

Wet arbeid vreemdelingen: Alert anno 2014!

ArbeidsRecht 2014/32

De Wet arbeid vreemdelingen (WAV) is bij werkgevers niet altijd even goed bekend, terwijl de boete bij tewerkstelling van een vreemdeling zonder tewerkstellingsvergunning fors kan zijn. Aangezien de WAV per 1 januari 2014 op diverse onderdelen strikter en formeler is geworden, verwachten wij dat het aantal boeteopleggingen toeneemt. Mede aan de hand van de rechtspraak schetsen wij de essentiële aandachtspunten voor hen die te maken hebben of kunnen krijgen met de (gewijzigde) WAV.

Juridisch kader

Op grond van artikel 2 lid 1 WAV is het een werkgever verboden om een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning. Een vreemdeling is elke natuurlijke persoon, niet zijnde iemand met de nationaliteit van een land behorende tot de Europese Economische Ruimte (EER).² Niet voor elke vreemdeling is een tewerkstellingsvergunning nodig. De uitzondering op deze hoofdregel wordt gegeven in artikel 3 lid 1 WAV, welk artikel met name doelt op zelfstandigen en op uitzonderingsgevallen die zijn genoemd in het Besluit uitvoering WAV.³ Op grond van artikel 1 sub 2 WAV is de werkgever degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten. Werkgever is tevens de natuurlijke persoon die een ander huishoudelijke of persoonlijke diensten laat verrichten. Deze bepaling stelt het bestaan van een arbeidsovereenkomst met de vreemdeling niet als vereiste. Ten aanzien van één tewerkstelling kunnen meerdere WAV-werkgevers bestaan (keten van werkgevers).⁴ Dan is het voldoende indien één van deze ketenwerkgevers een tewerkstellingsvergunning heeft voor de betreffende vreemdeling (artikel 2 lid 2 WAV). Indien de vereiste tewerkstellingsvergunning niet aanwezig is, kunnen alle werkgevers

in de keten beboet worden voor dezelfde overtreding.⁵ Wel kan het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) van boeteoplegging aan één van de werkgevers in de keten afzien, ook al is een overtreding geconstateerd.⁶ De omvang van de arbeid en het wel of niet betalen van loon is in principe irrelevant voor de vraag of sprake is van het "verrichten van arbeid".⁷ De omstandigheid dat geen sprake is van productieve of economisch waardevolle arbeid is in beginsel evenmin van betekenis voor de vraag of arbeid in de zin van de WAV is verricht.⁸

Boeteoplegging

Bij overtreding van de WAV kan op grond van artikel 19d WAV een boete worden opgelegd. Voor een overtreding van artikel 2 lid 1 WAV kan thans een boete worden opgelegd van € 12 000 per vreemdeling. De particulier die een vreemdeling zonder vereiste tewerkstellingsvergunning voor zich laat werken, loopt het risico op een boete van € 6 000.⁹ Toch zal niet in alle gevallen de volledige boete (mogen) worden opgelegd. Artikel 5:41 Algemene wet bestuursrecht (Awb) bepaalt immers dat een bestuursorgaan geen bestuurlijke boete oplegt voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten. Een verminderde verwijtbaarheid kan aanleiding geven de boete op nihil te stellen dan wel te matigen. Verminderde verwijtbaarheid wordt in ieder geval aangenomen als de werkgever heeft voldaan aan de zogenaamde 'inspanningsverplichting'. Deze verplichting komt erop neer dat de werkgever zich bij aanvang en bij de uitvoering van de arbeid heeft ingespannen om overtredingen van de WAV te voorkomen.

Boete voorkomen

Uit rechtspraak volgt dat de inspanningsverplichting van de WAV-werkgever op hoofdlijnen uit drie aspecten bestaat: de verificatieplicht (heb ik op de juiste wijze gecontroleerd wie er voor mij werkzaam is?), de contractuele afspraken (hoe zorg ik voor naleving indien ik werkgever in een keten ben?) en de controle in de praktijk (hoe zorg ik dat tijdens de werkzaamheden voldaan blijft worden aan de WAV-verplichtingen?) Het is de eigen verantwoordelijkheid van iedere WAV-werkgever om bij aanvang en tijdens de werkzaamheden na te gaan of aan de voorschriften van de WAV wordt voldaan.¹⁰ In dit kader bevelen wij de website www.weethoehetzit.nl

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

² Op het moment van publicatie is er voor onderdanen uit Kroatië die in Nederland werkzaam willen zijn, ondanks dat Kroatië valt onder de EER, nog wel een tewerkstellingsvergunning nodig. Het kabinet heeft het vrij werknemersverkeer met Kroatië uitgesteld vanwege de verslechterde situatie op de Nederlandse arbeidsmarkt. Anticiperen op aankomend vrij verkeer van werknemers is vol risico: Rb. Noord-Holland 26 november 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:11320.

³ Bijvoorbeeld de wetenschappelijke onderzoeker, de kennismigrant, de artiest, of de directeur-eigenaar. Voor een compleet overzicht van de uitzonderingsgevallen, zie artikelen 1 en 2 van het Besluit uitvoering WAV. Voor de vraag of een vreemdeling als zelfstandige is aan te merken zal nauwkeurig gekeken dienen te worden naar de uitvoering van de werkzaamheden. Het is risicovol om blindelings op een afgegeven VAR-verklaring af te gaan: Rb. Rotterdam, 28 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:9214.

⁴ Wanneer een werkgever uitsluitend een administratieve rol vervult en geen rol speelt bij de tewerkstelling van de werknemers, is dat in principe onvoldoende om als WAV-werkgever te worden aangemerkt: ABRvS 5 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC5795.

⁵ Onlangs nog bevestigd in Rb. Rotterdam 14 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9435. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 574, nr. 3, blz. 13.

⁶ ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:799.

⁷ ABRvS 14 februari 2007, nr. 200604884/1.

⁸ Rb. Arnhem 12 mei 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ5539.

⁹ Deze boetes gelden eveneens wanneer een vreemdeling al tewerk wordt gesteld in de periode waarin gewacht wordt op de uitkomst van de aanvraag van de tewerkstellingsvergunning, ABRvS 12 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5887.

¹⁰ ABRvS 3 oktober 2007, nr. 200701639/1 en ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2508.

aan. Dit initiatief van onder andere SZW en het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) maakt inzichtelijk welke inspanningsverplichtingen van een werkgever in het kader van de WAV worden verwacht. Zo wordt op het gebied van de verificatieplicht en de controle in de praktijk verduidelijkt dat geen genoegen mag worden genomen met een kopie van het identiteitsdocument, dat het document op drie echtheidskenmerken gecontroleerd moet worden en dat de vreemdeling geïnformeerd moet worden dat hij tijdens het werk een origineel en geldig identiteitsdocument moet kunnen tonen. Daarnaast is het van belang dat partijen vooraf onderling contractuele afspraken maken omtrent de WAV-voorschriften en de consequenties bij het overtreden van deze voorschriften (vrijwaring).

Inspanningsverplichting

De inspanningsverplichting van de WAV-werkgever heeft in de jurisprudentie regelmatig discussie opgeleverd. Naar onze mening worden aan de inspanningsplicht in de jurisprudentie erg zware en wellicht commercieel haast onmogelijke eisen gesteld. Uitsluitend de werkgever die dagelijks controleert op aanwezigheid van vreemdelingen/tewerkstellingsvergunningen en een verregaande procedure heeft om illegale arbeid te voorkomen, maakt goede kans op (volledige) matiging van de boete. Een exemplarisch voorbeeld is de werkgever die voor aanvang van de werkzaamheden de bedrijfsgegevens van onderaannemers controleerde en schriftelijk de onderaannemers instrueerde over precieze controlemaatregelen op de werkplaats. Bij elke twijfel over de geldigheid van de vergunningen werden de kopieën naar de (toenmalige) Vreemdelingendienst doorgestuurd en de facturen werden nauwlettend gecontroleerd op de afwezigheid van vreemdelingen. De ABRvS oordeelde dat verwijtbaarheid in deze situatie, toen er toch een vreemdeling door deze controlemaas bleek te zijn geglipt, voor desbetreffende werkgever volledig ontbrak, waardoor boeteoplegging achterwege had moeten blijven.¹¹ Om aan boeteoplegging te ontkomen, moet een werkgever, zeker de werkgever in een keten, dus van zeer goeden huize komen. Het houden van steekproeven ter controle van de juiste vergunningen kan aanleiding zijn tot matiging tot 50%.¹² Het aanwezig zijn van een personeelsfunctionaris en een projectleider die zich specifiek bezighouden met de controle van de identiteitsdocumenten en de naleving van de WAV, zorgde eveneens voor een matiging van 50%.¹³

Financiële situatie

Indien de op te leggen boete de werkgever, gelet op diens financiële situatie en bezien in het geheel van zich voordoende omstandigheden, onevenredig treft, dient deze gematigd te worden.¹⁴ Het verweer van de werkgever dat de inventaris moet worden verkocht en de activiteiten moeten worden gestaakt als de boete wordt opgelegd, was echter

onvoldoende grond voor matiging.¹⁵ Ook een conceptbalans is onvoldoende, nu deze geen definitieve cijfers bevat.¹⁶ Het feit dat het boetebedrag even hoog is als de jaarwinst van een vennoot was ook geen grond voor matiging.¹⁷ Voor een succesvol matigingsverweer zijn dan ook definitief vastgestelde cijfers nodig die de (zeer) ernstige financiële gevolgen van de boete aantonen.

Onduidelijkheid identiteitsbewijs

Werkgevers hebben veelal meer succes bij een matigingsverweer wanneer zij zich richten op de onduidelijkheid van het identiteitsbewijs. Zo werd de tekst "Gemeenschapsonderdaan. Economisch niet actief. Arbeid toegestaan, TWV alleen gedurende eerste 12 maanden vereist" als te onduidelijk beoordeeld, waardoor de boete voor 50% werd gematigd.¹⁸ De aantekening "arbeid toegestaan; tewerkstellingsvergunning wel/niet vereist" leidde vreemd genoeg niet tot matiging, terwijl hieruit niet direct volgt of de tewerkstellingsvergunning nu wel of niet vereist is.¹⁹ Een matiging van 50% van de boete kwam weer wel toe aan de werkgever die vreemdelingen tewerkstelde die een verblijfsvergunning bezaten met aantekening dat arbeid van bijkomende aard was toegestaan.²⁰

Redelijke termijn

Het komt met enige regelmaat voor dat een werkgever bescherming inroept van artikel 6 lid 1 EVRM wegens schending van de redelijke termijn. De dag waarop de boetenisgeving wordt gedaan is in de regel het tijdstip waarop de redelijke termijn een aanvang neemt, tenzij jegens de werkgever een concrete handeling wordt verricht waaraan hij in redelijkheid de verwachting kan ontlelen dat hem een boete zal worden opgelegd.²¹ Dit is bijvoorbeeld het geval indien de controle door de Inspectie SZW heeft plaatsgevonden en de inspecteurs hebben medegedeeld dat een boeterapport wordt opgemaakt, omdat de werkgever wordt gezien als overtreder van de WAV. Die mededeling doet de redelijke termijn aanvangen. De enkele controle door inspecteurs (zonder bovengenoemde mededeling) van de Inspectie SZW is in dat opzicht te onbepaald en doet de redelijke termijn niet aanvangen.²² Vaste rechtspraak is dat berechting (niet enkel de boetebeschikking, maar ook eventuele procedure van beroep en bezwaar) binnen twee jaar na aanvang van de termijn dient plaats te vinden.²³

11 ABRvS 23 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ8319.

12 ABRvS 4 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0784.

13 ABRvS 24 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2616.

14 ABRvS 31 oktober 2012, nr. 201202163/1/V6 en ABRvS 21 maart 2012, nr. 200804654/1/V6.

15 ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2508.

16 ABRvS 4 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2286.

17 ABRvS 4 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2248.

18 ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1542 en ABRvS 24 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2632.

19 ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1636.

20 ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7772.

21 HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AO9006 en ABRvS 9 december 2009, nr. 200900175/1.

22 ABRvS 4 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2248.

23 Zie o.a. Rb. Midden-Nederland 25 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ5732 en ABRvS 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8306.

Gevolgen nieuwe wetgeving per 1 januari 2014

Op 1 januari 2014 is de Wet herziening WAV in werking getreden.²⁴ De Wet Herziening WAV bevat diverse aanscherpingen, waardoor het voor een werkgever moeilijker wordt om een tewerkstellingsvergunning te verkrijgen en te behouden.²⁵ Het kabinet heeft deze aanscherpingen onderbouwd met de stelling dat het niet meer wenselijk en nodig is dat mensen van buiten de EER in Nederland arbeid komen verrichten.²⁶ Daarnaast beogen de aanscherpingen het risico van oneerlijke concurrentie te verkleinen. Tegelijkertijd onderkent het kabinet dat kennis voor de Nederlandse economie cruciaal is om internationaal concurrerend te zijn. De kennismigrantenregeling blijft dan ook bestaan. Vreemdelingen die meer dan € 4 371,84 bruto (incl. vakantiegeld) per maand verdienen kunnen in Nederland werken zonder tewerkstellingsvergunning (voor vreemdelingen jonger dan 30 is deze inkomenseis lager: € 3 205,44 bruto per maand). Wij bespreken hieronder de wijzigingen die naar onze mening de grootste impact zullen hebben op de Nederlandse arbeidsmarkt.

Toetsing prioriteitgenietend aanbod

Eén van de belangrijkste wijzigingen betreft de abstractere toets op het prioriteitgenietend aanbod.²⁷ Het UWV onderzoekt voortaan uitsluitend of er voldoende werkzoekenden op de Europese arbeidsmarkt aanwezig zijn voor de vacature waarvoor een tewerkstellingsvergunning is aangevraagd. Het UWV toetst dus niet meer, zoals voorheen, of er geschikte kandidaten beschikbaar zijn die aan de functie-eisen van de vacature voldoen. Deze laatste toets verenigt zich immers volgens het kabinet niet met de minder actieve rol van het UWV bij de arbeidsbemiddeling.²⁸ Met deze aanpassing beoogt het kabinet om iedereen zoveel mogelijk te laten participeren in de samenleving. Daarnaast geldt dat de uitbreiding van de Europese Unie heeft geleid tot een groter arbeidsaanbod waaruit Nederlandse werkgevers kunnen putten. Het kabinet meent daarom dat eerst de mogelijkheden om het aanbod in Nederland en in de EER in te zetten maximaal moet zijn benut. Pas als er vacatures zijn die niet vervuld kunnen worden met prioriteitgenietend aanbod, kunnen werknemers van buiten de EER tewerk worden gesteld. De nieuwe rol van het UWV betekent dus dat niet meer de actieve arbeidsbemiddeling voorop staat.²⁹ De bemiddelingsfunctie van het UWV beperkt zich nu tot het transpa-

rant maken van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Het aanbod zal in eerste instantie moeten blijken uit de bestanden van het UWV zelf. Ook zal het UWV andere beschikbare informatie gebruiken zoals van (internationale) uitzend- en detacheringsbureaus of van bijvoorbeeld EURES, het Europese netwerk van arbeidsbureaus. Hierdoor krijgt de werkgever inzicht in het arbeidspotentieel dat een vacature kan vervullen. Indien voor een arbeidsplaats prioriteitgenietend aanbod op de arbeidsmarkt aanwezig is, wordt een tewerkstellingsvergunning geweigerd (artikel 8 lid 1, sub a WAV).³⁰ Volgens de toelichting bij artikel 8 Regeling uitvoering WAV geldt dat ook sprake is van prioriteitgenietend aanbod, indien werkzoekenden pas na een inwerkperiode of na enige scholing aan de functie-eisen voldoen. Tewerkstelling van vreemdelingen in buitenlandse restaurants, shoarmazaken en dergelijke zal worden geweigerd indien algemeen bedienend of keukenpersoneel op de arbeidsmarkt aanwezig is. Gelet op de toelichting bij artikel 8 Regeling uitvoering WAV geldt dat bij restaurants met een specifieke keuken zal worden getoetst of voor het bereiden van de specifieke gerechten met een korte opleiding kan worden volstaan.

Voldoende inspanningen

Een andere aanscherping betreft de wervingsinspanning van de werkgever. Indien de werkgever niet kan aantonen voldoende inspanningen te hebben verricht om prioriteitgenietend aanbod te werven wordt de tewerkstellingsvergunning per definitie, en dat is nieuw, geweigerd.³¹ Van de werkgever wordt verwacht dat hij alle mogelijkheden benut om het prioriteitgenietend aanbod te werven. Zo zal hij een vacature in verschillende media bekend moeten maken, maar zullen ook (internationale) uitzend- en detacheringsbureaus en bureaus voor werving en selecties benaderd dienen te worden. Bij de aanvraag voor een tewerkstellingsvergunning dient de werkgever vervolgens de resultaten van de werving te tonen. Het UWV kan deze informatie verifiëren. Ook in dit opzicht legt de WAV dan ook een zware verplichting op de werkgever.

Quotumregeling

Een andere wijziging is de met artikel 5a WAV ingevoerde mogelijkheid tot het bepalen van quota. Deze regeling heeft tot gevolg dat voor bepaalde categorieën van vreemdelingen een limiet aan het aantal tewerkstellingsvergunningen kan worden gesteld. Deze wijziging hangt samen met het gegeven dat dat werkgevers in bepaalde sectoren op grote schaal gebruikmaakten van arbeidsmigranten, waardoor de arbeidsverhoudingen in de sector worden verstoord en andere werkgevers niet in staat zijn om een aantrekkelijk salaris te bieden voor het binnenlandse arbeidsaanbod. De

24 Wet van 25 november 2013 inzake herziening van de Wet Arbeid Vreemdelingen (Stb. 2013, 499).

25 Kamerstukken II 2012/2013, 33 475, nr. 10.

26 Kamerstukken II 2012/2013, 33 475, nr. 2 en 3 (MvT).

27 Onder prioriteitgenietend aanbod wordt verstaan: Nederlanders, Unieburgers (tenzij overgangsmaatregelen van toepassing) en derdelanders die legaal in Nederland verblijven en vrije toegang hebben tot de Nederlandse arbeidsmarkt, Kamerstukken II 1993/1994, 23 574, nr. 3 (MvT); Kamerstukken II 2012/2013, 33 475, nr. 3 (MvT).

28 Wet van 9 oktober 2013 tot wijziging van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen en enige andere wetten in verband met fraudeaankpak door gegevensuitwisselingen en het effectief gebruik van binnen de overheid bekende zijnde gegevens, Stb. 2013, 405.

29 Kamerstukken II 2012/2013, 33 475, nr. 4.

30 Toelichting bij artikel 8 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 16 december 2013, 2013-0000165091, tot vaststelling van de Regeling uitvoering Wet arbeid vreemdelingen naar aanleiding van de herziening van de Wet arbeid vreemdelingen en enkele andere wijzigingen ('Regeling uitvoering WAV'), Stcrt. 2013, 35848.

31 Artikel 8 lid 1, sub c WAV. Voorheen vormde een gebrek aan inspanning van de werkgever een facultatieve weigeringsgrond; Kamerstukken II 2012/2013, 33 475, nr. 2, 3 en 4.

quotumregeling past in de systematiek van de Europese regelgeving op het terrein van arbeidsmigratie.³²

Tewerkstellingsvergunning voor maximaal één jaar

Voor werkgevers wellicht de meest voelbare wijziging wordt gevormd door het nieuwe artikel 11 lid 1 WAV. Op basis van dit artikel geldt dat een tewerkstellingsvergunning voor ten hoogste één jaar wordt verleend, terwijl dat in het verleden voor maximaal drie jaar was.³³ Ter bevordering van de internationale handelspositie en in het kader van scholing, opleiding, vrijwilligerswerk, internationale uitwisseling en andere internationale culturele contacten, kunnen tewerkstellingsvergunningen wel voor langer dan een jaar verleend worden. Tevens is verlenging van de tewerkstellingsvergunning niet meer mogelijk. Er zal steeds opnieuw een nieuwe tewerkstellingsvergunning aangevraagd moeten worden, waarbij het verstandig is om dit in elk geval tien weken vóór afloop van de tewerkstellingsvergunning te doen. Dit betekent dat de werkgever de hele procedure opnieuw moet doorlopen. Daarbij zal opnieuw aan alle weigeringsgronden getoetst worden. Pas als het traject van werving en selectie binnen Europa geen kandidaat oplevert, kan de tewerkstellingsvergunning voor de vreemdeling opnieuw verkregen worden. Werkgevers die binnen een periode van vijf jaar direct voorafgaande aan de aanvraag voor een tewerkstellingsvergunning sociale wetgeving, strafwetgeving, de Arbeidstijdenwet of de Arbeidsomstandighedenwet hebben overtreden en een bestuurlijke boete opgelegd hebben gekregen, wordt een tewerkstellingsvergunning per definitie geweigerd. De werkgever doet er dus verstandig aan zijn "historie" te verifiëren alvorens hij een aanvraag voor een tewerkstellingsvergunning indient bij het UWV.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft opgemerkt dat deze wijziging in de duur van de tewerkstellingsvergunning verblijfsrechtelijke en arbeidsrechtelijke consequenties kan hebben voor de vreemdeling. Zo kan de verblijfsvergunning eerder worden ingetrokken als deze is verleend onder de voorwaarde dat er een tewerkstellingsvergunning geldt. De werkgever moet er alert op zijn dat de arbeidsovereenkomst kan voortduren, terwijl de vreemdeling niet meer beschikt over een tewerkstellingsvergunning. Het aflopen van de tewerkstellingsvergunning rechtvaardigt geen ontslag op staande voet. Eventueel kan in de arbeidsovereenkomst de ontbindende voorwaarde worden opgenomen dat door het verlopen van de tewerkstellings-

vergunning de arbeidsovereenkomst eindigt, maar twijfelachtig is of dit in alle gevallen stand zal houden.³⁴

Maatregelen omtrent arbeidsvoorwaarden

Zoals hierboven besproken is de wijziging van de WAV deels ingegeven door de wens om valse concurrentie te voorkomen. Zo wordt sinds 1 januari 2014 de tewerkstellingsvergunning geweigerd indien de arbeidsvoorwaarden of arbeidsomstandigheden beneden het niveau liggen dat wettelijk is vereist of in de desbetreffende bedrijfstak gebruikelijk is (artikel 8 lid 1 onder d WAV). Als absoluut minimum geldt hierbij het wettelijk minimumloon (artikel 8 lid 1 onder f WAV). Hiermee wordt voorkomen dat vacatures vanwege een te lage beloning onaantrekkelijk zijn voor binnenlandse of Europese werknemers.

Praktijk

Wij onderkennen de noodzaak om illegale arbeid te voorkomen en te bestrijden. Ook kunnen wij ons vinden in het gegeven dat er primair gekeken dient te worden naar het arbeidsaanbod binnen Europa. De herziening van de WAV is hierdoor goed te plaatsen. Desalniettemin menen wij dat voor welwillende ondernemers die daadwerkelijk geen Europees aanbod kunnen aanwenden de wijzigingen in de praktijk nog te veel onduidelijkheden meebrengen. Zo volgt uit de toelichting op artikel 8 lid 1 sub c Regeling uitvoering WAV dat een tewerkstellingsvergunning per definitie zal worden geweigerd, indien de werkgever niet volledig heeft deelgenomen aan door het UWV georganiseerde wervings- of scholingsprojecten, tenzij de werkgever kan aantonen dat hij 'ernstige' redenen heeft gehad om niet (volledig) deel te nemen. In welke mate de werkgever geïnformeerd wordt over deze projecten, wat 'deelnemen' betekent en wat wordt verstaan onder 'ernstige' redenen, wordt helaas niet duidelijk. De aanscherpingen in de huidige wetgeving leiden daarnaast tot dusdanige verplichtingen voor de werkgever bij het vinden en behouden van een kandidaat voor een vacature, dat wij verwachten dat veel werkgevers daartoe niet bereid zijn (denk aan de zeer uitgebreide wervingsinspanning die elk jaar terugkomt door de nieuwe maximumperiode). Het kabinetsdoel, het verder inkrimpen van het aantal niet-EER arbeidskrachten op de Nederlandse arbeidsmarkt, zal naar onze verwachting dan ook dichterbij komen.

Conclusie

Het wettelijke kader en de invulling die de rechtspraak geeft aan de WAV geeft een beeld van een ruim toepassingsgebied, strenge toetsing en beperkte ruimte voor boetematiging. Het is dan ook zaak dat degenen die een vreemdeling tewerkstellen, zich bewust zijn van de (zware) verplichtingen die op hen rusten om boeteplegging te voorkomen. Ook indien bij de werkgever geen enkel opzet in het spel is,

32 Richtlijn 2009/50/EG van de Raad van 25 mei 2009 betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op een hooggekwalificeerde baan (PbEG L155/17) en de voorgenoemen richtlijn voor seizoenarbeid.

33 Het maximum van drie jaar geldt nog wel indien een tewerkstellingsvergunning wordt afgegeven ten behoeve van de bevordering van internationale handelscontacten, in het kader van de uitoefening van een geestelijke, godsdienstige of levensbeschouwelijke functie, dan wel indien het betreft arbeid in het kader van scholing, opleiding, vrijwilligerswerk of internationale uitwisseling.

34 Met name het criterium dat vervulling van de ontbindende voorwaarde niet mag zijn te beïnvloeden door één der partijen kan aan rechtsgeldigheid van de voorwaarde in de weg staan, nu de inspanning van de werkgever relevant is voor de vraag of een (nieuwe) tewerkstellingsvergunning wordt afgegeven.

wordt overtreding van de WAV-verplichtingen streng beboet en is er weinig ruimte voor matiging. Wij staan achter het belang van handhaving, maar menen dat er bij de boeteoplegging te weinig maatwerk wordt geboden. Er wordt onvoldoende verschil gemaakt tussen de werkgever die weinig tot niets heeft gedaan om de naleving van de WAV te waarborgen en de werkgever die daadwerkelijk beleid voert om overtreding van de WAV te voorkomen, maar bij wie wegens bijvoorbeeld een incidentele controlefout toch een overtreding wordt geconstateerd. Wij ervaren in de praktijk dat deze rigide boeteoplegging met name frustrerend is voor grotere werkgevers die het controlebeleid en inspanningskader ten aanzien van de WAV goed op orde hebben, maar die hard afgestraft worden bij incidentele fouten, bijvoorbeeld wanneer de feitelijke overtreding is veroorzaakt door een gedraging van de onderaannemer op wie onmogelijk altijd volledige controle kan worden uitgeoefend. Het is naar onze mening goed als bij de boeteoplegging meer rekening wordt gehouden met het (al dan niet aanwezige) gehele 'WAV-beleid' van de werkgever en de hoogte van de boete daar – meer dan nu – op aangepast wordt. Met de veranderingen van de WAV per 1 januari 2014 zijn de verplichtingen van de werkgever verzwaard, aangezien de WAV op vele onderdelen strikter is geworden. Wij vrezen dat er een explosie van boeteopleggingen gaat ontstaan, aangezien het voor werkgevers lastiger wordt om te blijven voldoen aan de verscherpte wettelijke voorwaarden, terwijl tegelijkertijd niet in alle gevallen duidelijk is wat exact van de werkgever wordt verwacht. De nieuwe regels zijn zo ingewikkeld dat het risico op onbewuste overtreding door bonafide werkgevers is toegenomen. Om die reden: be alert, be WAV Alert!³⁵

35 In onze LinkedIn discussiegroep verwelkomen wij u graag voor WAV-gerelateerde onderwerpen: <http://linkd.in/1muuu7Y>.