de boete met maximaal 50%, niet zijnde een cumulatieve verhoging. De opvattingen leiden vanzelfsprekend tot verschillende uitkomsten van de boetebedragen. Uit de rechtspraak kan nog niet worden afgeleid of de gronden een cumulatief verhogende werking hebben indien meerdere gronden van toepassing zijn.

De overwegingen van de Raad van State in ogenschouw nemende, waarbij duidelijk werd overwogen dat de boeteregels een onderscheid moeten hebben tussen bonafide en malafide overtreders, hadden wij gehoopt op een duidelijk onderscheid. Echter, de enige boete-verhogende grond die daadwerkelijk dit onderscheid benoemt is grond 3). De formulering is er één die zonder twijfel de nodige invulling nodig heeft door de rechtspraak. Bij elke term kunnen vragen worden gesteld: (i) bewust (wanneer is daar sprake van? is opzet vereist? waar moet deze opzet op gericht zijn?); (ii) de regelgeving (wordt hier bedoeld op de gehele WAV, of enkel op artikel 2 lid 1 WAV?); (iii) ontduiken (ook hier kan de vraag worden gesteld wat exact kwalificeert als ontduiken). Vooralsnog concluderen wij dat er bij deze grond sprake moet zijn van een werkgever die actief en met de opzet daarop gericht zich onttrekt aan de gehele WAV, althans artikel 2 lid 1 WAV. De minister stelt dat het in een dergelijk geval kan gaan "om de situatie waarbij wordt geconstateerd dat de regelgeving bewust wordt ontdoken, bijvoorbeeld bij het aantreffen van vreemdelingen in verborgen schuilplaatsen, die worden gebruikt bij controles en dienen om het aantreffen van de vreemdelingen te voorkomen".²¹

Een tot de verbeelding sprekend voorbeeld, maar een zo gecalculerde werkgever zal in de praktijk zelden voorkomen. De boeteopleggingen zien voor nagenoeg alle situaties op marktpartijen die simpelweg niet zorgvuldig genoeg hebben gehandeld om alle verplichtingen na te komen. Het ziet niet op partijen die zich in allerlei bochten wringen om maar vreemdelingen zonder vergunning in Nederland te laten werken. Wij verwachten voor deze verhogingsgrond 3) dan ook slechts een marginale rol in de praktijk.

Dan blijven over de andere 4 verhogingsgronden. Deze zouden idealiter aansluiten bij de opdracht van de Raad van State (duidelijk onderscheid voor verschillende categorieën werkgevers, bonafide en malafide). Met enige goede wil is een dergelijk onderscheid tussen malafide en bonafide werkgevers nog te lezen in gronden 1) en 5), nu deze zien op werkgevers of feitelijk leidinggevendenden/wettelijke

vertegenwoordigers daarvan die reeds eerder zijn beboet. Dit zegt echter niets over de mate van verwijtbaarheid dan wel de mate waarin de werkgever malafide is. In de eerste plaats zegt een boete die wellicht 4 jaar geleden is opgelegd onvoldoende over de huidige staat van de werkgever. In de tweede plaats wordt ook met deze nieuwe boeteregels op geen wijze rekening gehouden met de specifieke omstandigheden van de werkgever, zowel niet bij de eerdere boeteoplegging als bij de nieuwe boeteoplegging. Een werkgever die in een periode van 5 jaar voor de tweede keer wordt beboet kwalificeert onder deze boeteregels als malafide, of zoals de Raad van State het noemde 'hardnekkig malafide'. Dit kan wat ons betreft niet de bedoeling zijn. Daarnaast is er voor recidivisten reeds een verhoogde boete, namelijk langs de weg van artikel 19d WAV.

Daarnaast zijn er de uitzonderingsgronden genoemd onder 2) en 4). Bij de tweede boete-verhogende grond wordt de werkgever gestraft voor een vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft. De achtergrond hiervan is om werkgevers te stimuleren de identiteitspapieren te controleren en geen vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf te werk te stellen. Dit is terecht. De praktijk leert echter dat wanneer een vreemdeling zonder rechtmatig verblijf zijn status bewust probeert te verhullen, dit voor een werkgever nauwelijks te achterhalen is. Vanzelfsprekend heeft de werkgever een eigen identificatieplicht, maar (op deskundige wijze) vervalste papieren zijn voor een redelijk werkgever niet te herkennen. Het dan alsnog verhogen van de boete met 50% lijkt niet in lijn met de opdracht van de Raad van State ("hardnekkig malafide"). Mocht een werkgever zich wel bewust zijn van het gebrek aan legale verblijfsstatus en toch kiezen voor tewerkstelling, dan zal de derde grond reeds soelaas moeten dienen. Is dat immers geen werkgever die de regelgeving bewust overtreedt?

Tot slot zien wij ook in situatie 4) geen uitwerking van waartoe de Raad van State heeft aangespoord. Het gegeven dat er meerdere vreemdelingen betrokken waren bij de overtreding toont niet automatisch aan dat er sprake is van een hardnekkig malafide werkgever. Dit is wellicht anders indien het de feitelijk werkgever betreft, hij heeft immers meerdere, tenminste drie, vreemdelingen in dienst zonder vergunning. Echter, deze verhogingsgrond geldt voor alle WAV-werkgevers (ook hoger in de keten, niet de feitelijk werkgever). Ook zij worden daarmee onder deze boeteregels als malafide werkgever weggezet. Het zou aanbeveling verdienen om hierin een onderscheid aan te brengen. Bovendien zal een werkgever reeds financieel flink gestraft worden bij meerdere vreemdelingen omdat voor elke overtreding een aparte boete volgt. Indien daar ook nog 50% bovenop komt, ongeacht de achtergrond van de overtreding, is dat in onze visie niet langer redelijk en niet in lijn met hetgeen de Raad van State heeft overwogen. Wij verwachten dat de rechtspraak middels artikel 10 Beleidsregels boeteoplegging WAV 2016 weer een matiging zal toepassen (de optie 25%, 50% of 75% matiging), maar dit maakt het systeem er wel nodeloos ingewikkeld op.

²¹ Kamerstukken II 2015/16, 32144, 27.

5.4 Waarschuwingsbevoegdheid

In haar uitspraken van oktober 2015 heeft de Raad van State de wetgever aangespoord om in de WAV een waarschuwingsbevoegdheid op te nemen, zoals de minister in de Beleidsregel bestuursrechtelijke handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag ("WML") al heeft gedaan. In die beleidsregel is de waarschuwingsbevoegdheid gekoppeld aan de hoogte van de onderbetaling. Bij een onderbetaling van minder dan 5% of € 50 volstaat in de regel een waarschuwing.²² Hoewel de Raad van State verwijst naar deze Beleidsregel bestuursrechtelijke handhaving WML, is het voor de WAV onmogelijk om een vergelijkbare regeling op te stellen. Immers bij de WAV is sprake van of wel of niet een vreemdeling zonder vereiste vergunning tewerkstellen. De mate van overtreding is niet objectief in een percentage om te zetten.

Tegen deze achtergrond is de wetgever gekomen met artikel 11 van de Beleidsregels boeteoplegging WAV 2016. Hierin is een limitatieve waarschuwingsbevoegdheid geïntroduceerd, die zich als volgt laat samenvatten (artikel 11 lid 2 Beleidsregels boeteoplegging WAV 2016):

1. De werkgever heeft aangetoond dat de reeds aangevraagde tewerkstellingsvergunning of "gvva" ten hoogste twee werkdagen nadat de arbeid is aangevangen, is ontvangen en is ingegaan.
2. De werkgever heeft een student incidenteel en kortstondig laten werken.
3. De werkgever heeft zelf de illegale tewerkstelling beëindigd en gemeld bij de Inspectie SZW.
4. Het betreft marginale, incidentele arbeid in familieverband.

Dit overzicht is limitatief, de gronden zijn erg restrictief en voor de praktijk zal er naar onze verwachting weinig plaats zijn voor eerst een waarschuwing. Daar komt nog eens bij dat een waarschuwing enkel wordt gegeven indien één van bovenstaande scenario's zich voordoet, maar het daarbij tevens moet gaan om een eerste overtreding van de WAV in een periode van vijf jaar direct voorafgaand aan de constatering van de overtreding. Ook mogen er geen andere overtredingen van de WAV zijn geconstateerd. Daarnaast mag bij de overtreding niet meer dan één vreemdeling zijn betrokken en mag geen sprake zijn van een boete-verhogende omstandigheid.²³

Hoewel formeel een waarschuwingsbevoegdheid is geïntroduceerd, is deze wat ons betreft veel te beperkt en ook niet te vergelijken met de waarschuwingsbevoegdheid uit de WML, waarnaar de Raad van State expliciet verwees. De Beleidsregel bestuursrechtelijke handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag 2016 is veel uitgebreider en laat meer differentiatie toe.

6. Duidelijke opdracht

De uitspraken van de Raad van State in oktober 2015 gaven de wetgever een duidelijke opdracht mee. Het was aan de minister om het boetenormbedrag bij overtreding van de WAV nader te bezien en daarbij te komen tot een stelsel dat voldoende gedifferentieerd is om te kunnen leiden tot oplegging van een boete, die in het desbetreffende geval als evenredig is aan te merken. De wetgever heeft hier gehoor aan gegeven en is binnen één jaar tijd met een geheel vernieuwde Beleidsregel boeteoplegging gekomen. Het is positief dat wel degelijk voor een deel geluisterd is naar de aanbevelingen van de Raad van State, nu deze aanbevelingen over de linie genomen zouden moeten leiden tot een gerechtvaardigd sanctiebeleid. Aan de uitwerking mankeert wat ons betreft nog wel het nodige. Zo zijn de boete-verhogende gronden voor het grootste deel te veel gericht op omstandigheden die buiten de invloedssfeer van de werkgever liggen. Ook de waarschuwingsbevoegdheid had wat ons betreft ruimer mogen zijn. In de huidige vorm lijkt de waarschuwingsbevoegdheid nauwelijks relevant te zullen zijn voor de praktijk van alle dag, waarin ketens met meerdere werkgevers actief zijn. Wij verwachten dat de rechtspraak de open normen nader zal invullen en dat de Beleidsregels boeteoplegging WAV 2016 in beweging zal blijven, waarbij de huidige vorm een begin is maar wel degelijk ontwikkeling nodig heeft.

²² Artikel 2 Beleidsregel bestuursrechtelijke handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag 2016.

²³ Kamerstukken II 2015/16, 32144, 27.