



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Richtchtlijn 2009/52: Sancties tegen werkgevers van illegaal verblijvende derdelanders

Krop, P.; de Lange, T.; Tjebbes, M.

Published in:
Migrantenrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Krop, P., de Lange, T., & Tjebbes, M. (2009). Richtchtlijn 2009/52: Sancties tegen werkgevers van illegaal verblijvende derdelanders. *Migrantenrecht*, 09(8), 336-346.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Richtlijn 2009/52

Sancties tegen werkgevers van illegaal verblijvende derdelanders

De EG Richtlijn 2009/52 stelt minimumnormen voor sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende derdelanders. In dit artikel worden de gevolgen van de richtlijn voor werkgevers, overheid, en illegaal tewerkgestelde derdelanders besproken. De boodschap van de richtlijn is dat de EU optreedt tegen illegale migratie: werkgevers worden beschermd tegen oneerlijke concurrentie, de lidstaten moeten gaan optreden tegen werkgevers van illegaal verblijvende derdelanders, en deze derdelanders moeten tegen uitbuiting beschermd worden. Zij moeten hun achterstallig loon kunnen ontvangen, ook als ze zijn uitgezet. De richtlijn bevat echter slechts minimumnormen en dat laat nogal wat ruimte voor een eigen invulling door de lidstaten.

1 Inleiding

Sinds 2005 kan de Nederlandse overheid bestuurlijke boetes opleggen bij het handhaving van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Inmiddels is hiermee bijna vijf jaar ervaring opgebouwd en zijn we in afwachting van een evaluatierapport over de invoering van de bestuurlijke boete.² Daarin zal onder andere aandacht moeten worden besteed aan de keuze voor de bestuursrechtelijke handhaving en de verhouding tot het strafrechtelijke handhavingsinstrumentarium. Die verhouding zal ook aan de orde zijn bij de implementatie van richtlijn 2009/52/EG “tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen” (hierna: richtlijn 2009/52).³ Deze richtlijn moet voor 20 juni 2011 geïmplementeerd zijn en zal een aantal wijzigingen van de Wav met zich mee brengen. De gevolgen van de richtlijn worden echter nog niet vermeld in de recente notitie ‘Herziening van de Wav’ van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW).⁴ Daarin wordt wel aangekondigd dat de Kamer nog in 2009 over de implementatieplannen zal worden ingelicht. Ook in het recente Advies Raad van State en Nader Rapport

bij het wetsvoorstel Modern Migratiebeleid⁵ wordt met geen woord gesproken over de implicaties van de richtlijn. Dat alles is reden voor een inventarisatie van de inhoud van deze richtlijn en de betekenis daarvan voor de Nederlandse regelgeving en praktijk. Daarbij hebben wij ons afgevraagd welke gevolgen de richtlijn heeft voor werkgevers, welke voor de overheid, en welke voor de illegaal tewerkgestelde werknemers. Wij hebben hiervoor gebruik gemaakt van de openbare stukken over de voorbereiding van de richtlijn en wij hebben een eerdere versie van dit artikel besproken met de ambtenaar bij SZW die bij de onderhandelingen aanwezig was.

We beginnen dit artikel met een beknopte duiding van de richtlijn in de context van het Europees ‘integraal migratiebeleid’ (par. 2) en bespreken daarna de totstandkoming en reikwijdte van de richtlijn (par. 3). Vervolgens komen de gevolgen voor de betrokken partijen aan de orde, eerst de werkgevers (par. 4), dan de overheid (par. 5), en tot slot de illegaal tewerkgestelde vreemdeling (par. 6). Daarbij zullen wij telkens de ontstaansgeschiedenis van de relevante bepalingen bespreken en aangeven wat de richtlijn kan betekenen

voor de Nederlandse regelgeving en praktijk. We sluiten af met de gevolgen die de richtlijn bij een richtlijnconforme uitleg ook nu al zou kunnen hebben (par. 7), gevolgd door enkele concluderende opmerkingen.

2 Europees integraal migratiebeleid

De EG heeft in het Verdrag van Amsterdam in 1999 de bevoegdheid gekregen om regels te stellen ten aanzien van visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrije verkeer van personen.⁶ Artikel 63 lid 3 onder b EG-verdrag geeft de opdracht maatregelen aan te nemen over illegale immigratie en illegaal verblijf, met inbegrip van de repatriëring van illegaal verblijvende personen. Dat is de grondslag voor de hier besproken richtlijn. Deze richtlijn maakt deel uit van een Europees ‘integraal migratiebeleid’, dat naast de bestrijding van illegale migratie de voordelen van immigratie wil benutten.⁷ Het benutten van de voordelen van migratie via een gezamenlijk toelatingsbeleid is echter een moeizaam proces.⁸ Veel lidstaten, bijvoorbeeld Duitsland, vinden dat de beslissing over de toelating van vreemdelingen tot hun grondgebied tot de

kern van hun nationale soevereiniteit behoort. Deze kerntaak willen ze maar moeilijk aan Europa afstaan, ook al is in het Haagse Programma vastgelegd dat de beslissing over hoeveel migranten uit derdelanden in een lidstaat kunnen worden toegelaten, tot de nationale bevoegdheid van de lidstaten blijft behoren.⁹ Ter bestrijding van illegale migratie is reeds de Terugkeerrichtlijn 2008/115/EG aangenomen.¹⁰ Ook ontwikkelingssamenwerking moet worden gezien als instrument om illegale migratie te bestrijden.¹¹ Richtlijn 2009/52 is voorlopig het laatste wapenfeit in de strijd tegen illegale migratie.

3 Ontstaan en reikwijdte van richtlijn

Ontstaan

Na onderzoek bleek dat 26 van de 27 EU-lidstaten sancties of preventieve maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende of illegaal tewerkgestelde vreemdelingen in hun wetgeving hadden. Toch was handhaving van die status quo voor de Europese Commissie geen reële optie omdat in de meeste lidstaten een functionerend handhavingapparaat ontbreekt.¹² De Commissie zette met het voorstel voor deze richtlijn in op het formuleren van een verbodsbepaling en sancties. Belangrijker nog was dat de Commissie hoge eisen wilde stellen aan de feitelijke, frequente handhaving.¹³ De Commissie hoopte met de richtlijn de mogelijkheid voor illegale migranten om werk te vinden te beperken en vond daarvoor in principe brede steun bij de lidstaten. Omdat de aanwezigheid van werk voor illegalen een *pull-factor* voor illegale immigratie is dient het *aanbod* van werk te worden aangepakt, aldus de Commissie. Daarnaast moet de richtlijn bijdragen aan de bescherming tegen uitbuiting van derdelanders en aan de strijd tegen oneerlijke concurrentie binnen de EU.

In mei 2007 werd het voorstel voor de richtlijn aangeboden.¹⁴ Het was een gedetailleerd voorstel met migratie-, arbeids-, bestuurs- en strafrechtelijke bepalingen. De lidstaten moeten werkgevers van illegaal verblijvende derdelanders hard gaan aanpakken, met intensieve inspecties en strafrechtelijke sancties.

Subsidiariteit, proportionaliteit, effectiviteit?

Volgens de Commissie voldeed het voorstel aan het subsidiariteitsbeginsel, omdat de lidstaten de doelstelling van de richtlijn, het tegengaan van illegale migratie, onafhankelijk van elkaar niet zouden kunnen bereiken. De handavingsniveaus in de verschillende lidstaten zouden dan te zeer uiteenlopen en dat zou tot een verstoring

van de concurrentieposities op de interne markt leiden; illegale derdelanders zouden naar de landen met het laagste handavingsniveau trekken en de ondernemers in die landen zouden daarmee dus oneerlijke prijsvoordelen kunnen behalen. De Nederlandse regering stond positief tegenover het voorstel, maar vroeg zich wel af of afschrikwekkende sancties strafrechtelijk moesten zijn.¹⁵ Een begrijpelijke kanttekening, gezien de (vanuit het perspectief van de Nederlandse overheid) goede ervaringen met de bestuurlijke boete.¹⁶ Ook de Duitse Bundesrat plaatste een kanttekening bij de noodzaak van strafrechtelijke sancties. Volgens de Bundesrat had de Commissie moeten onderzoeken of er in de lidstaten die strafrechtelijke sancties hanteren, beduidend minder derdelanders illegaal binnenkomen en verblijven.¹⁷

Het voorstel voldeed volgens de Commissie ook aan het evenredigheidsbeginsel. Hoewel de werklast voor de lidstaten zou toenemen, zou dat nodig zijn om het voorstel doeltreffend te laten zijn. Ook de extra lasten voor werkgevers achtte de Commissie niet disproportioneel. De Nederlandse regering vond de proportionaliteit wel twijfelachtig. De richtlijn was volgens haar zo gedetailleerd, dat de omzetting in nationale regelgeving de lidstaten zwaar zou vallen. De Franse senaat oordeelde bijvoorbeeld het voorstel disproportioneel ten aanzien van de inspectienorm van 10% van de bedrijven.¹⁸ Veel van de details, waaronder die inspectienorm van 10%, zijn inderdaad gesneuveld in de onderhandelingen.

Of het bestraffen van werkgevers daadwerkelijk een effectief instrument is in de strijd tegen illegale tewerkstelling is door de Europese Commissie niet onderzocht. In de literatuur over *employer sanctions* is zelfs aangevoerd dat ze contra productief zijn vanuit het perspectief van de migrantenrechten: malafide werkgevers worden alleen maar aangezet tot verder misbruik van de illegaal verblijvende derdelanders.¹⁹ Ook in het rapport over Nederland voor het Clandestino-project is opgemerkt dat onderzoek nog moet aantonen wat de effectiviteit eigenlijk is van werkgeverssancties als instrument in de strijd tegen illegale migratie.²⁰ Zulk onderzoek naar effectiviteit en eventuele neveneffecten is echter niet afgewacht, de richtlijn is inmiddels een feit.

Reikwijdte

De centrale verbodsbepaling van de richtlijn (artikel 3) luidt: 'de lidstaten verbieden de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen'. Wanneer sprake is van illegaal verblijf, is aan het oor-

- 1 We danken Adrienne de Moor - van Vugt, Jan Herman Reestman en Ben Olivier voor hun opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel.
- 2 TK 2008/09, 17 050, nr. 385, p. 4.
- 3 Op 16 mei 2009 door de Europese Commissie aangenomen, *Pbl.* 30 juni 2009, L-168.
- 4 TK 2008/09, 32 144, nr. 1, p. 2, ve09001314.
- 5 TK 2008/09, 32 052, nr. 4, ve09001270.
- 6 Titel IV van het EG-verdrag. Artikel art 63 EG, derde lid onder b EG-verdrag.
- 7 COM (2006), 402. Zie ook het Haagse Programma, COM(2005)184, waarin gesproken werd van een evenwichtige aanpak van het migratiebeleid, die zowel legale als illegale migratie omvat, p. 9.
- 8 Beleidsplan legale migratie COM (2005) 669 resulteerde onlangs in de richtlijn 2009/50/EG (*toegang en verblijf hooggekwalificeerden*), *Publ.* 2009 L-155. Over het voorstel voor een richtlijn over een eenvoudige toelatingsprocedure voor arbeidsmigrantten wordt nog onderhandeld, COM (2007) 638. Voor 2009 zijn nog twee richtlijnen over de toelating van derdelanders toegezegd, te weten over seizoensarbeid en concernoverplaatsingen. Een richtlijn over betaalde praktikanen is op de lange baan geschoven (informatie SZW).
- 9 Haagse Programma, COM(2005)184, p. 9 en Raadsdoc. 13440/08 (Migratie en asielpact). Zie ook S. Voglrieder, 'Die Sanctionsrichtlinie: ein weiterer Schritt auf dem Weg zu einer umfassenden Migrationspolitik der EU', *ZAR* 5/6/2009, p. 168-178.
- 10 *Pbl.* 2008, L-348.
- 11 COM (2005), 390 (Mededeling Migratie en Ontwikkeling).
- 12 SEC (2007) 603 (Impact Assessment).
- 13 SEC (2007) 604 (Werkdocument).
- 14 COM (2007) 249, Voorstel voor een richtlijn tot vaststelling van sancties voor werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen (de tussenvoeging: van *minimumnormen* is van later datum).
- 15 TK 2006/07, 22 112, nr. 550.
- 16 Zie over die boetepraktijk M. Tjebbes, 'De kruistocht tegen werkgevers van illegalen. De boete bij overtreding van de Wet arbeid vreemdelingen', *Migrantenrecht* 2008 nr. 8, p. 274-286, ve08001940.
- 17 Bundesrat 6 juli 2007, Drucksache 364/07.
- 18 Handelingen van de Franse Senat, Justice et affaires intérieures, 17 juli 2007 (Texte E 3534), www.senat.fr.
- 19 LeVoy en Craenen, 'Undocumented Migrants in the Workplace: A rights-Based Approach' in *Migration - Integration - Diversity*, 2007; Migrants' Rights Network (MRN), 'Papers Plea-se', in *Migration Perspective Series*, 2009; Peter B. Brownell 'Sanctions for Whom? The Immigration Reform and Control Act's "Employer Sanctions" and the wage of Mexican Immigrants', Berkely 2009. Voor die opvatting zie ook: Gemeenschappelijk commentaar van ENAR / PICUM / SOLIDAR *Employers' Sanctions Directive: Will migrant workers pay the price of their exploitation?* Brussels 15 April 2008 (www.picum.org)
- 20 Van der Leun and Ilies, 'Undocumented migration. Counting the Uncountable. Country report

deel van de lidstaten overgelaten (artikel 2 onder b). Onderdanen van derde landen (hierna: derdelanders) zijn personen die niet de nationaliteit van een EU-lidstaat hebben en personen die niet vallen onder het gemeenschapsrecht inzake vrij verkeer als bepaald in artikel 2 lid 5 van de Schengengrenscode (artikel 2 onder a). In de Schengengrenscode worden de gezinsleden van de unieburger die zijn recht van vrij verkeer uitoefent genoemd en derdelanders uit Noorwegen, Liechtenstein, IJsland (EER-landen), Zwitserland en hun familieleden, ongeacht hun nationaliteit. In overweging (5) van de preambule is ook nog vermeld dat de richtlijn niet van toepassing is op derdelanders met legaal verblijf in de ene lidstaat die door een dienstverrichter in het kader van de dienstverrichting in een andere lidstaat zijn gedetacheerd. Verder heeft de richtlijn geen betrekking op Unieburgers die nog zijn uitgesloten van vrij verkeer van werknemers (Bulgaren en Roemenen).

hebben geregeld op dit terrein.

4 Gevolgen voor werkgevers

Hierna bespreken wij eerst wie eigenlijk werkgever is in de zin van deze richtlijn (artikel 2, definities), welke verplichtingen op de werkgever rusten (artikel 4) en wat er geregeld is ten aanzien van ketenaansprakelijkheid bij onderaanneming (artikel 8). Ook de bepalingen die wij bespreken bij de gevolgen voor de overheid en werknemers, behelzen gevolgen voor de werkgevers omdat de werkgever nu eenmaal de normadressaat is van het sanctiestelsel dat in deze richtlijn is ontworpen.

4.1 Werkgever in de zin van richtlijn 2009/52

De definitie van 'werkgever' is in de loop van de totstandkoming van de richtlijn regelmatig aangepast. In het ontwerp was de werkgever gedefinieerd als: *'een natuurlijk of rechtspersoon*

ver. In aanvulling daarop is later weer, bij amendement van het Europees Parlement van 4 februari 2009, in overweging (7) toegevoegd dat de definitie van tewerkstelling activiteiten omvat die worden of behoren te worden bezoldigd. Behoort de helpende hand van een familielid te worden bezoldigd? Welke arbeid beloofd moet worden en welke niet, is dusdanig normatief en cultureel bepaald dat dit ruimte laat voor zeer verschillende nationale handhavingspraktijken.

De definitiebepalingen zijn voor de 'specifieke doeleinden' van deze richtlijn opgesteld, aldus artikel 2, aanhef van de richtlijn. Dat was op het uitdrukkelijke verzoek van Nederland en Estland.²³ Wat in deze richtlijn onder 'werkgever' of 'illegale tewerkstelling' wordt verstaan, hoeft dus niets te zeggen over de betekenis van die termen elders. Wat elders onder 'werkgever' wordt verstaan, is irrelevant voor deze richtlijn. In Nederland zijn we inmiddels wel gewend te werken met verschillende definities van het begrip werkgever.²⁴ Het lijkt er op dat deze praktijk naar de EU is geëxporteerd. Toch vragen wij ons af of de vraag wanneer sprake is van een 'werkgever' niet typisch een punt is waar behoefte bestaat aan eenheid in het gemeenschapsrecht en waar het HvJEG zich ooit mogelijk over gaat uitlaten.²⁵ In zijn jurisprudentie over het begrip 'werknemer' in de zin van artikel 39 EG-verdrag bijvoorbeeld, oordeelde het Hof dat een unieburger werknemer is als hij voor een bepaalde tijd onder iemands gezag en tegen betaling werkzaamheden verricht.²⁶ Zonder gezag of beloning dus geen werknemerschap en ook geen werkgeverschap.²⁷ Het zou ons niet verbazen als het Hof de invulling van dit begrip gaat bepalen en daarbij geen ruimte zal laten voor afwijkende definities al naar gelang het rechtsgebied, onderhandelingsresultaten of nationaal ontwikkelde afwijkende definities.

4.2 Informatie- en notificatieplichten

Artikel 4 van de richtlijn voorziet in een informatie- en notificatieplicht. De bepaling heeft in de loop van het wetgevingsproces weinig wezenlijke veranderingen ondergaan. Werkgevers moeten worden verplicht om van derdelanders te verlangen dat zij voorafgaande aan de te verrichten werkzaamheden een geldige verblijfsvergunning of ander verblijfsdocument laten zien (lid 1 onder a). Van dat document dient de werkgever

'Of het bestraffen van werkgevers daadwerkelijk een effectief instrument is in de strijd tegen illegale tewerkstelling is door de Europese Commissie niet onderzocht.'

De richtlijn heeft ook geen betrekking op *legaal* verblijvende derdelanders die eventueel illegaal tewerkgesteld worden. Te denken valt aan een Chinese student die zonder tewerkstellingsvergunning werkt, of met vergunning, maar meer dan de toegestane tien uur per week. Het ligt ons inziens voor de hand om de implementatie van de richtlijn zo vorm te geven dat de hierin neergelegde regels ook gaan gelden voor (werkgevers van) legaal verblijvende derdelanders. Als dat niet gebeurt ontstaan in Nederland verschillende handhavingsregimes, wat rechtsonzekerheid tot gevolg zal hebben.

Het betreft hier minimumharmonisatie. De richtlijn voorziet in minimumnormen en de lidstaten mogen strengere sancties en maatregelen vaststellen of behouden en werkgevers strengere verplichtingen opleggen, aldus overweging (4) van de preambule. Dat doet vermoeden dat de richtlijn niet veel harmonisatie teweeg zal brengen en de lidstaten zoveel mogelijk hun bestaande regimes in stand zullen laten. De richtlijn heeft vooral betekenis voor de landen die, anders dan Nederland, nog niet zoveel

*voor wie en onder wiens leiding een onderdaan van een derde land betaalde arbeid verricht'. In een latere versie werd gerept van 'activiteiten die worden of behoren te worden bezoldigd onder toepasselijk nationaal recht'.²¹ Naar aanleiding daarvan vroeg de Nederlandse vertegenwoordiging of het mogelijk zou blijven op nationaal niveau een nog ruimere definitie te hanteren. Het zal de Nederlandse vertegenwoordiging dan ook hebben verheugd dat in de definitieve versie de voorwaarde dat er een band moet zijn met betaalde arbeid is komen te vervallen. Dat past goed bij de ruime en feitelijke uitleg van het werkgeversbegrip in de zin van de Wv, zoals wij die in Nederland kennen.²² De uiteindelijke definitie van 'werkgever' in artikel 2, onder e, van de richtlijn luidt: *'een natuurlijk persoon of een rechtspersoon, uitzonderingen daaronder begrepen, voor of onder wiens leiding en/of toezicht de tewerkstelling plaatsvindt'*. Wat onder 'tewerkstelling' moet worden verstaan is ook gedefinieerd, daarbij gaat het om het verrichten van activiteiten in welke vorm van arbeid dan ook, voor of onder leiding en/of toezicht van een werkge-*

voor de duur van de werkzaamheden een afschrift beschikbaar te houden voor controles (lid 1 onder b). De verplichting om de nationale autoriteiten binnen één week na aanvang én na beëindiging van de werkzaamheden, daarvan in kennis te stellen, is uit de tekst verdwenen. Daartegen bestonden ernstige bezwaren, onder meer van Nederlandse zijde. Wel is de werkgever verplicht binnen een door de nationale autoriteiten vast te stellen termijn de werkzaamheden te notificeren (lid 1 onder c). Voor werkzaamheden die in de privésfeer ten behoeve van natuurlijke personen worden verricht (denk aan huishoudelijk werk), kan een vereenvoudigde notificatieregeling worden ingevoerd en derdelanders met een verblijfsvergunning als EG-langdurig ingezetene kan worden afgezien van de notificatieplicht (lid 2). Werkgevers die aan deze controle- en notificatieverplichtingen hebben voldaan, mogen, indien blijkt dat het hun getoonde verblijfsdocument een vervalsing is, niet aansprakelijk worden gesteld voor overtreding van het verbod op illegale tewerkstelling, tenzij zij wisten dat het een vervalsing betrof (lid 3). De verplichtingen gelden ook voor derdelanders die in het kader van grensoverschrijdende detachering van werknemers tijdelijk tewerk worden gesteld. In dat geval dient de dienstverrichtende werkgever te controleren of de werknemer/derdelander die hij wil rekruteren om te worden gedetacheerd voor het verrichten van tijdelijk werk in een andere lidstaat, beschikt over een geldige verblijfsvergunning in het land van vestiging (overweging 9). Zo'n verplichting bestaat dus niet voor de inlenende 'werkgever' in het werkland, bij wie de arbeid feitelijk wordt verricht. Daarover hieronder meer.

Aangenomen moet worden dat deze preventieve maatregelen vooral gericht zijn op het bestrijden van zwart werk en 'quasi-legale' tewerkstelling, zoals dat in een aantal lidstaten mogelijk is waar illegaal verblijvende derdelanders op de loonlijst kunnen worden geplaatst en aangemeld voor de sociale verzekering en de loonbelasting.²⁸ Nederland had in het algemeen bezwaren tegen deze regeling. Dit soort informatie- en notificatiemaatregelen betekenen een ernstige lastenverzwaring voor werkgevers, terwijl het nuttig effect ervan erg gering is. Nederland wees er op dat deze verplichting ook geldt voor derdelanders die al lang vrij zijn op de arbeidsmarkt.²⁹ De regeling zou op dit punt ook niet in de geest zijn van artikel 11 van de richtlijn 2003/109/EG.³⁰ Dat laatste heeft geleid tot de uitzondering in het tweede lid voor langdurig ingezetenen; ten aanzien van andere derdelanders moet nog steeds worden genotificeerd. Dat moet ook als zij vrij zijn op

de arbeidsmarkt en zelfs als zij een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd hebben. Dat zou, zoals de Nederlandse regering ons inziens terecht vreesde, er wel eens toe kunnen leiden dat werkgevers die geen zin hebben in extra administratieve rompslomp, voorrang geven aan andere werknemers.

Aan de andere kant heeft Nederland ernstig bezwaar gemaakt tegen de lage eisen die volgens het Commissievoorstel³¹ dienden te worden gesteld aan de verantwoordelijkheid van werkgevers voor het gebruik van valse documenten. *The burden on employers should be limited to checking that the document is not manifestly incorrect...* aldus de preambule bij het commissievoorstel onder (5). Op dit punt behoedde Nederland de werkgevers dus juist niet voor meer administratieve lasten. Het voorstel is niet aangepast in de door de Nederlandse regering gewenste zin. De richtlijn verlangt zelfs dat werkgevers *op de hoogte* waren, en dus *wisten*, dat het door de werknemer overgelegde document vals was of dat daarvan onrechtmatig gebruik werd gemaakt.

De in dit artikel opgenomen verplichtingen hebben voor Nederland een geringe meerwaarde, en vormen in feite slechts een extra belasting voor overheid en werkgevers. De verplichting van werkgevers om ID- en verblijfsdocumenten te controleren bestaat reeds,³² en wat de Commissie beoogde met de ook in het oorspronkelijke voorstel al opgenomen notificatieplicht, was voor Nederland niet duidelijk.³³ Daarnaast geldt ingevolge artikel 15 Wav een doorzendplicht van een kopie van het identiteitsbewijs van de vreemdeling voor de werkgever die de vreemdeling feitelijk bij een andere werkgever arbeid laat verrichten. Die tweede werkgever, de 'inlener', is op zijn beurt gehouden de identiteit van de werknemer vast te stellen aan de hand van het hem ter beschikking gestelde verblijfsdocument.

Op twee punten menen wij dat artikel 4 van de richtlijn mogelijk wel – voor de werkgever positieve – gevolgen kan hebben. Ten eerste worden in Nederland strenge eisen gesteld aan de door de werkgever in acht te nemen zorgvuldigheid bij het vaststellen van de identiteit van de werknemers en hun verblijfsrecht.³⁴ De vraag is gewettigd of die eisen niet moeten worden bijgesteld ten aanzien van de controle door werkgevers van door derdelanders getoonde verblijfsdocumenten.³⁵ En als dat zo is, zal men vanzelfsprekend bezwaarlijk andere, strengere criteria kunnen hanteren ten aanzien van vreemdelingen waarop de richtlijn niet van toepassing is. Ten tweede pleegt men in Nederland bij de grensoverschrijdende detachering van werknemers aan te nemen dat de in artikel 15 Wav omschreven verplichtingen ook gelden voor de Nederlandse

- The Netherlands', *Clandestino*, 2008. Zie ook T. de Lange, 'Employer sanctions. An instrument of migration control?' in: *The Future of Migration Control*, J. Doomernik (red.), nog te verschijnen.
- 21 COD (2007) 0094/07, (Outcome of Proceedings).
- 22 Zie daarover A.P. Klap & T. de Lange, Marktordening via het werkgeversbegrip van de Wet arbeid vreemdelingen, *SMA*, 2008 nr. 10, p. 390-395.
- 23 COD (2007) 0094/07, (Outcome of Proceedings).
- 24 Zie A.P. Klap & T. de Lange (2008).
- 25 Zie bijv. over een vergelijkbaar definitieprobleem, D. van Dam, 'Openbare-orde voorbehouden in het vrij verkeer van personen', in: *Migrantenrecht*, 2009, nr. 5, p. 180-185, ve09000793.
- 26 HvJEG 2005, C-151/04 en C-152/04, *Nadin Durré*; HvJEG 1986, C-66/85, *Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg*.
- 27 Zie over het begrip 'werknemer' in het gemeenschapsrecht: C. O'Brien, 'Social blind spots and monocular policy making: the ECJ's migrant worker model', in: *CMLR* 46(4), 2009, p. 1107-1141.
- 28 *Voglieder* (2009), p. 168.
- 29 Dit zijn de derdelanders met een arbeidsmarktaantekening 'arbeid vrij' als bedoeld in artikel 4 Wav waarvoor de werkgever dus geen tewerkstellingsvergunning (meer) nodig heeft.
- 30 EK 2008/09, 23 490 EH, p. 4.
- 31 COM (2007) 249 artikel 4 en 5 – in de slotversie is art. 5 geïncorporeerd in het derde lid van art. 4.
- 32 De verplichting voor werkgevers om de identiteit van hun werknemers vast te stellen berust op de Wet op de Identificatieplicht (WID), de Organisatiewet sociale verzekeringen / de Suwi en de Wet op de loonbelasting 1964. Voor vreemdelingen is het document aan de hand waarvan hun identiteit wordt vastgesteld, een verblijfsvergunning, Art. 1, eerste lid, aanhef en 2° WID juncto art. 9 Wv.
- 33 TK 2006/07, 22 112 nr. 550, p. 6.
- 34 Zie bijv. ABRvS 27 mei 2009 nr. 200807288/1, *JV* 2009/294 nt MT, ve09000745.
- 35 Zie over de beperking van verplichtingen tot controle van contractspartners A.J.C. De Moor- van Vugt, 'Effectieve doorwerking van het gemeenschapsrecht in het kader van de rechtmatige besteding van EG-gelden', in: T. Barkhuysen e.a., *Europees recht effectueren*, Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht, Kluwer: Alphen aan den Rijn 2007, p. 143-168.

opdrachtgever, ofschoon deze in strikte zin geen 'werkgever' is van de gedetacheerde werknemers. De richtlijn lijkt zo'n benadering uit te sluiten wanneer de gedetacheerde werknemer een derdelander is. In dat geval rust de verplichtingen van artikel 4 uitsluitend op de dienstverrichter. Om te controleren of dergelijke gedetacheerde derdelanders in het land waar hun werkgever gevestigd is, legaal tewerk zijn gesteld, zal de Arbeidsinspectie gebruik kunnen maken van het systeem van informatie-uitwisseling tussen de lidstaten van de Detacheringsrichtlijn 96/71/EG.³⁶

4.3 Ketenaansprakelijkheid bij onderaanneming

Artikel 8 van de richtlijn is een merkwaardige amalgaam van verschillende opvattingen over de omvang en reikwijdte van ketenaansprakelijkheid van aannemers. Het artikel bevat een bijzondere regeling die in de praktijk vooral voor de bouw zal gelden, waar doorgaans meerdere aannemers in een bepaalde hiërarchische verhouding tot elkaar actief zijn. Het oorspronkelijke Commissievoorstel hield een onbeperkte risicoaansprakelijkheidsregeling in voor (onder)aannemers.³⁷ Het voorstel voorzorg in hoofdelijke aansprakelijkheid van de hoofdaannemer en iedere

beboet mogelijk te maken. 'In de plaats van' duidt op hoofdelijke aansprakelijkheid, dus de situatie waarin de betalingsverplichting van de werkgever vervalt, zodra de aannemer van wie hij onderaannemer is heeft betaald. Dit geldt niet alleen de in artikel 5 van de richtlijn omschreven financiële sancties (bestuurlijke boete inclusief de kosten van verwijdering van de illegale vreemdeling), maar ook de navordering van het loon dat aan de illegale werknemer verschuldigd is (artikel 8, eerste lid onder a en b).

De hoofdaannemer, en andere aannemers die geen rechtstreekse contractuele verhouding hebben met de onderaannemer die illegale derdelanders heeft laten werken, zullen alleen dan aansprakelijk zijn, als zij daarvan op de hoogte waren (artikel 8 lid 2). Ook hier zijn de hoofdaannemer en de onderaannemers 'naast of in de plaats van' de werkgever van de illegale derdelanders, gehouden tot nabetaling van achterstallig loon. Dit betekent dat achterstallig loon bij de werkgever en aannemers in de keten kan worden gevorderd. Het lijkt ons onwaarschijnlijk dat alle aannemers verplicht kunnen worden het loon te voldoen. Zodra één van hen de loonvordering voldoet, zal de grondslag aan de vordering jegens de anderen verval-

baarheid van de controles bij onderaannemers, in twijfel werd getrokken.⁴¹ Verder hebben verschillende lidstaten bezwaar gemaakt tegen de voorgestelde ketenaansprakelijkheid, vooral omdat die voorziet in de verplichting van de medeverantwoordelijke (onder- of hoofd-)aannemer om achterstallig loon na te betalen. Deze lidstaten vonden dat bezwaarlijk omdat hun nationale recht een - civielrechtelijke - loonvordering op anderen dan de formele werkgever niet kent.⁴² Ook werd de bevoordeling van een illegale derdelander ten opzichte van andere werknemers met loonvorderingen bekritiseerd. Van Nederlandse en Zweedse zijde is daarnaast nog bezwaar gemaakt tegen het feit dat in de oorspronkelijke tekst geen enkel voorbehoud was gemaakt voor het ontbreken van verwijtbaarheid bij een aansprakelijk te houden aannemer uit de keten.⁴³

De kwestie van de medeaansprakelijkheid van onderaannemer(s) is onderwerp van veel discussie geweest in het wetgevingsproces. De Raad en een deel van het parlement wilden de kwestie van de onderaanneming het liefste buiten de richtlijn houden. De uiteindelijk in artikel 8 opgenomen regeling is het resultaat van een compromis en draagt daarvan de sporen.⁴⁴ In de ontwerpwetgevingsresolutie van het EP was het onderaannemingsartikel op drie punten geamendeerd. Aan de oorspronkelijke tekst is toegevoegd dat de aannemer die zijn bij het nationale recht voorgeschreven 'due diligence'-verplichtingen was nagekomen, niet aansprakelijk kon worden gesteld voor de gevolgen van illegale tewerkstelling door een andere aannemer, en voorts dat de lidstaten in hun nationale wetgeving striktere regels voor de aansprakelijkheid konden vaststellen (de huidige leden 3 en 4 van artikel 8). Daarmee is het voorstel op het punt van de ketenaansprakelijkheid wel heel erg afgezwakt.

Het is de vraag of deze bepaling voor Nederland ingrijpende gevolgen zal hebben. Naar aanleiding van het commissievoorstel verzuchtte minister Donner dat het ontworpen artikel in de richtlijn 'helemaal niet past bij het brede werkgeversbegrip van de Wav', waarin alle aannemers in een keten als beboetbaar werkgever worden aangemerkt.⁴⁵ Dat was juist, maar het lijkt erop dat Nederland deze bepaling zo zal interpreteren dat de bestaande benadering van de werkgeversaansprakelijkheid niet hoeft te worden verlaten. Het vierde lid, waarin staat dat de lidstaten striktere aan-

'Dat zou, zoals de Nederlandse regering ons inziens terecht vreesde, er wel eens toe kunnen leiden dat werkgevers die geen zin hebben in extra administratieve rompslomp, voorrang geven aan andere werknemers.'

intermediaire aannemer voor de aan de werkgever opgelegde sancties en verplichte nabetalingen die de werkgever niet voldoet.³⁸ In de definitieve versie van artikel 8 wordt de mogelijkheid opengehouden om sancties te treffen tegen zowel de werkgever als de andere aannemers, onafhankelijk van elkaar. Het eerste lid van artikel 8 voorziet erin dat, in de keten van de bij een bepaald project betrokken aannemers, de medeverantwoordelijkheid voor tewerkstelling van illegalen slechts betrekking heeft op één schakel. Niet alleen de onderaannemer die als werkgever illegale derdelanders in dienst heeft, dient te worden gestraft, ook de aannemer van wie hij rechtstreeks onderaannemer is 'kan naast of in plaats van de werkgever tot betaling worden gehouden'.³⁹ Met 'naast' is beoogd het Nederlandse systeem, waarin alle aannemers in een keten afzonderlijk kunnen worden

len.⁴⁰ De opdrachtgever wordt overigens niet genoemd in artikel 8, zodat aan hem hoe dan ook geen boete kan worden opgelegd wegens de aanwezigheid van illegale werknemers bij de uitvoering van een in zijn opdracht gerealiseerd project.

Volgens het derde lid geldt voor alle gevallen dat 'een aannemer die gepaste zorgvuldigheid heeft betracht overeenkomstig het nationale recht' niet aansprakelijk kan worden gehouden en dus niet kan worden beboet. Ten slotte bepaalt het vierde lid van artikel 8 dat het de lidstaten vrijstaat om in hun nationale wetgeving 'striktere aansprakelijkheidsregels' op te nemen.

Het oorspronkelijke voorstel werd begroet met heftige kritiek van werkgever, die de gevolgen voor aannemers onevenredig zwaar en willekeurig vonden, ook omdat de praktische uitvoer-

sprakelijkheidsregels mogen vastleggen, maakt dat waarschijnlijk wel de mogelijkheid. Met een beroep op die bepaling kan Nederland artikel 8 lid 2 omzeilen, voor zover het de aansprakelijkheid beperkt tot aannemers die weet hebben van de illegale tewerkstelling. Nederland benadeelt hiermee wel de concurrentiepositie van het nationale bedrijfsleven, door de huidige, veel verder strekkende ketenaansprakelijkheid te behouden. Als het vierde lid inderdaad deze mogelijkheid biedt, zijn de eerste drie leden van artikel 8 voor Nederland overbodig. Kennelijk zijn die bepalingen vooral gericht op de lidstaten die nog geen ketenaansprakelijkheid hebben geregeld. Als deze interpretatie juist is, moet de conclusie zijn dat dergelijke minimumharmonisatie geen gelijk speelveld zal creëren en evenmin concurrentievervalsing tussen de lidstaten zal voorkomen.

5 Gevolgen voor de overheid

Hierna bespreken wij de sancties die de richtlijn voorschrijft. Op het punt van het rechtskarakter van de sancties (bestuurs- of strafrechtelijk) brengt de richtlijn mogelijk wel enige harmonisatie. De hoogte van boetes en de wijze van handhaving vallen echter buiten de bevoegdheid van de gemeenschap.⁴⁶

5.1 Bestuursrechtelijke handhaving

Artikel 5 van de richtlijn verplicht lidstaten om doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties op te leggen bij overtreding van artikel 3 van de richtlijn. Tot die sancties behoren in ieder geval:

- a financiële sancties waarvan het bedrag stijgt naargelang het aantal illegaal tewerkgestelde onderdanen van derde landen hoger is, en
- b betaling van de terugkeerkosten van illegaal tewerkgestelde onderdanen van derde landen wanneer terugkeerprocedures worden toegepast. In plaats daarvan kunnen de lidstaten besluiten minstens de gemiddelde terugkeerkosten onderdeel uit te laten maken van de financiële sancties als bedoeld in onder a).⁴⁷

Nederland voldoet in ieder geval aan de eis dat de hoogte van de bestuurlijke boete stijgt naargelang het aantal aangetroffen vreemdelingen omdat voor elke vreemdeling een boete wordt opgelegd. In het eerste conceptvoorstel van de richtlijn was het verhalen van de terugkeerkosten op de werkgevers verplicht. Nederland heeft samen met Zweden voorgesteld om dit kostenverhaal optioneel te maken.⁴⁸ Nederland had in 2001 al onderzocht hoe het verhalen van de kosten van terugkeer vormgegeven zou kunnen worden.⁴⁹ Maar daaraan zouden teveel

uitvoeringstechnische en juridische bezwaren kleven. De regering heeft daarom toen besloten te volstaan met hoge bestuurlijke boetes, wat leidde tot de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen.⁵⁰ In de richtlijn hebben de Nederlandse bezwaren uiteindelijk geresulteerd in een compromis: in plaats van het verhalen van de reële terugkeerkosten, kan worden volstaan met het opnemen van de gemiddelde terugkeerkosten in de bestuurlijke boete. Destijds heeft de Tweede Kamer de hoogte van de boete vastgesteld op €8.000 per illegaal tewerkgestelde vreemdeling voor rechtspersonen en op €4.000 voor natuurlijke personen.⁵¹ De hoogte is bepaald door de wens afschrikwekkende boetes vast te stellen; de gemiddelde kosten van uitzetting zijn in de motivering van de hoogte van de boete niet duidelijk terug te vinden. Dat moet volgens de richtlijn wel. De vraag is of deze kosten naar herkomstland moeten worden gespecificeerd. De boete voor de tewerkstelling van een derdelander uit bijvoorbeeld China zou dan hoger zijn dan de boete voor een vreemdeling uit Turkije. De vraag is ook of er gematigd moet worden als er niet wordt uitgezet? Artikel 5 van de richtlijn verlangt dat de sancties *evenredig* zijn. Het is verdedigbaar dat deze evenredigheidseis betekent dat een boete wordt gematigd als voor de vreemdeling geen uitzettingskosten worden gemaakt. Als de uitzetkosten los van een boete worden verhaald, is dat ons inziens geen boete en dus geen punitieve sanctie, maar een herstelsanctie. Die kwalificatie betekent dat dit kostenverhaal niet onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM valt en de rechter een marginale toets verricht.

5.2 Uitsluiting van rechten

Artikel 7 voorziet in de verplichting voor de lidstaten om 'zo nodig' werkgevers a) voor ten hoogste vijf jaar werkgevers uit te sluiten van het recht op bepaalde of alle overheidsuitkeringen, steun of subsidies of b) uit te sluiten van deelname aan overheidsopdrachten, overheidsuitkeringen. Ook kunnen c) bepaalde of alle steun of subsidies die zijn toegekend in de twaalf maanden voorafgaand aan de vaststelling van de illegale tewerkstelling teruggevorderd worden en moet het mogelijk zijn d) (tijdelijk) de overtredende bedrijfsvestigingen te sluiten of (tijdelijk) vergunningen in te trekken. Op grond van Algemeen Plaatselijke Verordeningen kunnen Nederlandse gemeentes al overgaan tot bedrijfssluitingen bij overtreding van de Wav. Hiertoe kunnen zij exploitatie- of horecaverunningen tijdelijk in te trekken.⁵²

Nederland had vooral bezwaar tegen deze bepaling omdat het niet mogelijk zou zijn binnen de gegeven implementatietermijn

- 36 Artikel 4 richtlijn 96/71/EG, zie ook preambule (32).
- 37 COM (2007) 249, art. 9.
- 38 Art. 9, tweede lid, richtlijnvoorstel.
- 39 Artikel 8, eerste lid richtlijn.
- 40 Zie ook Resolutie van het EP van 26.03.2009 (2008/2249/INI) 'over de sociale verantwoordelijkheid van onderaannemers in de productieketens' waarin aangedrongen wordt op hoofdelijke aansprakelijkheid van onderaannemers.
- 41 Business Europe, Position Paper on Commission Proposal for a Directive on Sanctions against Employers (etc) 25.10.2007 – punt 37 – 38 'Subcontracting' (www.bussinesseurope.eu); European Builders Confederation EBC – Press Release 4 nov. 2008 (www.ebucuilders.org); Duitse overkoepelende werkgeversorganisatie BDA, *Geschäftsbericht* 2008, p. 132 en *Halbjahresbericht* 2009 p. 111 (www.dba-online.de); VNO-NCW heeft zich voor zover ons bekend niet uitgesproken over de consequenties van de richtlijn 2009/52/EG voor werkgevers – behalve dan via de overkoepelende Europese organisatie BusinessEurope.
- 42 TK 2006/07, 22 112, nr. 550 p. 6; Zie ook AK (Austrian Federal Chamber of Labour) *Position Paper* October 2007 – p. 6.
- 43 EK 2008/09, 23 490, EH, p. 2-3.
- 44 Aldus rapporteur Claudio Fava ter inleiding van het debat in het EP over de richtlijn op 3 febr. 2009 www.europarl.europa.eu - zie ook: <http://europaport.eerstekamer.nl/> dossier nr. 2.2.34.
- 45 EK 2008/09 23 490, EH, p. 2-3.
- 46 Zie ook Voglrieder 2009, p. 173-174; Council-note 9.10.2007 12776/2/07
- 47 Art. 5 lid 2.
- 48 COD (2008), 11366/08/08, pag. 7.
- 49 TK 1999/00, 27 022, nr. 8. Advies Uitvoering Motie Dittrich, IND, 31 oktober 2001, bijlage bij TK 2003/04, 29 523, nr. 6, ve04001000.
- 50 TK 2008/09, 23 490, nr. 535, ve04001249.
- 51 TK 2003/04, 29 523, nr. 14, Motie Weekers
- 52 Zie bijv. ABRS 1 augustus 2007, 200608812/1, LJN:BB0791; ABRS 14 februari 2007, 200604486/1, LJN:AZ8487.
- 53 TK 2006/07, 22 112, nr. 550.
- 54 COD (2008), 11366/08, pag. 9.
- 55 TK 2009/10, 32 144, nr. 1, pag. 2.
- 56 COD (2008), 11366/08, pag. 13.
- 57 D.R. Doorenbos, *Naming & Shaming*, Kluwer, Deverter, 2007, pag. 57.
- 58 F.C.M.A. Michiels, 'Naming and shaming' in het markttoezicht', in: *NTB* 2007, nr. 3, p. 86.
- 59 D.R. Doorenbos, 'Schandpaal en onschuldpresumtie', in: *NJB* 21 november 2003, afl. 42, pag. 2190 e.v.
- 60 De Voedsel en Waren Autoriteit gebruikt Art. 8, eerste lid WOB als grondslag, Michiels 2007, p. 85. Zie ook ABRvS 31 mei 2006, *JB* 2006/218, nt M.O.-V. De AFM en DNB bijvoorbeeld, publiceren sanctiebesluiten op grond van specifieke bepalingen in afdeling 1.5.2. van de Wft. Zie hierover ook E. Daalder en E. Pietermaat, *Actieve openbaarmaking van besluiten*, www.pelsrijcken.nl/pdf/nieuws/actieve_opebaarmaking_besluiten.pdf, pag. 11.
- 61 HvJEG 13 september 2005, *AB* 2005, 435, nt De Moor – Van Vugt

van twee jaar het hoofdstuk over subsidies in de Awb en de aanbestedingswetgeving aan te passen.⁵³ Bij de behandeling van de richtlijn zijn dan ook bedenkingen geuit bij sub a en c van dit artikel, maar dat leidde niet tot aanpassingen.⁵⁴ Deze sancties zullen in het implementatieplan dat het kabinet heeft toegezegd voor dit najaar aandacht moeten krijgen, maar of Nederland het ooit 'nodig' zal achten de sancties in te zetten, is zeer de vraag.⁵⁵

5.3 Naming and shaming

Op grond van artikel 12 van de richtlijn kunnen lidstaten een lijst openbaar maken van rechtspersonen die strafrechtelijk aansprakelijk zijn gesteld voor overtreding van art. 3 van de richtlijn. Dit artikel roept geen verplichting in het leven en Nederland heeft voorgesteld dit onderdeel uit de richtlijn te schrappen.⁵⁶ Dit doet vermoeden dat Nederland dit artikel niet zal implementeren.

Openbaarmaking van gegevens van overtreders ('naming and shaming') is een steeds vaker voorkomend onderdeel van de bestuurlijke handhaving.⁵⁷ Het wordt beschouwd als een punitieve sanctie waarvoor een wettelijke grondslag is vereist.⁵⁸ Rekening houdend met de onschuldpresumptie uit art. 6 lid 2 EVRM zal de lijst pas openbaar gemaakt kunnen worden als de rechter zich over de vervolging heeft uitgesproken.⁵⁹ Zou Nederland dit instrument toch willen inzetten, dan ligt het voor de hand dat het OM of de Arbeidsinspectie zo'n lijst gaat bijhouden. Daarvoor is dan een wettelijke grondslag nodig in de Wav of de grondslag kan worden gevonden in art. 8 Wet openbaarheid bestuur.⁶⁰

5.4 Strafrechtelijke sancties en handhaving

Hierna bespreken we de strafrechtelijke sancties die de richtlijn voorschrijft (par. 5.4.1.), de discussie over de methode van handhaving (par. 5.4.2.) en tot slot de verschillende mogelijkheden voor implementatie voor Nederland (par. 5.4.3.)

5.4.1 Strafrechtelijke sancties

De bevoegdheid om per richtlijn het gebruik van strafrecht voor te schrijven is omstreden. Uit het EG-verdrag vloeit voort dat het straf(proces)recht in beginsel niet tot de bevoegdheid van de EG behoort. Maar in het milieurecht kan het belang van milieubescherming zo zwaarwegend zijn dat het Hof van Justitie het voorschrijven van strafrecht toch toestaat⁶¹ zolang het voorschrift geen

betrekking heeft op de hoogte van de sancties.⁶² Het moet dan gaan om onontbeerlijke maatregelen die noodzakelijk zijn voor de volledige doeltreffendheid van de door de EG vastgestelde normen.⁶³ In de preambule bij richtlijn 2009/52 staat dat bestuurlijke sancties 'waarschijnlijk onvoldoende zijn om bepaalde gewetenloze werkgevers af te schrikken'.⁶⁴ Dit vindt de commissie kennelijk een voldoende zwaar belang ter rechtvaardiging van de voorgeschreven strafrechtelijke sancties. Naast tenminste veertien lidstaten (Nederland niet) uitten onder andere het Voorzitterschap bedenkingen bij het opnemen van strafrechtelijk sancties.⁶⁵ Deze bedenkingen golden zowel de juridische basis als de proportionaliteit van de strafrechtelijke sancties,⁶⁶ maar hebben niet geleid tot het schrappen van de desbetreffende artikelen. Het primaire standpunt van Nederland is dat de keuze tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving in het algemeen bij de lidstaten ligt.⁶⁷ Desalniettemin heeft Nederland zich tijdens de onderhandelingen in Brussel onthouden van commentaar op dit punt.⁶⁸

De strafrechtelijke handhaving is geregeld in de artikelen 9 en 10. Artikel 9 van de richtlijn bepaalt dat onder bepaalde omstandigheden een inbreuk op artikel 3 (het verbod op illegale tewerkstelling) naar nationale wetgeving een strafbaar feit *moet* opleveren. Van zo'n strafbaar feit is sprake als het gaat om opzettelijke⁶⁹ inbreuken (en) onder de volgende omstandigheden: a) de inbreuk blijft doorgaan of wordt voortdurend herhaald; b) de inbreuk heeft betrekking op de gelijktijdige tewerkstelling van een aanzienlijk aantal illegaal verblijvende onderdanen van derde landen; c) de inbreuk gaat gepaard met arbeidsgerelateerde uitbuiting; d) de inbreuk wordt begaan door een werkgever die weliswaar niet beschuldigd is van of veroordeeld voor een overtreding overeenkomstig Kaderbesluit 2002/629/JBZ,⁷⁰ maar die werk of diensten laat verrichten door een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land in de wetenschap dat deze persoon het slachtoffer van mensenhandel is; en tot slot e) de inbreuk betreft de illegale tewerkstelling van een minderjarige. Bovendien moet uitlokking van en hulp en medeplichtigheid bij de genoemde handelingen strafbaar worden gesteld (artikel 9 lid 2, richtlijn). De richtlijn vereist enkel de strafbaarstelling van het verbod uit art. 3 richtlijn

wanneer er sprake is van één van deze omstandigheden. De omstandigheden hoeven zelf geen bestanddelen van de delictsomschrijving te zijn. Wanneer sprake is van een aanzienlijk aantal is overigens over gelaten aan de lidstaten. In het voorstel stond dat sprake is van een 'aanzienlijk aantal illegale vreemdelingen', als ten minste vier onderdanen van derde landen illegale arbeid verrichten.⁷¹ In een latere variant kwam daarbij dat er ook sprake was van een aanzienlijk aantal als ten minste 50% van de werknemers illegaal verblijft.⁷² Op voorstel van het Voorzitterschap is dit weer geschrapt.⁷³

5.4.2 Methode van handhaving

Het Nederlandse standpunt is dat met artikel 197b Sr⁷⁴ wordt voldaan aan de vereisten van artikel 9 van de richtlijn.⁷⁵ De bepaling is ruim genoeg om in alle in artikel 9 bedoelde omstandigheden het tewerkstellen van illegalen strafbaar te stellen. Echter, de regering heeft er, met de invoering van de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen, voor gekozen illegale tewerkstelling van (illegale) vreemdelingen te handhaven met bestuurlijke boetes.⁷⁶ Dit betekent dat gedragingen die een overtreding van het verbod in art. 2 lid of art. 15 van de Wav inhouden, bestuurlijk worden beboet. Pas wanneer er sprake is van herhaalde recidive wordt dat strafrechtelijk gehandhaafd, via de Wet economische delicten.⁷⁷ Van de strafrechtelijke handhaving via de Wed wordt (nog) weinig gebruik gemaakt. In 2008 zijn 10 processen-verbaal toegezonden aan het OM wegens herhaalde recidive als bedoeld in artikel 19c Wav.⁷⁸ Het Nederlandse standpunt is dat de richtlijn enkel vraagt om formele strafbaarstelling. Het daadwerkelijk gebruik van strafrechtelijke sancties zou niet nodig zijn. De vraag is dit juist is. Dit zou betekenen dat de effectiviteit van de richtlijn per land sterk verschilt. In landen waar wordt gewerkt met het legaliteitsbeginsel, zoals Duitsland, moet elk strafbaar feit waarvan voldoende aanwijzing van schuld bestaat worden vervolgd. In die landen moet dus elke overtreding, omschreven in art. 9, strafrechtelijk vervolgd worden.⁷⁹ In landen met een opportuniteitsbeginsel, zoals Nederland, betekent strafbaarstelling dus niet dat de norm ook daadwerkelijk strafrechtelijk gehandhaafd moet worden.

De preambule (21) verlangt echter dat wel strafrechtelijk gehandhaafd wordt:

'Naleving kan en moet worden versterkt door de toepassing van strafrechtelijke sancties'. Ook artikel 10 van de richtlijn vereist expliciet dat de illegale tewerkstelling onder deze omstandigheden wordt bedreigd met doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende *strafrechtelijke* sancties. De preambule onder (22) vermeldt dan wel dat de richtlijn: 'geen verplichtingen [schept] met betrekking tot de toepassing van deze sancties of een ander beschikbaar rechtshandhavingsinstrument in individuele gevallen', maar dat ziet ons inzien alleen op de vrijheid van lidstaten om het opportuniteitsbeginsel te behouden.

Het is duidelijk dat de richtlijn de toepassing van strafrechtelijke sancties nastreeft. De vraag is of de EG de lidstaten hiertoe kan verplichten. De Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) liet doorschijnen dat die bevoegdheid wel bestaat en adviseerde de regering om expliciet in richtlijnen op te laten nemen dat effectieve handhaving door middel van andere, niet-strafrechtelijke sancties ook is toegestaan.⁸⁰

5.4.3 Implementatie mogelijkheden

Als Nederland daadwerkelijk strafrechtelijk moet gaan handhaven, zijn er ons inziens drie mogelijkheden om het handhavingstelsel opnieuw in te richten. Ten eerste kan worden gekozen voor handhaving op grond van art. 197b Sr als zich één van de voorwaarde uit artikel 9 voordoen. Het systeem van bestuurlijke boetes zoals neergelegd in de Wav wordt dan in deze gevallen verlaten. Ons lijkt dat erg verwarrend en tot rechtsonzekerheid leiden. Het tweede alternatief ligt meer voor de hand. Dit houdt in dat artikel 19c Wav, waarin staat wanneer nu sprake is van een strafbaar feit, wordt uitgebreid met de omstandigheden uit artikel 9 van de richtlijn. Nu leidt strafbaarstelling op grond van artikel 19c Wav echter tot een overtreding zodat de verwijzing naar de Wav in de Wet economische delicten nog moet worden verplaatst naar artikel 1 onder 4 WED, zodat het een misdrijf oplevert. Op die manier wordt ook voldaan aan de verplichting van art. 9 lid 2 van de richtlijn. Schending van art. 19c is dan een misdrijf in plaats van een overtreding zodat ook medeplichtigheid strafbaar is.⁸¹ Wanneer geen sprake is van een van de omstandigheden uit artikel 9 kan de handhaving blijven plaatsvinden met bestuurlijke boetes. Als Nederland voor deze weg kiest dan raakt dit ook werkgevers van derdelanders die niet onder bereik van de richtlijn vallen. De werkgever van een 'aanzienlijk aantal', legaal verblijvende, Russische studenten die zonder tewerkstellingsvergunning werken, zou dan ook strafrechtelijk worden vervolgd. De huidige Wav

maakt immers geen verschil tussen illegaal verblijvende en legaal verblijvende illegaal tewerkgestelde. Als er voor wordt gekozen om de huidige regeling van de Wav intact te laten en werkgevers van de groepen die onder bereik van de richtlijn vallen via art. 197b Sr. te vervolgen, zullen werkgevers van andere groepen nog steeds te maken krijgen met bestuurlijke boeten. Dat leidt dus ook tot twee verschillende handhavingstrajecten naast elkaar, afhankelijk van de verblijfsstatus van de tewerkgestelde vreemdeling. Een derde alternatief biedt de OM-afdoening (titel Iva Sv). Onder andere het OM of bestuursorganen kunnen de bevoegdheid krijgen om strafbeslissingen uit te vaardigen.⁸² Tegen zo'n strafbeslissing staat verzet open bij het parket, waarna een strafrechter zich over de zaak buigt.⁸³ Het is niet uitgesloten dat de bestuurlijke strafbeslissing in de toekomst de bestuurlijke boete zal vervangen.⁸⁴

5.4 Inspectienormen

Oorspronkelijk was het de bedoeling dat alle lidstaten jaarlijks 10% van alle geregistreerde bedrijven zouden gaan controleren. Hierop kwam protest van Nederland en andere de lidstaten, zoals Frankrijk. Zij bepleitten met succes een kwalitatieve inspectienorm in plaats van deze kwantitatieve. In het definitieve artikel 14 is bepaald dat de inspecties zijn gebaseerd op door de bevoegde instanties opgestelde risicobeoordeling. Dat wil zeggen dat de inspecties vooral plaatsvinden in die bedrijfstakken waar het risico op illegale tewerkstelling hoog is. De lidstaten moeten jaarlijks gaan rapporteren over de verrichte inspecties.⁸⁵ Tegen de risicoprofilering kan worden aangevoerd, dat gewaakt moet worden voor het hanteren van discriminatoire criteria. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn als vooral niet-westerse horeca en detailhandel in niet-westerse producten worden gecontroleerd, wat in de regel ondernemers uit etnische minderheidsgroeperingen zullen zijn.⁸⁶

Een ander punt dat in de richtlijn (Overweging 31) wordt aangestipt is dat de inspecties met het oog op de toepassing van deze richtlijn vanuit een kwantitatief of kwalitatief oogpunt geen invloed mogen hebben op de inspecties die worden uitgevoerd ter beoordeling van de arbeidsomstandigheden. Deze inspecties zijn in Nederland inderdaad gescheiden, maar of ze helemaal geen invloed op elkaar hebben is de vraag. Als Arbo-inspecteurs overtreding van de Wav vermoeden nemen zij contact op met de Wav-inspecteurs. Het risico van deze samenwerking is dat werknemers, legaal of illegaal, minder geneigd zijn om slechte arbeidsomstandigheden aan te geven uit

- 62 HvJEG 23 oktober 2007, C-440/05, AB 2008, 47.
- 63 HvJEG 13 september 2005, ro 48.
- 64 Preambule (21).
- 65 Note from Presidency, 12 september 2007, 12776/07; COD (2008) 11366/08/08, pag. 12.
- 66 Note from Presidency, 12 september 2007, 12776/07 REV en COD (2007) 11366/08, pag. 12.
- 67 TK 2006/07, 22 112, nr. 550 en TK 2008/09, 23 490, nr. 535.
- 68 Aanvullende geannoteerde agenda JBZ-Raad, 25 september 2008, pag. 5.
- 69 Art. 9, aanhef.
- 70 Kaderbesluit 2002/629/JBZ ziet op de aanpak van mensensmokkel.
- 71 Art.10 Voorstel voor richtlijn 23 mei 2007, COM(2007) 249, 2007/0094.
- 72 Voorstel voor richtlijn 3 juli 2008, 10770/08.
- 73 Voorstel voor richtlijn 15 september 2008, 12634/08.
- 74 Art. 197 Sr: Hij die een ander, die zich wederrechtelijk toegang tot of verblijf in Nederland heeft verschaft, krachtens overeenkomst of aanstelling arbeid doet verrichten, terwijl hij weet of ernstige redenen heeft om te vermoeden dat de toegang of dat verblijf wederrechtelijk is, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vijfde categorie.
- 75 TK 2008-2009, 23 490, nr. 535, pag. 2
- 76 MvT Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen, TK 2004-2004, 29 523, pag. 4, ve04000782.
- 77 Van herhaalde recidive is sprake als de derde overtreding plaats vindt nadat tweemaal binnen een aan de dag van het constateren van die overtreding voorafgaande periode van 48 maanden, met respectievelijke tussenliggende perioden van ten hoogste 24 maanden, voor een overtreding bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke verplichting een bestuurlijke boete is opgelegd die onherroepelijk is geworden., Art. 19c Wav juncto art. 1 onder 4 Wed.
- 78 *Jaarverslag Arbeidsinspectie* 2008, pag. 28.
- 79 Als tegenhanger van ons opportuniteitsbeginsel, P.J.P. Tak en J.P.S. Fiseller, *Duitsland – Nederland en de afdoening van strafzaken*, Nijmegen 2002, pag. 87.
- 80 Interdepartementale Commissie Europees Recht, *Rapport Strafrecht en eerste Pijler II*, pag. 6, bijlage bij TK 2005-2006, 30 037, nr. 9.
- 81 Art. 1 onder 4 juncto art. 2 lid 4 Wed: Art. 52 Sr.
- 82 J.L. de Wijkerslooth, 'De Strafbeschikking', in: *Het wetsvoorstel OM-afdoening en de verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving*, Nijmegen, 2009, pag. 17.
- 83 De Wijkerslooth (2009), pag. 12.
- 84 F.C.M.A. Michiels, 'Bestraffende bestuurlijk handhaving onder de Awb-IV', *Trema* nr. 7, 2009, p. 288.
- 85 Artikel 14 lid 2 tweede alinea.
- 86 Carrera en Guild, 'An EU Framework on Sanctions against Employers of Irregular Immigrants' in *CEPS Policy Brief*, 2007, p. 5.
- 87 Hierover is veel geschreven. Zie bijv. Brownell (2009): Joseph H. Carens, 'The Rights of Irre-

vrees voor uitzetting van zichzelf of collega's.⁸⁷ Dit brengt ons bij het volgende onderwerp, de gevolgen van de richtlijn voor de werknemer.

6 Gevolgen voor de werknemer

Een aantal van de bepalingen uit deze richtlijn wekt de indruk dat de richtlijn eigenlijk beter past bij sociaal beleid dan bij migratiebeleid.⁸⁸ De richtlijn dient ook te worden gezien als aanvulling op maatregelen tegen zwart werk en uitbuiting (overweging 33). De arbeidsrechtelijke aspecten van de richtlijn hebben betrekking op de verplichting van werkgevers tot nabetaling van loon (artikel 6). Zo'n verplichting bestaat in het Nederlandse arbeidsrecht ook, maar voorzover bekend vorderen illegaal tewerkgestelde vreemdelingen

een privaatrechtelijke aangelegenheid betreft, maar vooral omdat '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'.⁸⁹

Artikel 6 lid 2 onder a verplicht de lidstaten ervoor te zorgen dat de derdelander zijn vordering binnen de bij wet vastgestelde termijn kan instellen, ook als hij al is uitgezet. In aanvulling daarop moeten de lidstaten de migrant tijdig informeren over de mogelijkheid om zo'n vordering in te stellen. Nederland maakte, zonder succes, bezwaar tegen de bepaling dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de derdelander die al is uitgezet, ook in het buitenland daadwerkelijk de betalingen kan ontvangen.⁹⁰ Mede daarom is toege-

conforme betaling aan te sporen. Dat zou, volgens de redenering van SZW, neerkomen op een 'bonus' op het illegale verblijf en zou mogelijk aanzuigende werking veroorzaken. Traditioneel mengt de staat zich niet in loonconflicten, maar daar zal nu ten aanzien van illegale derdelanders verandering in moeten komen. Daarom verklaarde Nederlandse bij het aannemen van het voorstel dat hierdoor verdergaande verplichtingen ontstaan jegens illegale derdelanders dan de overheid heeft jegens Nederlandse, Europese en legaal verblijvende derdelanders.⁹³

Ingevolge artikel 6 lid 3 geldt voor de loonvordering van de derdelander en de belasting en socialezekerheidsbijdragen een fictie van een dienstverband van drie maanden, tenzij de werkgever het tegendeel bewijst. In het voorstel werd nog uitgegaan van een rechtsvermoeden van zes maanden dienstverband, maar die sneuvelde al snel in de onderhandelingen. Dit was dezelfde termijn die is opgenomen in artikel 23 WAV, waar overigens voor zover ons bekend praktisch nooit een beroep op wordt gedaan. Nederland mag de fictie van zes maanden overigens wel blijven houden.⁹⁴

6.2 Strijd tegen uitbuiting

Een illegaal verblijvende derdelander die klaagt bij de Arbeidsinspectie over uitbuiting loopt het risico door de Arbeidsinspectie te worden overgedragen aan de vreemdelingendienst en te worden uitgezet. Dat moet volgens de richtlijn – en wellicht daarop vooruitlopend per direct – anders worden. De vrees voor uitzetting maakt immers dat weinig vreemdelingen geneigd zullen zijn om uitbuittingspraktijken te melden. Onder uitbuiting wordt overigens verstaan arbeidsgerelateerde uitbuiting en dat is in de richtlijn gedefinieerd als: 'arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, ook die voortvloeien uit discriminatie op grond van geslacht of anderszins, waarin er een opvallende wanverhouding bestaat in vergelijking met de arbeidsvoorwaarden

en -omstandigheden die gelden voor legaal tewerkgestelde werknemers, waardoor bijvoorbeeld de gezondheid en veiligheid van de werknemers in gevaar worden gebracht, en die indruisen tegen de menselijke waardigheid'.⁹⁵

De lidstaten moeten op grond van artikel 13 gaan zorgen voor een doeltreffend mechanisme aan de hand waarvan

'De politieke boodschap is dat Lidstaten nu echt moeten optreden tegen illegale migratie, zodat werkgevers minder hoeven te vrezen voor oneerlijke concurrentie en dat Europa heel sociaal is, 'want we sturen de illegalen niet met lege handen naar huis'.'

zelden nabetaling. Belangrijker is dus waarschijnlijk de verplichtingen voor de overheid om de mogelijkheid om klachten in te dienen of zo'n vordering in te stellen te faciliteren, eventueel zelfs door afgifte van een tijdelijke verblijfsvergunning (artikel 13).

6.1 Nabetalen door de werkgever

De essentie van artikel 6, namelijk dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat werkgevers alle verschuldigde loon, belastingen en sociale premies betalen, is gedurende het wetgevingsproces ongewijzigd gebleven. Wat onder loon moet worden verstaan en vooral hoe deze nabetaling geëffectueerd moet worden, was wel onderwerp van discussie. Zo moest volgens het voorstel een mechanisme worden ontworpen zodat de nodige invorderingsprocedures automatisch in werking worden gesteld, dus zonder expliciete vordering van de illegaal tewerkgestelde derdelander. Dit automatisme was al snel weer uit het ontwerp verwijderd. Hetzelfde lot trof de bepaling dat de uitzetting opgeschort zou moeten worden totdat de derdelander zijn achterstallig loon zou hebben ontvangen. Uit de Nederlandse reactie op het voorstel blijkt dat deze bepalingen hier op verzet stuitten omdat zo'n loonvordering in Nederland

voegde dat de lidstaten hierbij hun diplomatieke posten niet hoeven in te zetten.⁹¹

Hoe de migrant zo'n vordering moet instellen vanuit het buitenland en hoe hij daar zijn geld daadwerkelijk moet ontvangen moet dus geregeld worden. Als hij een advocaat of de vakbond machtigt voordat hij wordt uitgezet, en contact houdt met deze gemachtigde, kan dit waarschijnlijk via de gemachtigde worden geregeld. Maar de richtlijn verwijst ook naar het in sommige lidstaten bestaande stelsel dat instanties van de lidstaat achter het geld aangaan zonder dat de derdelander een vordering hoeft in te stellen.

Sinds mei 2007 kent de Wet Minimumloon en vakantietoelage (WML) wel de mogelijkheid van bestuursrechtelijke handhaving.⁹² Voorzover Nederland ervoor kiest de implementatie van artikel 6 te beperken tot nabetaling van het minimumloon, kan Nederland deze bepalingen hiervoor gebruiken. Het handhavingsinstrumentarium van de WML bevat een bestuurlijke boete voor de werkgever en de verplichting het achterstallig loon te betalen op straffe van verbeurte van een dwangsom van maximaal ? 25.000. Voor zover bekend heeft SZW dit handhavingsinstrument nog niet ingezet om werkgevers van illegaal tewerkgestelde derdelanders tot WML-

illegaal tewerkgestelde derdelanders zelf, of via een organisatie, een klacht kunnen indienen tegen hun werkgever. De organisatie die in zo'n geval een helpende hand biedt mag niet worden vervolgd wegens het verlenen van hulp aan een illegaal verblijvende vreemdeling als bedoeld in richtlijn 2002/90 EG. De klagende vreemdeling zou volgens het oorspronkelijke voorstel in aanmerking *moeten* komen voor een verblijfsvergunning als bedoeld in richtlijn mensenhandel 2004/81/EG als slachtoffer van uitbuiting die meewerkt aan onderzoek tegen zijn werkgever. Nederland steunde dat voorstel.⁹⁶ De definitieve tekst laat meer ruimte voor de lidstaten omdat daarin staat dat de lidstaten op basis van hun nationale recht in individuele gevallen een tijdelijke verblijfsvergunning, vergelijkbaar met een verblijfsvergunning voor slachtoffers en getuige-aangevers van mensenhandel, *kunnen* afgeven voor de duur van de procedure.⁹⁷

Organisaties die de klachten van vreemdelingen overbrengen zijn bijvoorbeeld vakbonden of een overheidsinstantie, zoals bijvoorbeeld de Arbeidsinspectie. Vakbonden, andere verenigingen die voor de belangen van illegaal tewerkgestelde vreemdeling opkomt of bijvoorbeeld organisaties die uitbuiting proberen te bestrijden, moeten namens de vreemdeling in rechte kunnen optreden. Het Europees Parlement wilde die bepaling er graag bij hebben. Volgens Nederland was het niet nodig om dit zo expliciet te regelen omdat Nederland en de andere lidstaten 'beschikken over ruime mogelijkheden voor illegaal tewerkgestelde derdelanders om juridische procedures te starten en om zich te laten vertegenwoordigen.' Dat is formeel gezien wel waar, maar voor zover uit de gepubliceerde rechtspraak is op te maken, weten in de praktijk maar weinig illegaal tewerkgestelde derdelanders de weg naar zo'n vertegenwoordiger en vervolgens de juridische procedures te vinden. Het kan wat ons betreft dus zeker geen kwaad dat de lidstaten, en dus ook Nederland, aan de toegankelijkheid van deze rechten, aandacht besteden.

7 Richtlijnconforme uitleg

Welke consequenties heeft de richtlijn mogelijk nu reeds voor het huidige sanctiestelsel in en krachtens de Wav? Zoals uit het voorgaande moge blijken zal de Nederlandse wet- en regelgeving op een aantal punten moeten worden bijgesteld. Het huidige handhavingstelsel en de toepassingspraktijk wijken in sommige opzichten af van wat de richtlijn voorschrijft. Nederland heeft tot 20 juli 2011 de tijd om de richtlijn om te zetten. In de tussentijd zal Nederland zich wel moeten *onthouden van de vaststelling van*

*bepalingen die de verwezenlijking van het door de richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in het gedrang zouden brengen.*⁹⁸ Daarnaast dient ook de rechter zich te onthouden van een uitlegging van het nationale recht die, na het verstrijken van de omzettingstermijn, de verwezenlijking van de door die richtlijn nagestreefde doelstelling ernstig in gevaar zouden kunnen brengen.⁹⁹

8 Conclusie

Richtlijn 2009/52 maakt deel uit van een integraal Europees migratiebeleid waarin naast regels over de toelating van gewenste arbeidsmigranten, regels over het buiten houden van ongewenste derdelanders moeten worden ontworpen. De politieke boodschap van de richtlijn naar de werkgevers, de lidstaten en (herkomstlanden van) derdelanders is dat de EU een daad heeft gesteld, dat de lidstaten nu echt moeten optreden tegen illegale migratie, dat werkgevers minder hoeven te vrezen voor oneerlijke concurrentie en dat Europa heel sociaal is, 'want we sturen de illegalen niet met lege handen naar huis'.

Wij vermoeden dat harmonisatie van het handavingsregime in de verschillende lidstaten door de richtlijn slechts in beperkte mate zal worden bevorderd. Lidstaten zullen geneigd zijn hun bestaande sanctiestelsels zo veel mogelijk in stand te laten. De richtlijn bevat slechts minimumnormen en dat laat nogal wat ruimte voor eigen invulling door de lidstaten. Desondanks kent de richtlijn ook imperatieve bepalingen, die voor Nederland de noodzaak tot aanpassingen met zich meebrengen. Wij hebben in deze bespreking de vraag gesteld welke gevolgen de richtlijn heeft voor werkgevers, voor de overheid, en voor de illegaal tewerkgestelde derdelanders.

Ten aanzien van de werkgevers moeten de lidstaten de werkgever die aan de gestelde controle verplichtingen heeft voldaan vrijwaren van vervolging, tenzij de werkgever wist dat de documenten waarmee de vreemdeling zich legitimeerde vals waren (artikel 4). Met dat uitgangspunt is de Nederlandse regelgeving en toepassingspraktijk niet in overeenstemming. Datzelfde geldt voor het ruime werkgeversbegrip volgens de Wav. Al is het werkgeversbegrip in de richtlijn verruimd ten opzichte van het Commissievoorstel, of het zover reikt als wat daaronder, wat overtreding van de Wav betreft, in Nederland wordt verstaan, is twijfelachtig. In ieder geval is het in het nadeel van de concurrentiepositie van het nationale bedrijfsleven als het Nederlandse werkgeversbegrip gehandhaafd blijft en niet wordt aangepast aan de regeling van

gular Migrants', *Ethics & International Affairs* 2008 (22) 2, p. 172-177 en de daar genoemde literatuur.

88 Carrera & Guild, p. 3.

89 TK 2006/07, 22 112, nr. 550, p. 6.

90 COD (2008), 11366/08, p. 8.

91 Preambule (16).

92 *Stb.* 2007, 157. Bestuurlijke handhaving van de WML is ingevoerd omdat gevreesd werd dat werknemers uit de nieuwe EU-lidstaten loon onder WML-niveau zouden accepteren.

93 Doc. 2007/0094 (COD), 8917/09 ADD 1 REV 1 van 12 mei 2009.

94 Artikel 15 staat gunstigere bepalingen toe mits niet in strijd met de richtlijn.

95 Artikel 2, onder i.

96 EK 2008/09, 23 490 EH p. 5.

97 Artikel 13 lid 4.

98 HvJEG 18 december 1997, C-129/96.

99 HvJEG 4 juni 2006, *Adeneler*, C-212/04 punt 123. Voor de wijze waarop de onthoudingsverplichting in het arrest *Adeneler* kan worden toegepast: Zie ABRvS 7 november 2007 *AB* 2008, 41 nt *Widdershoven*.

ketenaansprakelijkheid waar artikel 8 van de richtlijn in voorziet.

Wat het eigenlijke sanctiestelsel in de richtlijn betreft, is wetswijziging in verschillende opzichten onvermijdelijk. De 'waterscheiding' tussen overtredingen van het verbod op illegale tewerkstelling die met een bestuurlijke boete kunnen (en moeten) worden afgedaan en die welke strafrechtelijk, is in de richtlijn een andere dan die geldt voor overtreding van de Wav. Daarbij is het de vraag of het wel in overeenstemming is met de bedoeling van de richtlijn als Nederland bestuursrechtelijk blijft handhaven in die gevallen waarin de richtlijn expliciet strafrechtelijke sancties voorschrijft.

De richtlijn bevat ook elementen van sociaal beleid. De illegaal tewerkgestelde derdelander moet zijn loonvordering kunnen indienen en zijn geld kunnen ontvangen, ook als hij is uitgezet. Hoewel zo'n loonvordering in het Nederlandse arbeidsrecht al mogelijk is, kan het geen kwaad dat de overheid de illegaal tewerkgestelde derdelanders – en wat ons betreft alle arbeidsmigranten – hierover informeert en toegang tot rechtsbijstand feitelijk mogelijk maakt, ook als uitzetting dreigt of een feit is. De Europese Commissie wil dat illegaal tewerkgestelde derdelanders onbezorgd kunnen klagen over uitbuiting, en eventueel voor de duur van de vervolging van de werkgever, een verblijfsvergunning kunnen krijgen. Het blijft de vraag of de illegale derdelander die in een situatie van uitbuiting verkeert, aangifte zal doen tegen zijn broodheer, ook al krijgt hij misschien een tijdelijke verblijfsvergunning. Een nog beter middel tegen uitbuiting is een ruimere mogelijkheid voor legale tewerkstelling, ook voor ongeschoolde arbeid. Het wachten is op een gemeenschappelijk arbeidsmigratiebeleid, ruimer dan alleen voor hogeschoolden, waarmee de Europese Commissie haar belofte gedaan in het kader van het Europese integrale migratiebeleid nakomt. |

Rethinking the free
movement of workers:
the European challenges ahead



EDITIE 2012
Paul Minderhoud & Nicos Trimikliniotis

P. Minderhoud &
N. Trimikliniotis (eds.)
**Rethinking the free
movement of workers:
the European
challenges ahead.**

Wolf Legal Publishers, 224 p.
ISBN 978-90-5850-464-7

'Free movement has contributed at several moments in the second half of the twentieth century (in the 1960s, the 1980s and the 1990s) to the political stability in Europe, functioning as a safety valve for large unemployment in certain Members States.'

Kees Groenedijk, p. 22.

'A problem with the implementation of Directive 2004/38 is, that it is not clearly defined when an EU citizen becomes an 'unreasonable burden'. Leeway is given to states to examine whether financial difficulties may be temporary. As a result, states have developed their own definitions and ways of implementing the directive on this point.'

Paul Minderhoud, p. 84.

'The *Metock* judgement is a fatal blow to the desire to introduce language or knowledge tests as a condition for a visa for third-country national spouses of EU migrants in the national law of certain Member States.'

Roel Fernhout, p. 98.

'Reverse discrimination is not an unsolvable problem.'

Herwig Verschueren, p. 118.

'Homegrown players' are defined by UEFA as players who, regardless of their nationality or age, have been trained by their club or by another club in the national association for at least three years between the age of 15 and 21.'

Dimitrios Kontizas, p. 132.