P.J. KROP

De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling

De verhouding tussen strafrechtelijke en bestuurs-rechtelijke handhaving in de Werkgeverssanctierichtlijn, Nederland en Duitsland

BJu

Boom Juridische uitgevers

De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling

© 2014 P.J. Krop | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-869-0
NUR 825

www.bju.nl

De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling

De verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving in de Werkgeverssanctierichtlijn, Nederland en Duitsland

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor

aan de Universiteit van Amsterdam

op gezag van de Rector Magnificus

prof. dr. D.C. van den Boom

ten overstaan van een door het college voor promoties

ingestelde commissie,

in het openbaar te verdedigen in de Agnietenkapel

op vrijdag 28 februari 2014, te 14.00 uur

door

Pieter Jurjen Krop

Geboren te ‘s-Gravenhage

PROMOTIECOMMISSIE

Promotor:	Prof. A.J.C. de Moor – van Vugt
Co-promotor:	Dr. T. de Lange
Overige leden:	Prof. dr. T. Blom Prof. dr. B. de Hart Dr. A.P. Klap Prof. dr. J.P. van der Leun Prof. dr. F.C.M.A. Michiels

Faculteit der Rechtsgeleerdheid

'What these officials do about disputes is, to my mind, the law itself'

Karl Llewellyn

Woord vooraf

Op deze plaats wil ik een aantal mensen bedanken voor hun rol bij de totstandkoming van dit proefschrift. Allereerst mijn promotor, Adrienne de Moor - van Vugt, die mij aan dit project liet beginnen en mij altijd het vertrouwen gaf dat het de goede kant op ging. Tijdens de totstandkoming heeft ze mij meerdere malen door middel van scherpe vragen laten ontdekken dat ik misschien wel iets anders bedoelde dan ik had opgeschreven. Samen met mijn co-promotor, Tesseltje de Lange, heb ik mij wekelijks verbaasd over de discrepantie tussen het recht en de werkelijkheid. Daarnaast was ze een bron van inspiratie door regelmatige toezending van interessante jurisprudentie, literatuur en *side-projects*. Met de andere promovendi van de leerstoelgroep Staats- en Bestuursrecht werkte ik op de zolder van het G-gebouw in de Oudemanhuispoort. Ik denk met plezier terug aan de jaren op die prachtige plek en uiteraard vooral aan de 'zolderborrels'. Bijna twintig personen hebben mij geholpen door zich door mij te laten interviewen over hun werk en hun kennis. De informatie en hulp van de medewerkers van de verschillende gemeenten waar ik op bezoek ben geweest waren essentieel voor het onderzoek naar gemeentelijke handhaving. Verschillende student-assistenten van de leerstoelgroep Staats- en Bestuursrecht hebben mij geholpen met het onderzoek; van het verzamelen en ordenen van bronnen tot de redactie van de Engelse samenvatting. Daarvoor ben ik hun veel dank verschuldigd. Mijn paranimfen, Martine en Daan, bedank ik alvast, maar hun belangrijkste bijdrage moet natuurlijk nog komen. Mijn huidige werkgever, Kroes Advocaten Immigration Lawyers, gaf mij de tijd om het manuscript helemaal te kunnen afronden. Tot slot bedank ik mijn vrouw Judith voor haar liefde, vertrouwen en relativeringsvermogen.

Het onderzoek is afgesloten op 1 september 2013. Ontwikkelingen na 1 september zijn in beperkte mate nog verwerkt.

Amsterdam, december 2013

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF VII

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN XV

HOOFDSTUK 1 – INLEIDING 1
1.1 Inleiding 1
1.2 Onderzoeksvraag 3
1.3 Opzet 4
1.4 Aanpak van het onderzoek 4
1.4.1 Rechtsvergelijking Nederland en Duitsland 4
1.4.2 Gemeentelijke handhaving in Nederland 6
1.4.3 Crimmigration 7
1.5 Verantwoording reikwijdte en conclusies 8
1.6 Methodologie 9
1.7 Terminologie 10

HOOFDSTUK 2 – DE WERKGEVERSSANCTIERICHTLIJN 13
2.1 Inleiding 13
2.2 Inhoud richtlijn 14
2.2.1 Doel en centrale verbodsbepaling 16
2.2.2 Preventieve maatregelen 16
2.2.3 Privaatrechtelijke aansprakelijkheid 17
2.2.4 Sancties en maatregelen 18
2.2.5 Strafrechtelijke sancties 20
2.2.6 Inspecties en klachtenregeling 22
2.3 Achtergrond richtlijn 23
2.3.1 Europese werkgeverssancties 23
2.3.1.1 Werkgeverssancties in de EEG 24
2.3.1.1.1 Actieprogramma ten behoeve van migrerende werknemers en hun gezinsleden, 1974 24
2.3.1.1.2 Resolutie betreffende een actieprogramma ten behoeve van migrerende werknemers en hun gezinsleden, 1974 25
2.3.1.1.3 Voorstel voor een richtlijn, 1976 25
2.3.1.1.4 Gewijzigd voorstel voor een richtlijn, 1978 28
2.3.1.1.5 Strafrechtelijke sancties voor werknemers 29
2.3.1.1.6 Karakter van de richtlijnen 30
2.3.1.2 Aanbevelingen na het Verdrag van Maastricht 31
2.3.1.3 Werkgeverssancties na het Verdrag van Amsterdam 33
2.3.2 Doelstelling van de richtlijn 35
2.3.3 Juridische context 36
2.3.3.1 Grondslag richtlijn 37
2.3.3.2 Strafrecht in de Eerste Pijler 38
2.3.4 Analyse 41
2.3.4.1 Ontwikkeling EU migratiebeleid 41
2.3.4.2 Juridische context 44

2.4 Voorbereiding Commissievoorstel 45
2.4.1 Betrokken stakeholders 45
2.4.2 Externe studie GHK 46
2.4.2.1 Uitkomsten *problem assessment* 47
2.4.2.1.1 Illegale immigratie 47
2.4.2.1.2 Bestaande handhaving in de lidstaten 47
2.4.2.1.3 Onderzoek naar bepalingen betreffende de sociale rechten 48
2.4.2.2 Beleidsopties 49
2.4.2.3 Aanbevolen beleidsoptie 54
2.4.2.4 Analyse aanbevolen beleidsoptie 54
2.4.2.4.1 Effectieve maatregelen in de lidstaten? 54
2.4.2.4.2 Overige bevindingen GHK 55
2.4.3 Effectbeoordeling Commissie 56
2.4.3.1 *Impact Assessment Board* 57
2.4.3.2 Typologie van effectbeoordelingen 58
2.4.4 Analyse 59
2.5 Van voorstel naar richtlijn 61
2.5.1 Codecisieprocedure 62
2.5.2 Adviezen EESC en Comité van de Regio's 63
2.5.2.1 EESC 63
2.5.2.2 Comité van de Regio's 64
2.5.3 Onderhandelingen in de Raad en met het EP 64
2.5.4 Analyse 71
2.6 Conclusie 73

HOOFDSTUK 3 – DE HANDHAVING VAN HET VERBOD OP ILLEGALE TEWERKSTELLING IN NEDERLAND 77
3.1 Inleiding 77
3.2 Strafrechtelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling 78
3.2.1 Invoering Wet arbeid vreemdelingen 78
3.2.2 Strafrechtelijke handhaving 79
3.2.2.1 Wet arbeid vreemdelingen 79
3.2.2.2 Artikel 197b Wetboek van Strafrecht 80
3.2.2.3 Feitelijke handhaving 1995 – 2005 81
3.3 Bestuursrechtelijke handhaving van de Wav 2005 – 2013 82
3.3.1 Opkomst van de bestuurlijke boete 83
3.3.1.1 De bestuurlijke boete als bestraffende sanctie 85
3.3.1.2 De bestuurlijke boete en artikel 6 EVRM 86
3.3.1.2.1 Evenredigheid en proportionaliteit 87
3.3.1.3 Samenloop en het *una via* beginsel 87
3.3.2 Invoering van de bestuurlijke boete in de Wav 88
3.3.2.1 Parlementaire behandeling 91
3.3.2.2 Beleidsregel boeteoplegging 2005 – 2012 92
3.3.3 Implementatie Werkgeverssanctierichtlijn 95
3.3.3.1 Implementatie strafrechtelijke sancties en handhaving 96
3.3.3.2 Overige sancties en maatregelen 97
3.3.3.3 Wijzigingen op grond van de implementatiewet 100

3.3.4 Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving 101
3.3.4.1 Wijzigingen van de Wav 103
3.3.4.2 Schrapping strafrechtelijke vervolging bij herhaalde recidive 103
3.3.4.3 'Ernstige overtredingen' en stillegging van de werkzaamheden ... 104
3.3.4.3.1 Ernstige overtredingen 105
3.3.4.3.2 Regeling stillegging van de werkzaamheden 105
3.3.4.4 Verhoging boetes Wav 106
3.3.4.5 Beleidsregels boeteoplegging 2012 - 2013 107
3.3.5 Wet Momi 108
3.3.5.1 Verhalen kosten terugkeer op werkgever 108
3.3.6 Feitelijke handhaving 2005 – 2012 109
3.3.6.1 Feitelijke handhaving door middel van bestuurlijke boetes 109
3.3.6.2 Feitelijke handhaving via de Wed 112
3.3.6.3 Feitelijke handhaving via artikel 197b Sr 113
3.3.6.4 Gemeentelijke handhaving 113
3.3.6.5 Rechterlijke beoordeling 114
3.3.7 Kritiek op de boetepraktijk 115
3.3.7.1 Noodzaak boetehoogte 118
3.4 De verhouding tussen straf- en bestuursrechtelijke handhaving 119
3.4.1 Bestuursstrafrecht 120
3.4.2 Wet OM-afdoening 121
3.4.3 Keuzemodel voor sanctiestelsel 125
3.5 Ontwikkelingen in de handhaving van de Wav en de verhouding tussen straf- en bestuursrechtelijke handhaving 129
3.6 Conclusie 131

HOOFDSTUK 4 – GEMEENTELIJKE HANDHAVING 135
4.1 Inleiding 135
4.2 Juridisch kader gemeentelijke handhaving 136
4.2.1 Intrekken begunstigende vergunning 138
4.2.1.1 Grondslag 138
4.2.1.2 Algemene Plaatselijke Verordening 139
4.2.1.3 Vergunningsvoorschriften 139
4.2.2 Afhankelijkheid van vergunning 140
4.2.2.1 Exploitatievergunning 141
4.2.3 Sluitingsbevel 142
4.2.3.1 Openbare orde 143
4.2.4 Jurisprudentie gemeentelijke handhaving 144
4.2.5 Karakter van intrekking en cumulatie 145
4.2.5.1 Karakter intrekking of wijziging begunstigende beschikking 146
4.2.5.2 Karakter sluitingsbevel 148
4.2.5.3 Cumulatie 150
4.3 De feitelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling 152
4.3.1 Opzet en methode onderzoek 153
4.3.2 Bevindingen met betrekking tot de onderzochte gemeenten 154
4.3.2.1 Specifiek beleid 154
4.3.2.2 Feitelijke handhaving 155

4.3.2.3 Algemene conclusies ten aanzien van de onderzochte gemeenten 156
4.3.3 Conclusies met betrekking tot de overige gemeenten 157
4.4 De positie van gemeentelijke handhaving 159
4.4.1 Gemeentelijke handhaving en preventieve stillegging 159
4.4.2 Gemeentelijke handhaving en artikel 7 van de Werkgeverssanctierichtlijn 160
4.5 Conclusie 161

HOOFDSTUK 5 – DE DUITSE HANDHAVING VAN HET VERBOD OP ILLEGALE TEWERKSTELLING 163
5.1 Inleiding 163
5.2 Bondsrepubliek en deelstaten 163
5.3 Bestuursrechtelijke sanctionering 164
5.3.1 Terminologie 164
5.3.2 Herkomst van de *Ordnungswidrigkeit* 165
5.3.3 Systematiek van de OWiG 167
5.3.4 Bevoegd orgaan 168
5.3.5 Opsporing 168
5.3.6 Samenloop met strafrechtelijke vervolging 169
5.3.7 Oplegging en bezwaar 169
5.3.8 Beroep en hoger beroep 171
5.3.9 Rechtsbescherming en artikel 6 EVRM 173
5.4 Historische ontwikkeling van de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling 173
5.4.1 Ontwikkelingen tot 2003 173
5.4.2 Hartz III 175
5.4.3 Wet ter bestrijding van zwartwerk 175
5.5 Handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling 177
5.5.1 Vergunningsstelsel 177
5.5.2 Organisatie van de Finanzkontrolle Schwarzarbeit 178
5.5.3 Toepasselijke voorschriften 179
5.5.4 Aansprakelijkheid werknemer 182
5.5.5 Implementatie Werkgeverssanctierichtlijn 182
5.5.6 Feitelijke handhaving 184
5.5.6.1 Hoogte van de boetes 184
5.5.6.2 Inspecties 187
5.5.6.3 Vordering van vermogen 188
5.5.6.4 Bewijs en oplegging van straffen 188
5.5.6.5 Verzet 188
5.5.6.6 Evaluatie 2008 189
5.6 Conclusie 191

HOOFDSTUK 6 – CRIMMIGRATION 193
6.1 Inleiding 193
6.2 Crimmigration 194
6.2.1 Strafrechtelijke werkgeverssancties in de Verenigde Staten 194

6.2.2 De crimmigration literatuur 195
6.2.2.1 Convergentie straf- en migratierecht 195
6.2.2.2 Membership theory 197
6.2.2.3 Asymmetrische incorporatie 200
6.2.2.4 Crimmigration in een bredere context 202
6.2.3 Crimmigration in de Verenigde Staten 204
6.3 Crimmigration in Europa 206
6.3.1 Analyse 207
6.4 Werkgeverssancties als onderdeel van crimmigration 210
6.5 Conclusie 211

HOOFDSTUK 7 – CONCLUSIES 215
7.1 Inleiding 215
7.2 De Werkgeverssanctierichtlijn 216
7.2.1 Onontbeerlijkheid van strafrechtelijke sancties 216
7.2.2 De rol en effectiviteit van strafrecht volgens de Commissie 217
7.3. Handhaving in de lidstaten 217
7.3.1 Rechtsvergelijking 218
7.3.1.1 Doelstelling 218
7.3.1.2 Strafrechtelijke of bestuursrechtelijke sancties 219
7.3.1.3 Overige sancties en maatregelen 222
7.3.1.4 Feitelijke handhaving 223
7.3.2 Onontbeerlijkheid van strafrechtelijke sancties in de lidstaten 224
7.3.3 De rol en effectiviteit van strafrecht in de lidstaten 226
7.4 Verhouding straf- en bestuursrecht 229
7.5 Crimmigration 230
7.5.1 Beperking tot strafrecht 231
7.5.2 De Werkgeverssanctierichtlijn als onderdeel van crimmigration 232
7.6 Slotbeschouwing 232
7.6.1 Juridische grondslag 232
7.6.2 Keuze voor strafrecht 233
7.6.3 Capaciteit en prioriteit voor de handhaving 234
7.6.4 De academische discussie over de verhouding tussen straf- en bestuursrecht 236

BIJLAGE 1 – METHODOLOGIE EN UITKOMSTEN VELDONDERZOEK 239

SUMMARY 257

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR 267

JURISPRUDENTIEREGISTER 279

Lijst van gebruikte afkortingen

ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
AI	Arbeidsinspectie
APV	Algemene Plaatselijke Verordening
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BFD West	Bundesfinanzdirektion West
CTW	Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten
CBB	College voor Beroep voor het bedrijfsleven
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EER	Europese Economische Ruimte
EESC	Europees Economisch en Sociaal Comité
EG	Europese Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EP	Europees Parlement
ETUC	European Trade Union Confederation
EU	Europese Unie
EVRM	Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
FKS	Finanzkontrolle Schwarzarbeit
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IAB	Impact Assessment Board
ICE	Immigration and Customs Enforcement
ICER	Interdepartementale Commissie Europees recht
IRCA	Immigration Reform and Control Act
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
OM	Openbaar Ministerie
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
SchwarzArbG	Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz
SGB	Socialgesetzbuch
SIOD	Sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst
Sr	Wetboek van Strafrecht
StPO	Strafprozessordnung
Sv	Wetboek van Strafvordering
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
UNICE	Union of Industrial and Employers Confederation of Europe
VS	Verenigde Staten van Amerika
Wabw	Wet arbeid buitenlandse werknemers
Wav	Wet arbeid vreemdelingen
Wed	Wet op de economische delicten
WML	Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag

HOOFDSTUK 1 – Inleiding

1.1 INLEIDING

Het belangrijkste Europese instrument ten aanzien van de nationale handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling in de Europese lidstaten is Richtlijn 2009/52/EG, ook wel de Werkgeverssanctierichtlijn genoemd.[1] Deze richtlijn,[2] voluit de *'Richtlijn tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen',* is op 16 mei 2009 aangenomen door de Europese Commissie (Commissie) met als doel de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling op lidstaatniveau te intensiveren.[3] Een belangrijke pull-factor voor illegale migratie is, volgens de Commissie, de mogelijkheid voor derdelanders om binnen de Europese Unie (EU) werk te vinden zonder dat ze in het bezit zijn van een geldige verblijfstitel.[4] De maatregelen tegen illegale tewerkstelling zijn derhalve belangrijk in de strijd tegen illegale immigratie.[5] De richtlijn bevat een algemeen verbod op het tewerkstellen van derdelanders zonder geldige verblijfstitel in de EU, ondersteund door sancties en maatregelen tegen werkgevers die dit verbod overtreden.[6] De richtlijn schrijft een pakket van sancties en maatregelen voor, waaronder financiële sancties, nabetaling van loon, uitsluiting van aanbestedingen en de intrekking van vergunningen. Onder bepaalde, verzwarende omstandigheden dienen werkgevers die het verbod overtreden, op grond van de richtlijn bestraft te worden met strafrechtelijke sancties. Bestuursrechtelijke sancties zijn in die gevallen volgens de Commissie *'waarschijnlijk onvoldoende* [om] *bepaalde gewetenloze werkgevers af te schrikken'*.[7] Het gebrek aan onderbouwing van de keuze voor het opnemen van strafrechtelijke sancties is te meer opvallend omdat uit de voorbereidende onderzoeken van de Commissie blijkt dat de lidstaten al over een rijk sanctiearsenaal beschikken.[8] Waar het op lidstaatniveau aan schort is de daadwerkelijke toepassing van de aanwezige handhavingsinstrumenten. De Commissie voegde daarom op het laatste moment een inspectienorm toe aan de richtlijn, die de lidstaten verplichtte jaarlijks 10% van alle bedrijven te controleren. Hoewel daarna onmiddellijk geschrapt door de lidstaten, die niet op zulke verregaande maat-

---

1 *PbEU* 30 juni 2009, L-168. Voor een uitgebreide bespreking van de totstandkoming, reikwijdte, inhoud en rechtmatigheid van de richtlijn zie hoofdstuk 2.

2 Zonder nadere aanduiding wordt in dit proefschrift met 'richtlijn' verwezen naar Richtlijn 2009/52/EG.

3 Preambule Richtlijn 2009/52/EG, onder (1).

4 *Third country national*, iemand die onderdaan is van een staat die geen lid is van de EU.

5 Preambule Richtlijn 2009/52/EG, onder (2).

6 Preambule Richtlijn 2009/52/EG, onder (3).

7 Preambule Richtlijn 2009/52/EG, onder (21).

8 GHK Consultancy 2007, zie uitgebreid par. 2.4.2 van hoofdstuk 2.

regelen zitten te wachten, bracht deze inspectienorm de kern van een succesvolle aanpak van illegale tewerkstelling naar voren: het beschikbaar stellen van capaciteit voor, en verlening van prioriteit aan, de handhaving.

Twee, nauw verbonden, aspecten van het voorschrijven van strafrechtelijke sancties in de richtlijn vormen de basis van dit proefschrift. Het eerste aspect is de juridische grondslag voor het opnemen van strafrechtelijke sancties in de richtlijn. De richtlijn, die is aangenomen voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, is onderdeel van de voormalige Eerste Pijler waar het voorschrijven van strafrecht een omstreden bevoegdheid is die, volgens het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU), enkel mag worden gebruikt wanneer het gaat om een onontbeerlijke maatregel die noodzakelijk is voor de volledige doeltreffendheid van de door de EG vastgestelde normen.[9] Uit het onderzoek dat voor dit proefschrift is verricht naar de totstandkoming van de richtlijn blijkt dat het opnemen van de strafrechtelijke sancties enkel was gebaseerd op de (vermeende) afschrikwekkende werking van strafrechtelijke sancties. Gebleken is dat dit argument niet is gebaseerd op ervaringen in de lidstaten of de onderzoeken die voorafgaand aan het opstellen van de richtlijn zijn uitgevoerd in opdracht van de Commissie. Het is derhalve de vraag of de strafrechtelijke sancties daadwerkelijk noodzakelijk zijn voor de volledige doeltreffendheid van de door de EU vastgestelde normen. Het tweede aspect, dat daar zoals gezegd nauw mee samen hangt, is de opvatting van de Commissie over de rol en effectiviteit van het strafrecht die uit het opnemen van strafrechtelijke sancties in de richtlijn blijkt. Volgens de Commissie is het strafrecht het enige effectieve middel tegen *'bepaalde gewetenloze werkgevers'*.[10]

De reden dat deze aspecten de aandacht trekken van een Nederlandse jurist is snel gevonden. In 2005 is in Nederland voor wat betreft de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling, zoals neergelegd in de Wet arbeid vreemdelingen (Wav), het strafrecht juist verlaten. Door middel van de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen is de handhaving van de Wav destijds voor het grootste deel naar het bestuursrecht overgeheveld.[11] Het doel van de invoering van de bestuurlijke boete was het verhogen van de effectiviteit van de handhaving. Volgens het kabinet zou bestuursrechtelijke handhaving de lange doorlooptijd van de procedures en de geringe hoogte van de strafrechtelijke boetes tot het verleden laten behoren.[12] De definitieve overheveling naar het bestuursrecht vond plaats anderhalf jaar na het verlopen van de termijn voor de implementatie van de richtlijn, die onder bepaalde omstandigheden dus juist strafrechtelijke vervolging voorschrijft. Het argument voor het invoeren van de

9 HvJ EG 13 september 2005, *AB* 2005, 435, m.nt. De Moor – Van Vugt.
10 Preambule Richtlijn 2009/52/EG, onder (21).
11 *Stb.* 2004, 705.
12 *Kamerstukken II,* 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 2.

bestuursrechtelijke sancties in de Wav was hetzelfde als dat van Commissie voor de invoering van *strafrechtelijke* sancties: de noodzaak van een strengere en hardere aanpak van werkgevers die zich schuldig maken aan illegale tewerkstelling. Volgens de Commissie is het strafrecht het meest effectieve instrument en volgens Nederland juist niet. Mijn verbazing over deze tegengestelde opvattingen met betrekking tot de effectiviteit en wenselijkheid van de inzet van het strafrecht en de verhouding met het bestuursrecht ligt aan de basis van dit onderzoek.

1.2 ONDERZOEKSVRAAG

Het onderzoek dat heeft geleid tot dit proefschrift is uitgevoerd aan de hand van de volgende onderzoeksvraag en deelvragen:

Hoe kan het opnemen van strafrechtelijke werkgeverssancties in Richtlijn 2009/52/EG worden verklaard, gelet op de totstandkoming van de richtlijn en de handhavingspraktijk in Nederland en Duitsland en in hoeverre past de richtlijn in de ontwikkelingen die worden beschreven in de crimmigration literatuur met betrekking tot strafrechtelijke werkgeverssancties in de VS?

Deze onderzoeksvraag is beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

1. Hoe is de richtlijn tot stand gekomen, welke instrumenten schrijft deze voor en welke uitgangspunten met betrekking tot strafrechtelijke handhaving liggen hieraan ten grondslag?
2. Hoe handhaaft Nederland het verbod op illegale tewerkstelling en welke uitgangspunten liggen hieraan ten grondslag?
3. Hoe wordt in Nederland de verplichting uit de richtlijn om bij illegale tewerkstelling een bedrijf te sluiten of een vergunning in te trekken op gemeentelijk niveau toegepast?
4. Hoe handhaaft Duitsland het verbod op illegale tewerkstelling en welke uitgangspunten liggen hieraan ten grondslag?
5. Kunnen de in Nederland en Duitsland gebruikte handhavingsinstrumenten en doelstellingen de voorgeschreven instrumenten en doelstelling van de richtlijn verklaren?
6. In hoeverre passen de strafrechtelijke sancties in de Werkgeverssanctierichtlijn in de ontwikkelingen die worden beschreven in de crimmigration literatuur met betrekking tot strafrechtelijke werkgeverssancties in de Verenigde Staten?

1.3 OPZET

De twee in de inleiding genoemde aspecten van het opnemen van strafrechtelijke sancties in de Werkgeverssanctierichtlijn (de juridische grondslag onder de Eerste Pijler en de opvattingen over rol en effectiviteit van strafrecht) zijn op verschillende wijzen onderzocht. Allereerst is in hoofdstuk twee de inhoud, totstandkoming en context van de Werkgeverssanctierichtlijn bestudeerd en is geanalyseerd welke uitgangspunten aan de keuze voor strafrechtelijke sancties in de richtlijn ten grondslag liggen. Op basis van de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling in Nederland en Duitsland is gekeken in hoeverre strafrechtelijke sancties daadwerkelijk onontbeerlijk zijn voor een hoogwaardige handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. De uitkomsten van het onderzoek naar de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling in Nederland en Duitsland is opgenomen in respectievelijk hoofdstuk drie en vijf. Op de motivering van de keuze voor deze twee lidstaten kom ik verderop terug. Aan de hand van de bevindingen in deze lidstaten is ook de houdbaarheid van de opvattingen van de Commissie over de rol en effectiviteit van het strafrecht onderzocht. In hoofdstuk vier worden de uitkomsten van het onderzoek naar gemeentelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling en de verhouding tot de richtlijn besproken. Tot slot staan de strafrechtelijke werkgeverssancties internationaal gezien niet op zichzelf. In de VS zijn in de jaren tachtig van de vorige eeuw al strafrechtelijke werkgeverssancties ingevoerd. Deze bleken het startschot te zijn voor een verregaande convergentie tussen strafrecht en migratierecht, die door Stumpf ‘crimmigration’ werd gedoopt.[13] In hoofdstuk zes van dit proefschrift wordt de Werkgeverssanctierichtlijn onderzocht in het kader van de crimmigration literatuur. In hoofdstuk zeven volgen de conclusies.

1.4 AANPAK VAN HET ONDERZOEK

In deze paragraaf wordt uiteengezet welke relevantie de verschillende onderdelen hebben voor de beantwoording van de onderzoeksvraag.

1.4.1 RECHTSVERGELIJKING NEDERLAND EN DUITSLAND

Er is een aantal redenen waarom de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling in Nederland en Duitsland is onderzocht. Een belangrijke reden om de handhavingspraktijk in Nederland te betrekken bij dit onderzoek is de Nederlandse opvatting met betrekking tot de effectiviteit van strafrechtelijke sancties, die tegenovergesteld is aan die van de Commissie. Die andere opvatting, die blijkt uit de invoering van de bestuurlijke boete ten koste van de strafrechtelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling, heeft deels

[13] Stumpf 2006.

te maken met de nieuwe verhouding tussen het straf- en bestuursrecht in Nederland. De opkomst van de bestuurlijke boete en de introductie van de strafbeschikking leidden er toe dat het onderscheid tussen de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties steeds onduidelijker wordt.[14] Het Nederlandse kabinet wil de burgers en werkgevers ervan doordringen dat illegale tewerkstelling 'fout' is, maar daarvoor wordt niet meer automatisch het strafrecht, het traditionele *ultimum remedium*, ingezet. Slechts het verscherpen van toezicht en het verhogen van boetes wordt nog gezien als blijk van morele afkeurenswaardigheid, iets dat volgens het kabinet makkelijker te bereiken is via het bestuursrecht.[15] Ten aanzien van een economisch delict als overtreding van de Wav kan worden gesteld dat de bestuurlijke boete het strafrecht van de troon heeft gestoten als zwaarste middel. Morele afkeuringswaardigheid wordt dan ook niet langer uitsluitend verbonden aan het strafrecht. Door het decentrale vervolgingsbeleid, de vele waarborgen voor het individu en ruimere toetsing van het evenredigheidsbeginsel en 6 van het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) door de strafrechter wordt het strafrecht door het kabinet niet langer als het zwaarste en uiterste middel dat kan worden toegepast gezien.

In Duitsland kent men juist al enige tijd een systeem van zowel strafrechtelijke als bestuursrechtelijke sancties voor illegale tewerkstelling. Dit systeem is op eenzelfde wijze ingericht als het systeem dat de richtlijn voorstaat. Net als in Nederland is in Duitsland halverwege de jaren '00 de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling gereorganiseerd. Voor Duitsland betekende dat met name het centraliseren van de handhaving die voorheen decentraal, in de *Länder*, was georganiseerd. Door de oprichting van de *Finanzkontrolle Schwarzarbeit* (FKS), waarbij de lokale arbeidsinspecteurs en de douanebeambten die toezicht hielden op illegale tewerkstelling werden gebundeld in een federale organisatie, is de decentralisatie en fragmentatie verminderd.

De rol van de Duitse handhavingspraktijk inzake het verbod op illegale tewerkstelling is tweeledig. Ten eerste kan het worden gezien als een *case study* van het systeem dat de richtlijn nastreeft. Op basis hiervan kan iets worden gezegd over de rol van strafrecht in dit systeem. Dit is uiteraard beperkt tot de rol van strafrecht in Duitsland. Ten tweede, en dat is het meest waardevolle aspect van het onderzoek naar de Duitse handhavingspraktijk, kan Duitsland worden vergeleken met Nederland omdat veel van de ontwikkelingen in Nederland en Duitsland met elkaar vergelijkbaar zijn: onder andere centralisering van de afdoening, uitbreiding van de inspectiecapaciteit en invoering van de plicht tot de nabetaling van loon. Een aantal van deze keuzes komt ook terug in de richtlijn. Echter, een groot verschil tussen de handhaving van het

[14] Zie hoofdstuk 3, par. 3.4.

[15] *Kamerstukken II,* 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 3. Zie ook par. 3.4 en 4.3.

verbod op illegale tewerkstelling in Nederland enerzijds en in Duitsland en de richtlijn anderzijds is het gebruik van strafrecht. Hierdoor leent een vergelijking tussen het recht van Nederland en Duitsland zich goed om de noodzaak van het gebruik van het strafrecht in het algemeen te beoordelen. Dit zou wellicht ook mogelijk zijn geweest aan de hand van vergelijking tussen twee andere lidstaten, maar de beperkte middelen en talenkennis spelen bij deze keuze ook een rol.

1.4.2 GEMEENTELIJKE HANDHAVING IN NEDERLAND

Bij aanvang van het onderzoek was het de bedoeling de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling in Nederland als uitgangspunt voor dit onderzoek te nemen. Onderdeel daarvan was de implementatie van de verplichtingen uit artikel 7, aanhef en eerste lid, sub d van de richtlijn. Op grond van deze bepaling zijn lidstaten verplicht om mogelijk te maken dat bedrijven die zich schuldig maken aan illegale tewerkstelling kunnen worden stil gelegd of dat een vergunning voor het uitoefenen van dat bedrijf kan worden ingetrokken. Doel van het onderzoek naar gemeentelijke handhaving was in kaart te brengen in hoeverre de strafrechtelijke sluitingsbevoegdheid zoals die was opgenomen in de Wet economische delicten (Wed) in combinatie met de gemeentelijke handhavingsmogelijkheden voldoende was om aan de verplichtingen van de richtlijn te voldoen. Onderdeel daarvan was een veldonderzoek naar de daadwerkelijke handhaving op gemeentelijk niveau, omdat uit de jurisprudentie blijkt dat de handhaving per gemeente sterk kan verschillen.

Ten aanzien van dit deelonderzoek hebben zich twee ontwikkelingen voorgedaan. Op de eerste plaats is de focus van het promotieonderzoek verschoven naar de *Europese*, strafrechtelijke werkgeverssancties. Ten tweede is in Nederland de zogenaamde preventieve stillegging ingevoerd op 1 januari 2013, waardoor Nederland in ieder geval voldoet aan de verplichtingen van de richtlijn.[16] Echter, het onderzoek naar gemeentelijke handhaving heeft zijn waarde voor dit proefschrift behouden nu uit het onderzoek blijkt dat de praktijk van de gemeentelijke handhaving parallellen vertoont met de handhaving op lidstaatniveau. Net als op lidstaatniveau, zoals zal blijken uit de conclusies, is bij de gemeentelijke handhaving capaciteit en prioriteit voor de handhaving belangrijk voor het, vaak geringe, niveau van de handhaving. De invoering van de preventieve stillegging is gebaseerd op onvrede over het gebruik van de bestaande strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sluitingsbevoegdheden, dit terwijl naar de toepassing van de bestuursrechtelijke bevoegdheden op gemeentelijk niveau voor zover mij bekend nooit onderzoek is gedaan. Opnieuw is in Nederland dus, zonder voorafgaand onderzoek, op basis van onvrede over de effectiviteit van het strafrecht overgestapt naar het bestuursrecht.

[16] Zie uitgebreid hoofdstuk 3, par. 3.3.4.3 en hoofdstuk 4, par. 4.4.

1.4.3 CRIMMIGRATION

In hoofdstuk zes worden de Amerikaanse werkgeverssancties en hun rol in de crimmigration literatuur besproken. Crimmigration is de aanduiding van een ontwikkeling in de VS waarbij strafrecht en migratierecht steeds verder convergeren. Deze convergentie heeft als gevolg dat migratierechtelijke overtredingen steeds vaker strafrechtelijke consequenties krijgen en strafrechtelijke overtredingen steeds meer migratierechtelijke consequenties. Zowel voor de vreemdeling zelf als voor de *facilitator:* degene die hun binnenkomst of verblijf mogelijk maakt. Een belangrijk aspect van crimmigration is het gevolg voor de betrokken individuen. Vrijwel altijd gaat het incorporeren van strafrechtelijke maatregelen in het migratierecht gepaard met het verminderen van de rechtsbescherming. Er is sprake van 'ad hoc instrumentalisering'.[17] Dat is een manier van denken over het recht en juridische instituties waarbij de overheid per geval of situatie het instrument uitzoekt waarmee het hardst en meest effectief kan optreden. Waarborgen voor de betrokken personen zijn slechts in zoverre relevant dat ze een effectieve handhaving niet in de weg mogen zitten. In hoofdstuk zes wordt onderzocht in hoeverre de keuze voor het opnemen van strafrechtelijke sancties in de richtlijn past in de ontwikkelingen die worden beschreven in de crimmigration literatuur.

De crimmigration literatuur wordt niet alleen gebruikt in een poging de Europese ontwikkelingen te duiden. De bevindingen uit dit proefschrift over Europese werkgeverssancties voegen ook iets toe aan het gebruik van de crimmigration literatuur in Europa. Verschillende auteurs zijn van mening dat crimmigration langzaam maar zeker voet aan de grond begint te krijgen in Europa.[18] Wanneer bij het transplanteren van crimmigration naar Europa echter alleen, zoals in de VS, strikt naar het strafrecht wordt gekeken blijven ontwikkelingen zoals de opkomst van de bestuurlijke boete buiten beeld. Dit terwijl de ontwikkelingen in het bestuursrecht wel degelijk relevant kunnen zijn om processen van crimmigration te beschrijven. In de Amerikaanse crimmigration literatuur valt het 'harder optreden' altijd samen met een verschuiving naar het strafrecht. Dit proefschrift laat zien dat dit in Nederland niet noodzakelijkerwijs zo is. 'Harder optreden' kan ook gepaard gaan met het verlaten van strafrechtelijke handhaving en de opkomst van bestuursrechtelijke instrumenten. Het is een belangrijke vraag of er bij het verlaten van strafrecht niet alsnog sprake is van de inhoudelijke gevolgen voor de rechtsbescherming zoals die worden beschreven in de crimmigration literatuur. Het is daarom belangrijk de

[17] Sklansky 2012.

[18] Van der Leun 2010, Van der Leun & Van der Woude 2012, Staring 2012, Guia, Van der Woude & van der Leun 2012, Desmond 2012, Garcia 2012, Da Graca Borges 2012, Peers et al 2012, Mitsilegas 2012, Van der Leun, Van der Woude & De Ridder 2013.

strikte verbondenheid met het strafrecht los te laten bij onderzoek naar crimmigration in Europa, zo blijkt uit mijn onderzoek.

1.5 VERANTWOORDING REIKWIJDTE EN CONCLUSIES

In de conclusies komen de onderzoeksvraag en deelvragen opnieuw aan de orde. Naast de conclusies ten aanzien van de juridische grondslag in het verdrag en de opvattingen van de Commissie over de rol en effectiviteit van het strafrecht bevat de slotbeschouwing nog een aantal algemenere conclusies betreffende de bezwaren bij het voorschrijven van strafrecht in richtlijnen, een op basis van dit onderzoek geformuleerde voorwaarde voor het welslagen van de Werkgeversanctierichtlijn en een op de crimmigration literatuur gebaseerde aanbeveling voor de academische discussie op het gebied van de verhouding tussen straf- en bestuursrechtelijke handhaving. Het proefschrift is dus breder dan enkel de vraag naar de juridische grondslag van de richtlijn in het verdrag en de opvattingen van de Commissie. Tussen de bouwstenen die nodig waren om het hoofdonderwerp te onderzoeken bestaan ook onderling interessante verbanden. De verschillende onderwerpen die in de hoofdstukken van dit proefschrift aan bod komen hebben dus (uiteraard niet geheel toevallig) meer met elkaar te maken dan in eerste instantie misschien gedacht zou kunnen worden. De uitkomsten van de rechtsvergelijking tussen Nederland en Duitsland zijn van belang voor het beoordelen van de onontbeerlijkheid van de strafrechtelijke sancties in de richtlijn, maar de rechtsvergelijking laat ook zien dat het onderscheid tussen de definitie van strafrecht en bestuursrecht binnen lidstaten aan het vervagen is en tussen lidstaten kan verschillen. Uit de rechtsvergelijking blijkt dat de Duitse bestuursrechtelijke handhaving in Nederland zou worden gezien als een strafbeschikking en derhalve tot het strafrecht zou worden gerekend. De Nederlandse strafbeschikking zou in Duitsland juist tot het bestuursrecht worden gerekend. Dit verschil in nationale classificatie van instrumenten toont aan dat het voorschrijven van strafrecht in een richtlijn niet in elke lidstaat tot toepassing van hetzelfde (vermeend effectieve) instrument hoeft te leiden. Dit is niet alleen een belangrijk gegeven voor de gevolgen van het voorschrijven van strafrecht in een richtlijn, maar ook voor de transplantatie van de crimmigration literatuur naar Europa. De crimmigration literatuur wordt op haar beurt in dit proefschrift gebruikt in een poging de strafrechtelijke sancties in de richtlijn te verklaren, maar blijkt ook belangrijke lessen te bevatten voor de Nederlandse discussie over de verschillen en overeenkomsten tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving. De Nederlandse gemeentelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling blijkt sterk afhankelijk van de capaciteit en prioriteiten van de verschillende gemeenten, net zoals de handhaving van dat verbod op lidstaatniveau ook sterker afhankelijk is van de aanwezige capaciteit

en prioriteit voor de handhaving dan van de soort of het aantal aanwezige handhavingsinstrumenten.

Toch is de reikwijdte van het onderzoek en dus ook van de conclusies tegelijkertijd ook beperkt. Zoals elk onderzoek noopt de beschikbare tijd tot beperking van de onderwerpen die aan bod kunnen komen. Dit proefschrift bevat geen uitgebreid overzicht van de jurisprudentie ten aanzien van de verschillende aspecten van de Wav: voor de beantwoording van de onderzoeksvraag is de beleidsmatige kant van de handhaving relevant en bovendien bestaan van de jurisprudentie al overzichten.[19] Eenzelfde beperking geldt voor de rechtsvergelijking. Het doel van die vergelijking voor dit proefschrift is niet om een uitgebreid *best practices* overzicht te geven met betrekking tot de handhaving in Nederland en Duitsland noch om aan te tonen wat Nederland en Duitsland van elkaar kunnen leren. Het doel is om na te gaan of de handhaving in deze twee lidstaten de keuze voor het opnemen van strafrechtelijke sancties in de richtlijn kan verklaren of onderbouwen. Juist omdat de handhaving in deze lidstaten zoveel op elkaar lijkt is het verschil, het wel of niet inzetten van strafrecht, goed te analyseren. Een normatieve beoordeling van het Nederlandse systeem aan de hand van het Duitse systeem of vice versa vergt een ander soort onderzoek en is op de keper beschouwd niet relevant voor de beantwoording van de onderzoeksvraag.

Tot slot, luidt aan het eind van de slotbeschouwing de conclusie dat een academische discussie over het niveau van rechtsbescherming bij bestraffend optreden door de staat belangrijker is dan discussies over de definities en verschillen van en tussen het strafrecht en bestuursrecht. Het ontbreekt in dit proefschrift aan een normatief kader (bijvoorbeeld in de vorm van een rechtvaardigingstheorie) waarop dat niveau van rechtsbescherming kan worden gebaseerd. Ook dat is per saldo niet relevant voor de beantwoording van de onderzoeksvraag. Het antwoord op die vraag is derhalve beperkt tot de evenredigheidstoets en de rol van de bestuursrechter en strafrechter bij boetes op grond van de Wav.

1.6 METHODOLOGIE

Het grootste deel van de bevindingen in het proefschrift is het resultaat van een klassiek, juridisch (literatuur)onderzoek. De uitkomsten zijn gebaseerd op onderzoek naar de inhoud en totstandkoming van de richtlijn, andere instrumenten, verdragen, jurisprudentie, Nederlandse en Duitse wetten en lagere regelgeving en de bestudering van wetenschappelijke literatuur, rapporten, jaarverslagen, mediaberichtgeving etc. Voor hoofdstuk twee, vier en vijf zijn verschillende betrokkenen geïnterviewd. In hoofdstuk vier is niet enkel volstaan

[19] Verboom 2007, Franssen 2013 en Franssen & Groeneweg 2013.

met een weergave van de juridische mogelijkheden en jurisprudentie. Bestudering van deze bronnen gaf aanleiding om door middel van *case studies* onderzoek te doen naar de *feitelijke* handhaving, om de redenen voor de uiteenlopende handhaving bij verschillende gemeenten te achterhalen. De methodologie van het onderzoek naar de gemeentelijke handhaving is uitgebreid verantwoord in bijlage 1 bij dit proefschrift.

1.7 TERMINOLOGIE

Een aantal van de begrippen die in dit proefschrift worden gebruikt verdient een korte toelichting. Allereerst heeft een aantal relevante Europese instituties recentelijk een naamswijziging ondergaan. Ik gebruik de nieuwe aanduiding, tenzij het een directe verwijzing naar een bron betreft. Een belangrijke groep personen in dit proefschrift zijn zogenaamde derdelanders (personen die geen onderdaan zijn van een van de EU-lidstaten) zonder geldige verblijfstitel. De meeste (sociaalwetenschappelijke) literatuur spreekt over 'regular migrants' (reguliere migranten) en 'irregular migrants' (irreguliere migranten). Nadeel van deze termen is dat de precieze juridische status van deze migranten vaak onduidelijk blijft. Gezien het juridische karakter van dit proefschrift gebruik ik de aanduidingen Unieburgers (onderdanen van EU-lidstaten), derdelanders (*Third country national*, iemand die onderdaan is van een staat die geen lid is van de EU) en vreemdeling (iedereen die niet de Nederlandse nationaliteit bezit en ook niet op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander moet worden behandeld).[20] Waar relevant zal ik aangeven of de laatste twee groepen wel of niet in het bezit zijn van een geldige verblijfstitel.

De juridische verblijfsstatus van de vreemdeling en de juridische status van de tewerkstelling moeten los van elkaar gezien worden en kunnen in verschillende combinaties voorkomen:

[20] Art. 1, onder m, Vreemdelingenwet 2000.

HERKOMST	VERBLIJFSTITEL	TEWERKSTELLING
Derdelander	Zonder geldige verblijfstitel	Illegaal tewerkgesteld
Derdelander	Met geldige verblijfstitel	Illegaal tewerkgesteld (bijvoorbeeld overschrijding van het toegestaan aantal uur op basis van de verblijfsvergunning voor studie)
Derdelander	Met geldige verblijfstitel	Tewerkgesteld conform Wav
EU onderdaan	Geldig verblijfsrecht	Illegaal tewerkgesteld (onderdaan van een lidstaat waarvoor het vrij verkeer nog is beperkt)
EU onderdaan	Geldig verblijfsrecht	Tewerkgesteld conform Wav, want op grond van het Unierecht vrijgesteld van vergunningplicht

Tabel 1.1: Overzicht van verschillende combinaties verblijfsstatus en tewerkstelling.

Dit onderscheid is van belang omdat een aantal wettelijke regelingen slechts op enkele van deze groepen van toepassing is. De richtlijn is expliciet alleen van toepassing op derdelanders zonder geldige verblijfstitel (categorie 1). De Wav is op alle categorieën van toepassing.[21]

[21] Terwijl blijkens de memorie van toelichting de Wav eigenlijk enkel bedoeld was voor de eerste categorie, zie *Kamerstukken* II 1993/94, 23 574, nr. 3.

HOOFDSTUK 2 – De Werkgeverssanctierichtlijn

2.1 INLEIDING

Dit hoofdstuk behandelt de achtergrond, totstandkoming, grondslag en inhoud van Richtlijn 2009/52/EG.[22] Deze richtlijn is onderdeel van het integraal migratiebeleid van de EU.[23] Kern van dit beleid is het mogelijk maken van legale migratie enerzijds en de bestrijding van illegale migratie anderzijds. Ter bestrijding van illegale migratie probeert de Commissie een aantal push- en pullfactoren weg te nemen. Een van de pullfactoren is de mogelijkheid om in de EU werk te vinden zonder geldige verblijfstitel. De richtlijn beoogt de vraag naar illegaal verblijvende arbeidskrachten in te dammen door lidstaten te verplichten een verbod op illegale tewerkstelling op te nemen en daarnaast sancties en preventieve maatregelen bij overtreding van dit verbod voor te schrijven.[24] Daarnaast bevat de richtlijn bepaalde sociale rechten voor de illegaal tewerkgestelde vreemdelingen. Samen met Richtlijn 2004/81/EG[25] (betreffende de verblijfstitel die in ruil voor samenwerking met de bevoegde autoriteiten wordt afgegeven aan onderdanen van derde landen die het slachtoffer zijn van mensenhandel of hulp hebben gekregen bij illegale immigratie) is de richtlijn het belangrijkste bindende instrument betreffende de sociale en procedurele rechten voor derdelanders zonder geldige verblijfsstatus.[26] De sociale rechten die de richtlijn toekent aan de illegaal tewerkgestelde vreemdelingen lijken zowel te dienen ter verbetering van de positie van de vreemdeling als ter disciplinering van de werkgever.[27] Volgens enkelen zijn de sociale bepalingen dan ook de belangrijkste bepalingen van de richtlijn.[28] Een nooit aangenomen ontwerprichtlijn uit 1976 en 1978 met een overeenkomstige inhoud was gebaseerd op de *social policy* grondslag van het EEG-verdrag. De gebruikte grondslag voor de huidige richtlijn is echter een migratierechtelijke.

Illegale tewerkstelling wordt door de Commissie bestreden vanwege de aantrekkingskracht van de mogelijkheid van illegale tewerkstelling op potentiële

---

22 *PbEU* 2009, L 168/24. Voluit: 'Richtlijn 2009/52/EG van het Europees parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen'.

23 Raadsdocument van 23 mei 2007, 9871/07 en COM(2007) 249 def.

24 COM(2007) 249 def., p. 2.

25 *PbEU* 2004, L 261/19.

26 Peers 2011, p. 546.

27 COM(2007) 249 def. en interview met ambtenaren van DG Home Affairs, Unit B1 Immigration and Integration, 7 maart 2012, Brussel.

28 Carrera & Guild 2007, Dewhurst 2011 en de vakbondsorganisatie ETUC, zie par. 4.1. Klap & De Lange 2008 stellen op nationaal niveau dat ook de werkgeverssancties zelf eerder een instrument van arbeidsmarktregulering zijn dan van migratiecontrole.

illegale migranten. Daarnaast leidt illegale tewerkstelling tot nadelen voor de publieke kas, oneerlijke concurrentieverhoudingen, afbreuk aan de legale migratiemogelijkheden en mogelijke vreemdelingenhaat.[29] Ook de uitbuiting en aan slavernij grenzende arbeidsomstandigheden zijn zorgelijk en een reden om illegale migratie te bestrijden.[30] Illegale tewerkstelling wordt in de richtlijn aangepakt door het voorschrijven van minimumnormen met betrekking tot verschillende bestuursrechtelijke en stafrechtelijke sancties, (preventieve) maatregelen en sociale rechten.

De keuze om strafrecht voor te schrijven vanwege de vermeende effectiviteit[31] staat lijnrecht tegenover de Nederlandse keuze om te werken met bestuursrechtelijke handhaving, eveneens vanwege de effectiviteit.[32] Om dit verschil te kunnen verklaren is het noodzakelijk een goed beeld te krijgen van de keuzes die de Commissie heeft gemaakt en waarop deze gestoeld zijn. Daarom wordt in dit hoofdstuk aandacht besteed aan de totstandkoming van de richtlijn. Het hoofdstuk start met een beschrijving van de bepalingen van de richtlijn. Deze beschrijving is een bewerkte en uitgebreide versie van eerdere publicaties.[33] Na de bespreking van de inhoud van de handhavingsvoorschriften van de richtlijn volgt een beschrijving en analyse van de achtergrond van de richtlijn, waarbij de voorlopers van de richtlijn en de ontwikkeling van het Europees migratiebeleid (paragraaf 2.3.1), de doelstelling van de richtlijn (paragraaf 2.3.2) en de juridische context van de richtlijn (paragraaf 2.3.3) aan de orde komen. De totstandkoming van het Commissievoorstel en de ontwikkeling van het Commissievoorstel tot de uiteindelijk gepubliceerde tekst komen daarna aan de orde. Dit hoofdstuk is gebaseerd op bestudering van regelgeving, documentatie en literatuur, en op een interviews met twee medewerkers van de Commissie, een consultant van onderzoeksbureau GHK Consultancy, een vertegenwoordiger van vakbondsorganisatie European Trade Union Confederation (ETUC) en een voormalig lid de PES fractie van het EP.

2.2 INHOUD RICHTLIJN

In deze paragraaf wordt de inhoud van de richtlijn besproken. De richtlijn bestaat uit verschillende onderdelen: de definities, de centrale verbodsbepaling, een regeling van de vereiste preventieve maatregelen, van de sancties en maatregelen, van de strafrechtelijke sancties en van de klachten en inspecties. Het belangrijkste onderdeel van de richtlijn is de centrale verbodsbepaling in artikel 3, die lidstaten verplicht illegale tewerkstelling te verbieden. Naleving van dit

[29] COM(2006) 402 def., p. 9.
[30] COM(2006) 402 def., p. 9.
[31] Preambule Richtlijn 2009/52/EG, onder (22).
[32] *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 1.
[33] Krop, De Lange & Tjebbes 2009 en Krop & De Lange 2013.

verbod dient te worden afgedwongen door een combinatie van preventieve maatregelen en verschillende sancties. De preventieve maatregelen behelzen de verplichting voor de werkgevers om de documenten en verblijfsstatus van hun (toekomstige) werknemers te controleren en de tewerkstelling te melden bij de nationale autoriteiten.[34] De door de lidstaten in te voeren sancties en maatregelen bestaan uit financiële sancties, zoals boetes[35] en maatregelen, zoals het intrekken van vergunningen en het uitsluiten van aanbestedingen.[36] Daarnaast kunnen werkgevers worden gedwongen tot nabetaling van achterstallig loon aan de werknemer.[37] Deze sancties en maatregelen moeten op basis van artikel 8 niet alleen aan de directe werkgever kunnen worden opgelegd maar ook tegen opdrachtgevers. De artikelen 9 tot en met 12 hebben betrekking op de oplegging van strafrechtelijke sancties en sancties tegen rechtspersonen. In de artikelen 13 en 14 zijn het faciliteren van klachten door de werknemers en verplichtingen met betrekking tot inspecties neergelegd. De laatste artikelen betreffen de minimumharmonisatie,[38] omzetting,[39] verslaglegging[40] en de inwerkingtreding.[41]

De richtlijn voorziet in minimumharmonisatie. Dit blijkt uit de titel van de richtlijn, uit overweging 4 van de preambule en uit enkele artikelen in de richtlijn.[42] Dit betekent dat de lidstaten in beginsel strengere nationale normen mogen invoeren.[43] Overigens is er geen sprake van strikte minimumharmonisatie. Een aantal van de voorschriften in de richtlijn is optioneel en geeft de lidstaten de ruimte om bepaalde instrumenten wel of niet in te voeren.[44]

Vanwege de gebruikte grondslag voor de richtlijn (artikel 63, derde lid, onder b van het toenmalig EG-verdrag)[45] heeft de richtlijn enkel betrekking op illegale tewerkstelling van derdelanders zonder geldige verblijfsstatus binnen de EU. Deze grondslag ziet namelijk op maatregelen inzake immigratiebeleid ten aanzien van illegale immigratie en illegaal verblijf. De beperkte reikwijdte wordt expliciet genoemd in de preambule onder overweging 5: *'Deze richtlijn mag geen betrekking hebben op onderdanen van derde landen die legaal in een lidstaat verblijven, ongeacht of zij op zijn grondgebied mogen werken.'*

In deze paragraaf komen, na de doelstellingen en de centrale verbodsbepaling van de richtlijn, de in de richtlijn opgenomen preventieve maatregelen

[34] Art. 4, Richtlijn 2009/52/EG.
[35] Art. 5, Richtlijn 2009/52/EG.
[36] Art. 7, Richtlijn 2009/52/EG.
[37] Art. 6, Richtlijn 2009/52/EG.
[38] Art. 15, Richtlijn 2009/52/EG.
[39] Art. 17, Richtlijn 2009/52/EG.
[40] Art. 16, Richtlijn 2009/52/EG.
[41] Art. 18, Richtlijn 2009/52/EG.
[42] Waaronder art. 1, Richtlijn 2009/52/EG.
[43] Eijsbouts, Jans & Vogelaar 2006, p. 132.
[44] Bijvoorbeeld art. 4, 5, 7, 8, 10 en 12.
[45] Huidig art. 79 VWEU.

en sancties (privaat-, bestuurs- en strafrechtelijk) aan de orde. Vervolgens worden de bepalingen met betrekking tot inspecties en klachtenprocedures besproken.

2.2.1 DOEL EN CENTRALE VERBODSBEPALING

Artikel 1 beschrijft het doel van de richtlijn: het bestrijden van illegale tewerkstelling door het verbieden van de tewerkstelling van derdelanders zonder geldige verblijfstitel. Met het oog hierop worden minimumnormen vastgesteld ten aanzien van werkgevers die het verbod overtreden.

Artikel 3 is de centrale verbodsbepaling van de richtlijn.[46] Het eerste lid draagt lidstaten op de tewerkstelling van onderdanen van derde landen zonder geldige verblijfstitel te verbieden. Het tweede lid draagt de lidstaten op een overtreding van dit verbod te bestraffen met de in de richtlijn vastgestelde sancties en maatregelen. Het derde lid, dat lidstaten de mogelijkheid geeft om het verbod niet toe te passen op de tewerkstelling van illegaal verblijvende vreemdelingen die niet worden uitgezet, is toegevoegd om het Duitse concept van *Duldung* te kunnen behouden, een soort gedoogstatus waarbij een vreemdeling geen recht heeft om te verblijven, maar de uitzetting wordt uitgesteld. In de tussentijd mag de vreemdeling in Duitsland werken.[47]

2.2.2 PREVENTIEVE MAATREGELEN

Ter ondersteuning van het verbod op illegale tewerkstelling dienen de lidstaten de werkgevers te verplichten enkele preventieve maatregelen te treffen. Ingevolge artikel 4 moet aan werkgevers de verplichting worden opgelegd de verblijfsdocumenten van hun werknemers te controleren,[48] een afschrift van deze documenten te bewaren voor de duur van de tewerkstelling en voor inspectie gereed te houden[49] en de aanvang van de tewerkstelling te notificeren bij de bevoegde autoriteiten in de lidstaat.[50]

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 ervan op de hoogte waren dat het een vervalsing betrof.[51] Aangezien de richtlijn minimumharmonisatie nastreeft kunnen lidstaten strengere eisen stellen aan het ontlopen van aansprakelijkheid.

Voor werkzaamheden die in de privésfeer ten behoeve van natuurlijke personen worden verricht, kan een vereenvoudigde notificatieregeling worden

---

46 (SEC)2007, 604, p. 6.
47 Schierle 2010, p. 555.
48 Art. 4, eerste lid, onder a, Richtlijn 2009/52/EG.
49 Art. 4, eerste lid, onder b, Richtlijn 2009/52/EG.
50 Art. 4, eerste lid, onder c, Richtlijn 2009/52/EG.
51 Art. 4, derde lid, Richtlijn 2009/52/EG.

ingevoerd en voor derdelanders die in het bezit zijn van een verblijfsvergunning *EU-langdurig ingezetene* kan worden afgezien van een notificatieplicht.[52] Overigens is het aan de lidstaten om te kiezen of het niet naleven van de verplichtingen op grond van dit artikel sancties tot gevolg heeft. De artikelen van de richtlijn die sancties voorschrijven zien op overtredingen van het verbod op illegale tewerkstelling, niet op de administratieve voorschriften.[53]

Men zou zich kunnen afvragen of de notificatieverplichting de grondslag van de richtlijn (maatregelen inzake immigratiebeleid ten aanzien van illegale immigratie en illegaal verblijf) niet overschrijdt nu deze maatregel voor alle derdelanders geldt, en niet enkel voor derdelanders zonder geldige verblijfsstatus.[54] Deze verplichting kan echter wel degelijk worden gezien als maatregel ter bestrijding van illegale immigratie. Controle van documenten is daar een onderdeel van. Het is onmogelijk enkel de derdelanders zónder geldige verblijfsstatus te controleren. De status van de derdelander weet de werkgever immers pas na de controle.

2.2.3 PRIVAATRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID

Naast de preventieve maatregelen moeten de lidstaten ervoor zorgen dat werkgevers die het verbod op illegale tewerkstelling overtreden privaatrechtelijk kunnen worden aangesproken door of namens de werknemer. In artikel 6 wordt de lidstaten opgedragen te regelen dat de werkgevers die het verbod in artikel 3 overtreden verantwoordelijk zijn voor de betaling van achterstallig loon[55] en belastingen en premies,[56] inclusief de eventuele kosten van verzending van dat geld naar het buitenland als de vreemdeling is uitgezet of teruggekeerd.[57] Bij een dergelijke loonvordering moet worden uitgegaan van een fictief dienstverband van drie maanden, tenzij werkgever of werknemer het tegendeel kunnen bewijzen.[58] Peers merkt op dat er niets is geregeld omtrent het aantal gewerkte uren waarvan moet worden uitgegaan bij deze drie maanden.[59] Tevens bestaat er volgens Peers een verplichting om rente te betalen over de vordering en moeten lidstaten ervoor zorgen dat de vordering binnen een bepaalde termijn betaald wordt. Dit volgt niet direct uit de richtlijn, maar is noodzakelijk voor een effectieve werking van het EU recht, aldus Peers.[60]

---

52 Art. 4, tweede lid, Richtlijn 2009/52/EG.
53 Zie art. 5 en 9 en Peers 2011, p. 550.
54 *Kamerstukken I* 2011/12, 32 843, nr. A, p. 2.
55 Art. 6, eerste lid, onder a, Richtlijn 2009/52/EG.
56 Art. 6, eerste lid, onder b, Richtlijn 2009/52/EG.
57 Art. 6, eerste lid, onder c, Richtlijn 2009/52/EG.
58 Art. 6, derde lid, Richtlijn 2009/52/EG.
59 Peers 2011, p. 551.
60 Peers 2011, p. 552.

De lidstaten moeten het mogelijk maken voor de werknemer om eventueel vanuit een derde land een loonvordering te (laten) instellen tegen de voormalige werkgever én de nabetaling te ontvangen.[61] Daarnaast moeten de lidstaten de werknemers voorafgaand aan uitzetting stelselmatig en objectief voorlichten over hun rechten op nabetaling.[62] Een tijdelijke verblijfsvergunning op grond van de klachtenregeling (zie hierna) kan worden verlengd totdat de nabetaling heeft plaatsgevonden.[63]

Voor het achterstallig loon en de eventuele kosten van verzending van het geld moeten eventuele directe opdrachtgevers van de werkgever tot betaling verplicht kunnen worden,[64] tenzij zij naar nationaal recht de gepaste zorgvuldigheid hebben betracht.[65] De overige werkgevers in de keten moeten tot betaling verplicht kunnen worden indien zij op de hoogte waren van de illegale tewerkstelling.[66] Ten aanzien van de bepalingen over onderaanneming staat het de lidstaten vrij om striktere aansprakelijkheidsregels vast te leggen in de nationale wetgeving.[67] Daarnaast maakt de richtlijn expliciet duidelijk dat het hier gaat om minimumnormen en dat het de lidstaten vrij staat om bepalingen op te nemen die gunstiger zijn voor de werknemers, zolang deze bepalingen maar verenigbaar zijn met de richtlijn.[68]

2.2.4 SANCTIES EN MAATREGELEN

De richtlijn noemt in artikel 5 een aantal sancties en maatregelen dat door de lidstaten moeten kunnen worden opgelegd aan overtreders van het verbod op illegale tewerkstelling. De sancties dienen doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend te zijn.[69] De lidstaten zijn vrij om te kiezen in welk rechtsgebied deze sancties worden ondergebracht.[70]

Tot de sancties op grond van artikel 5 behoren in ieder geval financiële sancties waarvan het bedrag stijgt naargelang het aantal derdelanders dat illegaal is tewerkgesteld[71] en het vergoeden van de terugkeerkosten van de illegaal

---

61 Art. 6, tweede en vierde lid, Richtlijn 2009/52/EG.
62 Art. 6, eerste lid, tweede alinea, Richtlijn 2009/52/EG.
63 Art. 6, vijfde lid, Richtlijn 2009/52/EG.
64 Art. 8, eerste lid, onder b, Richtlijn 2009/52/EG.
65 Art. 8, derde lid, Richtlijn 2009/52/EG.
66 Art. 8, tweede lid, Richtlijn 2009/52/EG.
67 Art. 8, vierde lid, Richtlijn 2009/52/EG.
68 Art. 15, Richtlijn 2009/52/EG.
69 Art. 5, eerste lid, Richtlijn 2009/52/EG.
70 Verslag strafrechtwerkgroep, 2007/0094(COD) 10295/08, p. 9.
71 Art. 5, tweede lid, onder a, Richtlijn 2009/52/EG. Volgens Peers 2011 is de precieze toepassing van dit artikel aan de lidstaten overgelaten en kunnen deze zodoende bepalen *'the exact numbers which will entail higher penalties'* (voetnoot 404). Wellicht vanwege mijn kennis van het Nederlandse systeem is het lastig de bepaling zo te lezen dat er hier vrijheid voor de lidstaten ontstaat. Zowel de Nederlandse tekst als de Engelse spreken naar mijn mening van een verhoging van de boete per extra vreemdeling. Dit hoeft niet een verhoging

tewerkgestelde vreemdeling door de werkgever.[72] Het verhalen van de terugkeerkosten kan door de lidstaten vervangen worden door de gemiddelde terugkeerkosten onderdeel uit te laten maken van de zojuist genoemde financiële sancties.[73] Lidstaten mogen de hoogte van de sancties naar beneden bijstellen indien de overtreding is begaan door een natuurlijk persoon zonder dat er sprake is van arbeidsgerelateerde uitbuiting.[74] Uit de bewoording *'tot de sancties [...] behoren'*[75] moet worden opgemaakt dat de lijst met sancties niet uitputtend is.[76]

In situaties van onderaanneming kan de directe opdrachtgever van de werkgever een sanctie krijgen opgelegd op grond van artikel 5,[77] tenzij de opdrachtgever naar nationaal recht voldoende zorgvuldigheid heeft betracht. [78] De overige werkgevers in de keten kunnen sancties opgelegd krijgen indien ze op de hoogte waren van de illegale tewerkstelling.[79]

Naast de mogelijkheid tot het opleggen van de sancties uit artikel 5 moeten de lidstaten op grond van artikel 7 nog andere maatregelen kunnen opleggen. Deze maatregelen kunnen worden gecombineerd met de in artikel 5 beschreven sancties.[80] Uit de formulering blijkt dat de lidstaten moeten beschikken over de *bevoegdheid* om de maatregelen op te leggen, maar dat de maatregel alleen 'zo nodig' daadwerkelijk opgelegd hoeft worden. Ook per 'zo nodig' op te leggen maatregel is er ruimte voor eigen invulling door de lidstaten. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de maatregelen genoemd onder a. en c. waar het gaat om uitsluiting of terugvordering van 'bepaalde of alle' overheidsuitkeringen, steun of subsidies. Ook bij dit artikel wordt veel overgelaten aan de discretie van de lidstaten.[81]

De maatregelen bestaan uit de uitsluiting van het recht op bepaalde of alle overheidsuitkeringen, steun of subsidies en deelname aan overheidsopdrachten voor ten hoogste vijf jaar[82] en terugvordering van bepaalde of alle overheidsuitkeringen, steun of subsidies die de twaalf maanden voorafgaand aan de

---

met factor één te zijn, maar geldt zeker niet pas vanaf een 'drempelaantal' vreemdelingen. Schierle 2010 lijkt ook uit te gaan van een verhoging van de boete per extra vreemdeling, maar benadrukt tevens dat de verhoging niet lineair hoeft te zijn (p. 560). Wellicht dat Peers zijn opvatting baseert op de totstandkomingsgeschiedenis van art. 9, waarbij gediscussieerd werd over het aantal vreemdelingen dat nodig was voor strafrechtelijke aansprakelijkheid.

72 Art. 5, tweede lid, onder b, Richtlijn 2009/52/EG.

73 Art. 5, tweede lid, onder b, Richtlijn 2009/52/EG.

74 Een van de omstandigheden uit art. 9 waaronder illegale tewerkstelling strafrechtelijk vervolgd moet worden.

75 Art. 5, Richtlijn 2009/52/EG.

76 Peers 2011, p. 550.

77 Art. 8, eerste lid, onder a, Richtlijn 2009/52/EG.

78 Art. 8, derde lid, Richtlijn 2009/52/EG.

79 Art. 8, tweede lid, Richtlijn 2009/52/EG.

80 Art. 7, eerste lid, Richtlijn 2009/52/EG.

81 Art. 7, eerste lid, Richtlijn 2009/52/EG.

82 Art. 7, eerste lid, onder a en b, Richtlijn 2009/52/EG.

overtreding zijn toegekend.[83] Ook het tijdelijk of definitief sluiten van vestigingen waar de overtreding heeft plaatsgevonden of de tijdelijke of definitieve intrekking van vergunningen voor bepaalde bedrijfsactiviteiten (mits gerechtvaardigd door de ernst van de inbreuk), behoren tot de maatregelen.[84] Natuurlijke personen kunnen van deze maatregelen worden uitgezonderd indien de tewerkstelling hun persoonlijke doelen diende.[85] De term 'persoonlijke doelen' is echter in de richtlijn noch in de voorbereidende stukken toegelicht.

Tot het arsenaal van bestuurlijke sancties en maatregelen behoort ook de mogelijkheid tot *'naming and shaming'*, oftewel het bijhouden van een openbare lijst met rechtspersonen die strafrechtelijk zijn vervolgd naar aanleiding van artikel 9 van de richtlijn.[86] Het bijhouden van deze lijst is voor de lidstaten niet verplicht.[87]

2.2.5 STRAFRECHTELIJKE SANCTIES

Naast de mogelijkheid tot het opleggen van bestuursrechtelijke sancties en maatregelen moeten lidstaten overtredingen door natuurlijke personen van het verbod op illegale tewerkstellingen op grond van artikel 9 onder bepaalde verzwarende omstandigheden kwalificeren als een strafbaar feit.[88] Dit is de eerste richtlijn buiten het milieurecht waarin het gebruik van strafrecht voorgeschreven wordt.[89] De bevoegdheid om binnen de Eerste Pijler van de EU strafrechtelijke sancties voor te schrijven bespreek ik in paragraaf 2.3.3.2.

De overtreding moet worden aangemerkt als een strafbaar feit indien deze 'blijft doorgaan of voortdurend wordt herhaald';[90] de overtreding 'betrekking heeft op gelijktijdige tewerkstelling van een aanzienlijk aantal illegaal verblijvende onderdanen van derde landen';[91] de overtreding 'gepaard gaat met arbeidsgerelateerde uitbuiting';[92] de overtreding 'wordt begaan door een werkgever die weliswaar niet beschuldigd is van of veroordeeld voor een [mensenhandel gerelateerd feit] 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';[93] of de overtreding 'de illegale tewerkstelling van een minderjarige betreft.'[94] Het moet hierbij altijd

[83] Art. 7, eerste lid, onder c, Richtlijn 2009/52/EG.
[84] Art. 7, eerste lid, onder d, Richtlijn 2009/52/EG.
[85] Art. 7, tweede lid, Richtlijn 2009/52/EG.
[86] Art. 12, tweede alinea, Richtlijn 2009/52/EG.
[87] 2007/0094 (COD) 11366/08, p. 13.
[88] Art. 9, eerste lid, Richtlijn 2009/52/EG.
[89] Peers 2011, p. 547.
[90] Art. 9, eerste lid, onder a, Richtlijn 2009/52/EG.
[91] Art. 9, eerste lid, onder b, Richtlijn 2009/52/EG.
[92] Art. 9, eerste lid, onder c, Richtlijn 2009/52/EG.
[93] Art. 9, eerste lid, onder d, Richtlijn 2009/52/EG.
[94] Art. 9, eerste lid, onder e, Richtlijn 2009/52/EG.

gaan om opzettelijke overtredingen van het verbod. Uitlokking van, hulp bij en medeplichtigheid aan een overtreding moeten onder deze omstandigheden ook als een strafbaar feit worden aangemerkt.[95]

De strafrechtelijke aansprakelijkheid van natuurlijke personen die het verbod uit artikel 3 overtreden onder één van de in artikel 9 genoemde omstandigheden is geregeld in artikel 10. Artikel 9 verplicht, onder bepaalde omstandigheden, tot een kwalificatie als strafbaar feit naar nationaal recht. Artikel 10 heeft betrekking op de toepasbaarheid van deze strafrechtelijke sancties ten opzichte van natuurlijke personen.[96] De lidstaten moeten naast strafsancties andere sancties toe kunnen passen, zolang de algemene rechtsbeginselen zich hier tegen niet verzetten.[97] Met die 'algemene rechtsbeginselen' wordt vermoedelijk verwezen naar artikel 4 van het zevende protocol EVRM en artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (met betrekking tot *ne bis in idem*).[98] Bij de andere toe te passen sancties valt te denken aan de sancties genoemd in de artikelen 5, 6 en de maatregelen van artikel 7 van de richtlijn[99], alhoewel de expliciete verwijzing naar deze artikelen geschrapt is.[100] De lidstaten mogen er voor kiezen de strafrechtelijke uitspraken openbaar te maken.[101] Hierbij moeten wel de waarborgen van artikel 6 EVRM in acht genomen worden.[102]

De aansprakelijkheid van rechtspersonen voor een overtreding van artikel 3 onder de in artikel 9 genoemde omstandigheden is geregeld in artikel 11. De rechtspersoon is aansprakelijk indien de overtreding tot zijn voordeel is gepleegd door iemand die een leidende positie bekleedt binnen de rechtspersoon en die bevoegd is tot ofwel vertegenwoordiging,[103] het nemen van beslissingen[104] ofwel het uitoefenen van toezicht op de rechtspersoon.[105] Het tweede lid regelt de aansprakelijkheid bij een gebrek aan supervisie of toezicht door een van de eerder genoemde personen indien de overtreding, ten voordele van de rechtspersoon, wordt begaan door een ondergeschikte. Op basis van artikel 12 zijn lidstaten verplicht de mogelijkheid te openen om op grond van artikel 11 aansprakelijk gestelde rechtspersonen te bestraffen met doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende, maar niet per se strafrechtelijke, sancties.[106] Als

95 Art. 9, tweede lid, Richtlijn 2009/52/EG.
96 Art. 10, eerste lid, Richtlijn 2009/52/EG.
97 Art. 10, tweede lid, Richtlijn 2009/52/EG.
98 Schierle 2010, p. 578, zie ook Art. 12.
99 Schierle 2010, p. 578.
100 2007/0094 (COD) 14617/08.
101 Art. 10, tweede lid, Richtlijn 2009/52/EG.
102 Doorenbos 2003, p. 2190.
103 Art. 11, eerste lid, onder a, Richtlijn 2009/52/EG.
104 Art. 11, eerste lid, onder b, Richtlijn 2009/52/EG.
105 Art. 11, eerste lid, onder c, Richtlijn 2009/52/EG.
106 Art. 12, eerste alinea, Richtlijn 2009/52/EG.

een lidstaat geen strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen kent dan hoeft dit niet te worden ingevoerd.[107]

2.2.6 INSPECTIES EN KLACHTENREGELING

Voor een doeltreffende bestrijding van illegale tewerkstelling moeten de lidstaten niet alleen voorzien in de mogelijkheid bepaalde sancties en (preventieve) maatregelen op te leggen, maar is het ook noodzakelijk een hoger niveau van controles en handhaving te bereiken.[108] De lidstaten moeten, op grond van artikel 14, ervoor zorgen dat er doeltreffende en adequate inspecties plaats vinden.[109] Dit is een belangrijke bepaling omdat de lidstaten vrijwel allemaal reeds over een verbodsbepaling in hun nationale wetgeving beschikten, maar de handhaving te wensen over liet.[110] De inspecties moeten worden gebaseerd op risicobeoordelingen. Deze risicobeoordelingen moeten 'regelmatig' worden opgesteld en inzicht geven in welke bedrijfstakken illegale tewerkstelling het meest voorkomt.[111] De lidstaten moeten jaarlijks aan de Commissie rapporteren over de verrichte inspecties.[112] Peers merkt op dat de Commissie geen bindende aanwijzingen kan geven naar aanleiding van deze rapportages.[113] De kwalitatieve inspectienorm was in het oorspronkelijke Commissievoorstel een kwantitatieve. Tijdens de onderhandelingen is deze gesneuveld,[114] maar blijkens de preambule worden lidstaten aangemoedigd een nationale doelstelling vast te leggen voor het aantal inspecties.[115] De lidstaten dienen daarnaast ten behoeve van de evaluatie van de richtlijn door de Commissie,[116] informatie over de implementatie, inspecties en toegepaste maatregelen aan de Commissie te doen toekomen.[117] Het rapport waarin de Commissie de implementatie door de lidstaten beoordeelt wordt verwacht in de zomer van 2014.[118]

De lidstaten dienen er voor te zorgen dat er doeltreffende mechanismen bestaan waarmee illegaal tewerkgestelde vreemdelingen rechtstreeks of via derden (zoals vakbonden) een klacht tegen hun werkgever kunnen indienen.[119] Daarnaast moeten de lidstaten de werknemers voorafgaand aan uitzetting stelselmatig en objectief voorlichting geven over hun rechten onder de klachten-

[107] Preambule Richtlijn 2009/52/EG, onder (25).
[108] SEC(2007) 603, p. 34.
[109] Art. 14, eerste lid, Richtlijn 2009/52/EG.
[110] SEC(2007) 603, p. 9 en GHK rapport, p. 70.
[111] Art. 14, tweede lid, Richtlijn 2009/52/EG.
[112] Art. 14, tweede lid, tweede alinea, Richtlijn 2009/52/EG.
[113] Peers 2011, p. 557.
[114] Zie voor de totstandkoming van de artikelen par. 2.5.
[115] Preambule Richtlijn 2009/52/EG, onder (29).
[116] Art. 16, eerste lid, Richtlijn 2009/52/EG.
[117] Art. 16, tweede lid, Richtlijn 2009/52/EG.
[118] COM(2013) 422 def., p. 16.
[119] Art. 13, eerste lid, Richtlijn 2009/52/EG.

regeling.[120] De lidstaten moeten er voor zorgen dat derde partijen met een legitiem belang ten aanzien van de naleving van de richtlijn, namens of ter ondersteuning van de vreemdeling civiel- of bestuursrechtelijke procedures kunnen starten met het oog op de uitvoering van de richtlijn.[121] De hulp bij het indienen van klachten mag door de lidstaten niet worden beschouwd als hulpverlening bij illegaal verblijf op grond van richtlijn 2002/90/EG tot omschrijving van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf.[122] Slachtoffers van arbeidsgerelateerde uitbuiting of minderjarigen kunnen onder bepaalde, door de lidstaten vastgestelde, voorwaarden een tijdelijke verblijfsvergunning krijgen.[123] Deze tijdelijke verblijfsvergunning kan worden verlengd totdat nabetaling van het loon heeft plaatsgevonden.[124] De richtlijn maakt met betrekking tot de bepalingen omtrent de klachtenregeling expliciet duidelijk dat lidstaten voor de werknemers gunstigere bepalingen kunnen opnemen.[125]

2.3 ACHTERGROND RICHTLIJN

2.3.1 EUROPESE WERKGEVERSSANCTIES

De Werkgeverssanctierichtlijn is zeker niet het eerste initiatief dat de Commissie heeft ontplooid in een poging werkgeverssancties op Europees niveau te harmoniseren. Halverwege de jaren ’70 van de vorige eeuw werd in de Europese Economische Gemeenschap (EEG) al een voorstel voor een richtlijn ingediend met voorschriften met betrekking tot werkgeverssancties, welke uiteindelijk nooit in werking is getreden. De ontwikkeling en achtergrond van deze richtlijn uit 1976 komt verderop aan de orde.

Sinds de oprichting van de EU bij het Verdrag van Maastricht (1992) wordt het asiel- en immigratiebeleid, waaronder begrepen de toegang tot de arbeidsmarkt voor onderdanen van derde landen, in het kader van het vrij verkeer van personen gezien als een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang.[126] De bestrijding van illegale immigratie werd in de Derde Pijler ondergebracht en kon daarom enkel worden aangepakt met de instrumenten die binnen de Derde Pijler beschikbaar waren (gemeenschappelijke standpunten, kaderbesluiten, besluiten en overeenkomsten).[127] Onder de Derde Pijler zijn er drie aanbevelingen ver-

[120] Art. 6, eerste lid, tweede alinea, Richtlijn 2009/52/EG.
[121] Art. 13, tweede lid, Richtlijn 2009/52/EG.
[122] Art. 13, derde lid, Richtlijn 2009/52/EG.
[123] Art. 13, vierde lid, Richtlijn 2009/52/EG.
[124] Art. 6, vijfde lid, Richtlijn 2009/52/EG.
[125] Art. 15 Richtlijn 2009/52/EG.
[126] Art. K.1 eerste, tweede en derde lid, EU-Verdrag (oud).
[127] Art. 34 EU-verdrag (oud).

schenen met betrekking tot werkgeverssancties.[128] De ontwikkelingen met betrekking tot werkgeverssancties in de eerste jaren van de EU (vanaf het Verdrag van Maastricht tot het Verdrag van Amsterdam uit 1997) bespreek ik in paragraaf 2.3.1.2. Het verdrag van Amsterdam verschoof de aanpak van illegale immigratie van de derde naar de communautaire Eerste Pijler in de nieuwe titel 'Visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrij verkeer van personen'. In paragraaf 2.3.1.3 bespreek ik de ontwikkeling van het integraal migratiebeleid, sinds het Verdrag van Amsterdam, waar de richtlijn deel van uitmaakt. [129]

2.3.1.1 WERKGEVERSSANCTIES IN DE EEG

2.3.1.1.1 ACTIEPROGRAMMA TEN BEHOEVE VAN MIGREREND E WERKNEMERS EN HUN GEZINSLEDEN, 1974

Eind 1974 stelde de Commissie een actieprogramma vast ten behoeve van migrerende werknemers en hun gezinsleden.[130] Dit document bevat een groot aantal voornemens waarmee de integratie van de groeiende groep arbeidsmigranten van buiten de toenmalige EG bevorderd moest worden. Het ging destijds voornamelijk om Spanjaarden, Turken en Marokkanen.[131] De voornemens omvatten de levens- en werkomstandigheden, sociale zekerheid, het leren van de taal, sociale voorzieningen, huisvesting, opleiding van kinderen, gezondheid en sociale en politieke rechten.[132] Daarnaast bevat het document een tweetal voornemens op het gebied van illegale migratie. Het uitgangspunt is dat migranten zonder geldige verblijfstitel vatbaar zijn voor uitbuiting en intimidatie vanwege de constante dreiging van ontdekking en uitzetting. Het aantal illegale migranten stijgt en daarmee nemen de problemen toe, mede vanwege de activiteiten van mensensmokkelaars, bepaalde internationale uitzendbureaus, de sterke economische druk om te migreren en het vrij verkeer voor toeristen in de Europese Gemeenschap, aldus de Commissie destijds. Bovendien ondermijnen de ongecontroleerde illegale migranten de pogingen om de positie van legaal verblijvende migranten te verbeteren. Tot slot zijn migranten zonder geldige verblijfstitel volgens de Commissie een gevaar voor de volksgezondheid omdat ze geen toegang hebben tot enige medische voorziening. De Commissie stelde dat het noodzakelijk is dat de lidstaten met een gemeenschappelijke aanpak van afschrikwekkende maatregelen komen. De Commissie was voornemens daartoe het debat aan te gaan met experts met als doel het formuleren van een voorstel

[128] Aanbevelingen op grond van art. 288 VwEU (voorheen art. 249 EG-verdrag), deze zijn niet verbindend.
[129] COM(2007) 249 def.
[130] COM(74) 2250, 14 december 1974.
[131] De Lange 2007, p. 91.
[132] COM(74) 2250, p. 3.

voor minimumwaarborgen ter bestrijding van illegale immigratie.[133] Hieronder moeten onder andere worden verstaan sterke, juridische sancties tegen uitbuitende werkgevers. De sancties tegen de werkgevers maakten in dit actieprogramma duidelijk onderdeel uit van een sociaal initiatief van de Commissie.

2.3.1.1.2 RESOLUTIE BETREFFENDE EEN ACTIEPROGRAMMA TEN BEHOEVE VAN MIGRERENDE WERKNEMERS EN HUN GEZINSLEDEN, 1974

Naar aanleiding van het Actieprogramma van 1974 nam de Raad een resolutie aan ter ondersteuning van het actieprogramma.[134] Deze resolutie bevat daarom voornamelijk beleid met betrekking tot legale migratie. Waar echter in het actieprogramma enkel voorzien was in samenwerking en informatie tussen de lidstaten bij *legale* migratie, wordt in de resolutie ook belang gehecht aan de samenwerking tussen lidstaten bij de bestrijding van *illegale* immigratie.[135] Daarnaast worden in artikel 5, onder b van de resolutie het toezien op sancties tegen koppelbazen en misbruik in verband met illegale immigratie een prioriteit. Ook het nakomen van de verplichtingen door werkgevers en de rechten van de werknemers verdienden de aandacht volgens de Raad, onafhankelijk van eventuele gevolgen van hun verblijf zonder verblijfstitel.[136]

2.3.1.1.3 VOORSTEL VOOR EEN RICHTLIJN, 1976

Ter uitvoering van de onder artikel 5, onder b van de Resolutie vastgelegde voorstellen stelde de Commissie een richtlijn voor, gebaseerd op artikel 100 van het EEG verdrag.[137] De conceptrichtlijn had betrekking op de bestrijding van illegale migratie en illegale arbeid. Artikel 100 EEG was een algemene grondslag voor richtlijnen met als doel het harmoniseren van bepalingen met betrekking tot de interne markt in het kader van de interne markt.[138] Binnen de EEG bestond nog geen grondslag voor instrumenten op het gebied van migratie, die bevoegdheid is pas bij het EU-verdrag ontstaan.[139] Het voorstel verwijst naar artikel 117 EEG, onder Titel III 'sociale politiek' (*'social policy'*), Hoofdstuk 2: 'Sociale bepalingen'. Artikel 117 EEG-verdrag bepaalde dat de Lidstaten de noodzaak erkennen tot *'verbetering van de levensstandaard en van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers* [...]*, zodat de onderlinge aanpassing daarvan*

---

133 COM(74) 2250.

134 Resolutie van de Raad van 9 februari 1976 betreffende een actieprogramma ten behoeve van migrerende werknemers en hun gezinsleden. *PbEG* C 34/2 van 14 februari 1976.

135 Art. 5 onder b, Resolutie 9 februari 1976.

136 Art. 5 onder b, Resolutie 9 februari 1976.

137 Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de Lidstaten inzake de bestrijding van illegale migratie en de illegale arbeid, *PB* C 277, 23 november 1976, p. 2. Hierna: Richtlijn 1976.

138 Peers 2011, p. 547, Art. 100 EEG.

139 Peers et al. 2012, p. 2.

op de weg van de vooruitgang wordt mogelijk gemaakt.'[140] Deze ontwikkeling moet voortvloeien uit *'de werking van de gemeenschappelijke markt waardoor de harmonisatie der sociale stelsels zal worden bevorderd'* en *'uit de in dit Verdrag bepaalde procedures en het nader tot elkaar brengen van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen.'*[141]

De richtlijn is in 1977 besproken in het Europees Parlement (EP),[142] en in 1978 aangepast door de Commissie[143] maar nooit in werking getreden. In 1988 is de richtlijn ingetrokken.[144] Het doel van de voorgestelde richtlijn was het voorkomen en bestraffen van illegale immigratie en illegale tewerkstelling, het verzachten van de misstanden die illegale arbeidsmigranten ondergaan vanwege hun situatie en het versterken van de samenwerking tussen lidstaten.[145] Dit werd noodzakelijk geacht omdat de tewerkstelling van werknemers afkomstig van buiten de Europese gemeenschap meestal plaats vond onder *'abusive conditions'*[146] zoals discriminatie met betrekking tot het loon, misbruik van sociale zekerheid, en het negeren van veiligheidsvoorschriften. Men vreesde dat deze arbeidsomstandigheden bij illegale tewerkstelling een negatieve invloed zou hebben op de arbeidsomstandigheden van Europese arbeiders. Dit zou een obstakel vormen om de sociale doelen van de EEG te bereiken, in het bijzonder de verbetering van de leef- en werkomstandigheden zoals bedoeld in artikel 117 EEG.[147] Bovendien, zo blijkt uit de richtlijn, werden de arbeidsmarkten binnen de Gemeenschap steeds verder geïntegreerd maar verschilden de maatregelen per lidstaat. Dit betekende dat de maatregelen ten aanzien van illegale tewerkstelling op Gemeenschapsniveau geregeld moesten worden.[148]

De doelen van de richtlijn dienden bereikt te worden door het voorlichten van de arbeidsmigranten over hun rechten[149] en het houden van controles bij grenzen, op arbeidsplaatsen en bij uitzendbureaus.[150] Werkgevers die opzettelijk participeren in activiteiten die (bedoeld zijn om te) leiden tot illegale migratie moesten bestraft kunnen worden.[151] Bij zware overtredingen moest het mogelijk zijn de werkgevers een gevangenisstraf op te leggen en bovendien de kosten voor uitzetting op de werkgevers te verhalen.[152] Het enige argument voor de

---

140 Art. 117 EEG.
141 Art. 117 EEG.
142 *PbEG* C 299/1, 12 december 1977, p. 8.
143 COM(1978) 97.
144 Pre-Lex: 1976/1016/CNS.
145 Preambule Richtlijn 1976, overweging 8 en 9.
146 COM(76), 331 def., p. 5.
147 COM(76), 331 def., p. 5.
148 COM(76), 331 def., p. 6.
149 Art. 2, onder a Richtlijn 1976.
150 Art. 2, onder b Richtlijn 1976.
151 Art. 3, onder a Richtlijn 1976.
152 Art. 3, onder b Richtlijn 1976.

opneming van deze strafrechtelijke sancties in de richtlijn is een korte verwijzing naar het vermeende afschrikwekkende effect van dergelijke sancties.[153] Dit zou een voorbode blijken van het opnemen van strafrechtelijke sancties in de huidige richtlijn. Werknemers die worden gestraft wegens illegale tewerkstelling moesten tegen de sanctie in beroep kunnen gaan, ook als de sanctie uitzetting is. In afwachting van het beroep zou de uitzetting worden geschorst.[154] Lidstaten dienden met elkaar te gaan samenwerken om het doel van de richtlijn te verwezenlijken en zouden bij de samenwerking hulp van de Commissie krijgen.[155]

Het Europees Economisch en Sociaal Comité (EESC) bracht op 30 maart 1977 een advies uit over de conceptrichtlijn.[156] Hoewel het Comité de doelstelling en de bepalingen van de richtlijn ondersteunde, was zij van mening dat de bepalingen in de richtlijn te beperkt waren. Volgens het Comité heeft *'de aanhoudende economische crisis aan het licht gebracht* [...] *hoe ernstig de positie van de clandestiene werknemer is, die weerloos zijn overgeleverd aan ronselaars en aan hen die illegaal het land binnengekomen werknemers te werk stellen en uitbuiten, en die bovendien constant het gevaar lopen ernstig te worden benadeeld en zelfs, dikwijls onterecht, te worden bestraft.'*[157] Het Comité was van mening dat er meer werk gemaakt zou kunnen worden van het regulariseren van illegaal tewerkgestelde werknemers en het voorkomen van illegale migratie.[158] De richtlijn zou meer bescherming moeten bieden aan de illegale werknemers.[159] Het opnemen van strafrechtelijke sancties in communautaire instrumenten moest volgens het Comité worden aangemoedigd en in dit geval moeten worden uitgebreid.[160] Het Comité stelde dat het zeer wenselijk zou zijn als de Raad van Ministers een experiment met *'communautair strafrecht'*[161] zou starten. Immers: *'de harmonisatie van bepaalde aspecten van het strafrecht in de Gemeenschap zou een belangrijke stap voorwaarts zijn op weg naar de verwezenlijking van de Europese Eenheid.'*[162]

Ook het EP toont zich in een resolutie kritisch over de richtlijn.[163] De richtlijn zou volgens het EP veel meer bescherming aan illegale werknemers

---

153 COM(76), 331 def., p. 4.
154 Art. 4 Richtlijn 1976.
155 Art. 5 Richtlijn 1976.
156 *PbEG* C 77/9.
157 Advies Europees Economisch en Sociaal Comité (EESC), *PbEG* C 77/9, p. 2. Het Comité doelt hier op de nasleep van de Oliecrisis in 1973.
158 Advies EESC, par. 1.4.3.
159 Advies EESC, par. 1.4.3.
160 Advies EESC, par. 2.4.1.
161 Advies EESC, par. 2.1.4.
162 Advies EESC, par. 2.1.4.
163 Resolutie houdende advies van het Europees Parlement inzake het voorstel van de Commissie van de Europese Gemeenschappen aan de Raad voor een richtlijn betreffende

moeten bieden en in meer maatregelen met betrekking tot de naleving van de regels door werkgevers moeten voorzien.[164] Bovendien was er volgens het EP veel te weinig aandacht voor de preventie van illegale tewerkstelling. De EG zou de potentiële illegale migranten in de herkomstlanden moeten informeren en ter plaatse de ronselpraktijken bestrijden.[165] Het EP stelde een tweetal grote wijzigingen voor.[166] De richtlijn zou moeten voorzien in een verplichting voor de lidstaten om de aandacht van het publiek en 'de betrokken economische en sociale kringen' te vestigen op illegale migratie en uitbuiting[167] en de illegale werknemers de ruimste concrete mogelijkheden te bieden om hun recht te behalen op straf-, civiel- en bestuursrechtelijk gebied, zo nodig met gebruik van kosteloze rechtsbijstand.[168]

Het EP lijkt in beginsel, net als het EESC weinig problemen te hebben met het voorschrijven van strafrecht in communautaire richtlijnen. Het EP merkt wel op dat de richtlijn ook regels zou moeten vaststellen ten aanzien van de omschrijving van de vergrijpen.[169] Het EP pleit verder voor ontwikkeling van *'communautaire rechtsregels'* op strafrechtelijk gebied.[170] Dit is opvallend omdat de lidstaten strafrecht tot dan toe altijd beschouwden als hun exclusieve competentie.[171] Zie voor de ontwikkeling van strafrecht binnen de latere Eerste Pijler paragraaf 2.3.3.2.

2.3.1.1.4 GEWIJZIGD VOORSTEL VOOR EEN RICHTLIJN, 1978

In het gewijzigde voorstel voor de richtlijn 1976[172] is aan de bezwaren van het EP tegemoet gekomen. De tekst van de door het EP voorgestelde wijzigingen is grotendeels letterlijk overgenomen, met enkele toevoegingen. Er is een artikel toegevoegd waarin de lidstaten worden verplicht om met elkaar en herkomstlanden te gaan samen werken om derhalve mogelijke illegale arbeidsmigranten voor te lichten en zo illegale migratie te beperken.[173] Bovendien moeten de lidstaten in eigen land in *'de betrokken sociaal-economische kringen en bij de openbare mening begrip wekken voor de noodzaak de illegale migratie en illegale arbeid te bestrijden en een einde te maken aan de vormen van uitbuiting*

---

de harmonisatie van de wetgevingen van de Lidstaten inzake de bestrijding van de illegale migratie en de illegale arbeid. *PbEG* C 299/16, 12 december 1977.

164 Art. 3, Resolutie EP C 299/16, 1977.

165 Art. 4, Resolutie EP C 299/16, 1977.

166 Gebaseerd op de bevoegdheid van art. 149, tweede alinea, EEG-verdrag.

167 Resolutie EP C 299/16, 1977, gewijzigde tekst art. 2.

168 Resolutie EP C 299/16, 1977, gewijzigde tekst art. 4.

169 Art. 7, Resolutie EP C 299/16, 1977.

170 Art. 9, Resolutie EP C 299/16, 1977.

171 Klip 2012, p. 14.

172 *PbEG* C 97/10 van 22 april 1978.

173 Gewijzigd richtlijnvoorstel, art. 2, tweede lid, en artikel 8 en 9.

die daaruit voortvloeien.'[174] Een nieuw ingevoegd artikel regelt de rechten van illegale immigranten met betrekking tot nabetaling van loon, gelijke behandeling met onderdanen van de lidstaat en om gebruik te kunnen maken van, indien nodig, kosteloze rechtsbijstand om hun rechten te kunnen uitoefenen.[175] Deze conceptrichtlijn is in april 1978 weliswaar toegezonden aan de Raad en het EP, maar bij geen van beide instanties besproken.[176] Tien jaar later is de conceptrichtlijn ingetrokken.[177] Waarom deze conceptrichtlijn niet is besproken en later is ingetrokken is via de documentatie van de EU noch via literatuuronderzoek te achterhalen.

2.3.1.1.5 STRAFRECHTELIJKE SANCTIES VOOR WERKNEMERS

Zowel het oorspronkelijke voorstel uit 1976 als het voorstel uit 1978 is niet eenduidig met betrekking tot de vraag of de strafrechtelijke sancties ook moeten worden toegepast ten aanzien van de werknemers. De richtlijn 1976 spreekt van *'sancties die moeten worden toegepast op natuurlijk of rechtspersonen die opzettelijk activiteiten organiseren of opzettelijk deelnemen aan activiteiten, welke illegale migratie en illegale arbeid als omschreven in artikel 1 van deze richtlijn beogen of daartoe leiden'*.[178] Sub b van hetzelfde artikel stelt dat de onder a bedoelde sancties *'de mogelijkheid omvatten dat hun bij ernstige overtreding van de nationale voorschriften inzake binnenkomst, verblijf en arbeid een vrijheidsstraf wordt opgelegd en dat zij aansprakelijk zijn voor de repatriëringskosten van de betrokken werknemers'*.[179] Uit de verschillende toelichtende stukken bij deze richtlijn is niet op te maken of deze sancties ook op de werknemers zelf zien. Artikel 4 verplicht de lidstaten werknemers tegen wie een sanctie is opgelegd de mogelijkheid te geven tegen deze beslissing in beroep te gaan. Bij deze sancties wordt niet verwezen naar artikel 3, dus daarmee kunnen ook nationaalrechtelijke sancties bedoeld worden. In de toelichting stelt de Commissie dat bij de strafbaarstelling van illegale arbeid rekening moet worden gehouden met de sociale en humane consequenties voor de werknemer, zeker in het geval van goede trouw aan de kant van de werknemer.[180]

Bij het gewijzigde voorstel van 1978 is het 'beogen of daartoe leiden' verdwenen. Nu moeten er sancties worden toegepast op *'personen die illegale migratie en illegale arbeid* [...] *aanmoedigen of hieraan deelnemen'*.[181] Deze

[174] Gewijzigd richtlijnvoorstel, art. 2, derde lid.
[175] Gewijzigd richtlijnvoorstel, art. 7.
[176] Op respectievelijk 5 en 7 april 1978, Pre-lex: 1976/1016/CNS.
[177] Op 29 april 1988. Pre-lex: 1976/1016/CNS.
[178] Art. 3, onder a, Richtlijn 1976.
[179] Art. 3, onder b, Richtlijn 1976.
[180] COM(76) 331 def., p. 4. Daarmee bedoelt de Commissie de situatie dat een werknemer er van overtuigd was dat hij de wet niet overtrad.
[181] Art. 4, onder a, Richtlijn 1978.

sancties moeten strafrechtelijk van aard zijn indien er sprake is van ernstige overtredingen van de nationale voorschriften inzake binnenkomst, verblijf en arbeid van buitenlandse arbeidskrachten.[182] Net als bij het voorstel uit 1976 wordt in geen van de toelichtende documenten uitspraak gedaan over de exacte adressant van de bepaling. Het is onduidelijk of met de tekst van 1976 ook sancties tegen werknemers worden beoogd. De tekst van 1978 lijkt wat dat betreft duidelijker en ook te zien op de werknemers. Er is in de adviezen van het EP en het EESC geen reden te vinden voor het opnemen van sancties tegen werknemers. Ook in de toelichtende stukken blijkt niet van een beredeneerde beleidswijziging. Als men er van uitgaat dat de richtlijn van 1978 voorziet in sancties tegen de werknemers, dan is het aannemelijk dat ook met de tekst van 1976 werd beoogd sancties tegen werknemers op te nemen. Het valt echter niet meer te achterhalen wat daarvan precies de reden is geweest. Aangezien over de richtlijn 1978 nooit formeel is gesproken is het ook niet mogelijk om op basis van de parlementaire behandeling de bedoeling van dit artikel te achterhalen.

2.3.1.1.6 KARAKTER VAN DE RICHTLIJNEN

Zoals gezegd waren beide richtlijnvoorstellen onderdeel van het sociaal beleid van de EEG. Het sociale doel van de richtlijn 1976 is tweeledig: enerzijds de bescherming van de arbeidsvoorwaarden van de Europese arbeiders die onder druk komen te staan door de concurrentie van goedkope, illegale arbeidskrachten en anderzijds de bescherming van de illegaal tewerkstelde migranten die bijzonder kwetsbaar zijn voor zaken als arbeidsgerelateerde uitbuiting. Het eerste doel moet worden bereikt door het illegaal tewerkstellen van migranten minder aantrekkelijk te maken voor werkgevers, door middel van de strafdreiging. Daardoor droogt de vraag op, en zal ook het aanbod afnemen. Verderop zal blijken dat deze redenering tevens ten grondslag ligt aan de huidige richtlijn (die een exclusief migratierechtelijke grondslag heeft).[183] Sociale aspecten zoals nabetaling van loon zorgen voor een extra financiële last voor malafide werkgevers. Bovendien dienen die aspecten ook ter bevordering van de rechtspositie van de illegaal tewerkgestelde migranten. Diezelfde sociale aspecten maken echter ook de illegale tewerkstelling voor de migranten zonder geldige verblijfstitel weer interessanter, wat zal resulteren in een toename van het aanbod.

De overlap in inhoud tussen de toenmalige voorstellen en de huidige richtlijn maakt het interessant dat er verschillende grondslagen zijn gebruikt. Dit laat zien dat de ideeën ten aanzien van de rol van werkgeverssancties zijn veranderd. Dat kan natuurlijk te maken hebben met de nieuwe grondslagen die in de loop van de jaren gecreëerd zijn in de verdragen. Ten tijde van de voorstellen in 1976

[182] Art. 4, onder b, Richtlijn 1978.
[183] Zie par. 2.3.3.1 van dit hoofdstuk.

en 1978 bestond er nog geen grondslag voor EEG maatregelen ten aanzien van migratie.[184] Het eerste aspect van de richtlijn (het weren van illegale tewerkstelling ter bescherming van de Europese beroepsbevolking) lijkt een meer migratierechtelijke component van de voorgestelde richtlijnen. De sociale aspecten (het toekennen van verschillende rechten aan de illegaal tewerkgestelde migranten) past meer in het sociale beleid van de EEG.

2.3.1.2 AANBEVELINGEN NA HET VERDRAG VAN MAASTRICHT

Na het Verdrag van Maastricht ontstond er een grondslag voor migratierechtelijke maatregelen binnen de EG. Een aantal aanbevelingen van de Raad, gebaseerd op de nieuwe grondslag, vormt de achtergrond van de huidige richtlijn.

Aanbeveling van de Raad van 25 mei 1993

De eerste aanbeveling die betrekking had op de bestrijding van illegale tewerkstelling dateert van 25 mei 1993.[185] Naar aanleiding van afspraken in de Raad en de Europese Raad stelde de Raad een aanbeveling op die met name betrekking heeft op het controleren en uitzetten van vreemdelingen die zonder toestemming in de EU verblijven of werken. Hoewel deze aanbeveling eigenlijk enkel ziet op de wijze van controleren van verblijfsstatus en situaties waarin uitzetting van vreemdelingen aan de orde is en geen sancties ten aanzien van werkgevers bevat, wordt deze aanbeveling door de Raad later toch aangemerkt als het fundament voor de ontwikkeling van werkgeverssancties binnen de Europese Unie.[186]

Aanbeveling van de Raad van 22 december 1995

Onder verwijzing naar de aanbeveling van 25 mei 1993 stelde de Raad van immigratieministers in 1995 een aanbeveling op *'inzake de harmonisatie van de middelen ter bestrijding van illegale immigratie en illegale arbeid en inzake de verbetering van de daartoe strekkende controlemiddelen'*.[187] Deze aanbeveling ziet niet op burgers van de EU en onderdanen van de lidstaten van landen die zijn aangesloten bij de Europese Vrijhandelsassociatie en de Europese Economische Ruimte (EER).[188] Het document bevat met name aanbevelingen met betrekking tot het bestrijden van illegale immigratie van derdelanders. Deze betreffen voornamelijk de uitgifte en controle van verblijfs- en legitimatie-

[184] Die ontstond pas bij het Verdrag van Maastricht (1992).
[185] Recommendation concerning checks on and expulsion of third country-nationals residing or working without authorization. Voor de integrale tekst van deze aanbeveling zie: Guild 1996, p. 275 – 278.
[186] Zie bijvoorbeeld Aanbeveling 96/C 5/01 en COM(2007) 249 def., p. 3.
[187] *PbEG* 1996, C 5/01.
[188] Art. 1, Aanbeveling 96/C 5/01.

documenten. Tevens stelt de aanbeveling dat de lidstaten sancties zouden moeten opleggen aan derdelanders die zich met opzet in de illegaliteit begeven. Volgens de Raad kunnen deze sancties in voorkomende gevallen strafrechtelijk van aard zijn. Op het gebied van de bestrijding van illegale arbeid bevat het document twee aanbevelingen (aanbeveling 5 en 6). Lidstaten zouden werkgevers die vreemdelingen in dienst willen nemen moeten aansporen om zich te vergewissen van de rechtmatigheid van het verblijf van de vreemdeling door overlegging van verblijfsdocumenten te verlangen of het doen van navraag bij de autoriteiten (aanbeveling 5). Wanneer een werkgever in strijd met het nationale recht een vreemdeling zonder vergunning laat werken zou passend, *strafrechtelijk* gestraft moeten kunnen worden (aanbeveling 6). De aanbeveling bevat geen motivering met betrekking tot het gebruik van strafrechtelijke sancties. Na de concept richtlijn uit 1976 worden hier opnieuw strafrechtelijke sancties voorgesteld voor werkgevers die zich schuldig maken aan illegale tewerkstelling.

Aanbeveling van de Raad van 27 september 1996

De aanbeveling van de Raad van 27 september 1996 inzake de bestrijding van illegale tewerkstelling van onderdanen van derde landen is een uitwerking van de aanbeveling van 22 december 1995.[189] De nieuwe aanbeveling is specifiek gericht op de bestrijding van illegale tewerkstelling en sluit aan bij de resolutie van de Raad van 20 juni 1994 inzake de beperking van de toelating van onderdanen van derde landen tot het grondgebied van de lidstaten met het oog op tewerkstelling.[190] De resolutie uit 1994 bevat regelingen omtrent de toelating van reguliere arbeidsmigratie. De nieuwe aanbeveling moet voorzien in de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling.[191] De Raad beveelt de lidstaten aan onderdanen van derde landen die arbeid willen verrichten te verplichten daarvoor een vergunning te hebben.[192] Wederom wordt benadrukt dat de indienstneming van een vreemdeling zonder een dergelijke vergunning zou moeten worden bestraft met strafrechtelijke en/of bestuursrechtelijke sancties.[193] De aanbeveling specificeert niet in welke gevallen gekozen moet worden voor strafrecht of bestuursrecht. Ook het in de hand werken, vergemakkelijken of bevorderen van illegale tewerkstelling zou aan dergelijke sancties onderworpen moeten zijn.[194] Ten aanzien van de werkgever dienen doel-

189 *PbEG* 1996, C 304/01.
190 *PbEG* 1996, C 274/3.
191 Preambule Aanbeveling 96/C 304/1.
192 Art. 2, eerste lid, Aanbeveling 96/C 304/01. Op de wenselijkheid van aparte werkvergunningen is de Commissie weer teruggekomen, zie Richtlijn 2011/98/EU inzake gecombineerde vergunningen.
193 Art. 3, eerste lid, Aanbeveling 96/C 304/01.
194 Art. 3, tweede lid, Aanbeveling 96/C 304/01.

treffende, ontmoedigende, passende en aan de ernst van de begane overtreding evenredige sancties opgelegd te kunnen worden. Daarnaast zou het behaalde voordeel ongedaan gemaakt moeten worden.[195] Ook het *'binnenbrengen'* van arbeidskrachten zonder vergunning zou een strafbaar feit moeten opleveren.[196]

2.3.1.3 WERKGEVERSSANCTIES NA HET VERDRAG VAN AMSTERDAM

Het integraal migratiebeleid van de EU dat is ontstaan na de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam is gebaseerd op een aantal beleidsstukken en overeenkomsten.

Actieplan van Wenen 3 december 1998

Sinds het Verdrag van Amsterdam zijn asiel, migratie en de samenwerking in civiele zaken verschoven van de Derde Pijler naar de Eerste Pijler. Ter uitwerking van de eveneens in het Verdrag van Amsterdam geïntroduceerde Ruimte voor vrijheid, veiligheid en recht[197] heeft de Raad (Justitie en Binnenlandse Zaken) op 3 december 1998 het Actieplan van Wenen vastgesteld.[198] In het actieplan zijn, onder het beleid in verband met het vrije verkeer van personen, maatregelen vastgesteld op het gebied van asiel, buitengrenzen en immigratie.[199] De Raad benadrukt het belang van een algemene immigratiestrategie.[200] Ter bestrijding van illegale immigratie moeten voorlichtingscampagnes worden opgezet in de transitlanden en landen van herkomst. Ter ondersteuning van de controle van migratiestromen stelt de Raad dat het van belang is dat er concrete maatregelen komen ter bestrijding van illegale immigratie.[201]

Programma van Tampere 1999

Na de bijeenkomst in Wenen heeft de Europese Raad in oktober 1999 een speciale bijeenkomst gehouden in Tampere. Tijdens deze bijeenkomst werd een 'meerjarenwerkplan' vastgesteld waarin doelstellingen en prioriteiten ten aanzien van de ontwikkeling van de Ruimte voor vrijheid, veiligheid en recht werden vastgesteld. Onder de vlag van de Ruimte voor vrijheid, veiligheid en recht werd gesproken over een gemeenschappelijk EU-beleid voor de *'afzonderlijke maar onderling nauw verbonden vraagstukken van asiel en migratie'*.[202]

---

195 Art. 3, vierde lid, Aanbeveling 96/C 304/01.

196 Art. 3, derde lid, Aanbeveling 96/C 304/01. Met binnenbrengen wordt waarschijnlijk het betreden van grondgebied van de EU bedoeld. Overigens, volgens de aanbeveling moet deze gedraging kwalificeren als een strafbaar feit maar ook leiden tot 'strafrechtelijke en/of administratiefrechtelijke sancties'.

197 Verdrag van Amsterdam, Art. 1, vijfde lid.

198 *PbEG* C 019, 23 januari 1999, p. 1-15.

199 *PbEG* C 019, 23 januari 1999, p. 7.

200 *PbEG* C 019, 23 januari 1999, p. 7.

201 *PbEG* C 019, 23 januari 1999, p. 7.

202 Presidency conclusions Tampere European Council 15 and 16 oktober 1999, p. 2.

Op het gebied van het gemeenschappelijk asiel- en migratiebeleid van de EU werden doelen gesteld met betrekking tot partnerschap met landen van herkomst, een gemeenschappelijk Europees asielstelsel, eerlijke behandeling van vreemdelingen en beheer van migratiestromen.[203] Onder het laatste onderdeel werd een aantal prioriteiten gesteld ter bestrijding van illegale immigratie. Echter, maatregelen ter bestrijding van illegale tewerkstelling waren hierin nog niet expliciet opgenomen.

Richtlijn 2002/90/EG en Kaderbesluit 2002/946/JBZ van 28 november 2002
Richtlijn 2002/90/EG[204] definieert hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf en verplicht lidstaten hiertegen doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties in te stellen.[205] Hieronder vallen ook sancties tegen *'eenieder die een persoon die geen onderdaan is van een lidstaat, uit winstbejag opzettelijk behulpzaam is bij het verblijven op het grondgebied van een lidstaat op een wijze die in strijd is met de wetgeving van die staat met betrekking tot het verblijf van vreemdelingen.'*[206] Kaderbesluit 2002/946/JBZ verplicht lidstaten tot het strafbaar stellen van de overtredingen die in richtlijn 2002/90/EG zijn omschreven.[207] Kaderbesluiten vielen, tot de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon,[208] onder de Derde Pijler: Politiële en Justitiële samenwerking. In deze pijler was het voorschrijven van het gebruik van strafrechtelijke sancties mogelijk. Overigens hebben Kaderbesluiten geen directe werking, ze dienen eerst te worden geïmplementeerd in nationaal recht.[209]

Haags Programma, 2004
In 2004 werd het Haags Programma aangenomen. Dit programma was de opvolger van Tampere en stelt tien specifieke prioriteiten binnen de Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. De vierde prioriteit betreft het migratiebeleid. De Commissie stelt dat een evenwichtig migratiebeleid zowel de legale als illegale migratie moet omvatten. Strenger optreden tegen illegale immigratie, migrantensmokkel en mensenhandel wordt een van de nieuwe prioriteiten.[210]

---

203 Presidency conclusions Tampere European Council 15 and 16 oktober 1999, p. 2 – 5.
204 *PbEG* 2002, L 328/17. Voluit: 'Richtlijn 2002/90/EG van 28 november 2002 tot omschrijving van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf'.
205 Art. 3, Richtlijn 2002/90/EG.
206 Richtlijn 2002/90/EG, Art. 1, eerste lid, onder b.
207 *PbEG* 2002, L 203/1. Voluit 'Kaderbesluit 2002/946/JBZ van 28 november 2002 tot versterking van het strafrechtelijk kader voor de bestrijding van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf'.
208 *PbEG* C 306, 17 december 2007.
209 Art. 34, sub c, EU-Verdrag.
210 COM(2005) 184 def., p. 9.

Beleidsprioriteiten bestrijding illegale immigratie, 2005
Ter uitwerking van het migratiebeleid zoals bedoeld in het Haags programma stelde de Commissie twee beleidsstukken op. Wat betreft het aspect van de legale migratie werd het Beleidsplan legale migratie opgesteld.[211] De tegenhanger van dit stuk is de Mededeling inzake de beleidsprioriteiten bij de bestrijding van illegale immigratie van onderdanen van derde landen.[212] In dit stuk worden negen beleidsprioriteiten vastgesteld ter bestrijding van illegale immigratie. Prioriteit f. Is: *'Bestrijding van een belangrijke aantrekkingsfactor: illegale arbeid'*.[213] Door het wegnemen van stimulerende factoren in de lidstaten kan illegale immigratie tegengegaan worden. De mogelijkheid tot het verrichten van illegale arbeid is een dergelijke stimulerende factor aangezien volgens de Commissie het risico op ontdekking door de autoriteiten zeer klein is.[214] Daarnaast wordt een aantal andere argumenten genoemd ter ondersteuning van de bestrijding van illegale tewerkstelling: *'illegale arbeid ondermijnt ernstig de geloofwaardigheid van legale migratiekanalen en de belastinginkomsten van de lidstaten, kan leiden tot ernstige exploitatie of zelfs op slavernij gelijkende arbeidsvoorwaarden, die in de EU niet kunnen worden geduld. Illegale arbeid belet dat werknemers sociale zekerheid genieten en creëert ongelijke concurrentieverhoudingen tussen werkgevers. Wanneer banen van de gewone arbeidsmarkt naar de zwarte economie verschuiven, kan dit bovendien tot ressentiment leiden wanneer deze worden ingenomen door illegaal in het land verblijvende vreemdelingen.'*[215] Kortom: *'Het terugdringen van dit soort arbeid zou kunnen bijdragen tot de vermindering van onduldbare vormen van exploitatie, de verhoging van de belastinginkomsten en het verminderen van xenofobe gedragingen.'*[216] Op basis van deze beleidsprioriteit en de geformuleerde doelen is de richtlijn ontstaan. Bij de uiteindelijke richtlijn zijn de doelstellingen opnieuw geformuleerd, deze worden in de volgende paragraaf besproken.

2.3.2 DOELSTELLING VAN DE RICHTLIJN

Zoals gezegd is het bestrijden van illegale immigratie een onderdeel van het integrale Europese migratiebeleid. Illegale immigratie ontstaat volgens de Commissie door een combinatie van push- en pull factoren. Een van die aantrekkingsfactoren is de mogelijkheid voor vreemdelingen zonder geldige verblijfsstatus om binnen de Europese Unie te werken. Het bestrijden van deze

[211] COM(2005) 669 def., p. 3.
[212] COM(2006) 402 def.
[213] COM(2006) 402 def., p. 9.
[214] COM(2006) 402 def., p. 9.
[215] COM(2006) 402 def., p. 9.
[216] COM(2006) 402 def., p. 9.

aantrekkingsfactor is het belangrijkste doel van de richtlijn.[217] Bestrijding van illegale immigratie is weliswaar de belangrijkste, maar niet de enige reden die de Commissie geeft voor het willen bestrijden van deze aantrekkingsfactor. De Commissie stelt dat illegale arbeid ook leidt tot verliezen voor de overheidsfinanciën, neerwaartse druk op lonen en arbeidsomstandigheden, concurrentievervalsing en tot het ontbreken van ziekteverzekeringen en pensioenopbouw voor de illegaal werkende werknemers.[218] Daarnaast beoogt de Commissie nog een aantal subdoelstellingen met deze richtlijn, die in het verlengde liggen van de eerder genoemde doelstellingen: door het gemeenschappelijk optreden van de Lidstaten op dit gebied ontstaat er een *level playing field* voor werkgevers binnen de EU. Bovendien kan de richtlijn bijdragen aan vermindering van de uitbuiting van vreemdelingen zonder geldige verblijfstitel binnen de EU. Het verschuiven van banen van de gewone arbeidsmarkt naar de informele sector kan volgens de Commissie bovendien tot ressentiment leiden wanneer deze banen vervolgens worden ingenomen door illegaal in het land verblijvende onderdanen van derde landen. Het terugdringen van dergelijke arbeid zou kunnen bijdragen aan het verminderen van xenofobe gedragingen.[219] De doelstellingen van de richtlijn moeten worden verwezenlijkt door invoering van vergelijkbare sancties voor werkgevers in alle lidstaten. De geharmoniseerde minimumsancties moeten gebaseerd zijn op bestaande maatregelen in de lidstaten en ook daadwerkelijk gehandhaafd worden.[220]

2.3.3 JURIDISCHE CONTEXT

De richtlijn moet niet enkel worden beschouwd binnen de ontwikkeling van werkgeverssancties (zoals beschreven in paragraaf 2.3.1) maar ook als het sluitstuk van het toelatingsbeleid van arbeidsmigranten. Het toelatingsbeleid moet volgens de Commissie gepaard gaan met maatregelen tegen illegale immigratie.[221] Illegale immigratie ondermijnt volgens de Commissie de geloofwaardigheid van de legale migratiekanalen.[222] Er is een behoorlijk aantal richtlijnen op het gebied van de toelating van vreemdelingen tot de Europese arbeidsmarkt, die deel uitmaken van het Europees migratiebeleid. De in dit proefschrift besproken richtlijn maakt samen met de Terugkeerrichtijn[223] en de Vervoerdersrichtlijn[224] onderdeel uit van de maatregelen tegen illegale migratie.

---

[217] COM(2007) 249 def., p. 2.
[218] COM(2007) 249 def., p. 2.
[219] COM(2006) 402 def., p. 9.
[220] COM(2007) 249 def., p. 3.
[221] COM(2005) 184 def., p. 9.
[222] COM(2006) 402 def., p. 9.
[223] Richtlijn 2008/115/EG, *PbEU* L 348/98.
[224] Richtlijn 2004/82/EG, *PbEU* L 261/24.

Wat betreft legale migratie gaat het momenteel[225] om de Gezinsherenigingsrichtlijn,[226] de Richtlijn langdurig ingezetenen,[227] de Studentenrichtlijn,[228] de Wetenschappersrichtlijn,[229] de Blue card[230] en de Gecombineerde vergunning.[231]

2.3.3.1 GRONDSLAG RICHTLIJN

De grondslag voor de richtlijn is artikel 63, derde lid, onder b van het toenmalig EG-verdrag.[232] De totstandkoming van de richtlijn wordt derhalve beheerst door het EG-recht, dus van voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. Dit artikel was onderdeel van Titel IV: Visa, Asiel, Immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrije verkeer van personen. Artikel 63, derde lid, onder b verplichtte de Raad maatregelen inzake immigratiebeleid te nemen ten aanzien van *'illegale immigratie en illegaal verblijf, met inbegrip van repatriëring van illegaal verblijvende personen'*. Richtlijnen op deze grondslag werden op basis van artikel 95 EG vastgesteld via de codecisie procedure, gebaseerd op artikel 251 EG.[233] Kort gezegd betekent dit dat de het parlement en de Commissie een evenwaardige rol hebben en overeenstemming over de tekst moeten bereiken.[234] In het geval van de richtlijn is de overeenstemming in eerste lezing bereikt. Zie hiervoor uitgebreid paragraaf 2.5. Vanwege deze grondslag heeft de richtlijn enkel betrekking op vreemdelingen zonder een geldige verblijfsstatus in de EU. Uiteraard staat het lidstaten vrij om naast de implementatie van deze richtlijn ook maatregelen te treffen tegen vreemdelingen die illegaal werk verrichten, terwijl ze wel in het bezit zijn van een geldige verblijfsstatus. In vrijwel alle literatuur over deze richtlijn wordt stilgestaan bij de grondslag van de richtlijn. Volgens sommige auteurs[235] en de vakbondsorganisatie ETUC bevat de richtlijn (ook) sociale bepalingen. Volgens de ETUC had de richtlijn mede gebaseerd moeten worden op Titel XI van het

---

225 Twee toekomstige richtlijnen zijn de Seizoenarbeidersrichtlijn (Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the seasonal employment, COM(2010), 379) en de de richtlijn inzake tijdelijke overplaatsing in concernverband (Voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen in het kader van een overplaatsing binnen een onderneming, COM(2010), 378).

226 Richtlijn 2003/86/EG, *PbEG* L 251 van 3 oktober 2003, p. 12 – 18.

227 Richtlijn 2003/109/EG, *PbEG* L 016 van 23 januari 2004, p. 44 – 53.

228 Richtlijn 2004/114/EG, *PbEG* L 375 van 23 december 2004, p. 12 – 18.

229 Richtlijn 2005/71/EG, *PbEG* L 289 van 3 november 2005, p. 15 – 22.

230 Richtlijn 2009/50/EG, *PbEU* L 155/17.

231 Richtlijn 2011/98/EU, *PbEU* L 343/1.

232 Huidig art. 79 VWEU.

233 Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon een gewone wetgevingsprocedure (art. 289 en 294 VWEU).

234 Eijsbouts, Jans & Vogelaar 2006, p. 44.

235 Carrera & Guild 2007, Dewhurst 2011.

EG-verdrag.[236] Zie voor het standpunt van ETUC uitgebreid paragraaf 2.4.1. De maatregelen onder Titel XI hebben onder andere ten doel 'de gestage verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden' en 'adequate sociale bescherming'.[237] Artikel 137 EG-verdrag somt een aantal concrete punten op waar de Gemeenschap kan optreden op het gebied van de arbeidsmarkt en arbeidsomstandigheden.[238] Geen van deze punten heeft direct betrekking op de voorstellen die in de richtlijn zijn opgenomen. Bij voorstellen onder deze titel is de Commissie verplicht de sociale partners van te voren te raadplegen.[239] Bast is van mening dat artikel 63, derde lid, voldoende grondslag biedt om een verbod op illegale tewerkstelling op te kunnen baseren.[240] Ook de juridische dienst van de Raad heeft uitgebreid beargumenteerd dat de gekozen rechtsgrondslag de juiste is.[241] Geen van de lidstaten of andere belanghebbende heeft overigens gebruik gemaakt van de mogelijkheid om beroep in te stellen bij het HvJ EU wegens onbevoegdheid of misbruik van bevoegdheid.[242]

2.3.3.2 STRAFRECHT IN DE EERSTE PIJLER

De richtlijn is aangenomen in 2009 en wordt derhalve beheerst door het gemeenschapsrecht van voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. Tot 2005 was de heersende mening dat de EG op het gebied van het strafrecht geen bevoegdheden had.[243] De sociale, economische en culturele opvattingen van de lidstaten en de daarmee samenhangende nationale houding ten aanzien van de betekenis van het strafrecht waren te verschillend om de EG bevoegdheden te geven op dit terrein.[244] Tevens was lange tijd het uitgangspunt dat het de lidstaten vrij stond de in een richtlijn geformuleerde doelstellingen op een zelfgekozen manier te bereiken. Het formuleren van een doel in de richtlijn was derhalve belangrijker dan het formuleren van de wijze waarop dit doel bereikt diende te worden.[245] De enige bevoegdheid met betrekking tot strafrecht in richtlijnen was de bevoegdheid om lidstaten voor te schrijven zich in bepaalde gevallen te onthouden van strafrechtelijke maatregelen omdat dat een ongeoorloofde beperking van de interne markt zou opleveren.[246]

In 2005 deed het Hof van Justitie een belangrijke uitspraak waardoor het strafrecht een voet tussen de deur kreeg binnen de gemeenschappelijke Eerste

[236] Huidig Titel X VWEU.
[237] Art. 136 VEG (Huidig: art. 151 VWEU).
[238] Huidig (en uitgebreid) art. 153 VWEU.
[239] Art. 138, tweede lid, VEG (Huidig: art. 154, tweede lid, VWEU).
[240] Bast 2012.
[241] Raadsdocument 14655/07, 5 november 2007.
[242] Art. 230 VEG (Huidig: art. 263 TFEU).
[243] Klip 2012, p. 172.
[244] De Moor – Van Vugt 2012, p. 6.
[245] Klip 2012, p. 78.
[246] Klip 2012, p. 17.

Pijler.[247] Aanleiding voor deze zaak was een verzoek van de Commissie om Kaderbesluit 2003/80/JBZ te vernietigen.[248] De Commissie was van mening dat het harmoniseren van strafbepalingen in het milieurecht een Eerste Pijler-bevoegdheid was.[249] Aangezien het EU-verdrag geen afbreuk mag doen aan de bevoegdheden van het EG-verdrag kunnen er geen Derde Pijler instrumenten worden gebruikt ten aanzien van bevoegdheden die onder de Eerste Pijler vallen.[250] Als onder de Eerste Pijler strafrecht mag worden toegepast mag *'de Eerste Pijler als exclusieve rechtssfeer niet* [...] *worden verlaten'*.[251] Het aangewezen instrument is in die gevallen een richtlijn en geen kaderbesluit.[252] Het hof overwoog dat hoewel uit het EG-verdrag voort vloeit dat het straf-(proces)recht in beginsel niet tot de bevoegdheid van de EG behoort, het belang van milieubescherming zo zwaarwegend kan zijn dat het voorschrijven van strafrecht in de communautaire pijler toch is toegestaan. Het moet dan gaan om onontbeerlijke maatregelen die noodzakelijk zijn voor de volledige doeltreffendheid van de door de EG (binnen de Eerste Pijler) vastgestelde normen.[253] In 2007 bepaalde het hof dat het voorschrift strafrecht toe te passen geen betrekking mag hebben op de zwaarte van de strafrechtelijke sancties.[254] Het bepalen van de zwaarte van de straf blijft een exclusieve bevoegdheid van de lidstaten.

De eis van een *'onontbeerlijke maatregel die noodzakelijk is voor de volledige doeltreffendheid van de door de EG vastgestelde normen'*[255] brengt een zekere onderbouwingsplicht met zich voor de Commissie bij het voorschrijven van strafrechtelijke sancties. In de preambule bij de richtlijn wordt het opnemen van strafrechtelijke sancties onderbouwd door te stellen dat bestuurlijke sancties *'waarschijnlijk onvoldoende zijn om bepaalde gewetenloze werkgevers af te schrikken'*.[256] In de volgende overweging stelt de Commissie: *'Om de volledige doeltreffendheid van het algemene verbod te garanderen is het dus noodzakelijk meer afschrikwekkende sancties vast te stellen in ernstige gevallen'*.[257] Zoals later in dit hoofdstuk zal blijken is het idee dat straf-

[247] HvJ EG 13 september 2005, C-176/03, *AB* 2005, 435, m.nt. De Moor – Van Vugt.
[248] Mitsilegas 2009, p. 70.
[249] Borgers & Kooijmans 2008 zetten uiteen wat de gevolgen waren van bevoegdheden ten aanzien van het strafrecht in de lidstaten in de Eerste Pijler. Er was sprake van een andere wetgevingsprocedure (de Derde Pijler werkte op basis van unanimiteit) en het HvJ EG speelde een terughoudende rol in de Derde Pijler.
[250] Art. 47 EU-verdrag (oud).
[251] Borgers & Kooijmans 2008, p. 3.
[252] Borgers & Kooijmans 2008, p. 3.
[253] HvJ EG 13 september 2005, C-176/03, *AB* 2005, 435, m.nt. De Moor – Van Vugt, ro 48.
[254] HvJ EG 23 oktober 2007, C-440/05, AB 2008, 47, m.nt. De Moor – Van Vugt. Deze zaak is uitgebreid besproken door Borgers & Kooijmans 2008.
[255] HvJ EG 13 september 2005, C-176/03, *AB* 2005, 435, m.nt. De Moor – Van Vugt, ro 48.
[256] Preambule Richtlijn 2009/52/EG, onder (21).
[257] Preambule Richtlijn 2009/52/EG, onder (22).

rechtelijke sancties effectiever en afschrikwekkender zijn dan bestuursrechtelijke niet gebaseerd op de resultaten van de onderzoeken die ter voorbereiding van de richtlijn zijn uitgevoerd.[258] De juridische dienst van de Raad stelt in een advies over deze richtlijn dat de uitspraken van het HvJ EU ruimte laten om strafrecht op andere beleidsgebieden binnen de Eerste Pijler te gebruiken om de vastgestelde normen 'volle uitwerking' te geven.[259] De vraag of de inzet van het strafrecht noodzakelijk is, is niet door de juridische dienst beantwoord.

Naast tenminste veertien lidstaten uitte onder andere het Franse Voorzitterschap tijdens een bijeenkomst van de Raadswerkgroep Integratie, immigratie en uitzetting bedenkingen bij het voorschrijven van strafrechtelijke sancties voor illegale tewerkstelling.[260] Deze bedenkingen golden zowel de juridische basis als de proportionaliteit van de strafrechtelijke sancties,[261] maar hebben niet geleid tot het schrappen van de desbetreffende artikelen.[262] Vier lidstaten (Finland, Hongarije, Polen en Zweden) gaven een verklaring waarin ze stelden dat aan de voorwaarden voor het voorschrijven van strafrechtelijke sancties, zoals neergelegd in de zojuist besproken uitspraken, niet was voldaan.[263] Uiteindelijk stemde Zweden tegen de richtlijn en onthield Finland zich van stemming.[264] Polen en Hongarije ondersteunden deze verklaring maar stemden uiteindelijk toch voor de richtlijn.[265] De grondslag van, of het opnemen van strafrecht in, de richtlijn is uiteindelijk niet juridisch aangevochten door een van de lidstaten.[266] Ook de strafrechtwerkgroep[267] was zeer kritisch over de toepassing van artikel 63, derde lid, onder b van het EG-verdrag als basis voor de bevoegdheid om het gebruik van strafrecht voor te schrijven. De werkgroep was van mening, dat gezien de genoemde uitspraak van het HvJ EU, er helemaal geen competentie was voor het opnemen van strafrechtelijke bepalingen in de richtlijn.[268]

Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 is er veel veranderd ten aanzien van het voorschrijven van strafrecht op gebieden die binnen de voormalige Eerste Pijler vielen. Sindsdien is er een verdragsrechtelijke grondslag voor het voorschrijven van strafrecht. Artikel 82 en 83 VWEU bevatten de bevoegdheden van het EP en de Raad ten aanzien van

---

258 Zie par. 2.4.2 van dit hoofdstuk.
259 COM(2007) 249 def., p. 5.
260 Note from Presidency, 12 september 2007, 12776/07; COD (2008) 11366/08/08, p. 12.
261 Note from Presidency, 12 september 2007, 12776/07; REV en COD (2007) 11366/08, p. 12.
262 Zie voor de onderhandelingen par. 2.5 van dit hoofdstuk.
263 Council document, 11670/09, 2 juli 2009, p. 22.
264 Council document, 11670/09, 2 juli 2009, p. 21.
265 Peers 2009, p. 411. Zie ook par. 2.5 van dit hoofdstuk.
266 Die mogelijkheid bestaat op grond van art. 230 EG-Verdrag (oud), huidig art. 263 TFEU.
267 Een van de werkgroepen waarin de besluitvorming van de Raad wordt voorbereid.
268 2007/0094(COD) 12776/1/07 rev 1, p. 3.

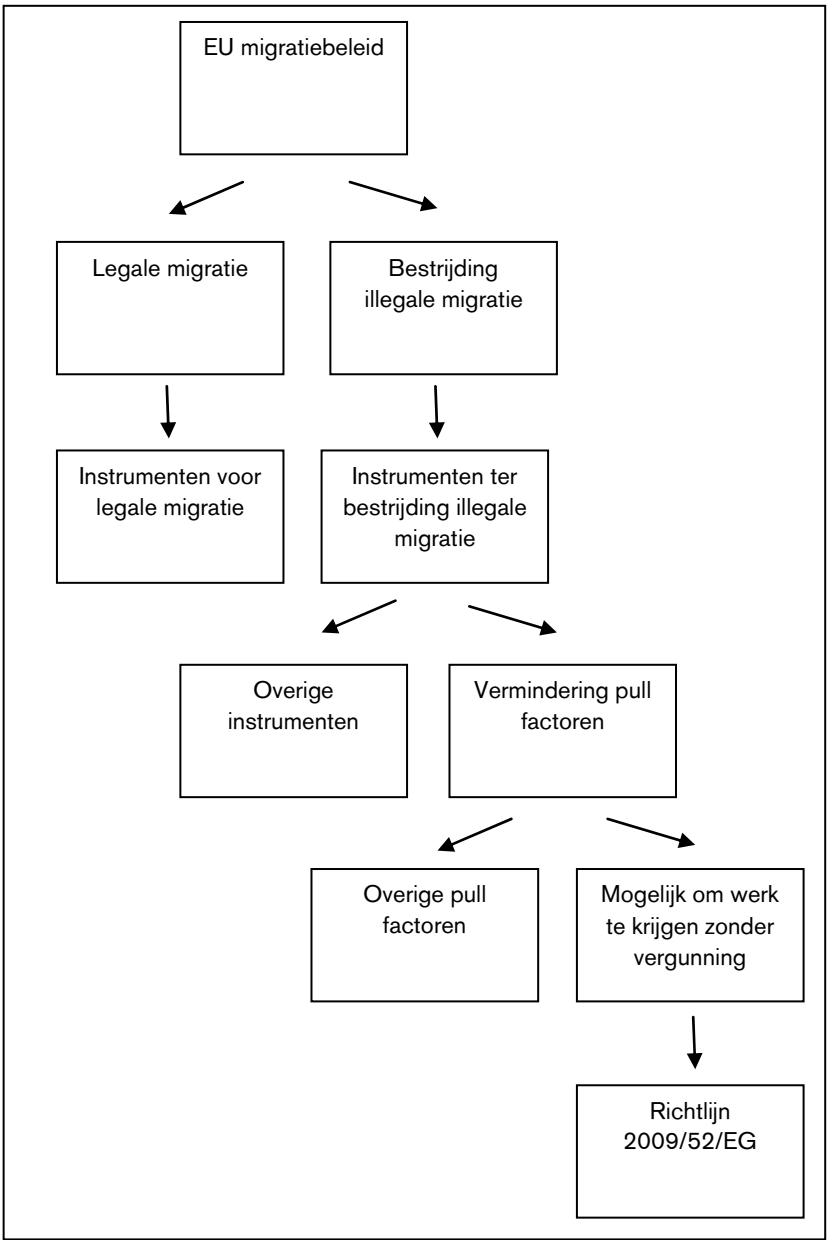
het strafrecht in de lidstaten. Artikel 82 ziet voornamelijk op de samenwerking en wederzijdse erkenning tussen lidstaten. Dit beginsel van wederzijdse erkenning is het uitgangspunt voor de harmonisering van het strafrecht.[269] Artikel 83 geeft de bevoegdheid voor de Unie om door middel van een richtlijn regels te stellen ten aanzien van zware en grensoverschrijdende criminaliteit op bepaalde gebieden:[270] terrorisme, mensenhandel en seksuele uitbuiting van vrouwen en kinderen, illegale drugshandel, illegale wapenhandel, het witwassen van geld, corruptie, de vervalsing van betaalmiddelen, computercriminaliteit en de georganiseerde criminaliteit.[271] Deze lijst kan door de Raad en het EP worden uitgebreid.

2.3.4 ANALYSE

2.3.4.1 ONTWIKKELING EU MIGRATIEBELEID

De positie van de richtlijn binnen het EU migratiebeleid is op de volgende pagina schematisch weergegeven.

[269] Mitsilegas 2009, p. 156.
[270] Klip 2009, p. 158.
[271] Art. 83 VWEU.



Tabel 2.1: Positie Richtlijn 2009/52/EG binnen het EU migratiebeleid.

De ontwikkelingen met betrekking tot werkgeverssancties binnen de EU zijn enerzijds goed te plaatsen in de ontwikkeling van het integrale migratiebeleid van de EU, maar vertonen ook een opvallende parallel met instrumenten van *voor* de totstandkoming van het Europese migratiebeleid. Kijkend naar de

ontwikkelingen sinds het Verdrag van Amsterdam (1997), waarbij een verplaatsing van de Derde Pijler naar de communautaire pijler plaatsvond, is de richtlijn een logische nieuwe stap. De Ruimte voor vrijheid, veiligheid en recht kan worden gezien als een stam met veel vertakkingen. Een van deze takken was de ontwikkeling van maatregelen op het gebied van asiel, buitengrenzen en immigratie (Wenen 1998). De tak met maatregelen op het gebied van immigratie is op zijn beurt op te splitsen in maatregelen ter ondersteuning van legale migratiestromen en het bestrijden van illegale immigratie. Ter bestrijding van illegale immigratie wordt in 1999 in Tampere een aantal maatregelen aangekondigd. Dit wordt herhaald in het Haags Programma (2004) en de uitwerking daarvan leidt tot de vaststelling van beleidsprioriteiten binnen de bestrijding van illegale immigratie.[272] Een van die prioriteiten is het invoeren van werkgeverssancties. Zo beschouwd is de totstandkoming van de richtlijn een logisch gevolg van het beleid vanaf het Verdrag van Amsterdam (1997).

Echter de voorgeschiedenis van de richtlijn vertoont ook grote parallellen met instrumenten van voor de totstandkoming van het Europees migratiebeleid. De richtlijn, die lijkt voort te komen uit de ontwikkeling van het integrale migratiebeleid vanaf 1997, heeft erg veel weg van het eerste voorstel voor een richtlijn met werkgeverssancties, van 31 jaar eerder. De ontwerprichtlijn uit 1976 bevat, net als de uiteindelijke richtlijn sancties voor illegale tewerkstelling, strafrechtelijke sancties bij serieuze overtredingen, voorschriften omtrent controles en inspecties, verhaal van uitzettingskosten, samenwerking tussen de lidstaten en procedurele rechten voor de betreffende werknemers.[273] In de gewijzigde versie van 1978 is ook nabetaling van loon opgenomen. De voorstellen voor de huidige richtlijn bevatten geen verwijzingen naar de richtlijn uit 1976 maar de overeenkomsten zijn opmerkelijk. Ook in de aanbevelingen van de Raad uit 1995 en 1996 komt een aantal aspecten van de ingetrokken richtlijn uit 1976 weer terug: de aanbevelingen verlangen van lidstaten dat zij maatregelen nemen opdat werkgevers de status van hun werknemers controleren, dat zij werkgevers die derdelanders illegaal tewerkstellen passend, strafrechtelijk straffen, dat zij zorgen dat behaald voordeel ongedaan wordt gemaakt, dat zij zorgen voor coördinatie met en samenwerking tussen verschillende nationale autoriteiten belast met de opsporing en bestrijding van illegale tewerkstelling en uitbuiting en dat zij tot slot informatie uitwisselen met andere lidstaten.

De richtlijn lijkt dus niet alleen een uitvloeisel van de ontwikkeling van het integrale migratiebeleid van de EU te zijn maar ook de opvolger van de eerder gefaalde poging tot introductie van de betreffende normen in bindende instrumenten. Wat dit betreft neemt deze richtlijn in zoverre een bijzondere plek in

[272] COM(2005) 669 def., p. 3.
[273] COM(76) 331 def.

binnen het integraal migratiebeleid dat de richtlijn grote gelijkenis vertoont met een ruim 30 jaar oudere ontwerprichtlijn en met 15 jaar oudere niet-bindende instrumenten.

2.3.4.2 JURIDISCHE CONTEXT

De richtlijn moet op basis van de grondslag enkel worden gezien als een instrument ter controle van immigratie. Hoewel sommigen, met name de vakbondsorganisatie *ETUC*, van mening waren dat de richtlijn een bredere grondslag behoefde is nooit overwogen de grondslag te verbreden of de richtlijn voor te leggen aan het HvJ EU.[274] De redenering dat de sociale rechten vooral dienen om illegale tewerkstelling duurder (en dus minder aantrekkelijk voor werkgevers) te maken is wel te volgen. Echter, zoals een aantal academici bepleitte, zijn de sociale bepalingen waarschijnlijk de bepalingen welke de meeste impact zullen hebben in de lidstaten (mede vanwege de reeds bestaande preventieve maatregelen en sancties in de lidstaten en de uiteindelijke schrapping van de kwantitatieve inspectienorm).[275] De klachtenmechanismes en procedures voor nabetaling kunnen behoorlijke verplichtingen in het leven roepen voor de lidstaten, afhankelijk van het huidige regime en de toekomstige inspanningen in de lidstaten. De bepaling belooft een behoorlijke verbetering van de arbeidspositie van de illegaal tewerkgestelde vreemdelingen. De voorgestelde richtlijnen uit 1976 en 1978, met een grote inhoudelijke overlap, waren onderdeel van het sociaal beleid van de toenmalige EEG. Daarbij moet worden aangetekend dat er destijds geen grondslag was voor een migratierechtelijke instrument terwijl de voorgestelde richtlijnen wel degelijk migratierechtelijke aspecten vertoonde.[276] In 1976/78 was de verbetering van de sociale positie van illegaal tewerkgestelde vreemdelingen een van de doelen; in de richtlijn 2009 is de verbetering van de positie een middel om illegale tewerkstelling minder aantrekkelijk te maken voor werkgevers.

Ten aanzien van de opneming van strafrechtelijke sancties in de richtlijn is naar mijn mening de noodzaak voor de strafrechtelijke sancties niet afdoende vast komen te staan. De voorbereidende documenten tonen niet aan waarom strafrechtelijke sancties onontbeerlijk zijn voor de volledige doeltreffendheid van de door de Commissie vastgestelde normen. Bij de bespreking van de voorbereiding van het Commissievoorstel zal blijken dat er paradoxaal genoeg gekozen is voor strafrecht nadat een studie uitwees dat dit niet noodzakelijk was.

[274] Art. 230 VEG (Huidig: art. 263 TFEU).
[275] Carrera & Guild 2007, Dewhurst 2011.
[276] Zie par. 2.3.1.1 van dit hoofdstuk.

2.4 VOORBEREIDING COMMISSIEVOORSTEL

In deze paragraaf komt de voorbereiding van het oorspronkelijke voorstel[277] voor de richtlijn aan de orde. Het eerste voorstel voor de richtlijn was een uitwerking van de combinatie van beleidsopties die blijkens de effectbeoordeling de voorkeur verdient en mede gebaseerd is op vergaderingen met sociale partners, Ngo's en de lidstaten.[278] De effectbeoordeling is vrijwel geheel gebaseerd op een rapport van het consultancy bureau GHK, zie paragraaf 2.4.2.[279]

2.4.1 BETROKKEN STAKEHOLDERS

Werkgevers- en werknemersorganisaties zijn in een vroeg stadium, eind 2006, informeel betrokken bij de richtlijn. Het onderzoek van GHK was toen al begonnen. Namens de werkgevers is er gesproken met de *Union of Industrial and Employers Confederations of Europe* (*UNICE,* inmiddels BUSINESS-EUROPE), een vertegenwoordiger van 41 nationale industrie- en werkgeversfederaties.[280] De werknemers werden vertegenwoordigd door de ETUC. Dit verbond van vakverenigingen vertegenwoordigt 83 nationale vakbonden en daarnaast twaalf industrieverenigingen.[281] De besprekingen hebben volgens de Commissie plaatsgevonden op basis van de destijds beschikbare beleidsdocumenten.[282] Welke documenten dat waren is niet meer exact te achterhalen. Uit de interviews met verschillende betrokkenen blijkt dat dit onder andere ging om een vergevorderd conceptvoorstel voor de tekst van de richtlijn.[283] Het belangrijkste punt van de werkgevers bij deze consultatie was de vraag of sancties op EU-niveau wel noodzakelijk zijn nu die sancties reeds op lidstaatniveau aanwezig zijn. Volgens UNICE is het gebrek aan handhaving belangrijker.[284] Daarnaast heeft UNICE grote bezwaren tegen een eventuele verschuiving van handhavingsverplichtingen van de nationale autoriteiten naar de werkgevers. Dit bezwaar moet worden gezien in het licht van de zich

---

277 COM(2007) 249 def.

278 COM(2007) 249 def., p. 4 en 5.

279 'Impact Assessment on a Community instrument laying down sanctions for employers of third country nationals with no or limited rights to work that are exceeded', GHK, Contract nr. JLS/2006/B4/05, 29 april 2007.

280 http://www.businesseurope.eu/content/default.asp?PageID=600, geraadpleegd op 23 februari 2012.

281 www.etuc.org/r/5, geraadpleegd op 23 februari 2012.

282 Interview met ambtenaren van DG Home Affairs, Unit B1 Immigration and Integration, 7 maart 2012, Brussel.

283 Interview met K. Passchier, ETUC, 12 april 2012, Amsterdam en interview met ambtenaren van DG Home Affairs, Unit B1 Immigration and Integration, 7 maart 2012, Brussel.

284 Bijeenkomst op 23 november 2006, JT D(2006), verslag J. Temmler.

ontwikkelende privatisering van het toezicht op migratie.[285] UNICE wil voorkomen dat er extra verplichtingen ontstaan voor werkgevers.

Ook de werknemersvertegenwoordiging voerde een aantal punten aan.[286] De ETUC pleitte ervoor de verblijfsstatus van de werknemer irrelevant te maken voor de arbeidsrechten. Ook werknemers zonder verblijfsstatus moeten in aanmerking komen voor arbeidsrechten.[287] Het is volgens ETUC cruciaal om het voor de vreemdelingen aantrekkelijk te maken om uitbuitende arbeidsomstandigheden te melden en hulp te kunnen krijgen bij het claimen van nabetaling. Hiertoe moeten de werknemers niet onmiddellijk uitgezet kunnen worden en moet het duidelijk zijn dat hulp bij deze claim door vakbonden of Ngo's niet wordt gezien als het faciliteren van illegale immigratie. Daarnaast benadrukt ETUC dat ook de opdrachtgever, in het geval van onderaanneming, aansprakelijk moet blijven voor dergelijke claims.

2.4.2 EXTERNE STUDIE GHK

GHK is een van de consultancybureaus dat op basis van een 'framework contract' regelmatig rapporten schrijft die dienen als basis voor de effectbeoordelingen van de Commissie.[288] De te onderzoeken opties waren reeds door de Commissie bepaald. Opvallend is dat de 'sociale paragraaf' uit de richtlijn in de oorspronkelijke voorstellen niet voorkwam en ook niet zijn onderzocht. Deze bepalingen worden slechts in een voetnoot voorgesteld. Gevolg hiervan is dat in de rapportage van GHK en de daarop gebaseerde effectbeoordeling van de Commissie de effecten van deze bepalingen niet worden beoordeeld, terwijl deze toch een behoorlijke invloed kunnen hebben op de verplichtingen van de lidstaten en de rechten van de vreemdelingen. Het rapport van GHK bestaat uit drie onderdelen. Het eerste deel van het rapport is de 'problem assessment'. Hierin wordt een beeld geschetst van de omvang en gevolgen van illegale arbeidsmigratie naar de EU.[289] Vervolgens brengt het rapport de huidige sancties voor werkgevers van illegaal verblijvende vreemdelingen in de lidstaten in kaart. Dit is gedaan op basis van vragenlijsten die door de Commissie zijn verzonden naar de leden van de Immigratie en Asiel Commissie en de autoriteiten in de lidstaten.[290] Daarnaast zijn er drie casestudies uitgevoerd. De onderzochte lidstaten zijn Finland, Duitsland en Spanje.[291] Na de 'problem

[285] De Lange 2011.
[286] Bijeenkomst op 13 december 2006, JT D(2006), verslag J. Temmler.
[287] Iets wat in bijvoorbeeld Ierland en het Verenigd Koninkrijk erg ongebruikelijk is betoogt Dewhurst 2011.
[288] Interview met ambtenaren van DG Home Affairs, Unit B1 Immigration and Integration, 7 maart 2012, Brussel.
[289] GHK Consultancy 2007, p. 21.
[290] GHK Consultancy 2007, p. 50.
[291] GHK Consultancy 2007, p. 65.

assessment' volgt het tweede deel van het rapport: de onderzochte beleidsopties. De beleidsopties zijn door de Commissie vastgesteld en binnen de kaders van de *task specifications* en de *assignment proposal* onderzocht en geanalyseerd. Er was ruimte voor de onderzoekers om de beleidsopties bij te schaven of andere alternatieven voor te stellen, hiervan is geen gebruik gemaakt.[292] Het derde onderdeel van het GHK rapport bevat de bijlagen waarin de methodologische verantwoording, de cijfermatige onderbouwing en een schets van de situatie in de Verenigde Staten zijn opgenomen.[293]

2.4.2.1 UITKOMSTEN *PROBLEM ASSESSMENT*

2.4.2.1.1 ILLEGALE IMMIGRATIE

GHK concludeert dat de omvang van de illegale immigratie naar de Europese Unie de afgelopen jaren is toegenomen. Een belangrijke factor hierin is het idee, dat bij veel derdelanders leeft, dat het in de EU makkelijk is om een relatief goed betaalde baan te krijgen. Volgens GHK is het inderdaad makkelijk om als illegale arbeidsmigrant in de EU aan een baan te komen. Illegale tewerkstelling is wijdverbreid en er is veel vraag naar laagopgeleide, goedkope arbeidskrachten om werk te doen waarvoor de onderdanen van de lidstaten niet te motiveren zijn.[294] GHK benadrukt dat de relatief goede beloning vaak een illusie is en veel illegale arbeidsmigranten werken voor zeer lage salarissen en onder slechte arbeidsomstandigheden.[295] Volgens het rapport brengt de grootschalige illegale tewerkstelling binnen de EU ook enige voordelen met zich mee. Naast het feit dat sommige industrieën volledig afhankelijk zijn van illegale arbeidskrachten, profiteren ook de herkomstlanden van de illegale arbeid binnen de EU. Door de uittocht van arbeidskrachten neemt de werkloosheid af en een deel van het verdiende geld wordt naar het herkomstland gestuurd.[296] Een groot nadeel van de omvangrijke illegale arbeidsmigratie echter, naast de al genoemde slechte werkomstandigheden, is de concurrentievervalsing die optreedt wanneer er niet voldoende wordt betaald en er geen sociale premies worden afgedragen.[297]

2.4.2.1.2 BESTAANDE HANDHAVING IN DE LIDSTATEN

Na het in kaart brengen van de situatie in de lidstaten concludeert GHK dat er in vrijwel alle lidstaten werkgeverssancties en preventieve maatregelen aanwezig

---

[292] Interview met ambtenaren van DG Home Affairs, Unit B1 Immigration and Integration, 7 maart 2012, Brussel. Bevestigd door consultant van GHK, telefonisch interview 21 juni 2012.

[293] De informatie met betrekking tot de VS is in de uiteindelijke effectbeoordeling niet gebruikt.

[294] GHK Consultancy 2007, p. 69.

[295] GHK Consultancy 2007, p. 69.

[296] GHK Consultancy 2007, p. 70.

[297] GHK Consultancy 2007, p. 70.

zijn.[298] Er zijn volgens GHK echter twee problemen die in de weg staan aan een effectieve handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. Ten eerste variëren de sancties en preventieve maatregelen per lidstaat behoorlijk. In sommige lidstaten worden de sancties en preventieve maatregelen gecombineerd en in andere lidstaten niet.[299] Dit doet afbreuk aan het nagestreefde *level playing field*. Een belangrijker reden echter is dat de effectiviteit van de aanwezige sancties en preventieve maatregelen zeer afhankelijk is van de handhavingsinspanningen in de lidstaten. Vrijwel alle nationale autoriteiten kampen volgens het rapport met schaarste aan financiële middelen en capaciteit. Volgens GHK wijst het lage aantal vervolgingen erop dat er veel werkgevers wegkomen met illegale tewerkstelling.[300] Gezien deze conclusie is het niet verwonderlijk dat in het Commissievoorstel voor de richtlijn een kwantitatieve inspectienorm voorgesteld werd.[301]

2.4.2.1.3 ONDERZOEK NAAR BEPALINGEN BETREFFENDE DE SOCIALE RECHTEN

Bij het onderzoek naar de effecten van de verschillende beleidsopties (zie de volgende paragraaf) is geen onderzoek gedaan naar de effecten van de bepalingen betreffende de sociale rechten. De nabetalingsbepalingen en de klachtenregeling worden enkel bij beleidsoptie vier genoemd als 'noodzakelijke bijkomende maatregelen'.[302] De huidige artikelen 6 en 13 (nabetaling van loon en de klachtenregeling) kunnen behoorlijke gevolgen hebben en worden door sommigen ook gezien als een van de belangrijkste aspecten van de richtlijn.[303] In de *task specifications* die ten grondslag lagen aan de opdracht voor het rapport is onderzoek naar deze artikelen niet opgenomen.[304] Er was uiteindelijk niet voldoende tijd meer om de effecten van deze bepalingen nog te onderzoeken.[305] Hoewel een voor de hand liggende verklaring zou zijn dat deze maatregelen pas bij de analyse van de beleidsoptie voor het eerst naar boven zijn gekomen is dit echter niet het geval. De betreffende artikelen waren namelijk al in een vroeg stadium opgenomen in de conceptversies van de richtlijn.[306]

---

[298] Zie uitgebreid par. 2.4.2 van dit hoofdstuk.
[299] GHK Consultancy 2007, p. 70.
[300] GHK Consultancy 2007, p. 70.
[301] COM(2007) 249 def., p. 21.
[302] GHK Consultancy 2007, p. 94.
[303] Carrera & Guild 2007, Dewhurst 2011 en de vakbondsorganisatie ETUC.
[304] EC D-G Justice, Freedom and Security, Task specifications for the assignment: Impact assessment on a community instrument laying down sanctions for employers of illegally staying third-country nationals, Ongedateerd, op te vragen bij de D-G JLS.
[305] Telefonisch interview consultant GHK, 21 juni 2012.
[306] Interview met ambtenaren van DG Home Affairs, Unit B1 Immigration and Integration, 7 maart 2012, Brussel.

2.4.2.2 BELEIDSOPTIES

De door de Commissie vastgestelde en door GHK onderzochte beleidsopties zijn:

1. Status Quo.
2. Geharmoniseerde sancties (waaronder strafrechtelijke) voor werkgevers van vreemdelingen zonder geldige tewerkstellingsvergunning.
3. Geharmoniseerde preventieve maatregelen: eisen aan werkgevers betreffende de verzameling en verwerking van gegevens van de werknemer.
4. Geharmoniseerde sancties en geharmoniseerde preventieve maatregelen: een combinatie van optie 2 en 3.
5. Een voorlichtingscampagne met betrekking tot de consequenties van het inhuren van vreemdelingen zonder geldige tewerkstellingsvergunning.
6. Verzameling en uitwisseling van *good practices* betreffende de implementatie van werkgeverssancties, gefinancierd door de EU.[307]

Alle beleidsopties zijn door GHK beoordeeld aan de hand van een aantal criteria. Ten eerste wordt gekeken naar de doelstelling van de richtlijn (waar het creëren van gemeenschapsrecht dat wordt gehoorzaamd en nageleefd en het verminderen van mensensmokkel, georganiseerde misdaad en smokkelen aan toegevoegd zijn). Daarnaast zijn de beleidsopties beoordeeld op: fundamentele rechten, profijt en voordelen, nadelen en risico's, essentiële begeleidende maatregelen, financiële kosten en effecten op derde landen. Op grond van deze criteria zijn de beleidsopties afgezet tegen de huidige situatie (tevens beleidsoptie één). Tot slot bevat het rapport per onderzochte beleidsoptie een overzicht van de door belanghebbenden en lidstaten naar voren gebrachte aandachtspunten.

Beleidsoptie 1: Status quo. Bij deze optie worden er geen aanpassingen aan de destijds geldende situatie gedaan. De Commissie merkte op dat in ieder geval 26 van 27 lidstaten al bestuursrechtelijke- of strafrechtelijke sancties bestonden voor werkgevers van illegaal tewerkgestelde vreemdelingen.[308] Alle lidstaten beschikte reeds over preventieve maatregelen om illegale tewerkstelling te voorkomen, variërend van de verplichting voor werkgevers om nieuwe werknemers te melden en hun tewerkstellingsvergunning te controleren tot samenwerkingen tussen de werkgevers en ministeries om illegale tewerkstelling tegen te gaan.[309] Het is van belang te beseffen dat de Commissie bij aanvang van

[307] GHK Consultancy 2007, p. 73.
[308] Voor Cyprus was geen informatie beschikbaar, SEC(2007) 603, p. 14.
[309] SEC(2007) 603, p. 15.

dit project eigenlijk al de beslissing had genomen om wetgeving te introduceren.[310] Deze optie is daarom met minder prioriteit onderzocht.[311]

GHK stelt dat de 'pushfactoren' sterker worden en de situatie zou kunnen verslechteren als er niet opgetreden wordt. De illegale immigratie naar de EU zal ook bij deze status quo afnemen gezien de werking van de huidige en toekomstige maatregelen op flankerende beleidsterreinen. Bovendien beschikken de meeste lidstaten over werkgeverssancties en preventieve maatregelen. Echter, het schort aan de noodzakelijke handhaving. Dit is ook benadrukt door de belanghebbenden tijdens de consultaties. Uit het onderzoek onder de lidstaten blijkt dat de meerderheid van de lidstaten de huidige Europese regelgeving afdoende vindt. Enkele lidstaten vroegen om versterking van de preventieve maatregelen en effectieve handhaving.[312]

Beleidsoptie 2: geharmoniseerde sancties voor werkgevers met een handhavingsplicht voor de lidstaten. De tweede onderzochte optie is het harmoniseren van de sancties tegen werkgevers van vreemdelingen zonder geldige verblijfstitel. De sancties moeten bestaan uit boetes (of andere sancties) per illegaal tewerkgestelde vreemdeling die bovendien hoger zouden moeten zijn dan het behaalde voordeel (lager loon en geen sociale lasten). Onder de 'andere sancties' verstaat de Commissie onder andere het uitsluiten van subsidies en aanbestedingen en tijdelijke of definitieve intrekking van vergunningen of sluiting van bedrijven. De hoogte van de sancties wordt overgelaten aan de lidstaten, maar zou moeten worden gebaseerd op factoren zoals: intentie werkgever, recidive en overige relevante feiten zoals de economische situatie.[313] Deze beleidsoptie voorziet tevens in strafrechtelijke sancties in het geval van (herhaalde) recidive, het tewerkstellen van een significant aantal vreemdelingen of als er sprake is van uitbuitingsachtige arbeidsomstandigheden. Tot slot voorziet deze optie in een ketenaansprakelijkheid voor werkgevers.[314] De Commissie heeft in de effectbeoordeling een inspectienorm toegevoegd aan deze optie. Deze inspectienorm kan worden vastgesteld op een controlepercentage van alle geregistreerde bedrijven en plaatsvinden op basis van een risico-inventarisatie.

Deze beleidsoptie zou volgens GHK bijdragen aan vermindering van illegale tewerkstelling binnen de EU vanwege de verscherping van de sancties in de lidstaten. Noodzakelijk hiervoor is een effectievere handhaving in de

[310] COM(2006) 402 def., p. 9 en interview met ambtenaren van DG Home Affairs, Unit B1 Immigration and Integration, 7 maart 2012, Brussel.
[311] Interview met ambtenaren van DG Home Affairs, Unit B1 Immigration and Integration, 7 maart 2012, Brussel.
[312] GHK Consultancy 2007, p. 84.
[313] De term 'economische situatie' wordt niet nader toegelicht, SEC(2007) 603, p. 15.
[314] SEC(2007) 603, p. 16.

lidstaten. Bovendien moet deze striktere handhaving bekend worden in de herkomstlanden van de arbeidsmigranten. Vermindering van de (mogelijkheden tot) illegale tewerkstelling zal volgens GHK ook de illegale immigratie kunnen verminderen. Wederom benadrukt GHK dat effectievere handhaving hiervoor noodzakelijk is. Effectievere handhaving is in theorie mogelijk omdat de sancties in deze beleidsoptie volgens GHK zijn gebaseerd op beschikbaar bewijs van de effectiviteit van sancties die op dit gebied worden toegepast in de lidstaten en informatie met betrekking tot de omstandigheden waaronder en in samenwerking met welke andere maatregelen deze sancties werken.[315] Zie hierover uitgebreid paragraaf 2.4.2.4 van dit hoofdstuk.

Beleidsoptie 3: geharmoniseerde preventieve maatregelen. Deze optie is meer gericht op preventie dan op repressie (beleidsoptie 2). Bij deze optie stelt de EU minimumregels met betrekking tot controle van documenten en notificatie bij de nationale autoriteiten. Bij deze optie ontstaat er een plicht voor werkgevers om arbeid door vreemdelingen te notificeren en de benodigde documenten aan de autoriteiten over te leggen. Werkgevers worden verplicht om, tot op zekere hoogte, zelf na te gaan of er sprake is van een vals of misbruikt document of zulks ter beoordeling aan de nationale autoriteit voor te leggen.[316] GHK stelde een boete voor van minimaal € 1000 voor werkgevers die werknemers niet notificeren, onafhankelijk van de verblijfsstatus en toegang tot de arbeidsmarkt van de vreemdeling.[317] De Commissie heeft dit bedrag niet overgenomen en in plaats daarvan opgenomen dat het niet notificeren niet per se tot een boete zou moeten leiden en dat in het geval dat de werkgever kan aantonen de nodige controles uitgevoerd te hebben niet als overtreder zou moeten worden aangemerkt, indien blijkt dat ze een vreemdeling hebben laten werken zonder (de juiste) tewerkstellingsvergunning. Dit kan volgens de Commissie het geval zijn bij vervalste documenten.[318]

Met deze beleidsoptie zou volgens GHK redelijke resultaten geboekt kunnen worden in de strijd tegen illegale tewerkstelling en illegale immigratie. De verplichte controle en overlegging van documenten stelt werkgevers veel beter in staat de status van de werknemer na te gaan. Bovendien zijn dit soort regels niet ingewikkeld en derhalve makkelijker na te leven door de werkgevers. GHK benadrukt wel dat het van belang is dat de regels worden gecontroleerd en gehandhaafd. De sancties op niet naleving moeten voldoende zijn om een afschrikwekkend effect te hebben (dat zou een reden kunnen zijn voor de

[315] GHK Consultancy 2007, voetnoot 131, p. 76.
[316] SEC(2007) 603, p. 17.
[317] GHK Consultancy 2007, p. 78. GHK opperde tevens de mogelijkheid de hoogte van de minimumboete naargelang de lidstaat aan te passen in verband met het verschil tussen de gemiddelde lonen in de lidstaten.
[318] SEC(2007) 603, p. 17.

voorgestelde boete van € 1000). Tevens bestaat er gevaar voor een ontwikkeling van de georganiseerde criminaliteit omdat de vraag naar vervalste documenten toe kan nemen. Het rapport stelt dat er een aantal flankerende maatregelen noodzakelijk is om deze beleidsoptie succesvol te kunnen uitvoeren. Zo moeten de persoonlijke data die moeten worden verwerkt goed beveiligd worden, de nationale autoriteiten moeten zijn ingesteld op het verzamelen en verwerken van de data, de lidstaten moeten regels maken omtrent de verschillende documenten die kunnen dienen ter verificatie van de verblijfsstatus, werkgevers en werknemers moeten op de hoogte worden gesteld van de nieuwe regels, er moet voldoende handhavingscapaciteit zijn om de regels na te leven en het nationale beleid met betrekking tot toelating tot de arbeidsmarkt moet op de vraag worden afgestemd. Werkgeversorganisaties en vakbonden zijn het met elkaar eens dat de procedures om derdelanders te notificeren eenvoudiger kunnen en dat de wachttijd voor een werkvergunning verkort kan worden. De werkgeversorganisaties vragen om meer aandacht voor hulp aan de werkgevers bij het verwerken van de administratieve lasten, in de vorm van informatiecampagnes of informatiepunten. De vakbonden benadrukken dat bij het openstellen van de arbeidsmarkt voor arbeidsmigranten de lokale en nationale werknemers niet uit het oog verloren moeten worden.[319]

Beleidsoptie 4: geharmoniseerde sancties en preventieve maatregelen. Een combinatie van de beleidsoptie 2 en 3.[320] Zowel geharmoniseerde sancties als geharmoniseerde preventieve maatregelen.

Bij deze beleidsoptie blijven volgens GHK de genoemde bezwaren bij optie twee en drie met betrekking tot de verhouding tussen effectievere handhaving en de verslechterende positie van de werknemers bestaan. Echter, de gecombineerde sterke punten van de twee beleidsopties leiden volgens GHK tot een solide stelsel om illegale tewerkstelling terug te kunnen dringen. Naar aanleiding hiervan komt een extra nadeel bovendrijven: GHK waarschuwt ervoor dat bij een dergelijk goed functionerend systeem sommige bedrijven of zelfs bedrijfstakken in de problemen zullen raken vanwege de stijgende loonkosten bij legale arbeid in verhouding tot illegale tewerkstelling. Wederom stelt GHK dat de bestrijding van illegale tewerkstelling staat of valt bij een effectievere handhaving. De noodzakelijke flankerende maatregelen zijn dezelfde als bij optie drie met één toevoeging: er moeten beschermende maatregelen komen voor werknemers, waaronder de nabetaling van werknemers en veilige klachtenprocedures. Dit is de eerste en de enige keer dat de maatregelen die uiteindelijk in artikel 6 en 13 van de richtlijn zijn beland

[319] GHK Consultancy 2007, p. 91.
[320] SEC(2007) 603, p. 17

worden genoemd in dit rapport. De effecten van deze maatregelen worden niet besproken.[321]

Beleidsoptie 5: EU voorlichtingscampagne met betrekking tot het tewerkstellen van vreemdelingen. Bij deze optie, waarvoor geen regelgeving nodig is, stelt GHK de Commissie voor om een informatiecampagne op te zetten om werkgevers bekend te maken met hun juridische verplichtingen en de negatieve consequenties bij het inhuren van vreemdelingen zonder geldige verblijfsvergunning. Daarnaast zou deze campagne informatie kunnen verspreiden over de sociale consequenties zoals uitbuiting, uitsluiting van sociale voorzieningen, slechte woon- en leefomstandigheden en mogelijke mensenrechtenschendingen.

Volgens GHK zal deze beleidsoptie nauwelijks andere effecten teweegbrengen dan wanneer de status quo behouden wordt. Slechts een eventuele, tijdelijke verbetering van de naleving van de regels zou het gevolg kunnen zijn. Werkgeversorganisaties en vakbonden stellen dat ze zeer goed op de hoogte zijn van de problematiek rondom het tewerkstellen van illegale vreemdelingen. Alle lidstaten hebben aangegeven dat ze recent informatiecampagnes hebben georganiseerd.[322]

Beleidsoptie 6: uitwisseling van *good practices* met betrekking tot implementatie van werkgeverssancties. De zesde en laatste optie die de Commissie door GHK heeft laten onderzoeken is de uitwisseling van informatie tussen lidstaten met betrekking tot *good practices* ten aanzien van de opsporing van overtreders, handhaving, wetgeving etc. De Commissie zou deze uitwisseling moeten faciliteren. GHK stelde voor hier drie miljoen euro voor vrij te maken.[323] De Commissie heeft dit bedrag niet overgenomen in de eigen effectbeoordeling.[324]

Het uitwisselen van *good practices* zou volgens GHK een positieve invloed hebben op zowel de bestrijding van illegale immigratie en tewerkstelling als op de bestrijding van mensensmokkel en uitbuiting. Bij de vorige opties werd een betere bestrijding van illegale tewerkstelling gekoppeld aan het verder ondergronds verdwijnen van de werknemers (en daarmee slechte arbeids-omstandigheden voor de werknemers en een grotere rol voor mensen-smokkelaars). GHK stelt ten aanzien van deze optie dat door de uitwisseling van *good practices* ook informatie over de bestrijding van uitbuiting en mensen-smokkel kan worden uitgewisseld. Bovendien kan de uitwisseling volgens GHK

[321] GHK Consultancy 2007, p. 95.
[322] GHK Consultancy 2007, p. 98.
[323] GHK Consultancy 2007, p. 101.
[324] SEC(2007) 603, p. 18.

bijdragen aan het oplossen van capaciteitsproblemen bij de handhaving. Hoe dat precies moet gebeuren blijft helaas onduidelijk. Nadeel van de uitwisseling is dat er verschillen blijven tussen de sancties en maatregelen in de verschillende lidstaten. *Good practices* zullen niet altijd direct te kopiëren zijn naar andere lidstaten. De vakbonden zijn van mening dat het bespreken van de praktijken in de lidstaten alleen zin heeft als er aandacht besteed wordt aan het daadwerkelijke handhavingsniveau en de capaciteit van de nationale autoriteiten. De werkgeversorganisaties en de vakbonden benadrukken dat de handhaving in de lidstaten tekort schiet. Een hoger handhavingsniveau in combinatie met media-aandacht is volgens de organisaties belangrijk voor de bestrijding van illegale tewerkstelling. Ook de lidstaten benadrukken dat het lage niveau van handhaving het grootste probleem is.[325]

2.4.2.3 AANBEVOLEN BELEIDSOPTIE

GHK komt tot de aanbeveling de richtlijn te baseren op een combinatie van beleidsoptie vier (welke een combinatie van twee en drie is) en zes. De aanbeveling is volgens GHK gebaseerd op de effectiviteit ten aanzien van de beleidsdoelen, bijdrage aan en respect voor de fundamentele rechten, de voorkeur van de lidstaten en belanghebbenden, praktische uitvoerbaarheid en kosten. Aangezien de eerste beleidsoptie geen serieuze optie was en de vierde optie een combinatie van twee andere opties, betekent dit dat van de vier serieuze beleidsopties er drie aanbevolen worden. In de volgende paragraaf wordt de aanbevolen beleidsoptie inhoudelijk besproken.

2.4.2.4 ANALYSE AANBEVOLEN BELEIDSOPTIE

2.4.2.4.1 EFFECTIEVE MAATREGELEN IN DE LIDSTATEN?

De voorgestelde sancties zijn volgens GHK gebaseerd op beschikbaar bewijs van de effectiviteit van sancties die op dit gebied worden toegepast in de lidstaten en informatie met betrekking tot de omstandigheden waaronder en in combinatie met welke andere maatregelen deze sancties werken.[326] Analyse van het 'ondersteunend materiaal' dat zich bevindt in bijlage zeven van het rapport roept echter nogal wat vragen op bij deze bewering. Het ondersteunend materiaal bestaat uit informatie over bestaande administratieve en strafrechtelijke sancties in de lidstaten en opmerkingen over en/of evaluaties van de effectiviteit van deze sancties. Volgens het ondersteunend materiaal hebben 22 lidstaten laten weten of ze beschikken over bestuursrechtelijke sancties. In negentien lidstaten zijn er bestuursrechtelijke sancties aanwezig, in één lidstaat zijn er geen aanwezig en in twee lidstaten is dat onbekend. Van de vijf lidstaten

[325] GHK Consultancy 2007, p. 101.
[326] GHK Consultancy 2007, voetnoot 131, p. 76.

die niet hebben gereageerd is de aanwezigheid van bestuursrechtelijke sancties ook onbekend. Achttien lidstaten geven aan te beschikken over strafrechtelijke sancties, bij negen is dat onbekend omdat ze niet hebben gereageerd. Van de achttien lidstaten geeft één lidstaat aan dat de strafrechtelijke sancties effectief zijn, bij de rest is dat onbekend. Bij de overige negen lidstaten is uiteraard ook niets te zeggen over de effectiviteit. Een overzicht van de geïnventariseerde aanwezigheid van administratief- en strafrechtelijke sancties en hun effectiviteit ziet er als volgt uit:

BESTUURSRECHTELIJKE SANCTIES:	EFFECTIEF?	STRAF-RECHTELIJKE SANCTIES:	EFFECTIEF?
Ja: 19	Ja: 2	Ja: 18	Ja: 1
Nee: 1	Nee: 1	Nee: 0	Nee: 0
Onbekend: 7	Onbekend: 24	Onbekend: 9	Onbekend: 26

Tabel 2.2: Overzicht aanwezigheid en effectiviteit sancties in lidstaten.[327]

Op welke wijze uit deze cijfers bewijs kan worden geleverd voor de effectiviteit van de sancties in de lidstaten is niet goed te begrijpen, navraag leert dat de betrokken tekst (in een voetnoot) 'ongelukkig geformuleerd' is.[328] Bovendien blijkt elders in het rapport dat er geen bewezen link is tussen de verschillende handhavingsregimes in de verschillende lidstaten en de aantrekkelijkheid voor illegale tewerkstelling. Uit een interview met de betrokken consultant bleek dat GHK in eerste instantie de Commissie heeft geadviseerd dat strafrechtelijke sancties niet noodzakelijk waren en dat kon worden volstaan met bestuurs-rechtelijke sancties.[329] Na sterk aandringen van de Commissie zijn de strafrechtelijke sancties uiteindelijk toch in het eindrapport opgenomen. GHK heeft voor het in kaart brengen van de aanwezige maatregelen in de lidstaten ook drie casestudies verricht. Hiervoor zijn drie lidstaten onderzocht: Finland, Duitsland en Spanje. Ook uit de informatie afkomstig van de casestudies kunnen geen conclusies worden getrokken over de effectiviteit van de aanwezige maatregelen in de lidstaten. Waar GHK deze conclusies dan wel op heeft gebaseerd is onduidelijk.

2.4.2.4.2 OVERIGE BEVINDINGEN GHK

GHK waarschuwt voor een nadelig effect van effectieve handhaving. Werk-gevers die afhankelijk zijn van het illegale arbeidsaanbod zullen wellicht drastischere methodes moeten toepassen om aan hun werknemers te komen en eventuele sancties terug te kunnen verdienen. Bovendien neemt de werk-

[327] Bron: GHK Consultancy 2007.
[328] Telefonisch interview consultant GHK, 21 juni 2012.
[329] Telefonisch interview consultant GHK, 21 juni 2012.

gelegenheid in het informele circuit af waardoor illegale arbeidsmigranten harder zullen strijden voor toegang tot de EU en de beschikbare banen. Dit kan mensensmokkel en uitbuiting in de hand werken. Door toepassing van strafrechtelijke sancties kunnen reputaties van bedrijven beschadigd worden. De voordelen van geharmoniseerde sancties is de bijdrage aan het *level playing field* en de duidelijke boodschap naar werkgevers. De werkgeversorganisaties zien het liefst enkel bestuursrechtelijke sancties, tenzij de werkgever de illegale tewerkstelling combineert met andere criminele activiteiten. De bestuursrechtelijke sancties zouden vanwege de gevolgen voor de economie beter boetes kunnen zijn dan intrekking van vergunningen en sluiting van vestigingen. Werkgevers en vakbonden zijn het er over eens dat de hoogte van de sanctie moet afhangen van de ernst van de overtreding, het aantal illegaal tewerkgestelde derdelanders en het behaalde economisch voordeel voor de werkgever. Sommige nationale handhavingsautoriteiten geven aan liever bestuursrechtelijke sancties te zien. Bij strafrechtelijke sancties loopt de hoogte van de straf tussen de lidstaten te ver uiteen. Bovendien hebben de rechters volgens de nationale handhavingsautoriteiten bij strafrechtelijke sancties teveel vrijheid om de sancties te bepalen.[330] Dit staat aan een afschrikwekkende werking jegens de werkgevers in de weg. Volgens GHK zijn de meeste lidstaten van mening dat er zowel bestuursrechtelijke als strafrechtelijke sancties opgenomen dienen te worden. Slechts één lidstaat zou zijn voorkeur voor bestuursrechtelijke sancties uitgesproken hebben. Zoals bij vrijwel elke bevinding met betrekking tot de beleidsopties in de rapportage ontbreekt een directe bron bij deze claim. In de bijlage of elders in het rapport is de onderbouwing voor deze stelling ook niet terug te vinden.

2.4.3 EFFECTBEOORDELING COMMISSIE

De Commissie heeft dezelfde zes beleidsopties overwogen. Deze opties bevatten slechts kleine wijzigingen ten opzichte van de conclusies van GHK met betrekking tot de beleidsopties. Dit is niet zo vreemd nu de beleidsopties die door GHK zijn onderzocht, door de Commissie zijn opgesteld.[331] De Commissie noemt ook de zevende, door GHK niet onderzochte beleidsoptie: legalisering van illegaal verblijvende derdelanders. Volgens de Commissie is deze niet onderzocht omdat er op dat moment nog niets te zeggen was over de uitkomsten van lopende onderzoeken (al aangekondigd in het GHK rapport)[332] naar de effecten en impact van regularisering in bepaalde lidstaten. Daarnaast merkt de Commissie op dat velen stellen dat legalisering een pull factor is voor illegale

[330] GHK Consultancy 2007, p. 88.
[331] GHK Consultancy 2007, p. 73.
[332] GHK Consultancy 2007, p. 74.

immigratie. Deze optie zou daarom ongewenst zijn.[333] Van de voorgestelde opties is uiteindelijk gekozen, gelijk het voorstel van GHK, voor een combinatie van beleidsoptie 4 (wat op zijn beurt een combinatie is van beleidsoptie 2 en 3) en beleidsoptie 6.[334] Kortom, een groot deel van de voorgestelde beleidsopties wordt gerealiseerd.

2.4.3.1 *IMPACT ASSESSMENT BOARD*

De effectbeoordeling van de Commissie is becommentarieerd door de *Impact Assessment Board* (IAB).[335] De IAB is eind 2006 opgericht en heeft als doel het verbeteren van de kwaliteit van de effectbeoordelingen van de Commissie.[336] De IAB bestaat uit vijf Directeuren-Generaal van verschillende afdelingen van de Commissie die onafhankelijk de kwaliteit van Impact Assessments moeten beoordelen.[337] De IAB is positief over de formulering van de evaluatiecriteria in de effectbeoordeling, de omvang (iets meer dan de aangeraden 30 pagina's, zonder bijlagen) en de verscheidenheid van onderzochte beleidsopties. De IAB heeft echter ook drie belangrijke punten van verbetering. Ten eerste kan de Commissie in haar effectbeoordeling beter gebruik maken van de informatie uit het GHK rapport, met name met betrekking tot de analyse van economische en sociale effecten van de richtlijn. Ten tweede kan er meer aandacht besteed worden aan de situatie in de lidstaten. Het blijft onduidelijk welke voornemens de lidstaten al hebben op dit beleidsterrein. De effectbeoordeling zou duidelijkheid moeten verschaffen over de wijze waarop de voorgestelde handhavingsmaatregelen de oorzaken van de achterblijvende handhaving op lidstaatniveau kunnen aanpakken. Tot slot stelt de IAB dat beleidsoptie 2 (de geharmoniseerde sancties) zouden moeten worden onderverdeeld in een 'zwaardere' beleidsoptie met strafrechtelijke sancties en een 'lichtere' beleidsoptie zonder strafrechtelijke sancties.[338] Deze laatste opmerking is pas in de tweede versie van de IAB opinion opgenomen (18 april 2007. De eerste versie verscheen op 27 maart 2007). Deze laatste aanbeveling is niet overgenomen in de effectbeoordeling van de Commissie. De belangrijkste reden hiervoor was tijdgebrek vanwege politieke druk om de richtlijn op tijd af te hebben.[339] De Commissie heeft naar aanleiding van de drie opmerkingen van de IAB de effectbeoordeling enigszins aangepast om zo een beter beeld te geven van de aanwezige, strafrechtelijke sancties in de lidstaten.

---

333 SEC(2007) 603, p. 13.
334 COM(2007), p. 5.
335 SEC(2007) 606.
336 Bijlage 3 bij SEC(2006) 1457.
337 Meuwese (2008), p. 77.
338 SG C-2 D(2007) 3497, 18 april 2007.
339 Interview met ambtenaren van DG Home Affairs, Unit B1 Immigration and Integration, 7 maart 2012, Brussel.

2.4.3.2 TYPOLOGIE VAN EFFECTBEOORDELINGEN

De weinig kritische toon van de effectbeoordeling is te verklaren op basis van de typologie van Europese effectbeoordelingen van Meuwese.[340] Ze onderscheidt verschillende soorten effectbeoordelingen: de *'Speaking truth to power'*, *'Reason-giving for legislative decisions'*, *'Providing a forum for stakeholder input'*, *'Highlighting trade-offs'* en *'Structuring the discourse'*.[341] Bij een *'Speaking truth to power'* effectbeoordeling ligt de focus op het blootleggen van alle feiten en gevolgen.[342] Hierdoor kan de wetgever tot de 'beste' beslissing komen. Van belang hierbij is dat de wetgever wordt geconfronteerd met alle opties, en uiteindelijk voor de 'beste' optie kiest. De derde variant, de effectbeoordeling met als doel *'Providing a forum for stakeholder input'* gaat er vanuit dat de effectbeoordeling niet per se door het bestuur geschreven hoeft te worden alle belanghebbenden kunnen bij bepaald beleid onderzoek doen en een effectbeoordeling opstellen.[343] De vraag is in hoeverre het streven naar objectiviteit van de effectbeoordeling bij dergelijke effectbeoordelingen gerespecteerd wordt. De vierde variant, *'Highlighting trade-offs'* is een meer realistische (of cynische) variant van *'Speaking truth to power'*. Het uitgangspunt is dat het onderzoeken van de 'beste' optie geen politiek neutraal werk is, maar dat er voortdurend politieke keuzes gemaakt worden. Bij deze effectbeoordelingen worden de 'grijze gebieden' en politieke afwegingen expliciet gemaakt zodat de daadwerkelijke politieke afweging plaatsvindt bij de wetgever.[344] De vijfde variant tot slot, *'Structuring the discourse'*, dient ter 'structurering van de discussie ten aanzien van de voorbereiding van het voorstel'.[345] De gedachte achter deze variant is het laten meedenken van belanghebbenden waardoor een 'algemeen gewilde oplossing' kan worden bereikt.[346] De effectbeoordeling behorend bij de richtlijn is de tweede variant van Meuwese: *'Reason-giving for legislative decisions'*. Dergelijke effectbeoordelingen ziet Meuwese als een *'communicatie instrument waarmee belanghebbenden en burgers kunnen worden overtuigd van de voordelen van het wetsvoorstel. Dit type effectbeoordeling dient vooral ter rechtvaardiging van de wetgevings- en beleidskeuzes.'*[347] Dit is volgens Meuwese geen negatieve typering. Dergelijke effectbeoordelingen zijn nuttig voor het ontrafelen van de *'legislative intent'*.[348] Meuwese wijst bij dit soort effectbeoordelingen wel op een gevaar dat door Baldwin werd geformuleerd:

---

340 Meuwese 2008.
341 Meuwese 2008, hoofdstuk 2.3.
342 Meuwese 2008, p. 46.
343 Meuwese 2008, p. 49.
344 Meuwese 2008, p. 50.
345 Meuwese 2008, p. 50.
346 Meuwese 2008, p. 51.
347 Meuwese 2008, p. 47.
348 Meuwese 2008, p. 48.

effectbeoordelingen kunnen op deze manier zich ontwikkelen tot *'shields to allow decisions to be routinized, reason for any findings to be produced with ease, and decision-makers to be both insulated from political pressure and lent authority for any particular exercise of power.'*[349] De effectbeoordeling van de richtlijn lijkt een voorbeeld te zijn, mede gezien de studie van GHK, van het gevaar waarvoor Baldwin waarschuwt.

2.4.4 ANALYSE

Het feit dat de bepalingen betreffende de sociale rechten van de richtlijn (artikel 6, 8, 13 en 15) nauwelijks besproken worden in het rapport van GHK noch in de effectbeoordeling is bijzonder. In beide documenten wordt weliswaar de bestrijding van uitbuiting van vreemdelingen zonder tewerkstellingsvergunning genoemd als subdoel van de richtlijn, maar deze voorstellen zijn niet als beleidsoptie meegenomen in de effectbeoordeling. Dit terwijl de effectbeoordeling ook ziet op bijvoorbeeld negatieve economische en sociale kosten in de EU, economische effecten op EU niveau en effecten op de arbeidsmarkt. Onderwerpen die zeker geraakt kunnen worden door de bepalingen betreffende de sociale rechten van de richtlijn. De eerste maal dat deze sociale rechten worden genoemd is in het GHK rapport.[350] De effectbeoordeling is van latere datum. Ook daarin zijn de sociale rechten niet meegenomen. Ze worden enkel bij de beoordeling van beleidsoptie twee (geharmoniseerde sancties) onder het kopje 'essentiële vergezellende maatregelen' genoemd: beschermende maatregelen voor werknemers, waaronder de nabetaling van salaris, bewijslast voor salarisbetaling bij de werkgever en veilige klachtenprocedures.[351]

De hypothese dat de handhaving kan worden verbeterd door intensivering van het toezicht en uitbreiding van de nationale handhavingsinstrumenten ligt weliswaar voor de hand, maar kan op basis van de informatie in het rapport niet definitief worden bevestigd. Wat betreft het opnemen van strafrechtelijke sancties claimt GHK, bij de bespreking van beleidsoptie twee, dat de geharmoniseerde preventieve maatregelen en sancties die de aanbevolen beleidsoptie bevat zijn gebaseerd op bewijs van de effectiviteit van de maatregelen en sancties aanwezig uit de lidstaten.[352] Een onderbouwing van deze claim heb ik niet aangetroffen in het rapport. Daarnaast stelt het GHK rapport bij het bespreken van beleidsoptie 1, de status-quo, dat de handhaving van de status-quo onwenselijk is omdat de aanwezige sancties en maatregelen *'have not shown to be effective in combating employment of third country nationals that do not have*

[349] Baldwin 1995, Meuwese 2008, p. 48.
[350] GHK Consultancy 2007, p. 95.
[351] GHK Consultancy 2007, p. 95.
[352] GHK Consultancy 2007, voetnoot 131, p. 76.

the right to work'.[353] Bij de bespreking van beleidsoptie 4 zijn de aanwezige maatregelen en sancties ineens weer wel effectief.[354] Dit roept vragen op over de consistentie van de rapportage. Op basis van het aanwezige feitenmateriaal was een betere conclusie geweest dat er over de effectiviteit van de in de lidstaten aanwezige sancties en maatregelen geen doorslaggevende conclusies zijn te trekken. Het gebrek aan onderbouwing voor de stelling dat strafrechtelijke sancties noodzakelijk zijn is te verklaren door het feit dat GHK in eerste instantie, op basis van het door hen verrichte onderzoek, concludeerde dat strafrechtelijke handhaving niet noodzakelijk was. Pas na aandringen van de Europese Commissie is er in het GHK rapport toch gekozen voor het opnemen van strafrechtelijke sancties. Dit verklaart de wisselende posities die in het rapport worden ingenomen ten aanzien van het opnemen van strafrechtelijke sancties. Deze informatie is weliswaar afkomstig van één bron, maar wordt ondersteund door het feit dat er voor het opnemen van strafrechtelijke sancties in de *task specifications*,[355] noch in het voorstel van de Commissie argumenten worden gegeven voor het opnemen van strafrechtelijke sancties. Bovendien zou dit de schommelingen in waardering van strafrecht in het GHK rapport goed verklaren. Pas in de later toegevoegde preambule stelt de Commissie dat strafrechtelijke sancties afschrikwekkender zijn dan bestuursrechtelijke, zonder verdere uitleg of bronvermelding.[356] De keuze om het advies van de IAB niet op te volgen, en dus geen nader onderzoek te doen naar een variant zonder strafrechtelijke sancties, is ingegeven door tijdgebrek.[357] Een argument dat in het GHK rapport enigszins en in de effectbeoordeling helemaal niet naar voren komt, maar tijdens een gesprek met medewerkers van de D-G JLS belangrijk werd geacht was het feit dat bestuursrechtelijke sancties de werknemers verder ondergronds duwen, terwijl daar geen afschrikwekkende sancties tegen over staan. Bij strafrechtelijke sancties treedt hetzelfde effect op, maar wordt dit gecompenseerd door de afschrikwekkendheid ervan. Met betrekking tot deze aanname is echter niets opgenomen in de voorbereidende stukken. Tot slot benadrukten ook de meeste lidstaten al in het GHK onderzoek liever geen strafrechtelijke sancties te gebruiken. Een daarvoor genoemde reden is dat volgens sommige nationale handhavingsautoriteiten de rechter bij straf-

[353] GHK Consultancy 2007, p. 104.
[354] GHK Consultancy 2007, p. 107.
[355] EC D-G Justice, Freedom and Security, Task specifications for the assignment: Impact assessment on a community instrument laying down sanctions for employers of illegally staying third-country nationals, p. 5.
[356] Preambule Richtlijn 2009/52/EG, onder (21).
[357] Interview met ambtenaren van DG Home Affairs, Unit B1 Immigration and Integration, 7 maart 2012, Brussel.

rechtelijke sancties teveel vrijheid heeft om de sancties te bepalen.[358] Dit staat in de weg aan een afschrikwekkende werking jegens de werkgevers.

Binnen de typologie van Meuwese valt de effectbeoordeling van de richtlijn binnen de 'Reason-giving for legislative decisions'-variant. De te onderzoeken beleidsopties zijn door de Commissie gegeven en het besluit om wetgevend op te treden was al genomen, waardoor de niet-wetgevingsoptie eigenlijk niet serieus onderzocht is. Bovendien liggen de onderzochte opties dicht bij elkaar (wat ook blijkt uit het feit dat er drie van de vier serieuze opties zijn gekozen), waardoor de Commissie nooit echt door de uitkomsten van de effectbeoordeling uitgedaagd kon worden om een alternatieve aanpak te overwegen. De effectbeoordeling dient enkel ter rechtvaardiging en ondersteuning van de gekozen optie. De conclusie moet derhalve zijn dat de keuze voor het voorschrijven van strafrechtelijke sancties niet gebaseerd is op een beargumenteerde redenering. Het lijkt er zelfs sterk op dat er om onduidelijke redenen is afgeweken van de wél beargumenteerde keuze om *geen* strafrecht in te zetten. De aanbevolen heroverweging heeft niet plaatsgevonden vanwege tijdsgebrek. In de volgende paragraaf zullen we zien dat ondanks grote bezwaren van veel lidstaten en experts de Commissie blijft vasthouden aan deze keuze. Naar de reden voor deze standvastigheid blijft het gissen. De keuze voor het opnemen van strafrechtelijke sancties lijkt daarom eerder te zijn gebaseerd op politieke overwegingen dan op (wetenschappelijke) kennis. Het zou kunnen dat de strafrechtelijke sancties voornamelijk zijn opgenomen als 'stoere taal', om te benadrukken dat de Commissie de bestrijding van illegale tewerkstelling serieus neemt.

2.5 VAN VOORSTEL NAAR RICHTLIJN[359]

Het voorstel voor de richtlijn is op 16 mei 2007 door de Commissie ingediend.[360] Het was een gedetailleerd voorstel met migratie-, arbeids-, bestuurs- en strafrechtelijke bepalingen.[361] Op 12 juni 2007 is het voorstel toegezonden aan de het Parlement en de Raad. Dat de bepalingen in de richtlijn moeten worden gezien als minimumnormen blijkt eerst uit een gewijzigd tekstvoorstel van juni 2008.[362] Het EESC en het Comité van de Regio's hebben advies uitgebracht.[363] Het voorstel is behandeld via de medebeslissingsprocedure. Het

[358] GHK Consultancy 2007, p. 88.

[359] Deze paragraaf is deels gebaseerd op eerdere (co)publicaties van mijn hand over de totstandkoming van de richtlijn: Krop, De Lange & Tjebbes 2009, Krop & De Lange 2013.

[360] 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).

[361] Krop & De Lange 2013, p. 382.

[362] 2007/0094 (COD), 10770/08.

[363] Respectievelijk SOC (2008) 278 en *PbEG* 2008, C 257/04.

parlement en de Raad zijn na de eerste lezing van het parlement[364] akkoord gegaan op respectievelijk 10 februari 2009[365] en 20 mei 2009.[366]

In deze paragraaf komen de belangrijkste discussies en wijzigingen aan de orde die zijn (door)gevoerd tijdens de codecisieprocedure. Deze paragraaf is geschreven op basis van openbare documenten waarin de voorstellen, op- en aanmerkingen en bezwaren die de lidstaten tijdens de onderhandelingen in de Raad naar voren hebben gebracht zijn genoteerd. In deze documenten worden deze op- en aanmerkingen zeer beknopt en zakelijk weergegeven wat soms tot gevolg heeft dat de beweegredenen achter een bepaalde positie onduidelijk blijven. Daarnaast zijn enkele documenten van de Commissie en het EP en tot slot commentaren van andere auteurs op de totstandkoming van de richtlijn geraadpleegd.

2.5.1 CODECISIEPROCEDURE

De richtlijn is, op grond van artikel 95 VEG, tot stand gekomen op basis van een codecisieprocedure.[367] Onder het voormalig EG recht, waartoe de richtlijn behoort, werd deze procedure beheerst door artikel 251 van het EG verdrag. De codecisieprocedure gaat uit van twee rondes (lezingen) waarin het EP, de Raad en de Commissie het proberen eens te worden over de uiteindelijke tekst van het instrument.[368] Het EP heeft een recht van amendement en het recht van afwijzing.[369] Wanneer Raad en Parlement het in eerste lezing eens worden kan de, al dan niet geamendeerde versie, worden vastgesteld. Wanneer dat niet het geval is wordt er door de Raad een gemeenschappelijk standpunt ingenomen en gaat de tweede lezing van start.[370] Het gemeenschappelijk standpunt kan door het EP worden goedgekeurd of geamendeerd.[371] Worden eventuele amendementen niet geaccepteerd door de Raad, dan kan er een bemiddelingscomité in het leven geroepen worden met als doel een meerderheid van de Raad en een meerderheid van het EP tot een overeenkomst te laten komen.[372] Wanneer ook dit comité niet tot een gemeenschappelijke tekst kan komen wordt het voorstel geacht niet te zijn aangenomen.[373]

---

364 2007/0094 (COD) 6039/09.
365 *PbEG* 2010, C 76E.
366 2007/0094 (COD) 9919/09.
367 Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon de 'gewone wetgevingsprocedure' genoemd, art. 294 VWEU.
368 Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is het mogelijk vier lezingen te houden, art. 194 VWEU.
369 Eijsbouts, Jans & Vogelaar 2006, p. 344.
370 Art. 251, eerste lid, derde streepje, VEG.
371 Eijsbouts, Jans & Vogelaar 2006, p. 344.
372 Art. 251, vierde lid, VEG.
373 Art. 251, vijfde lid, VEG.

In 1999 en 2007 zijn zogenaamde *Joint Declarations* aangenomen,[374] waarin het EP en de Raad hebben uitgesproken in het algemeen te streven naar een overeenkomst in eerste lezing en het gebruik van de *trilogue* (tripartiet overleg).[375] De trilogue bestaat uit afgevaardigden van zowel het EP, de Commissie als de voorzitter van de Raad. Deze werkgroepen hebben als doel om standpunten uit te wisselen en te onderzoeken hoe een compromis bereikt kan worden.[376] De werkgroep gaat al voor de eerste lezing aan de slag. Bij de richtlijn hebben het Europees parlement en de Raad een akkoord bereikt in de eerste lezing van de codecisieprocedure. Dit compromis is ontstaan in zo'n *trilogue*.[377]

2.5.2 ADVIEZEN EESC EN COMITÉ VAN DE REGIO'S

2.5.2.1 EESC

Het Europees Economisch en Sociaal Comité heeft op eigen initiatief een advies uitgebracht over de voorgestelde richtlijn.[378] Gezien de grondslag van de richtlijn bestond er geen plicht om het EESC om advies te vragen.[379] Het EESC was echter van mening dat in de richtlijn *'een en ander gericht is op regulering van kwesties die niet alleen verband houden met de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, maar ook van invloed zijn op de werkgelegenheid en het sociale beleid.'*[380] Het EESC onderschrijft ten principale de richtlijn omdat deze de eerbiediging van de mensenrechten bevordert.[381] Daarnaast onderkent het Comité de noodzaak van een migratiebeleid waarbij zowel mogelijkheden voor legale migratie worden gecreëerd als wordt opgetreden tegen 'onregelmatige' immigratie.[382] Echter, volgens het EESC is het van belang om voor het *'sluiten van grenzen en het opleggen van dwangmaatregelen'*[383] mogelijkheden tot legale migratie te creëren. Het verminderen van de aantrekkingsfactor kan ook door legale mogelijkheden om in andere landen te kunnen werken te creëren.[384] Ter bestrijding van zwart werk moeten verschillende maatregelen worden genomen,

374 1999: OJ C 148/1, 2007: OJ C 145/2.
375 Chalmers, Davies & Monti 2010, p. 108.
376 Chalmers, Davies & Monti 2010, p. 108.
377 Schierle 2010, p. 550.
378 EESC, SOC/278, 'Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van sancties voor werkgevers van onderdanen van derde landen die illegaal in de EU verblijven', Brussel, 13 maart 2008. Aangenomen tijdens de 443ste zitting op 12 maart 2008.
379 De verplichting bestond enkel op grond van van art. 138, tweede lid, EG-verdrag, huidig art. 154, tweede lid, VWEU.
380 EESC, SOC/278, par. 1.1.
381 EESC, SOC/278, par. 5.1.
382 EESC, SOC/278, par. 1.3.
383 EESC, SOC/278, par. 1.5.
384 EESC, SOC/278, par. 5.4.

maar die dienen onafhankelijk te zijn van de nationaliteit van de werknemer.[385] Tot slot benadrukt het Comité dat een adequate tenuitvoerlegging van de richtlijn belangrijk is, maar niet gemakkelijk zal zijn vanwege het gebrek aan capaciteit bij toezichthouders in verhouding met het grote aantal te controleren bedrijven.[386]

2.5.2.2 COMITÉ VAN DE REGIO'S

Het Comité van de Regio's heeft een advies uitgebracht over *'een alomvattende aanpak van migratie: Een Europees beleid voor arbeidsmigratie ontwikkelen in het licht van de betrekkingen met derde landen'*.[387] Dit advies ziet op het beleidsstuk van de Commissie met betrekking tot 'circulaire migratie',[388] de in dit proefschrift besproken richtlijn, de Blue card richtlijn[389] en de Richtlijn inzake gecombineerde vergunning en gelijke rechten.[390] Net als het EESC is het Comité van de Regio's van mening dat het migratiebeleid van de EU zowel legale als 'niet-reguliere' migratie[391] moet omvatten.[392] Volgens het Comité van de Regio's kan illegale tewerkstelling voorkomen worden door meer te inspecteren en de procedures voor legale (seizoens)migratie te verbeteren.[393] Daarnaast zou de rechtsgrondslag zich moeten toepassen op *'de bestrijding van niet-reguliere arbeid en dus ook op de vermindering van niet-reguliere migratie en niet andersom'*.[394]

2.5.3 ONDERHANDELINGEN IN DE RAAD EN MET HET EP

Schierle en Peers verschillen van mening over de mogelijkheden om de invloed van het Europees Parlement in de *trilogue* te kunnen ontwaren. Peers is van mening dat dit mogelijk is door de uiteindelijke richtlijn te vergelijken met het rapport van het Europees Parlement.[395] Overige wijzigingen die nog zijn aangebracht in de richtlijn zijn volgens Peers op verzoek van de Raad opgenomen.[396] Schierle is het met deze methode niet eens en stelt dat sommige van de voorstellen in het rapport van het EP slechts herhalen wat op dat moment de

---

385 EESC, SOC/278, par. 1.7.
386 EESC, SOC/278, par. 1.8.
387 *PbEG* C 257/20, 9 oktober 2008.
388 COM(2007), 248 def.
389 Richtlijn 2009/50/EG.
390 Richtlijn 2011/98/EU.
391 Het Comité van de Regio's benadrukt expliciet dat de term 'niet-regulier' zou moeten worden gebruikt in plaats van illegaal, vanwege de connotatie met strafbare feiten.
392 Advies Comité van de Regio's, ovw. 2.
393 Advies Comité van de Regio's, ovw. 40 en 46.
394 Advies Comité van de Regio's, ovw. 41.
395 Peers 2009, p. 411.
396 Peers 2009, p. 411.

stand van de onderhandelingen in de Raad was.[397] Volgens Schierle is een vergelijking tussen het rapport van het EP en de uiteindelijke richtlijn onvoldoende om bepaalde wijzigingen aan een specifiek orgaan toe te kunnen schrijven.[398] Gezien het informele karakter van de trilogue ben ik met Schierle van mening dat het enkele vergelijken van de ontwerptekst en het rapport van het EP niet voldoende is om elke wijziging aan de juiste actor toe te kunnen schrijven. In dit overzicht komen daarom de belangrijkste wijzigingen aan bod, die waar mogelijk worden toegeschreven aan het instituut dat daarvoor verantwoordelijk was.

Aan de preambule is door het EP toegevoegd dat het bij tewerkstelling gaat om activiteiten die worden of behoren te worden bezoldigd.[399] Op verzoek van de Raad zijn in artikel 2 staten en overheidslichamen uitgezonderd van het begrip rechtspersoon.[400] De reden hiervoor is niet te achterhalen. In Nederland worden overigens af en toe overheidslichamen zoals gemeenten en ministeries gewoon beboet wegens illegale tewerkstelling. Ook de definitie van arbeidsgerelateerde uitbuiting is toegevoegd op verzoek van de Raad.[401] Volgens de strafrecht werkgroep is deze definitie te vaag en ze stelde voor deze te schrappen.[402] Dit is niet gebeurd.

Het oorspronkelijk voorstel voor artikel 3, de centrale verbodsbepaling, lijkt veel op de uiteindelijke tekst. In het oorspronkelijke voorstel werd gesproken over ‘arbeid’ in plaats van ‘tewerkstelling’. In de onderhandelingsfase zijn veel (uitgebreide) tekstvoorstellen gedaan door de verschillende lidstaten en is er veel onderhandeld. Hongarije, Griekenland en Polen stelden voor geen centrale verbodsbepaling op te nemen.[403] In plaats daarvan breidde de Commissie de tekst uit. In een nieuw voorstel werden lidstaten verplicht de tewerkstelling te verbieden van vreemdelingen voor activiteiten waarvoor, naar nationaal recht, een vergoeding moet worden betaald, voor of onder de leiding van een werkgever.[404] Daar kon een aantal lidstaten[405] zich niet in vinden en de tekst werd weer, zo goed als, terug veranderd naar het oorspronkelijke voorstel. Nederland stelde voor ook werk waarvoor geen vergoeding betaald hoort te worden onder de verbodsbepaling te laten vallen.[406] Dit Nederlandse voorstel was succesvol: er volgde een aanpassing van het artikel waarbij de eis voor betaling wegviel. Hoewel in het Nederlandse systeem ook vrijwilligerswerk kan

397 Schierle 2010, p. 550.
398 Schierle 2010, p. 550.
399 Krop & De Lange 2013, p. 387.
400 Peers 2009, p. 27.
401 Krop & De Lange 2013, p. 388.
402 Schierle 2010, p. 554.
403 2007/0094 (COD), 10295/08, p. 6.
404 2007/0094 (COD) 11366/08, p. 4.
405 Tsjechië, Griekenland, Spanje, Hongarije en Nederland.
406 2007/0094 (COD) 11366/08, p. 4.

worden beboet op grond van de Wav, was het niet noodzakelijk de betalingseis weg te laten om het Nederlandse systeem in stand te houden. De richtlijn is immers minimumharmonisatie, strengere regels op lidstaatniveau zijn toegelaten.

Het oorspronkelijke voorstel voor artikel 4 sprak van notificering binnen een week na aanvang èn beëindiging van de tewerkstelling. Zowel de termijn van een week na aanvang als de melding na beëindiging van de tewerkstelling zijn geschrapt (richtlijnvoorstel artikel 4, tweede lid).[407] In eerste instantie was het derde lid als een apart artikel opgenomen in het voorstel. Het voorgestelde artikel 5 luidde: 'De lidstaten zien erop toe dat werkgevers niet aansprakelijk worden gesteld voor een inbreuk op artikel 3 indien zij kunnen aantonen dat zij aan de verplichtingen van artikel 4 hebben voldaan.' De Europese Commissie benadrukte verder tijdens de onderhandelingen over artikel 4 dat het proportionaliteitsbeginsel in acht moet worden genomen bij de beoordeling van kleine overtredingen.[408] Dat zal vooral betrekking hebben gehad op overtredingen van het eerste lid.

Enkele lidstaten onder aanvoering van Duitsland verzochten de Commissie duidelijk te maken dat met de *'effective, proportionate and dissuasive sanctions'* in artikel 5 bestuursrechtelijke sancties bedoeld worden.[409] De Commissie liet weten dat het gaat om een standaardformulering en dat enkele lidstaten de sancties wellicht in het strafrecht onder zullen brengen.[410] Uit de wijziging van de term *financial penalties* naar *financial sanctions* in artikel 5 moet volgens Schierle worden opgemaakt dat het hier gaat om bestuursrechtelijke sancties en niet om strafrechtelijke sancties.[411] Het vaststellen van een bepaald soort strafrechtelijke sancties is bovendien geen bevoegdheid van de EG.[412] Dit laat onverlet dat lidstaten wel vrijwillig de sancties in het strafrecht onder kunnen brengen. Aan de matiging van sancties bij tewerkstelling voor persoonlijke doelen is door het EP de voorwaarde toegevoegd dat de overtreding niet gepaard gegaan mag zijn met arbeidsgerelateerde uitbuiting.[413]

In het originele ontwerp schreef de richtlijn voor dat elke inbreuk bestraft moet worden met doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties.[414] Omdat dit strijd oplevert met de in sommige lidstaten bestaande discretionaire

[407] Krop & De Lange 2013, p. 396.
[408] 2007/0094 (COD) 6136/08, p. 5.
[409] 2007/0094 (COD), 10295/08, p. 9.
[410] 2007/0094 (COD), 10295/08, p. 9.
[411] Schierle 2012, p. 559.
[412] HvJ EG 23 oktober 2007, C-440/05, AB 2008, 47, zie ook par. 2.3.3.2 van dit hoofdstuk.
[413] Peers 2009, p. 416.
[414] Toen nog art. 6: 2007/0094 (COD) 10295/08, p. 9.

bevoegdheid van bestuursorganen (*administrative bodies*) om wel of niet een bestuursrechtelijke sanctie op te leggen is de plicht tot handhaving geschrapt.[415] 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.[416] Op voorstel van de Commissie is vervolgens bepaald dat, in plaats van het verhalen van de kosten, de gemiddelde kosten onderdeel uit kunnen maken van de financiële sancties zoals bedoeld onder sub a.[417]

De kern van artikel 6, met betrekking tot de nabetaling van loon door werkgevers, is ongewijzigd gebleven ondanks Duitse inspanningen om deze bepaling facultatief te maken.[418] Wel is een aantal aspecten van dit artikel al in de Raad afgezwakt. In het oorspronkelijke voorstel zou de vordering automatisch in werking gesteld worden. Dit was voor veel lidstaten onoverkomelijk nu dat een verregaande ingreep op de nationale regels van het burgerlijk procesrecht zou betekenen.[419] Ook de bepaling die uitzetting zou opschorten tot de betaling was voldaan is in de Raad gesneuveld.[420] Nabetaling van de werkgevers moet ook de sancties die worden opgelegd wegens te laat betalen omvatten, zo is toegevoegd door de Raad. Het tweede lid, de mechanismen om de nabetaling te laten plaatsvinden, is ook op verzoek van de Raad toegevoegd.[421]

Artikel 7 is een aanvulling op artikel 5. Nederland had bezwaar tegen deze bepaling omdat het niet mogelijk zou zijn binnen de gegeven implementatietermijn van twee jaar het hoofdstuk over subsidies in de Awb en de aanbestedingswetgeving aan te passen.[422] 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.[423] Tijdens de onderhandelingen zijn er, naast de hiervoor genoemde Nederlandse bezwaren, nog twee andere aspecten onderwerp van discussie geweest. Zo werden de verwijzingen naar de Europese financiering toegevoegd door het EP.[424] De mogelijkheid om de maatregelen niet toe te passen bij natuurlijke personen indien de tewerkstelling hun persoonlijke doelen dient is toegevoegd door de Raad.[425] In het oorspronkelijke voorstel van de

[415] Schierle 2010, p. 560.
[416] 2007/0094 (COD) 11366/08, p. 7.
[417] Peers 2009, p. 415.
[418] 2007/0094 (COD), 14916/07, p. 8.
[419] Krop & De Lange 2013, p. 407.
[420] Krop & De Lange 2013, p. 407.
[421] Peers 2009, p. 416.
[422] *Kamerstukken II*, 2006/07, 22 112, nr. 550.
[423] 2007/0094 (COD) 11366/08, p. 9.
[424] Peers 2009, p. 419.
[425] Peers 2009, p. 418.

Commissie waren natuurlijke personen sowieso al vrijgesteld van deze maatregelen.[426]

Artikel 8, betreffende de ketenaansprakelijkheid voor loonvorderingen en sancties, is een aantal keer gewijzigd in de loop van de onderhandelingen in de Raad. In het oorspronkelijke voorstel werden alle opdrachtgevers en aannemers in de keten verantwoordelijk gesteld voor nabetalingen op grond van artikel 6 en sancties op grond van artikel 5. In het oorspronkelijke voorstel was het mogelijk iedere opdrachtgever in de keten gezamenlijk of alleen aan te spreken. Onderlinge aansprakelijkheid en verhaal tussen de opdrachtgevers en werkgevers kon op basis van het nationale recht worden afgedaan.[427] Na kritiek van lidstaten werd in de bepaling opgenomen dat de hogere opdrachtgevers slechts aansprakelijk konden worden gesteld indien zij van de illegale tewerkstelling wisten of hadden moeten weten.[428] Een minderheid van de lidstaten vond dit ook te ver gaan en stelde voor om de zinsnede 'hadden moeten weten' te schrappen.[429] Het artikel werd door de Commissie wederom aangepast. Nu werd voorgesteld dat op grond van het eerste lid de opdrachtgever van de werkgever naast de werkgever aansprakelijk gesteld kon worden voor de nabetalingen en sancties.[430] Eigenlijk dezelfde inhoud als het tweede lid van het voorstel, zoals opgemerkt door Polen. Op grond van het derde lid werd de aansprakelijkheid uitgesloten voor aannemers en opdrachtgevers indien ze de gepaste zorgvuldigheid betracht hadden. Het vierde lid regelde de aansprakelijkheid in het geval van een langere keten. De hogere aannemers en opdrachtgevers konden enkel aansprakelijk gesteld worden indien ze van de illegale tewerkstelling op de hoogte waren. Er was veel kritiek op dit voorstel, Nederland stelde, zonder succes, voor de ketenaansprakelijkheid voor nabetalingen van loon te schrappen en het artikel enkel betrekking te laten hebben op de ketenaansprakelijkheid van sancties zoals bedoeld in artikel 5.[431]

Met betrekking tot de strafrechtelijke sancties in artikel 9 was een aantal lidstaten van mening dat op basis van de effectbeoordeling niet kon worden gesteld dat de strafrechtelijke sancties noodzakelijk waren in deze richtlijn. Na enkele wijzigingen in de inhoud van het artikel is een meerderheid van de lidstaten in de Raad akkoord gegaan met dit artikel.[432] Vier lidstaten (Finland, Hongarije, Polen en Zweden) gaven een verklaring waarin ze stelden dat aan de door het HvJ EU gestelde voorwaarden voor het voorschrijven van straf-

[426] Peers 2009, p. 419.
[427] 2007/0094 (COD) 9871/07, p. 19.
[428] 2007/0094 (COD) 10295/08, p. 17.
[429] 2007/0094 (COD) 10295/08, p. 17. Het ging om Duitsland, Frankrijk, Letland en Oostenrijk.
[430] 2007/0094 (COD) 11366/08, p. 10.
[431] 2007/0094 (COD) 11366/08, p. 10.
[432] Schierle 2010, p. 573.

rechtelijke sancties niet was voldaan.[433] Uiteindelijk stemde Zweden tegen de richtlijn en onthield Finland zich van stemming.[434] De omstandigheden waaronder de inbreuk dient te worden gekwalificeerd als een strafbaar feit zijn tijdens de onderhandelingen in de Raad regelmatig gewijzigd. In het eerste lid werd de zinsnede 'elk van de' toegevoegd, om duidelijk te maken dat slechts aan een van de voorwaarden hoeft te zijn voldaan.[435] Tevens werd de zinsnede 'als bepaald in het nationaal recht' toegevoegd. Dit duidt op ruimte om de omstandigheden naar nationaal recht in te vullen.[436] In het originele voorstel moest er onder andere strafrechtelijk worden opgetreden bij een herhaling binnen twee jaar. Omdat dit nogal wat vragen opriep (wanneer is er sprake van een overtreding, wanneer van een herhaling?) is dit op verzoek van de strafrecht werkgroep geschrapt en vervangen door 'voortdurend herhaald'.[437] Het EP voegde daar 'blijft doorgaan' aan toe.[438] In sub b wordt gesproken over een 'aanzienlijk aantal'. In het oorspronkelijke voorstel was opgenomen dat sprake is van een 'aanzienlijk aantal illegale vreemdelingen' als tenminste vier onderdanen van derde landen illegale arbeid verrichten.[439] In een latere variant kwam daarbij dat er ook sprake was van een aanzienlijk aantal wanneer tenminste 50% van de werknemers illegaal verblijft.[440] Twee maanden later verdwijnen, op voorstel van het Franse voorzitterschap, allebei de eisen en wordt alleen nog gesproken van een 'aanzienlijk aantal'.[441] Een verdere toelichting op dit aantal is niet opgenomen. De invulling hiervan is dus kennelijk aan de lidstaten overgelaten. Ook bij sub c is er een aantal specifieke elementen die de definitieve tekst van de richtlijn niet hebben gehaald, zoals een invulling van uitbuiting ('geweld, bedreiging, intimidatie en vernederende behandeling'). Sub e, het tewerkstellen van een minderjarige, is toegevoegd door de Raad en het EP, [442] dit stond niet in het originele voorstel.[443]

De Commissie stelde voor het tweede lid van artikel 10, de samenloop met andere sancties, te verplaatsen naar de preambule.[444] Onder druk van het EP is

[433] 2007/0094 (COD) 11670/09, p. 22.
[434] 2007/0094 (COD) 11670/09, p. 21.
[435] Schierle 2010, p. 574.
[436] Schierle 2010, p. 574.
[437] 2007/0094 (COD) 5933/08, p. 6.
[438] Schierle 2010, p. 574.
[439] Art.10, voorstel voor richtlijn 23 mei 2007, raadsdocument 9871/07 van 23 mei 2007.
[440] 2007/0094 (COD) 10770/08.
[441] 2007/0094 (COD) 12634/08.
[442] Schierle 2010, p. 567.
[443] 2007/0094 (COD) 7988/08, p. 17; EP, PE409.510, Amendement 41.
[444] 2007/0094 (COD) 14617/08, p. 14.

het lid in het artikel blijven staan.[445] Wel verdween de verwijzing naar artikel 6 tot en met 8 van de richtlijn.[446]

Artikel 12 stond niet in het originele voorstel van de Commissie, maar is het resultaat van een amendement van het EP tijdens de medebeslissingsprocedure. In dit artikel staat de optionele mogelijkheid tot 'naming and shaming' en het regelt de oplegging van sancties en maatregelen tegen rechtspersonen.

Het tweede lid van artikel 13, betreffende het faciliteren van klachten, is toegevoegd door het EP en grotendeels gebaseerd op het voorstel van het Comité voor Werkgelegenheid.[447] Het EP slaagde er niet in om de categorieën illegaal tewerkgestelde werknemers die in aanmerking komen voor een voorlopige verblijfsvergunning uit te breiden. Het EP wilde klokkenluiders en alle werknemers die hebben gewerkt onder de omstandigheden van artikel 9, eerste lid, onder d toevoegen.[448]

Het derde lid is toegevoegd op verzoek van vakbonden en Ngo's. Op grond van dit lid kunnen organisaties of individuen die de werknemers helpen bij het indienen van een klacht op grond van deze richtlijn niet worden bestraft wegens verboden hulp aan derdelanders zonder geldige verblijfstitel zoals bedoeld in Richtlijn 2002/90/EG ten aanzien van hulpverlening bij illegale binnenkomst, doortocht en verblijf.[449] De Commissie vond, naar mijn mening terecht, dat deze bepaling eigenlijk overbodig is.[450] Het helpen bij het indienen van een dergelijke klacht valt namelijk niet onder de reikwijdte van de genoemde richtlijn.

De Commissie heeft vlak voor het indienen van de ontwerprichtlijn bij de Raad en het EP besloten een kwantitatieve inspectienorm toe te voegen aan het ontwerp voor de richtlijn. Na kortstondige consultatie van GHK stelde de Commissie het inspectiepercentage van 10% van alle geregistreerde bedrijven voor. Dit was niet gebaseerd op de praktijk in de lidstaten of het onderzoek dat GHK verrichtte voorafgaand aan het voorstel van de Commissie.[451] Tijdens de onderhandelingen was dit een van de meest controversiële punten. Volgens Schierle voornamelijk vanwege de kosten die zoveel inspecties met zich mee zouden brengen. De Commissie berekende dat de extra kosten voor de lidstaten gezamenlijk ongeveer 1,14 miljard zouden bedragen plus een negatief economisch effect van 190 miljoen.[452] Junkert en Kreienbrink zijn van mening dat de

[445] Schierle 2010, p. 577.
[446] 2007/0094 (COD) 14617/08.
[447] Schierle 2010, p. 582.
[448] Schierle 2010, p. 582.
[449] *PbEG* L 328/17, 5 december 2002.
[450] Interview met ambtenaren van DG Home Affairs, Unit B1 Immigration and Integration, 7 maart 2012, Brussel.
[451] Telefonisch interview consultant GHK, 21 juni 2012.
[452] Schierle 2010, p. 584.

extra kosten voor Duitsland alleen al ongeveer 770 miljoen euro zou bedragen.[453] Hierdoor ontstond twijfel of het voorstel op deze wijze wel in lijn is met de beginselen van proportionaliteit en effectiviteit.[454] De Commissie stelde zich op het standpunt dat een ambitieus inspectieniveau zeer belangrijk was. Immers, de meeste lidstaten beschikten reeds over wetgeving op grond waarvan handhaving mogelijk was, maar, zo bleek uit de effectbeoordeling,[455] er was sprake van inadequate handhaving.[456] Het EP stelde voor om de norm op 5% te leggen.[457] De lidstaten konden zich hierin niet vinden. Zij bepleitten met succes een kwalitatieve inspectienorm in plaats van deze kwantitatieve. De Raad heeft de inspectienorm uiteindelijk geschrapt.[458]

Artikel 15, dat benadrukt dat ten aanzien van de sociale rechten voor de vreemdelingen gunstiger bepalingen zijn toegestaan, is toegevoegd op initiatief van het EP.[459] Schierle merkt op dat de bepaling eigenlijk overbodig is aangezien de hele richtlijn strekt tot het stellen van minimumnormen.[460] Het maakt enkel expliciet dat de minimumharmonisatie niet enkel op de handhavings- en sanctievoorschriften ziet maar ook op de voorschriften met betrekking tot de bescherming van de werknemers.[461]

2.5.4 ANALYSE

Grofweg zijn de op- en aanmerkingen, voorstellen en bezwaren die tijdens de onderhandelingen in de Raad en met het EP naar voren zijn gebracht onder te verdelen in twee groepen. Aan de ene kant voorstellen om de richtlijn uit te breiden, met name ten aanzien van de rechten voor de werknemers. Deze voorstellen zijn grotendeels afkomstig van het EP. Aan de andere kant zijn er veel voorstellen geweest om de bepalingen in de richtlijn te beperken. Deze voorstellen, waarvan een groot aantal is gehonoreerd, zijn vrijwel allemaal afkomstig van de lidstaten. Bij bijna elke bepaling heeft een of meer lidstaten voorgesteld de bepaling af te zwakken, te verwijderen of optioneel te maken. Het is duidelijk dat de lidstaten met name streven naar een richtlijn die zo min mogelijk aanpassingen van het nationale recht vraagt. Dit is overeenkomstig de rol en positie van de lidstaten bij de totstandkoming van de Gezinsherenigingsrichtlijn en de Procedurerichtlijn die Strik beschrijft. Zij concludeert dat Nederland en Duitsland in de onderhandelingen over deze richtlijnen hun

[453] Junkert & Kreienbrink 2009, p. 74.
[454] Carrera & Guild 2007, p. 5.
[455] SEC(2007) 603, p. 9.
[456] Schierle 2010, p. 584
[457] PE409.510, Amendement 49.
[458] Peers 2009, p. 421.
[459] Peers 2009, p. 414, Schierle 2010, p. 586.
[460] Schierle 2010, p. 586.
[461] Krop & De Lange 2013.

nationale belangen voorop stelden. Deze belangen hielden in: *'het kunnen behouden van hun wetgeving en bij voorkeur van nationale beleidsvrijheid'*.[462] Volgens Peers gebruiken de lidstaten hun positie binnen de besluitvormingsprocedure van de EG om vrijwel ongelimiteerde beleidsvrijheid te behouden met betrekking tot maatregelen ten aanzien van immigratie en asiel.[463]

Twee belangrijke onderwerpen tijdens de onderhandelingen waren de strafrechtelijke sancties en de inspectienorm. De strafrechtelijke sancties leverden veel kritiek op van de lidstaten, ook na enkele aanpassingen betreffende de reikwijdte. Uiteindelijk hebben twee lidstaten vanwege deze reden niet ingestemd met de richtlijn. Er vallen twee dingen op bij de totstandkoming. Ten eerste dat er ondanks de grote bezwaren van de lidstaten toch in eerste lezing een akkoord is bereikt. Zowel de lidstaten als het EP hebben, ondanks de vele, regelmatig terechte, kritiek in eerste lezing ingestemd met het voorstel. Zó belangrijk was het weren van de strafrechtelijke sancties klaarblijkelijk ook niet. Dit blijkt ook uit het feit dat geen van de lidstaten een juridische actie heeft ondernomen tegen de richtlijn. Op de tweede plaats valt de houding van de Commissie op. Ondanks dat er eigenlijk geen feitelijke onderbouwing aanwezig is van de noodzaak van strafrechtelijke sancties én de kritische houding van de lidstaten en het EP heeft de Commissie toch steeds vast gehouden aan de strafrechtelijke sancties. Klaarblijkelijk is er veel belang gehecht aan het opnemen van de strafrechtelijke sancties (dat blijkt ook uit de reactie op het GHK rapport dat in eerste instantie strafrechtelijke sancties niet nodig achtte). Waar deze voorkeur voor strafrechtelijke sancties vandaan komt is helaas niet te achterhalen. Geconcludeerd kan worden dat de Commissie in de onderhandelingen andere prioriteiten heeft gesteld dan op basis van de voorbereidende documenten was te verwachten. De lidstaten hebben in een gezamelijke inspanning een aantal van de verplichtingen weten af te zwakken. Het strafrecht was omstreden, maar zowel de lidstaten als het EP hebben uiteindelijk maar weinig moeite gedaan het strafrecht te schrappen uit de richtlijn.

De inspectienorm, die eigenlijk een van de speerpunten van de richtlijn had moeten zijn, was matig onderbouwd en werd derhalve snel uit het voorstel geschrapt. De enigszins afwerende houding van de lidstaten komt ook tot uitdrukking bij de inspectienorm. De inspectienorm is pas op een laat moment toegevoegd en onmiddellijk gesneuveld. Dit past in de houding van de lidstaten, die erop gericht zijn zo min mogelijk verplichtingen voor zichzelf in het leven te roepen. Gezien het rapport van GHK en de effectbeoordeling was het te verwachten dat de Commissie op zijn minst net zo standvastig zou zijn bij de inspectienorm als ze is geweest bij de strafrechtelijke sancties. Op basis van die documenten immers, is de noodzaak voor daadwerkelijke handhaving veel

[462] Strik 2011, p. 391.
[463] Peers & Rogers 2006, p. 47.

groter dan de noodzaak voor uitbreiding van het sanctiearsenaal van de lidstaten met strafrechtelijke sancties. Desondanks heeft de Commissie de norm vrij snel opgegeven. Wellicht was een en ander anders verlopen wanneer er in het GHK rapport en de effectbeoordeling al gedegen onderzoek was gedaan naar inspectienormen en er op basis daarvan tot een redelijk percentage was gekomen. Deze wijze van wetgeving, waarbij het inspectiepercentage op het laatste moment zonder enige onderbouwing op 10% is bepaald, roept als vanzelfsprekend weerstand op.

2.6 CONCLUSIE

De Werkgeverssanctierichtlijn heeft als doel het bestrijden van illegale tewerkstelling door het verbieden van de tewerkstelling van derdelanders zonder geldige verblijfstitel. Met het oog hierop zijn minimumnormen vastgesteld voor de handhaving van dit verbod jegens werkgevers. De minimumnormen bestaan uit preventieve maatregelen, sancties en privaatrechtelijke bepalingen. Door het bestrijden van illegale tewerkstelling beoogt de Commissie een van de pull factoren voor illegale migratie, namelijk de mogelijkheid om zonder geldige verblijfstitel te werken binnen de EU, weg te nemen. De richtlijn maakt deel uit van het integraal migratiebeleid van de EU. Dit beleid bestaat voor het grootste deel uit instrumenten die de toegang tot de EU regelen. Een aantal instrumenten, waaronder deze richtlijn, dient ter afsluiting van de niet-officiële toegangsroutes tot de EU. Het Europese migratiebeleid is ontstaan na het Verdrag van Amsterdam, binnen de Ruimte voor vrijheid, veiligheid en recht. De richtlijn lijkt op het eerste gezicht een logisch gevolg van de ontwikkeling van het integraal migratiebeleid. Echter, in de jaren ’70 van de vorige eeuw is een zeer vergelijkbare richtlijn voorgesteld, inclusief strafrechtelijke sancties. Deze richtlijn is twee jaar na een eerste, onsuccesvolle, bespreking in 1976 opnieuw geformuleerd. De versie uit 1978 vertoont grote parallellen met de huidige richtlijn, maar is nooit besproken in het EP. Uiteindelijk is de ontwerprichtlijn uit 1978 in 1988 ingetrokken. Ten tijde van deze ontwerprichtlijn bestond er in de EG nog geen grondslag voor instrumenten met betrekking tot migratie. De ontwerprichtlijn maakte deel uit van het sociaal beleid van de EG: het doel was het verbeteren van de sociale omstandigheden van de werknemers en het voorkomen van uitbuiting van buitenlandse werknemers. De richtlijn uit 2009 heeft wel een grondslag in de migratiebepaling van het VWEU en dient als instrument ter controle van de immigratie. In 1976/78 was de verbetering van de sociale positie van illegaal tewerkgestelde vreemdelingen een doel op zich. In 2009 is de verbetering van de positie slechts een middel om illegale tewerkstelling minder aantrekkelijk te maken voor werkgevers. Net als de richtlijn uit 1978 bevat de richtlijn dus enkele sociale bepalingen die de werknemers ten goede komen. Enkele academici en betrokkenen stellen dan ook dat de richtlijn

op een bredere grondslag gestoeld had moeten worden.[464] De effecten van de sociale rechten in de richtlijn zijn in de voorbereiding van de richtlijn niet onderzocht. Ze worden in de voorbereidende studie van GHK slechts genoemd als 'essentiële vergezellende maatregelen' bij een van de onderzochte beleidsopties.[465] Dit terwijl deze bepalingen wel een grote impact kunnen hebben op de werkgevers, werknemers en lidstaten.

Naast de sociale bepalingen bevat de richtlijn een aantal sancties en maatregelen die moeten worden toegepast ten aanzien van werkgevers die zich schuldig maken aan illegale tewerkstelling. Eén van de meest in het oog springende sancties is de verplichting werkgevers onder bepaalde omstandigheden strafrechtelijk te vervolgen. De noodzaak van deze strafrechtelijke sancties is niet gebleken uit de voorbereidende onderzoeken. Hoewel werd gesteld dat de strafrechtelijke sancties in de lidstaten bewezen effectief zijn, blijkt dat niet uit het feitenmateriaal van het GHK-onderzoek of de effectbeoordeling. Toch waren de strafrechtelijke sancties voor de Commissie één van de belangrijkste onderdelen van de richtlijn. Zelfs zo belangrijk, dat een advies van het onderzoeksbureau GHK, dat inhield dat strafrechtelijke sancties niet noodzakelijk waren, op verzoek van de Commissie werd herschreven zodat het rapport de opneming van strafrechtelijke sancties in de richtlijn wel ondersteunde. Een advies van het IAB om ook een variant zonder strafrechtelijke sancties te onderzoeken werd wegens tijdsgebrek niet opgevolgd. Het opnemen van strafrechtelijke sancties is niet gebaseerd op een beargumenteerde keuze. Ten aanzien van de opneming van strafrechtelijke sancties in de richtlijn is naar mijn mening de noodzaak voor de strafrechtelijke sancties niet afdoende aangetoond. De voorbereidende documenten tonen niet aan waarom strafrechtelijke sancties onontbeerlijk zijn voor de volledige doeltreffendheid van de door de vastgestelde normen. Er is zelfs afgeweken van een *wél* beargumenteerde keuze om *geen* strafrecht op te nemen. Ondanks bezwaren van de lidstaten en het EP heeft de Commissie vast gehouden aan de strafrechtelijke sancties. Tijdens de onderhandelingen over de richtlijn heeft het EP voornamelijk getracht de bepalingen uit de richtlijn, met name die ten aanzien van de rechten voor de werknemers, uit te breiden. De lidstaten op hun beurt hebben bij vrijwel elk artikel getracht de bepalingen af te zwakken, te schrappen of optioneel te maken. Een onderdeel van de conceptrichtlijn, dat volgens de onderzoeken en effectbeoordeling essentieel was, betrof de invoering van een inspectienorm. De lidstaten beschikken immers vrijwel allemaal reeds over een arsenaal aan instrumenten, maar de feitelijke handhaving bleef bij sommige lidstaten achterwege. Het EESC benadrukte in haar advies bij de totstandkoming van de richtlijn dat het gebrek aan capaciteit bij toezichthouders in verhouding

[464] Carrera & Guild 2007, Dewhurst 2011 en werknemersorganisatie ETUC.
[465] GHK Consultancy 2007, p. 95.

met het grote aantal te controleren bedrijven zal zorgen voor problemen bij de uitvoering van de richtlijn.[466] Ook volgens het Comité van de Regio's zijn extra inspecties nodig om illegale tewerkstelling te voorkomen.[467] De Commissie heeft de oorspronkelijke kwantitatieve inspectienorm op een laat moment toegevoegd en zonder motivering op 10% bepaald terwijl het eigenlijk een van de speerpunten van de richtlijn had moeten zijn. Deze manier van wetgeving, gecombineerd met de afwerende houding van de lidstaten tegen alle bepalingen die verplichting voor de lidstaten in het leven roepen, heeft er toe geleid dat de inspectienorm onmiddellijk weer gesneuveld is.

[466] EESC, SOC/278, par. 1.8.
[467] Advies Comité van de Regio's, ovw. 40 en 46.

HOOFDSTUK 3 – De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling in Nederland

3.1 INLEIDING

Na de bespreking van de totstandkoming, inhoud en reikwijdte van de Werkgeverssanctierichtlijn komt in dit hoofdstuk de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling in Nederland aan bod. Het doel van dit hoofdstuk is het weergeven van (de ontwikkeling van) de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling in Nederland, de gebruikte instrumenten, de overwegingen die hieraan ten grondslag liggen en de verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving.[468] Dit hoofdstuk start met een beschrijving van de strafrechtelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling sinds de inwerkingtreding van de Wav in 1995 tot de invoering van de bestuurlijke boete in 2005. De strafrechtelijke handhaving was mogelijk via de Wav, in combinatie met de Wed, en via artikel 197b Wetboek van Strafrecht (Sr). Na deze beschrijving wordt de opmars van de bestuurlijke boete in het Nederlandse recht besproken. In 2005 werd de bestuurlijke boete ingevoerd in de Wav ter vervanging van de strafrechtelijke handhaving via de Wed. De handhaving van de Wav is sindsdien voor het grootste deel bestuursrechtelijk, slechts bij herhaalde recidive was er aanvankelijk (tot één januari 2013) nog sprake van strafrechtelijke vervolging. Daarna komt het debat aan de orde over de algemene verschillen tussen straf- en bestuursrechtelijke handhaving. De invoering van de strafbeschikking heeft de convergentie tussen het strafrecht en bestraffend bestuursrecht vergroot. Door deze convergentie is het steeds lastiger een beargumenteerde keuze te maken voor het toepassen van straf- of bestuursrechtelijke handhaving.

De in 2009 aangenomen Werkgeverssanctierichtlijn eist, onder bepaalde, verzwarende omstandigheden, strafrechtelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. In 2012 wordt de richtlijn uiteindelijk door Nederland geïmplementeerd. Nederland is van mening dat artikel 197b Sr, een zeer weinig toegepast artikel, volstaat ter implementatie van de verplichtingen uit artikel 9 en 10 van de richtlijn. De veel gebruikte bestuursrechtelijke handhaving blijft bestaan. Na de bespreking van de implementatie worden twee nieuwe wetten besproken die in 2013 in werking zijn getreden. Deze wetten, de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving en de Wet Modern

[468] In 2010 is, in het kader van de aanpassingswet openbare lichamen Bonaire, St. Eustatius en Saba, de Wet arbeid vreemdelingen BES ingevoerd als opvolger van de Landsverordening arbeid vreemdelingen (03-08-2001, P.B. 2001, no. 82). De Wav BES kan enkel strafrechtelijk worden gehandhaafd. Vanwege de gecompliceerde staatsrechtelijke situatie valt deze wet buiten het bestek van dit proefschrift.

Migratiebeleid,[469] brengen wijzigingen aan in de handhaving van de Wav. Opvallend aan de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving is niet alleen dat nu ook de laatste verwijzing naar het strafrecht (bij herhaalde recidive), uit de Wav geschrapt wordt, maar ook, en vooral, de manier waarop er afstand wordt genomen van het strafrecht. Volgens de memorie van toelichting is het strafrecht niet flexibel genoeg en worden er te lage straffen opgelegd. De verhouding tussen straf- en bestuursrechtelijke handhaving in Nederland die hier uit blijkt is het onderwerp van het laatste deel van dit hoofdstuk.

3.2 STRAFRECHTELIJKE HANDHAVING VAN HET VERBOD OP ILLEGALE TEWERKSTELLING

3.2.1 INVOERING WET ARBEID VREEMDELINGEN

De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling tussen 1995 en 2005 is gebaseerd op de Wav.[470] De Wav is op 1 september 1995 in werking getreden[471] als opvolger van de Wet arbeid buitenlandse werknemers (Wabw).[472] De Wabw werd in 1979[473] ingevoerd nadat in de tweede helft van de jaren zeventig van de vorige eeuw de economische situatie sterk verslechterde en de werkloosheid opliep. Er ontstond behoefte een restrictief toelatingsbeleid. In de Wabw werd de voorrang van Nederlands en Europees arbeidsaanbod explicieter neergelegd.[474] Begin jaren negentig kwam de Wabw ter discussie te staan. Uit de memorie van toelichting bij de Wav blijkt dat een drietal factoren een rol speelde bij het voornemen om de Wabw te vervangen.[475] Ten eerste nam de omvang van de immigratie aanzienlijk toe. En niet alleen de totale immigratieomvang nam toe, ook het aantal verschillende nationaliteiten steeg. Bovendien veranderden de motieven voor immigratie. Kwamen in de jaren zestig en zeventig migranten, volgens de memorie van toelichting, voornamelijk op verzoek van de Nederlandse werkgevers en regering naar Nederland,[476] begin jaren negentig kwamen migranten veelal uit eigen beweging naar Nederland, vanwege de sociaal-economische omstandigheden in hun land van herkomst. Een ander belangrijk motief voor de immigratie werd de gezinshereniging.[477]

---

469 Zie respectievelijk par. 3.3.4 en par. 3.3.5 van dit hoofdstuk.

470 *Stb.* 1994, 959.

471 *Stb.* 1995, 405.

472 *Kamerstukken* II 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 1. In het oorspronkelijke wetsvoorstel heette de wet overigens nog de 'Wet tewerkstelling vreemdelingen', maar dit werd gewijzigd vanwege de connotatie met de Tweede Wereldoorlog. De naam tewerkstellingsvergunning is wel behouden merkt De Lange op, De Lange 2007.

473 Voor de periode van vóór 1979, zie De Lange 2007, Franssen 2013.

474 Verboom 2007, p. 9.

475 *Kamerstukken* II 1993/94, 23 574, nr. 3.

476 Onder andere via wervingsovereenkomsten.

477 *Kamerstukken* II 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 3.

Een tweede factor die een rol speelde bij de introductie van de nieuwe wet was de uitbreiding van de Europese Unie.[478] Door deze uitbreiding, plus de totstandkoming van de EER in 1992,[479] werd het makkelijker om via de interne Europese arbeidsmarkt in de arbeidsbehoefte te voorzien.[480] De derde factor die aanleiding gaf tot het herzien van de Wabw was de wisselende omvang van de werkloosheid. Volgens het kabinet was het onmogelijk om een specifiek op bepaalde factoren toegesneden vergunningenbeleid te voeren. Hiervoor werden in de memorie van toelichting twee redenen aangevoerd. Enerzijds waren de weigeringsgronden van de Wabw in sommige gevallen onvoldoende restrictief, anderzijds bood de wet soms onvoldoende mogelijkheden om onder bepaalde extra voorschriften of tijdsbeperkingen gedoseerd vergunningen te verstrekken.[481] De oorspronkelijke doelstellingen van de Wabw werden behouden in de nieuwe wet: restrictieve toelating van arbeidsmigranten; verbetering van de allocatie op de arbeidsmarkt; de bestrijding van illegale tewerkstelling en het laten van een zo groot mogelijke arbeidskeuze aan eenmaal duurzaam tot Nederland toegelaten vreemdelingen.[482]

3.2.2 STRAFRECHTELIJKE HANDHAVING

Vanaf 1995 tot 2005 was strafrechtelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling in de Wav via twee routes mogelijk: via de Wav in combinatie met de Wed[483] en via artikel 197b Sr. Na de invoering van de bestuurlijke boete in 2005 verviel de strafrechtelijke vervolging via de Wav in de meeste gevallen. Slechts bij herhaalde recidive bleef strafrechtelijke vervolging mogelijk. Sinds 1 januari 2013 is ook die mogelijkheid uit de Wav geschrapt.[484] Artikel 197b Sr is nog steeds van kracht.

3.2.2.1 WET ARBEID VREEMDELINGEN

Artikel 2 is de centrale verbodsbepaling van de Wav. Dit artikel verbiedt het een werkgever om een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning. In de Wed werd, tot de inwerkingtreding van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving op 1 januari 2013,[485] overtreding van artikel 2 van de Wav gekwalificeerd[486] als een economisch

[478] In 1994, ten tijde van de behandeling van het wetsvoorstel, bestond de EU uit 12 lidstaten.
[479] De EER bestaat uit de EU plus Noorwegen, IJsland en Liechtenstein.
[480] *Kamerstukken* II 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 3.
[481] *Kamerstukken* II 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 3.
[482] *Kamerstukken* II 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 4.
[483] Art. 2 Wav (oud), jo. 19c Wav (oud), jo, Art. 1, onder 4, Wed (oud) jo, art. 2, vierde lid, Wed (oud).
[484] Vanwege de inwerkingtreding van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving. Zie par. 3.3.4 van dit hoofdstuk.
[485] Zie par. 3.3.4 van dit hoofdstuk.
[486] Art. 1, onder 4, Wed (oud).

delict.[487] Artikel 19b Wav bepaalde dat er geen bestuurlijke boete opgelegd kon worden indien er sprake is van een strafbaar feit. Artikel 19c beschreef wanneer er sprake was van een strafbaar feit (de herhaalde recidive).[488] Artikel 1 onder 4 Wed kwalificeerde vervolgens de overtreding van voorschriften, gesteld bij of krachtens artikel 19c Wav als een economisch delict. Tot 2005 kwalificeerde artikel 2, vierde lid, Wed het strafbare feit als een overtreding.[489] De maximale straf bedroeg zes maanden hechtenis, een taakstraf of een geldboete van de vierde categorie.[490] Op grond van de Wed kon tevens een gehele of gedeeltelijke stillegging van de onderneming van de veroordeelde voor hoogstens een jaar worden opgelegd als bijkomende straf.[491]

3.2.2.2 ARTIKEL 197B WETBOEK VAN STRAFRECHT

Naast de vervolging op grond van de Wav bestaat de mogelijkheid om te vervolgen op grond van artikel 197b Sr. Dit artikel is in werking getreden op 1 januari 1994.[492] Het artikel stelt het doen verrichten van arbeid door iemand die zich wederrechtelijk toegang tot of verblijf in Nederland heeft verschaft strafbaar.[493] De maximale sanctie is een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of een geldboete van de vijfde categorie. De invoering van dit artikel vond plaats bij een grote wijziging van de Vreemdelingenwet en het Wetboek van strafrecht, begin jaren negentig.[494] Volgens het kabinet was de *'welhaast jaarlijks toenemende stroom van vreemdelingen die zich om uiteenlopende redenen hier te lande wensen te vestigen,* [...] *een voorwerp van blijvende zorg voor de Nederlandse overheid.'*[495] De Vreemdelingenwet uit 1965 was volgens het kabinet *'niet een toonbeeld van heldere en doorzichtige regelgeving.'*[496]

---

[487] Ook Art. 15 van de Wav, de verplichting een afschrift van de identificatie van de vreemdeling op te nemen in de administratie, was op grond van Art. 1, onder 4 van de Wed (oud) een economisch delict.

[488] 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 (oud) juncto art. 1 onder 4 Wed (oud).

[489] Art. 2, eerste lid, Wed (oud).

[490] Art. 7, onder c, Wed.

[491] Art. 7, onder c, Wed.

[492] *Stb.* 1993, 708.

[493] Art. 197b 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. *Stb.* 1993, 707.

[494] *Kamerstukken* II 1991/92, 22 735, nr. 2.

[495] *Kamerstukken* II 1991/92, 22 735, nr. 3, p. 1.

[496] *Kamerstukken* II 1991/92, 22 735, nr. 3, p. 1.

Onderdeel van deze vernieuwing was het tegengaan van immigratiestromen naar het illegale circuit op de arbeidsmarkt, die zouden kunnen worden versterkt door de nieuwe vreemdelingenwetgeving.[497] Naast artikel 197b werden ook artikel 197a (verbod op mensensmokkel) en 197c (verzwaring van strafmaat wanneer iemand van illegale tewerkstelling zijn 'beroep of gewoonte' maakt) ingevoerd. De combinatie van deze artikelen had ten doel: *'adequate sancties te bedreigen tegen bepaalde vormen van grensoverschrijdende handel in illegale arbeidskracht, waarvan de dader zelden een enkele natuurlijke persoon is. Integendeel: het gaat hier om uiterst lucratieve georganiseerde hulpverlening – uit winstbejag – aan vreemdelingen, die in samengestelde deelneming wordt begaan, soms door rechtspersonen, soms door organisaties en soms door doelvermogens.'*[498] Hoewel de artikelen in samenhang blijkens de memorie van toelichting voornamelijk bedoeld zijn voor de aanpak van strafbare gedragingen in groepsverband en uit winstbejag, leent de formulering van artikel 197b, door het ontbreken van de eisen van gezamenlijkheid en winstbejag, zich ook voor de vervolging van particulieren die een vreemdeling zonder geldige verblijfstitel tewerkstellen, zo blijkt uit een uitspraak van de Hoge Raad (HR).[499] Artikel 197b stelt enkel strafbaar de tewerkstelling van vreemdelingen die wederrechtelijk in Nederland verblijven. Het illegaal tewerkstellen van legaal verblijvende vreemdelingen (bijvoorbeeld vreemdelingen die verblijven op grond van een studentenvisum langer dan het maximaal toegestane aantal uur laten werken) valt derhalve niet onder de reikwijdte van artikel 197b Sr. Dit komt overeen met de reikwijdte van de Werkgeverssanctierichtlijn die slechts ziet op derdelanders zonder geldige verblijfstitel.[500]

3.2.2.3 FEITELIJKE HANDHAVING 1995 – 2005

Feiten en cijfers over de strafrechtelijke handhaving van de Wav via de Wed tot 2005 zijn te vinden in de ambtelijke evaluatie van de invoering van de bestuurlijke boete.[501] Uit de evaluatie komt het volgende beeld naar voren. Bij een geconstateerde overtreding nam het onderzoek van de Arbeidsinspectie (inmiddels Inspectie SZW) al gauw een paar maanden in beslag. Onderdeel van dat onderzoek was de berekening van het genoten voordeel voor de werkgever. Dit onderzoek was nodig voor het vaststellen van de hoogte van eis of het transactievoorstel.[502] Nadat het proces-verbaal van het onderzoek aan het Openbaar Ministerie (OM) was verzonden nam het OM de beslissing of de zaak met een transactie werd afgedaan of aangebracht bij de strafrechter. Bijna 90%

497 *Kamerstukken* II 1991/92, 22 735, nr. 3, p. 7.
498 *Kamerstukken* II 1991/92, 22 735, nr. 3, p. 8.
499 HR 14 september 2004, ECLI:NL:HR:2004: AP4172, *NJ* 2004, 626, *JV* 2004, 424.
500 Preambule Richtlijn 2009/52/EG, onder (5).
501 *Kamerstukken* II 2005/06, 17 050 en 29 523, nr. 332, p. 4.
502 *Kamerstukken* II 2005/06, 17 050 en 29 523, nr. 332, p. 4.

van de bij het OM aangeleverde zaken leidde tot een sanctie (transactie of veroordeling). Dit is een zeer hoog percentage, hetgeen vermoedelijk te maken heeft met de selectie van zaken die door de Inspectie SZW werden doorgestuurd naar het OM. De volgende tabel geeft de afhandeling van Wav-zaken weer:

Jaar 1ste beoordeling	Aantal beoordeelde strafzaken	Openstaand	Afgerond			
		Dagvaarding	Dagvaarding	Transactie	Sepot	Voegen/ Overdracht
2000	633	0%	36%	51%	11%	0%
2001	748	2%	38%	47%	13%	1%
2002	761	3%	35%	52%	10%	1%
2003	781	18%	19%	48%	8%	1%

Tabel 3.1: Overzicht afdoening strafzaken artikel 197b Sr.[503]

De vervolging van Wav-feiten verschilde sterk per arrondissement: *'het percentage transacties liep uiteen van 32% in Alkmaar tot 67% in Middelburg en Dordrecht. Het percentage dagvaardingen liep uiteen van 25% in Dordrecht tot 58% in Alkmaar, het percentage sepot van 0% in Middelburg tot 24% in Groningen. Transactiebedragen varieerden van € 750 (Alkmaar) tot € 1100 (Amsterdam). Vonnissen varieerden tussen € 844 (Groningen) en € 1460 (Den Bosch). De stelregel was dat bij recidive de officier € 1800 per overtreding vorderde.'*[504]

3.3 BESTUURSRECHTELIJKE HANDHAVING VAN DE WAV 2005 – 2013

In 2005 wordt het handhavingssysteem van de Wav aangepast door middel van de invoering van de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen.[505] De strafrechtelijke handhaving wordt voor het grootste deel vervangen door handhaving via bestuurlijke boetes. De bestuurlijke boete is een boete die buiten het formele strafrecht valt en wordt opgelegd door een bestuursorgaan. In zijn algemeenheid heeft de bestuurlijke boete sinds het begin van de jaren negentig een sterke opkomst gekend. Begin jaren negentig werd bijvoorbeeld al in de Wet Mulder en de Mediawet de mogelijkheid tot oplegging van een bestuurlijke boete

503 *Kamerstukken* II 2004/05, 29 810, nr. 1-2, p. 73.

504 Kamerstukken II 2005/06, 17 050 en 29 523, nr. 332, p. 5. De evaluatie verwijst naar een onderzoek van SZW: 'Onderzoek naar de effectiviteit van het opnemen van een voordeelberekening in processen-verbaal bij een overtreding van de Wet arbeid vreemdelingen' uit december 2003. Dit onderzoek heb ik niet kunnen inzien.

505 *Stb.* 2004, nr. 705.

ingevoerd.[506] Na het verschijnen van een advies van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten (CTW) nam de invoering een verdere vlucht in de tweede helft van de jaren negentig.[507] Sinds 1 juli 2009 kent titel 5.4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) een algemene regeling voor de bestuurlijke boete.[508] De bestuurlijke boete wordt gedefinieerd als *'de bestraffende sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijk verplichting tot betaling van een geldsom'*.[509] Na een algemene beschrijving van de opkomst en eigenschappen van de bestuurlijke boete in de volgende paragraaf komt de invoering van de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen aan de orde.

3.3.1 OPKOMST VAN DE BESTUURLIJKE BOETE

In 1994 verscheen het rapport 'Handhaving door bestuurlijke boeten' van CTW. De CTW deed de aanbeveling om meer bestuursrechtelijke normen door middel van bestuurlijke boetes te handhaven. De CTW noemt drie argumenten voor de invoering van de bestuurlijke boete. Het eerste argument is dat *'een adequate handhaving een integraal onderdeel dient te zijn van de uitvoering van iedere wettelijke regeling. De verantwoordelijkheid voor die handhaving berust* [...] *dan ook in de eerste plaats bij de instantie die met die uitvoering is belast'*.[510] Het tweede argument is dat de strafrechtelijke procedure door de bijbehorende waarborgen *'door de waarborgen waarmee zij is omkleed relatief zwaar, tijdrovend en kostbaar is'*.[511] Daar komt tot slot nog bij dat de strafrechtsketen '*al geruime tijd in al haar onderdelen – opsporing, vervolging, berechting en executie – overbelast is. Dit maakt het des te noodzakelijker, van de strafrechtelijke handhaving alleen daar gebruik te maken waar het echt nodig is.'*[512] De commissie pleit op deze gronden voor verdere invoering van de bestuurlijke boete en tekent daarbij aan dat een algemene regeling wenselijk zou zijn.[513] De commissie gaf ook advies over de inrichting van een algemene boeteregeling en stelde twee modellen voor, het A en B model. Deze modellen zien op de mogelijkheid om al dan niet zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk op te kunnen treden en op de vaststelling van de eventueel op te leggen boete. In model A staat in beginsel alleen de bestuursrechtelijke weg open. Strafrechtelijk optreden is dan niet meer mogelijk. Uitzonderingen hierop kunnen bij wet gemaakt worden en bijvoorbeeld gelegen zijn in het feit dat er sprake is van letsel of

[506] Verheij 1999.
[507] Voor een uitgebreide bespreking van het rapport, zie de volgende paragraaf.
[508] *Stb.* 2009, 266.
[509] Art. 5:40 Awb.
[510] CTW 94/1, p. 7.
[511] CTW 94/1, p. 7.
[512] CTW 94/1, p. 7.
[513] CTW 94/1, p. 38.

schade. Daarmee worden feiten waardoor de rechtsorde ernstig geschokt is toch binnen bereik van het strafrecht gebracht.

Daarnaast pleit de commissie in dit model voor het vaststellen van maximum boetebedragen per wet (en alleen bij zeer sterk uiteenlopende feiten binnen een wet kunnen er daarbinnen verschillende categorieën kunnen zijn). In een bijlage bij de wet moet vervolgens per feit een vaste boete worden vastgesteld en in principe zou wat dat betreft geen beleidsvrijheid moeten gelden. Wel moet er een hardheidsclausule worden opgenomen voor het geval dat de vastgestelde boete vanwege bijzondere omstandigheden te hoog is.[514] In model B zijn zowel de bestuursrechtelijke als de strafrechtelijke weg begaanbaar, maar uiteraard niet tegelijkertijd in één zaak. Er moeten regelingen worden getroffen om de dubbele bestraffing te voorkomen. Dat kan gebeuren door het recht op strafvervolging te laten vervallen zodra een bestuurlijke boete is opgelegd (of een andere bestraffende, bestuurlijke sanctie is opgelegd). Het recht op oplegging van bestraffende, bestuurlijke sancties vervalt zodra vervolging is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting is aangevangen of er een schikking is overeengekomen. De feitelijke keuze tussen strafrechtelijk en bestuursrechtelijk optreden moet steeds opnieuw gemaakt worden door de handhaver. In model B wordt de hoogte van de boete vastgesteld op basis van *'de ernst van de gedraging, de mate waarin de overtreder de gedraging verweten kan worden en de omstandigheden waarin hij verkeert'*.[515]

De CTW spreekt zich in het rapport uit voor model A. Het belangrijkste argument dat de commissie hiervoor aandraagt is het feit dat in model A de wetgever de keuze tussen de sanctiestelsels maakt. Dit zorgt voor een helder stelsel wat uit rechtszekerheids- en efficiencyoogpunt (minder moeite voor vaststellen boetebedrag en daardoor minder beroep- en bezwaarschriften) handig is. De commissie noemt twee uitzonderingen waarin model B toch de voorkeur krijgt: wanneer er sprake is van feiten die vaak gepleegd worden door een criminele organisatie en wanneer het niet mogelijk is om vaste boetes op te leggen vanwege de *'veelvormigheid van de praktijk'*.[516]

Ruim 15 jaar later is de algemene regeling waarvoor de CTW pleitte, bij de 4de tranche Awb, in werking getreden. De regeling is opgenomen in Titel 5.4 Awb en geeft een aantal waarborgen. Zo kan er alleen een bestuurlijke boete worden opgelegd wanneer de overtreding verwijtbaar is,[517] kan er geen bestuurlijke boete worden opgelegd als voor dezelfde overtreding al eerder een bestuurlijke boete is opgelegd[518] of reeds strafvervolging is ingesteld of het recht

514 CTW 94/1, p. 68.
515 CTW 94/1, p. 69.
516 CTW 94/1, p. 70.
517 Art. 5:41 Awb.
518 Art. 5:43 Awb.

op strafvervolging is vervallen.[519] Er is een verjaringstermijn opgenomen van vijf jaar[520] en de hoogte van de boete moet worden afgestemd op de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de omstandigheden van het geval.[521] Daarnaast zijn nog regelingen opgenomen over het inzagerecht, horen en de beslistermijn.[522]

3.3.1.1 DE BESTUURLIJKE BOETE ALS BESTRAFFENDE SANCTIE

De bestuurlijke boete is een *bestraffende* bestuurlijke sanctie. Zoals de term al impliceert, bestaan er dus ook *niet-bestraffende,* bestuurlijke sancties oftewel herstellende bestuurlijke sancties.[523] De afgelopen decennia zijn er talloze termen en definities ontwikkeld om dit verschil aan te geven.[524] Sinds de inwerkingtreding van de 4de tranche bevat artikel 5:2 Awb echter een definitie van de termen herstel- en bestraffende sanctie. Beide zijn een specialis van de bestuurlijke sanctie (*'een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak'*).[525] Een herstelsanctie is een: *'bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding'*.[526] Een bestraffende sanctie is een *'bestuurlijke sanctie voor zover deze beoogt de overtreder leed toe te voegen'*.[527] In dit proefschrift zullen in aansluiting op de Awb de termen 'bestraffend' en 'herstellend' gebruikt worden. Naast een definitie van de termen herstellende en bestraffende sancties, geeft de Awb ook voor een aantal sancties aan of deze als bestraffend dan wel herstellend aangemerkt moeten worden. Voor een ander deel van de sanctie-instrumenten is niet in de wet opgenomen of het bestraffende of herstellende sancties betreft. De kwalificatie van een handhavingsinstrument als 'bestraffend' of 'herstellend' is feitelijk van minder groot belang dan het antwoord op de vraag of een sanctie al dan niet als *criminal charge* in de zin van artikel 6, tweede lid, EVRM, gekwalificeerd moet worden. Onafhankelijk van de nationale kwalificatie hangt de intensiteit van de gerechtelijke toetsing daar namelijk

519 Art. 5:44 Awb.
520 Art. 5:45 Awb.
521 Art. 5:46, tweede en derde lid, Awb.
522 Afdeling 5.4.2 Awb.
523 Damen 2009, hoofdstuk 13.3.3.
524 Zie De Moor – van Vugt 1995 en Albers 2001 voor een historisch overzicht van de verschillende definities. Zelf gebruiken De Moor – Van Vugt en Albers de termen *punitieve* en *reperatoire* sancties.
525 Art. 5:2, eerste lid, sub a, Awb.
526 Art. 5:2, eerste lid, sub b, Awb.
527 Art. 5:2, eerste lid, sub c, Awb.

mee samen. Sancties die worden aangemerkt als een *criminal charge* worden intensiever getoetst door de rechter dan andere sancties.[528]

3.3.1.2 DE BESTUURLIJKE BOETE EN ARTIKEL 6 EVRM

Artikel 6, eerste lid, van het EVRM kent aan een ieder tegen wie een strafvervolging is ingesteld (*charged with a criminal offence*) het recht op een eerlijk proces toe. Dit recht bestaat uit verschillende waarborgen en verdedigingsrechten. In de arresten Engel[529] en Özturk[530] hanteert het hof een materieel criterium voor de vaststelling van een *criminal offence*. Het hof gaat uit van drie criteria, wat overigens niet betekent dat aan alle drie moet zijn voldaan.[531] Alleen als aan geen van de drie losse criteria wordt voldaan, worden deze in samenhang beschouwd om te bepalen of er sprake is van een *'criminal charge*'. Het gaat om: de classificatie van de sanctie in het nationale recht; de aard van de overtreding (*the very nature of the offence*) en de aard en de zwaarte van de sanctie (*the degree of severity of the penalty*). Als de sanctie naar nationaal recht als strafrechtelijk wordt gekwalificeerd, dan is er altijd sprake van een *criminal charge*.[532] Als de sanctie naar nationaal recht niet strafrechtelijk is, dan wordt er gekeken naar het tweede en derde criterium. Het tweede criterium ziet op de aard van de overtreding. Hierbij moet bijvoorbeeld een overtreding van gedragsregels voor artsen die tuchtrechtelijk wordt bestraft worden uitgesloten.[533] Tot slot kan op basis van het derde criterium een sanctie als *criminal charge* aangemerkt als het oogmerk leedtoevoeging is.[534] Ook als er geen sprake is van beoogde leedtoevoeging maar wel van een zware sanctie is er sprake van een *criminal charge*.[535] Elke vorm van bestuurlijke boete die Nederland kent moet door de rechter als *criminal charge* wordt aangemerkt op basis van de Straatsburgse jurisprudentie.[536] Gevolg hiervan is dat de waarborgen die artikel 6 EVRM biedt van toepassing zijn op de bestuurlijke boete.[537] Dit betekent dat de betrokkene recht heeft *'op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak,*

---

528 Van den Griend 2003, p. 24. Zie de volgende paragraaf.

529 EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978, 223 (*Engel*).

530 EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937 (*Özturk*).

531 Naar aanleiding van EHRM 24 februari 1994, A-284, *NJ* 1994, 496 werd in de literatuur gesteld dat de laatste twee criteria wel degelijk cumulatief waren. In EHRM 24 september 1997, (*Garyfallou AEBE vs. Griekenland*), *JB* 1997/281 heeft het Hof duidelijk bepaald dat dat niet het geval is. Zie ook Van der Griend 2003, p. 22.

532 Bröring 2005, p. 46.

533 EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937, (*Özturk*), par. 53.

534 Van den Berg & Heinen 2007, p. 617.

535 Van den Berg & Heinen 2007, p. 617.

536 Michiels & De Waard 2007, p. 130, Bröring 2005.

537 Overigens zijn ook Art. 14 en 15 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) van toepassing op de bestuurlijke boete. Zie ook CBB 99/407 WW, ECLI: NL:CRVB:2001:AB0469, *JB* 2001, 80 m.nt. C.L.G.F.H.A., *USZ* 2001, 75 m.nt. Redactie.

binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht'[538] en daarnaast het recht heeft om voor onschuldig gehouden te worden totdat het tegendeel bewezen is, het recht heeft om te weten wat de aard en de reden van de beschuldiging is, het recht heeft op tijd om zijn verdediging voor te bereiden, het recht heeft op bijstand door een raadsman, het recht heeft op het ondervragen van getuigen en het recht heeft op een tolk.[539]

3.3.1.2.1 EVENREDIGHEID EN PROPORTIONALITEIT

Artikel 6 EVRM brengt met zich dat de rechterlijke instantie moet toetsen op the '*proportionality between the fault and the sanction'*.[540] Dit wijst op een toetsing van de evenredigheid, maar Michiels en De Waard concluderen dat het EHRM zich niet heeft uitgelaten over de intensiteit van deze toets.[541] Artikel 6 EVRM geeft een harde ondergrens voor de toetsing van de evenredigheid, maar deze grens ligt volgens hen lager dan vaak wordt aangenomen. Met betrekking tot vastgestelde boetetarieven moet er van worden uitgegaan dat er op het wetgevingsniveau al een redelijkheidstoets is uitgevoerd. De rechter dient tarieven die in het algemeen niet onredelijk zijn met rust te laten.[542] Wel benadrukken de auteurs dat wanneer deze evenredigheidstoets door de wetgever niet heeft plaatsgevonden er geen reden is voor de rechter om deze toets terughoudend uit te voeren.[543] Michiels en De Waard maken onderscheid tussen niet vastgelegde boetes, in beleidsregels vastgelegde boetes en wettelijke vastgelegde boetes. Zij concluderen dat er bij deze categorieën sprake is *'van een afnemende mate van indringendheid van de toetsing*'.[544] Dit standpunt met betrekking tot de intensiteit van de evenredigheidstoetsing is in de wetenschappelijke literatuur over de Wav omstreden, zie paragraaf 3.3.6.5 en 3.3.7 van dit hoofdstuk.

3.3.1.3 SAMENLOOP EN HET *UNA VIA* BEGINSEL

In artikel 5:44 Awb en artikel 243 Wetboek van Strafvordering (Sv) is het *una via* beginsel neergelegd.[545] Dit beginsel houdt in dat de overheid per overtreding slechts één van de beschikbare wegen die kunnen leiden tot bestraffing mag bewandelen. Er kan geen bestuurlijke boete worden opgelegd indien tegen de overtreder wegens dezelfde gedraging een strafvervolging is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting is begonnen, dan wel een strafbeschikking is uit-

538 Art. 6, eerste lid, EVRM.
539 Art. 6, tweede en derde lid, EVRM.
540 EHRM 10 februari 1983, *7299/75, NJ* 1987, 315, (*Andre en Le Compte t. België*).
541 Michiels & De Waard 2007, p. 85.
542 Michiels & De Waard 2007, p. 97.
543 Michiels & De Waard 2007, voetnoot 240, p. 97.
544 Michiels & De Waard 2007, p. 98.
545 Voor een uitgebreide bespreking van het beginsel en de verhouding tussen bestuurlijke boetes en het strafrecht zie Rogier 2000.

gevaardigd.[546] Wanneer ter zake van hetzelfde feit een bestuurlijke boete is opgelegd of het voornemen hiertoe kenbaar is gemaakt is vervolging niet langer mogelijk.[547] Het is verwarrend dat het strafrecht en het bestuursrecht verschillende termen gebruiken om samenloop van handelingen aan te geven. Het bestuursrecht spreekt van 'dezelfde overtreding'[548] en 'dezelfde gedraging'.[549] In het strafrecht wordt de term 'zelfde feit' gebruikt.[550] Jansen merkt echter op in zijn annotatie dat volgens de Hoge Raad de bestuursrechtelijke termen gelijk zijn aan de strafrechtelijke.[551]

3.3.2 INVOERING VAN DE BESTUURLIJKE BOETE IN DE WAV

De opkomst van de bestuurlijke boete leidt uiteindelijk in 2005[552] tot de invoering van de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen.[553] Blijkens de memorie van toelichting is het wetsvoorstel tot invoering van de bestuurlijke boete ingediend naar aanleiding van de motie Dittrich[554] over het verhalen van de kosten van uitzetting van illegaal tewerkgestelde werknemers zonder geldige verblijfstitel aan de werkgevers.[555] De IND deed onderzoek naar het verhalen van uitzettingskosten, maar concludeerde dat daar te veel uitvoeringstechnische bezwaren aan zouden kleven.[556] Uit het rapport van de IND naar aanleiding van de motie Dittrich blijkt dat de gemiddelde boetehoogte in de strafrechtelijke procedure € 984 bedraagt.[557] Daarnaast zit er meestal meer dan een jaar tussen het constateren van de overtreding en het opleggen van de straf door de rechter. De minister kiest niet voor het aanscherpen van het strafvorderingsbeleid, omdat dit volgens hem slechts de hoogte van het sanctiebedrag kan verhogen en niet de tijdsduur tussen constatering van het feit en opleggen van de sanctie.[558] Daarom

---

546 Art. 5:44, eerste lid, Awb.

547 Art. 234 Sv.

548 Art. 5:43 Awb.

549 Art. 5:44 Awb.

550 Art. 68 Sr.

551 HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, *AB* 2011, 225, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. Ook geannoteerd in: *JB* 2011, 56 m.nt. D. van Tilborg, *NJ* 2011, 394 m.nt. Y. Buruma en *NTFR* 2011, 523, m.nt. Efstratiades.

552 *Stb.* 2004, 706.

553 *Stb.* 2004, 705.

554 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 022, nr. 8.

555 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 1.

556 Bij de wet Momi is het verhaal van de terugkeerkosten op de referent ingevoerd. Eén van de bezwaren van de IND was het verrekenen van algemene kosten zoals detentie, toezicht enzovoorts. Bij de wet Momi is dit opgelost door enkel de reis- en visakosten te verhalen. Zie par. 3.3.5 van dit hoofdstuk.

557 Advies Uitvoering motie Dittrich, IND, 31 oktober 2001, p. 8. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 6.

558 De minister hanteert een bijzondere definitie van de term strafvorderingsbeleid. Over het algemeen wordt strafvordering beschouwd als de regeling betreffende het vervolgen van personen die worden verdacht van het overtreden van het materieel strafrecht. De tijdsduur

kiest het kabinet voor een lik-op-stukbeleid via toepassing van de bestuurlijke boete. Dit lik-op-stukbeleid zou een efficiëntere en effectievere aanpak zijn om illegale tewerkstelling te bestrijden dan verscherping van het strafvorderingsbeleid.[559]

Doel van de wet is het inzetten van bestuurlijke boetes om sneller en efficiënter werkgevers aan te pakken die vreemdelingen illegaal te werk stellen.[560] Het kabinet geeft vier redenen waarom het noodzakelijk is om illegale tewerkstelling harder aan te pakken. Ten eerste verdringt illegale tewerkstelling het legaal arbeidsaanbod in Nederland en de EER. Ten tweede gaat illegale tewerkstelling vaak gepaard met overtredingen op het gebied van de arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden. Dit kan leiden tot uitbuiting. Ten derde werkt illegale tewerkstelling concurrentievervalsing in de hand. Tot slot wil het kabinet voorkomen dat vreemdelingen zonder geldige verblijfstitel, door het verrichten van illegale arbeid, hun verblijf in Nederland kunnen voortzetten.[561] Om deze doelen te behalen is een intensivering van de handhaving nodig. Het kabinet concludeert dat door de lange doorlooptijd en de geringe hoogte van de boetes er een te geringe prikkel is voor werkgevers om zich van illegale tewerkstelling te onthouden.

Bovendien is de keuze voor bestuurlijke handhaving volgens het kabinet in dit geval in lijn met de rapporten en kabinetsstandpunten over de keuze tussen bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving.[562] Het kabinet kijkt hierbij echter alleen naar de modellen voor de verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving (model A en B).[563] De keuze voor bestuurlijke boetes wordt op zichzelf niet langs de maatstaven van de CTW gelegd, die daar overigens prima in hadden gepast (het uitgangspunt van de geringe normatieve lading,[564] geen schade of letsel, een gespecialiseerde dienst en geen behoefte aan ingrijpende dwangmiddelen). Het kabinet koos in eerste instantie voor een handhavingsmodel waarbij, naast de bestuurlijke afdoening als hoofdregel, strafrechtelijke vervolging werd voorgeschreven bij ernstige feiten, het zogenaamde B-model van de CTW. Aan de keuze voor dit model lag de redenering ten grondslag dat overtredingen van de Wav regelmatig gepaard gaan met (ernstige) overtredingen van andere wetgeving. Bij deze samenloop vond het

---

tussen constatering en oplegging van de sanctie is dus bij uitstek wél een aspect van het strafvorderingsbeleid.

559 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 2.

560 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 1.

561 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 1.

562 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 4.

563 Zoals besproken in par. 3.3.1.

564 Bij illegale tewerkstelling kan er ook sprake zijn van uitbuiting, mensenhandel en mensensmokkel. Deze handelingen zijn echter op zichzelf strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht.

kabinet strafrechtelijke vervolging op zijn plaats.[565] Op advies van de Raad van State is het kabinet hier op terug gekomen.[566] De Raad van State stelt dat door eventuele samenloop met andere strafbare feiten, de overtreding van de Wav bepaling zelf niet ernstiger wordt. Met betrekking tot de samenhangende strafbare feiten kan de pleger nog steeds vervolgd worden. De strafrechter kan dan rekening houden met de al in het kader van de Wav opgelegde boetes. Het handhavingsmodel A zoals beschreven door de CTW heeft daarom de voorkeur. Bovendien zou in model B, dat het kabinet voorstaat, een overtreding eerst aan het OM moeten worden voorgelegd die binnen 13 weken een beslissing moet nemen om al dan niet te vervolgen. Hierdoor wordt volgens de Raad van State het gewenste lik-op-stuk beleid niet bereikt. De Raad van State stelt daarom voor om het voorstel te wijzigen en over te gaan op model A.[567] Zoals gezegd heeft het kabinet aan dit advies gehoor gegeven. De verdeling tussen beboetbare feiten en vervolgbare feiten was in de wet zelf vastgelegd, zodat er niet bij elke overtreding besloten hoefde te worden welke route gevolgd zou worden.

De Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen voegde een aantal artikelen toe aan de Wav die de procedure voor het opleggen van de bestuurlijke boete regelen. Dit was noodzakelijk omdat de algemene regeling voor het opleggen van bestuurlijke boetes, de 4de tranche van de Awb, nog niet in werking was getreden. Deze artikelen (18b, eerste lid tot en met het zesde lid, en artikel 19, 19b, c, e en g t/m j Wav) omvatten onder andere het zwijgrecht, de cautieplicht, de hoorplicht en de procedurele afhandeling bij het Ministerie van SZW. De artikelen zijn geschrapt bij de inwerkingtreding van de 4de tranche omdat de onderwerpen sindsdien in de Awb zijn geregeld. De maximale boete voor natuurlijk personen werd vastgesteld op € 11.250 en voor rechtspersonen € 45.000. Deze maxima konden met de helft verhoogd worden indien in de 24 maanden voorafgaand aan de oplegging al een boete was opgelegd en onherroepelijk geworden.[568]

De invoering van de bestuurlijke boete past bij andere initiatieven om illegale tewerkstelling terug te dringen. Zo kreeg de Inspectie SZW 100 fte's extra inspectiecapaciteit op grond van het Handhavingsprogramma 2003-2006. Naar aanleiding van een amendement van het Kamerlid Verburg is de inspectiecapaciteit met nog eens 80 fte's verhoogd.[569] Bovendien zijn specialistische inspectieteams opgetuigd, zoals het Westland Interventieteam en de Sociale Inlichtingen en Opsporingsdienst (SIOD).[570] De SIOD is een bijzondere opsporingsdienst opgericht door het ministerie van SZW met als doel het bestrijden

[565] *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 5.
[566] *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 4, p. 3.
[567] *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 4, p. 3.
[568] Art. 19d Wav.
[569] *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 XV, nr. 46.
[570] *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 2.

van fraude en georganiseerde criminaliteit door middel van strafrechtelijke handhaving van wetgeving op het gebied van werk en inkomen.[571] Op 1 januari 2012 is de SIOD, samen met de toenmalige Arbeidsinspectie en de Inspectie Werk en Inkomen opgegaan in de nieuwe Inspectie SZW.

3.3.2.1 PARLEMENTAIRE BEHANDELING

De voorgenomen invoering van de bestuurlijke boete kon bij de behandeling in de Tweede Kamer rekenen op een overweldigende steun. De fracties van CDA, PvdA, VVD, SP, D66 en CU bleken voorstander van de invoering.[572] Het accent lag bij de parlementaire behandeling voornamelijk op de verhouding tussen de invoering van de bestuurlijke boete en het verhalen van kosten van eventuele uitzetting op de werkgever en de hoogte van de bestuurlijke boete. Het kabinet noemde de motie Dittrich, die opriep tot het verhalen van de uitzetkosten, als reden voor het indienen van de wet. Terecht merkten enkele fracties op dat die redenering niet helemaal duidelijk is. Immers, het wetsvoorstel behelst geen voorstel om de uitzetkosten te gaan verhalen. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt duidelijk wat in de memorie van toelichting enigszins impliciet bleef: omdat het verhalen van de kosten te ingewikkeld is, wordt er een nieuw instrument ingevoerd (de bestuurlijke boete) om werkgevers te ontmoedigen om zonder vergunning vreemdelingen te werk te stellen.[573] Het tweede aandachtspunt was de boetehoogte. De maximale boetes bedroegen in het wetsvoorstel € 45.000 voor rechtspersonen en € 11.250[574] voor natuurlijke personen.[575] Het kabinet gaf aan de feitelijke boetes in de beleidsregels vast te willen stellen op € 3.500 voor het niet naleven van artikel 2 Wav. en op € 1.500 voor het niet naleven van artikel 15 Wav. De hoogte van de boetes was onderwerp van een aantal moties en amendementen.[576] Tijdens de stemmingen diende het lid Bussemaker samen met het lid Dijsselbloem (beide PvdA) een motie in die het

---

571 Jaarverslag 2008, SIOD, p. 2.

572 Op dat moment gezamenlijk goed voor 132 zetels.

573 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 6, p. 4.

574 In de nota naar aanleiding van het verslag spreekt de Staatssecretaris van € 12.250, maar in het wetsvoorstel staat € 11.250.

575 Conform de op dat moment geldende maximale boetes in de strafrechtelijke procedure.

576 Het lid Bussemaker (PvdA) diende 5 amendementen over de boetehoogte in: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 8, 9, 10, 11, 12. De eerste twee, 8 en 9, werden snel ingetrokken. Nummer 10 hield in dat aan Art. 2 Wav een extra lid toegevoegd moest worden waarin de overtreding van Art. 2, tweede lid (het verbod op illegale tewerkstelling) wordt gekwalificeerd als een beboetbaar feit waarvoor een boete kan worden opgelegd van ten hoogste € 10.000. Hoe dit amendement zich verhoudt tot het wetsvoorstel (waarin Art. 2, tweede lid immers al is gekwalificeerd als een beboetbaar feit) of tot haar andere amendementen is onduidelijk. De toelichting geeft ook geen uitkomst. Het amendement is voor de stemming ingetrokken (*Handelingen II* 89-5702, 29 juni 2004).

kabinet opriep de hoogte van de feitelijke boete te verhogen naar € 7.500.[577] Deze motie werd verworpen. Wel aangenomen werd de motie van de leden Weekers (VVD) en Rambocus (CDA).[578] Deze motie riep het kabinet op de feitelijke boetehoogte vast te stellen op € 8.000 per aangetroffen illegaal tewerkgestelde vreemdeling bij een rechtspersoon en op € 4.000 bij een natuurlijk persoon. Tevens vroeg deze motie om een evaluatie van de implementatie, de effectiviteit, het aantal recidivegevallen en van de reacties van de rechtelijke macht[579] met betrekking tot de invoering van de bestuurlijke boete. Deze evaluatie moest na een jaar worden uitgevoerd.[580] In de Eerste Kamer is de wet na de schriftelijke behandeling van enkele vragen van de PvdA[581] over de positie van Roemenen en Bulgaren (op dat moment nog niet toegetreden tot de EU) aangenomen zonder beraadslaging en zonder stemming.[582]

Uit de parlementaire behandeling blijkt dat de feitelijke boetehoogte voornamelijk is bepaald door het tegen elkaar opbieden met hogere boetes door Tweede Kamerleden. De uiteindelijke hoogte is het resultaat van dat politieke spel. De evenredigheid of effectiviteit van de boetes is bij dit spel niet aan de orde gekomen. Belangrijker is, eigenlijk net als bij het opnemen van strafrecht in Werkgeverssanctierichtlijn, de 'stoere taal'. Nu uit de parlementaire behandeling noch uit het oorspronkelijke voorstel van wet blijkt dat er een evenredigheidstoets van de verhouding tussen de zwaarte van de vastgestelde sancties en de ernst van de overtredingen, heeft plaatsgevonden is het aan de rechter om *'geen enkele terughoudendheid in acht te nemen op het punt van de toetsing van de zwaarte van de sanctie'*.[583] Zie paragraaf 3.3.6 van dit hoofdstuk voor de rechterlijke toepassing van het evenredigheidsbeginsel ten aanzien van Wav-boetes.

3.3.2.2 BELEIDSREGEL BOETEOPLEGGING 2005 – 2012

De Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen regelen de hoogte van de bestuurlijke boete en enkele andere procedurele aspecten van de boeteoplegging. Bij de eerste Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen[584] was een tarieflijst opgenomen op basis waarvan de boete op grond van

---

577 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 16. Bij de stemmingen kreeg het amendement nr. 15. Ik vermoed dat dit per ongeluk is, nr. 15 bestond al en in de parlementaire stukken is de motie te vinden onder nr. 16.

578 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 14. Aangenomen met algemene stemmen.

579 De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State maakt geen onderdeel uit van de rechterlijke macht. Aangenomen mag worden dat het toch de bedoeling was de ABRvS op te nemen in de evaluatie.

580 Zie par. 3.3.6.1 van dit hoofdstuk.

581 *Kamerstukken I*, 2004/05, 29 523, B.

582 *Handelingen I,* 7-229, 30 november 2004.

583 Michiels & De Waard 2007, voetnoot 240, p. 97.

584 *Stcrt.* 2004, nr. 249.

artikel 19a, eerste lid, Wav moest worden berekend.[585] De beleidsregels zijn tot en met 2012 zeven maal gewijzigd, maar de op te leggen boetes zijn gelijk gebleven. Pas bij de wijziging in 2013 zijn deze bedragen verhoogd.[586] In de oorspronkelijke tarieflijst met boetenormbedragen werd een overtreding van het verbod zoals neergelegd in artikel 2 van de Wav beboet met € 8.000 per vreemdeling. Overtreding van de administratieverplichtingen in artikel 15 van de Wav werd met een boete van € 1.500 bestraft.[587]

In de beleidsregels is een aantal uitgangspunten met betrekking tot de boeteoplegging vastgesteld. De boete bestaat uit de som van de per beboetbaar feit vastgestelde bedragen. Kortom, wanneer meer vreemdelingen tegelijkertijd illegaal worden tewerkgesteld wordt de boete met eenzelfde factor verhoogd. Particulieren (en eenmanszaken[588]) worden bestraft met een gehalveerde boete.[589] Een overtreding van zowel artikel 15, tweede lid, als artikel 15, derde lid, wordt bestraft als één overtreding.[590]

De belangrijkste wijzigingen die sinds de oorspronkelijke beleidsregels uit 2005 hebben plaatsgevonden hebben betrekking op de matigingsgronden. Er zijn twee soorten matiging van de Wav-boete te onderscheiden. Ten eerste de standaardmatigingen die zijn neergelegd in de beleidsregels en die zien op specifieke groepen werknemers en soorten van tewerkstelling. Een voorbeeld hiervan is halvering van de boete bij particulieren en de matiging bij tewerkstelling van vreemdelingen in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening.[591] De tweede vorm van matiging is de incidentele matiging. Hierbij wordt een standaardboete gematigd, meestal op basis van de beleidsregels, vanwege de specifieke omstandigheden van het geval. In 2006 wordt de regel geïntroduceerd dat de boete met 50% gematigd kan worden indien de werkgever kan aantonen dat hij zich redelijkerwijs heeft ingespannen om de gedraging te voorkomen. Als er sprake is van een incidentele onzorgvuldigheid van administratieve aard bij de aanvraag van de tewerkstellingsvergunning kan de boete worden gematigd tot € 1.500.[592] De Afdeling is van oordeel dat de minister de boetes in zowel de originele Beleidsregels boeteoplegging[593] als de opvolgers in

585 Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2005, beleidsregel 1.
586 Zie par. 3.3.4.4 en 3.3.5 van dit hoofdstuk.
587 Strct. 2005, 232.
588 Tenzij in de vorm van een vof.
589 Art. 2 Beleidsregel boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2013.
590 Het gaat hierbij om respectievelijk het opnemen van een afschrift van de legitimatie van de vreemdeling in de administratie en het bewaren van het afschrift in de administratie.
591 Beleidsregel 5, Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen (2005).
592 Art. 8 Beleidsregels 2006, *Strct.* 2006, nr. 250.
593 ABRvS 11 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9310, *AB* 2007, 310 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en *JV* 2007, 385, m.nt. M. Tjebbes.

redelijkheid heeft kunnen vaststellen.[594] Slechts tweemaal zijn de beleidsregels buiten toepassing gelaten omdat deze in die specifieke gevallen tot een onredelijk oordeel zouden leiden.[595]

In 2011 gingen de incidentele matigingsgronden op de schop.[596] De beleidsregels kenden tot dan toe slechts een matiging met 50% bij beperkte verwijtbaarheid. De Afdeling vond die matiging in sommige zaken niet voldoende en matigde enkele boetes met 75%.[597] In de nieuwe beleidsregels komen overtredingen van artikel 2 Wav voortaan in aanmerking voor matiging met 25%, 50% of 75% afhankelijk van de aard en de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de evenredigheid.[598] Op grond van artikel 9, tweede lid, werd, wanneer de werkgever kon aantonen dat hem geen enkel verwijt gemaakt kon worden, geen boete opgelegd. Inmiddels vloeit dit ook voort uit de Awb.[599] Uit de nota van toelichting blijkt dat het volgens de minister lastig is per overtreding, die eventueel voor matiging in aanmerking komt, aan te geven hoeveel er precies gematigd moet worden. Dit is de reden om de matigingsgronden die specifieke situaties voorschrijven te vervangen door meer algemeen geformuleerde matigingsgronden.[600] Deze matigingsgronden vormen een uitdrukking van de evenredigheidseis uit artikel 3:4, tweede lid en artikel 5:46 Awb die een intensieve toetsing van de evenredigheid bij punitieve sancties zoals de bestuurlijke boete met zich brengt.[601] Op grond van artikel 5:46, tweede lid, Awb moet de boete worden bepaald aan de hand van de ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en de concrete omstandigheden waaronder de overtreding begaan is, aldus Klap.[602] Klap concludeert dat op basis van dit artikel ook matiging met 100% mogelijk moet zijn, een matiging waarin de huidige beleidsregels niet voorzien.[603] Klap is van mening dat de Afdeling, ondanks dat zij stelt de boetehoogte volledig te toetsen en zelf de juiste boete te bepalen, te vaak aanhaakt bij de beleidsregels.[604] Volgens Michiels en De Waard is dat geen probleem nu artikel 6

---

[594] Beleidsregels boeteoplegging 2011: ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4427.

[595] Saris 2012, p. 4. Het gaat om: ABRvS 17 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI8488, *AB* 2009, 350 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en ABRvS 16 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ7797, *AB* 2009, 362 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

[596] *Stcrt.* 2011, nr. 19841.

[597] ABRvS 3 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI6078, *JV* 2009, 344 m.nt. T. De Lange.

[598] Art. 9 Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2011.

[599] Art. 5:46 Awb.

[600] *Stcrt.* 2011, 19841, p. 6.

[601] ABRvS 4 juni 1996, ECLI:NL:1996:ZF2229, *JB* 1996, 172. Zie ook Michiels & De Waard 2007, p. 95 en par. 3.3.6.5 van dit hoofdstuk.

[602] ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4656, *RV* 2011, 49, m.nt. Klap.

[603] In plaats van matiging met 100% lijkt afzien van oplegging van de boete in dat geval de voor de hand liggende oplossing.

[604] ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4656, *RV* 2011, 49, m.nt. Klap.

EVRM, bij in beleidsregels vastgelegde tarieven, een minder 'volle' toetsing toelaat.[605] In 2013 constateert Jansen dat de Afdeling start met het beoordelen van het 'samenstel van omstandigheden' als matigingsgrond.[606] Hiermee lijkt de Afdeling af te wijken van het, zoal Jansen het noemt, *'precies categoriseren van boeteverlagende omstandigheden'*[607] en zich meer vrijheid te gunnen met betrekking tot het vaststellen van de boetehoogte.[608]

In 2012 zijn de beleidsregels boeteoplegging nog twee maal gewijzigd. Een keer vanwege de implementatie van Werkgeverssanctierichtlijn en daarna in het kader van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving. Bij deze laatste wijziging zijn de standaardboetes verhoogd. Deze wijzigingen worden besproken in respectievelijk paragraaf 3.3.3 en 3.4.5.

3.3.3 IMPLEMENTATIE WERKGEVERSSANCTIERICHTLIJN

In deze paragraaf wordt de implementatie van de voor dit proefschrift relevante artikelen uit de richtlijn besproken.[609] De Werkgeverssanctierichtlijn diende op uiterlijk 20 juli 2011 omgezet te zijn in het nationale recht van de lidstaten.[610] De meeste voorschriften uit de richtlijn behoefden geen implementatie omdat Nederland al aan de eisen voldeed. De overige voorschriften zijn geïmplementeerd door middel van een implementatiewet.[611] Deze wet is op 1 mei 2012, bijna tien maanden na de uiterlijke implementatietermijn, in werking getreden.[612] Te late omzetting van richtlijnen kan als gevolg hebben dat de rechter de richtlijn direct toepast of zich moet onthouden van uitleg van nationale regelgeving die de doelstelling van de richtlijn ernstig doorkruist.[613] In enkele zaken is beroep gedaan op achterwege blijvende of onvoldoende implementatie, maar zonder succes.[614] In deze paragraaf komen eerst de (strafrechtelijke) sancties aan de orde. Deze waren volgens de Nederlandse regering al aanwezig

---

605 Michiels & De Waard 2007, p. 98.

606 ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7772, *AB* 2013, 223, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

607 ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7772, *AB* 2013, 223, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, onder 2.

608 Zie voor een bevestiging van deze lijn: ABRvS 22 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0649, *AB* 2013, 225, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

609 Dit is een bewerkte versie van mijn bijdrage aan het artikel Krop, De Lange & Tjebbes 2009. Voor een volledige bespreking van de richtlijn en de implementatie zie Krop & De Lange 2013.

610 Art. 17, eerste lid, Richtlijn 2009/52/EG.

611 *Stb.* 2012, 143.

612 *Stb.* 2012, 170.

613 HvJ EG 4 juli 2006, nr. C-212/04 *(Adeneler).*

614 In ABRvS 12 mei 2010, ELCI:NL:RVS:2010:BM4186, *JB* 2010, 161 m.nt. Redactie werd een beroep gedaan op de richtlijn, echter op het moment van het besluit was de richtlijn überhaupt nog niet in werking getreden waardoor toetsing door de rechter achterwege bleef. In ABRvS 18 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4956, *AB* 2011, 313, m.nt. C.M. Saris werd een beroep gedaan op de richtlijn voordat de omzettingstermijn was verlopen. Ook in dat geval bleef toetsing door de rechter achterwege.

in het Nederlandse recht, waardoor een wetswijziging niet noodzakelijk was. Daarna volgt een bespreking van de artikelen van de richtlijn die wel door middel van de implementatiewet zijn geïmplementeerd.

3.3.3.1 IMPLEMENTATIE STRAFRECHTELIJKE SANCTIES EN HANDHAVING

Artikel 9 van de richtlijn verplicht de lidstaten illegale tewerkstelling onder bepaalde omstandigheden aan te merken als een strafbaar feit. Hoewel het primaire standpunt van Nederland is dat de keuze tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving in het algemeen bij de lidstaten ligt,[615] heeft Nederland zich tijdens de onderhandelingen in Brussel onthouden van commentaar bij dit artikel.[616] Het Nederlandse standpunt is dat met artikel 197b Sr wordt voldaan aan de vereisten van artikel 9 van de richtlijn.[617] De bepaling, die het verbiedt om een persoon zonder geldige verblijfstitel te laten werken, is ruim genoeg om in alle in artikel 9 bedoelde omstandigheden het tewerkstellen van illegalen strafbaar te stellen. Echter, het kabinet heeft er, met de invoering van de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen, voor gekozen illegale tewerkstelling van vreemdelingen (ongeacht de verblijfsstatus) te handhaven met bestuurlijke boetes.[618] Alle mogelijke overtredingen van artikel 197b Sr zijn ook aan te merken als beboetbaar feit op basis van de Wav. Dit betekent dat gedragingen die een overtreding van het verbod in artikel 2 of artikel 15 van de Wav inhouden, (in beginsel) bestuurlijk worden beboet. Op het moment van implementatie werd er nog, wanneer er sprake was van herhaalde recidive, op grond van artikel 19c Wav strafrechtelijk gehandhaafd via de Wet economische delicten. Sinds 1 januari 2013 is deze verwijzing naar de Wed geschrapt.[619]

De Nederlandse regering is klaarblijkelijk van mening dat de richtlijn enkel vraagt om formele strafbaarstelling. Het daadwerkelijk gebruik van strafrechtelijke sancties zou dan niet nodig zijn. De vraag is of dit juist is. De preambule verlangt namelijk dat strafrechtelijk gehandhaafd wordt: *'Naleving kan en moet worden versterkt door de toepassing van strafrechtelijke sancties'*.[620] 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

---

615 *Kamerstukken II* 2006/07, 22 112, nr. 550 en *Kamerstukken II* 2008/09, 23 490, nr. 535.

616 Aanvullende geannoteerde agenda JBZ-Raad, 25 september 2008, p. 5.

617 *Kamerstukken II* 2008/09, 23 490, nr. 535, p. 2, zie ook *Kamerstukken II* 2010/11, 32 843, nr. 3, p. 5.

618 Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 523, nr. 3, p. 4. Op dat moment werd herhaalde recidive nog via de Wed strafrechtelijk vervolgd. Dit wordt evenwel niet genoemd in de Kamerstukken.

619 Van de strafrechtelijke handhaving via de Wed werd weinig gebruik gemaakt. In 2008 zijn 10 processen-verbaal toegezonden aan het OM wegens herhaalde recidive als bedoeld in Art. 19c Wav zo blijkt uit het jaarverslag van de Arbeidsinspectie 2008, p. 28.

620 Preambule Richtlijn 2009/52/EG, onder (21).

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'*,[621] maar dat ziet enkel 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 EU de lidstaten hiertoe, onder de Eerste Pijler, kan verplichten. In zaak C-304/02 over controleverplichtingen ten aanzien van de visserij bepaalde het HvJ EU dat Frankrijk door het niet toepassen van maatregelen en het vervolgen van overtreders na te laten niet voldeed aan haar verplichtingen jegens de Gemeenschap.[622] Deze uitspraak impliceert dat de EU de lidstaten kan dwingen voorschriften op nationaal niveau daadwerkelijk toe te passen. De Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) liet doorschemeren dat de verplichting strafrecht toe te passen wel bestaat en adviseerde de Nederlandse regering om expliciet in richtlijnen op te laten nemen dat effectieve handhaving door middel van andere, niet strafrechtelijke sancties ook is toegestaan.[623] Gezien dit advies en de brief aan de Tweede Kamer naar aanleiding van het eerste tekstvoorstel van de richtlijn[624] is het vreemd dat Nederland zich ten aanzien van artikel 9 van de richtlijn tijdens de onderhandelingen van commentaar heeft onthouden. Bij het sluiten van het manuscript was er nog geen reactie van de Commissie op deze wijze van implementatie.[625] Het verdient opmerking dat de strafrechtelijke vervolging in de richtlijn enkel ziet op natuurlijke personen, terwijl de jurisprudentie de indruk geeft dat er veel vaker aan rechtspersonen een boete wordt opgelegd dan aan natuurlijke personen. Dit doet niets af aan het principe van de strafrechtelijke vervolging die de richtlijn eist, maar maakt de praktische implicaties van het voorschrijven van strafrechtelijke sancties voor Nederland wel een stuk minder groot.

3.3.3.2 OVERIGE SANCTIES EN MAATREGELEN

In deze paragraaf wordt de implementatie van een aantal voor dit proefschrift relevante artikelen uit de richtlijn besproken. Artikel 5 van de richtlijn verplicht lidstaten om doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties op te leggen bij overtreding van artikel 3 van de richtlijn waartoe in ieder geval behoren: 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

621 Preambule Richtlijn 2009/52/EG, onder (22).
622 HvJ EU 12 juli 2005, C-304/02, Commissie/Frankrijk, *AB* 2006, 345.
623 Interdepartementale Commissie Europees Recht, *'Rapport Strafrecht en eerste Pijler II'*, p. 6, bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 30 037, nr. 9.
624 *Kamerstukken II* 2008/09, 23 490, nr. 535.
625 De algemene evaluatie van de richtlijn wordt verwacht in de zomer van 2014.

kunnen de lidstaten besluitenminstens de gemiddelde terugkeerkosten onderdeel uit te laten maken van de financiële sancties als bedoeld in onder a).[626] Nederland voldoet aan de eis dat de hoogte van de bestuurlijke boete stijgt naargelang het aantal aangetroffen vreemdelingen, omdat voor elke illegaal tewerkgestelde vreemdeling de boete met eenzelfde factor wordt verhoogd.[627] 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.[628] Nederland had in 2001 naar aanleiding van een motie van het lid Dittrich al onderzocht hoe het verhalen van de kosten van terugkeer vormgegeven zou kunnen worden, maar daaraan zouden teveel uitvoeringstechnische en juridische bezwaren kleven.[629] Het kabinet heeft daarom destijds besloten te volstaan met hoge bestuurlijke boetes.[630] 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.[631] De Tweede Kamer heeft de hoogte van de boete vastgesteld op € 8.000 per illegaal tewerkgestelde vreemdeling voor rechtspersonen en op € 4.000 voor natuurlijke personen.[632] De hoogte is ingegeven 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 niet 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.[633]

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 en overheidsuitkeringen. Ook kunnen c.)

626 Art. 5, tweede lid, Richtlijn 2009/52/EG.

627 De richtlijn verplicht niet dat de boete bij elke extra vreemdeling met hetzelfde bedrag stijgt, het kan ook gestaffeld. Nu er sprake is van minimumharmonisatie staat het Nederland vrij het huidige systeem te handhaven.

628 COD (2008), 11366/08/08, p. 7.

629 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 022, nr. 8. Advies Uitvoering Motie Dittrich, IND, 31 oktober 2001, bijlage bij *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 6, zie par. 3.3.2. van dit hoofdstuk.

630 *Kamerstukken II* 2008/09, 23 490, nr. 535.

631 Art. 5, tweede lid, onder b, Richtlijn 2009/52/EG.

632 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 14, Motie Weekers.

633 Krop, De Lange & Tjebbes 2009, p. 341.

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. Nederland heeft bezwaren geuit tegen deze bepaling omdat het niet mogelijk zou zijn binnen de gegeven implementatietermijn van twee jaar het hoofdstuk over subsidies in de Awb en de aanbestedingswetgeving aan te passen.[634] Die bezwaren hebben niet geleid tot aanpassingen.[635] In de memorie van toelichting bij de implementatiewet wordt verwezen naar de nieuwe Aanbestedingswet, in het bijzonder artikel 2.87 dat algemene uitsluitingsgronden voor de aanbesteding bevat.[636] De Aanbestedingswet 2012[637] is op 1 april 2013 in werking getreden[638] en bevat een paragraaf met de uitsluitingsgronden voor aanbestedingen.[639] Artikel 2.87, eerste lid, van de Aanbestedingswet 2012 bevat twee mogelijkheden om een inschrijver of gegadigde uit te sluiten vanwege overtreding van de Wav: een rechtelijke uitspraak vanwege overtreding van een beroepsregel[640] of het begaan van een ernstige fout in de uitoefening van beroep of bedrijf.[641] In de memorie van toelichting noch bij de parlementaire behandeling van de Aanbestedingswet 2012 is aandacht besteed aan de verplichting uit de richtlijn. Voor de uitsluiting van subsidies wordt verwezen[642] naar de algemene subsidieafdeling in de Awb.[643]

Artikel 7, eerste lid, onder d, van de richtlijn verplicht lidstaten om 'zo nodig' tijdelijk of definitief vestigingen die voor een overtreding zijn gebruikt te sluiten of tijdelijk of definitief vergunningen voor de bedrijfsactiviteit in te trekken. Dit is enkel toegestaan indien gerechtvaardigd door de ernst van de inbreuk. Het lijkt niet noodzakelijk te zijn om beide sancties te kunnen opleggen. Het moet ofwel mogelijk zijn tijdelijk of definitief te sluiten dan wel tijdelijk of definitief de vergunning voor de bedrijfsactiviteiten in te trekken. De overtreding moet hiervoor wel voldoende ernstig zijn. Of de lidstaten *verplicht* worden op te treden op basis van de richtlijn hangt af van de interpretatie van de term 'zo nodig', die niet is gedefinieerd of toegelicht in de begeleidende stukken bij de richtlijn. Nederland voldeed volgens het kabinet aan deze bepaling[644] via de strafrechtelijke sluitingsbevoegdheid in de Wed.[645] Deze sluitings-

634 *Kamerstukken II* 2006/07, 22 112, nr. 550, zie hoofdstuk 2, par. 2.5.3.
635 COD (2008), 11366/08, p. 9.
636 *Kamerstukken II*, 32 843, nr. 3, p. 2.
637 *Stb.* 2012, 542.
638 *Stb.* 2013, 57.
639 § 2.3.5.1 Aanbestedingswet 2012.
640 Art. 2.87, eerste lid, sub b, Aanbestedingswet 2012.
641 Art. 2.87, eerste lid, sub c, Aanbestedingswet 2012.
642 *Kamerstukken II*, 32 843, nr. 3, p. 2.
643 Afdeling 4.2.4. Awb.
644 *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 843, nr. 3, p. 5.
645 Art. 7, onder c, Wed (oud).

bevoegdheid kon tegen zowel bedrijven met een vergunning als bedrijven zonder vergunning worden toegepast. Het is afhankelijk van de definitie van de term 'zo nodig' uit de richtlijn of dit voldoende was. Sluiting op grond van de Wed was pas mogelijk bij vervolging vanwege herhaalde recidive, oftewel bij de derde overtreding binnen een bepaalde termijn. Hoewel de richtlijn de sanctie pas toelaat bij ernstige inbreuken, waartoe een derde overtreding wellicht wel behoort, was het op grond van deze bevoegdheid uit de Wed niet mogelijk sluiting op te leggen bij een ernstige eerste of tweede overtreding. Sinds de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving op 1 januari 2013 in werking is getreden wordt herhaalde recidive niet langer vervolgd via de Wed. In de plaats daarvoor is echter een algemene bestuursrechtelijke, preventieve sluitingsbevoegdheid geïntroduceerd, die besproken wordt in paragraaf 3.3.4.3. Ook deze sluitingsbevoegdheid kan niet direct worden toegepast. Dat is pas mogelijk bij recidive van 'ernstige overtredingen'. Onder beide regimes is enkel het tijdelijk of definitief sluiten mogelijk. Intrekking van de vergunning kan in beginsel alleen op gemeentelijk niveau, zie daarvoor hoofdstuk vier.

Het laatste artikel dat een sanctie bevat is artikel 12 van de richtlijn. Op grond van dit artikel kunnen lidstaten een lijst openbaar maken van rechtspersonen die op grond van artikel 9 van de richtlijn strafrechtelijk aansprakelijk zijn gesteld voor overtreding van artikel 3 van de richtlijn (*naming and shaming*). Dit artikel roept geen verplichting in het leven en Nederland heeft voorgesteld dit onderdeel uit de richtlijn te schrappen.[646] In de implementatiewet is dan ook geen bevoegdheid of voornemen tot openbaarmaking opgenomen. Openbaarmaking van sancties is echter ook in Nederland een steeds vaker voorkomend onderdeel van de bestuurlijke handhaving.[647] Zou Nederland dit instrument toch willen inzetten, dan ligt het voor de hand dat het OM (wanneer de overtredingen conform de richtlijn strafrechtelijk vervolgd zouden worden) of de Inspectie SZW een dergelijke lijst gaat bijhouden. Daarvoor is dan in principe een wettelijke grondslag nodig in bijvoorbeeld de Wav. Eventueel kan de grondslag worden gevonden in artikel 8 Wet openbaarheid van bestuur.[648]

3.3.3.3 WIJZIGINGEN OP GROND VAN DE IMPLEMENTATIEWET

De implementatiewet voorziet in twee wijzigingen van de Wav ter implementatie van de richtlijn.[649] Het gaat om de implementatie van de notificatieplicht uit

[646] COD (2008), 11366/08, p. 13.

[647] Michiels 2007, Doorenbos, 2007, p. 57, Reuveny 2010, p. 15.

[648] De Voedsel en Waren Autoriteit gebruikt Art. 8, eerste lid, Wob als grondslag, zie Michiels 2007, p. 85. Zie ook ABRvS 31 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX6362, *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_openbaarmaking_besluiten.pdf), p. 11.

[649] *Stb.* 2012, nr. 143.

artikel 4, eerste lid, onder c van de richtlijn en de ketenaansprakelijkheid voor loonvorderingen uit artikel 8, eerste lid, onder b van de richtlijn. Ter implementatie van de notificatieplicht voor de tewerkstelling van derdelanders is het nieuwe artikel 2a Wav gecreëerd. Dit artikel bepaalt dat voor iedere legaal tewerkgestelde derdelander tenminste twee dagen voor aanvang van de werkzaamheden een notificatie[650] plaats dient te vinden. Dit is een ingrijpende verplichting, die in het tweede lid onmiddellijk afgezwakt wordt. De verplichting geldt namelijk niet wanneer de werkgever ten aanzien van de derdelander al een andere, bij AMvB aan te wijzen, meldingsplicht heeft, bijvoorbeeld in het kader van de loonbelasting. In de praktijk komt er hierdoor geen administratieve last voor de werkgever bij. Desondanks kan het niet naleven van deze verplichting een bestuurlijke boete opleveren. Hiertoe is overtreding van artikel 2a opgenomen in artikel 18, eerste lid, Wav en in artikel 8 van de Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen. De boete bedroeg ten tijde van de inwerkingtreding € 1500,[651] en is inmiddels € 2250.[652] Artikel 23, dat reeds een mogelijkheid tot loonvordering kende, is aangepast om ook de hogere werkgevers in de keten aansprakelijk te kunnen stellen voor de betaling van het loon.[653] Dit kan enkel als de vordering op de lagere werkgever niet geslaagd is.[654]

3.3.4 WET AANSCHERPING HANDHAVING EN SANCTIEBELEID SZW-WETGEVING

Een jaar na de implementatiewet is de Wav opnieuw gewijzigd, nu in het kader van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving.[655] Deze wet verscherpt de handhaving en verhoogt de straffen in tal van sociale zekerheids- en arbeidswetten en is op 1 januari 2013 in werking getreden.[656] Het doel van deze wet is het aanscherpen van de handhaving van sociale zekerheids- en werkgelegenheidswetgeving omdat, volgens het toenmalige kabinet Rutte-I, de bestaande sancties niet langer voldeden.[657] Als voorbeeld wordt onder andere gegeven dat bij 18% van de inspecties illegale tewerkstelling of onderbetaling geconstateerd is.[658] Het kabinet verwoordt het doel van de verhoging van de straffen als volgt: *'Hogere straffen moeten mensen en bedrijven bevestigen dat*

650 Kennisgeving aan de autoriteiten.
651 *Stcrt.* 2011, nr. 19841.
652 *Stcrt.* 2012, nr. 25205.
653 Art. 23, derde lid, Wav.
654 Art. 23, vierde lid, Wav. Zie over de richtlijn en art. 23 Wav uitgebreid De Lange 2011.
655 Voluit 'Wijziging van de wetgeving op het beleidterrein [sic] van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in het kader van de harmonisatie en aanscherping van de sanctiemogelijkheden ter versterking van de naleving en handhaving en bestrijding van misbruik en fraude'. *Stb.* 2012, 462.
656 *Stb.* 2012, nr. 498.
657 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 3.
658 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 3.

eerlijkheid het langst duurt en hen ervan weerhouden om in de verleiding te komen de regels te overtreden. Het kabinet wil de maatschappelijke norm dat misbruik een ernstige zaak is en streng bestraft moet worden, beter tot uitdrukking laten komen. Dit moet een duidelijk signaal afgeven dat de samenleving fraude niet accepteert en dat fraude niet mag lonen.'[659] Het benadrukken van de morele afkeuringswaardigheid is ook een van de pijlers van de Duitse invoering van strengere, strafrechtelijke sancties, zoals in hoofdstuk vijf zal blijken. Het kabinet noemt in de memorie van toelichting vier uitgangspunten die ten grondslag liggen aan de wijzigingen. Ten eerste *'Solidariteit'*, dat volgens het kabinet impliceert dat er enkel een beroep wordt gedaan op publieke middelen als dat strikt noodzakelijk is. Dit uitgangspunt ziet op de sociale wetten die worden aangepast. Ten tweede *'Fraude mag niet lonen'*, oftewel: de sanctie moet hoog genoeg zijn om fraude onaantrekkelijk te maken. Het kabinet stelt dat het onder het oude regime voor werkgevers kon lonen de wetgeving te ontduiken.[660] Het derde uitgangspunt is: *'Preventieve werking door zwaardere sancties'*. Hoge straffen en harde aanpak van recidive dient ter generale preventie. Het laatste uitgangspunt tot slot is *'Straffen is geen doel op zich'*. Onder dit uitgangspunt schaart het kabinet het evenredigheidsbeginsel, de straffen zullen altijd in verhouding staan tot de ernst van de overtredingen.[661] De verscherping van de arbeidswetten (Wet arbeidsomstandigheden, Wet minimumloon en de Wav) heeft betrekking op de volgende aspecten: de boetes worden verhoogd en er volgt een extra verhoging in het geval van recidive. Het recidivebegrip wordt verruimd en de termijn verlengd. Er wordt gestreefd naar bestuursrechtelijke afdoening en bij een tweede of derde overtreding kunnen de werkzaamheden worden stilgelegd.[662] De Raad van State is in zijn advies kritisch over de motivering voor de aanscherping van het sanctiebeleid. Volgens de Raad van State is niet aannemelijk gemaakt dat het huidige handhavingssysteem niet voldoet en noemt het wetsvoorstel *'vooral "stoere taal"'*.[663] De Afdeling adviseert de verzwaring overtuigend te motiveren en indien dat niet mogelijk is af te zien van de verzwaring.[664] In reactie daarop verwijst het kabinet naar het evaluatierapport over de invoering van de bestuursrechtelijke boete in de Wav.[665] Hieruit zou blijken dat de verhoging van de boetes in 2005 heeft geleid tot een 'gestage daling' van het percentage overtredingen. Zie paragraaf 3.3.6.1 voor de bespreking van de uitkomsten van deze evaluatie.

---

659 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 3.
660 *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 15.
661 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 3.
662 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 15.
663 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr. 4, p. 4.
664 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr. 4, p. 4.
665 *Kamerstukken II* 2009/10, 17 050, nr. 396.

3.3.4.1 WIJZIGINGEN VAN DE WAV

De Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving behelst ten aanzien van de Wav en de Beleidsregels boeteoplegging twee grote wijzigingen. De belangrijkste wijziging, althans voor wat betreft het bestek van dit proefschrift, is de schrapping van de strafrechtelijke vervolging bij herhaalde recidive.[666] Ook de stillegging van bedrijven wordt vanuit het strafrecht naar het bestuursrecht overgeheveld. Voortaan wordt dit geregeld in de nieuwe artikelen 17b en 17d Wav. Deze wijzigingen onderstrepen de vernieuwde verhouding tussen het straf- en bestuursrecht bij de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. Daarnaast voegt deze sanctie voor het eerst een herstelsanctie toe aan het bestaande arsenaal van bestraffende sancties. De tweede grote wijziging betreft de aanscherping van de Beleidsregels boeteoplegging. Zowel de maximale boete in de wet als het boetenormbedrag in de Beleidsregel wordt met 50% verhoogd. Het nieuwe boetenormbedrag bedraagt € 12.000 per illegaal tewerkgestelde vreemdeling.[667] Ook de andere boetes zijn met 50% verhoogd.

3.3.4.2 SCHRAPPING STRAFRECHTELIJKE VERVOLGING BIJ HERHAALDE RECIDIVE

Het kabinet noemt een aantal argumenten voor het schrappen van de strafrechtelijke vervolging bij herhaalde recidive. Ten eerste is er onvrede over de hoogte van de sancties die de strafrechter oplegt bij herhaalde recidive. Het kabinet stelt vast dat de strafrechter geen strengere sancties oplegt dan in het bestuursrecht worden opgelegd. De sancties zijn soms zelfs lager.[668] Deze constatering is ontleend aan de Evaluatie Invoering bestuurlijke boete Wav.[669] De overige argumenten zijn dezelfde als bij de invoering van de bestuurlijke boete in de Wav: kortere doorlooptijd tot oplegging van de boete, centrale afhandeling en uniforme boetehoogte waardoor een lik-op-stuk beleid gevoerd kan worden.[670] Tot slot past een meer bestuurlijke afdoening volgens het kabinet binnen de uitgangspunten bij de keuze voor een sanctiestelsel.[671] Overigens werd het schrappen van herhaalde recidive al in 2007 bepleit door Van Drongelen en Van Rijs.[672] Volgens deze auteurs zal de strafrechter *'op de oude voet'*[673] doorgaan en lagere sancties blijven opleggen dan de bestuursrechter.[674]

---

666 Art. 19c Wav.

667 Art. 2, eerste lid, bijlage bij Art. 1 van de Beleidsregels boeteoplegging wet arbeid vreemdelingen 2013.

668 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 19.

669 *Kamerstukken II* 2009/10, 17 050 en 29 523, nr. 396.

670 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 18.

671 Zie par. 3.4.3 van dit hoofdstuk.

672 Van Drongelen & van Rijs 2007, p. 175.

673 Van Drongelen & Van Rijs 2007, p. 175.

3.3.4.3 'ERNSTIGE OVERTREDINGEN' EN STILLEGGING VAN DE WERKZAAMHEDEN

Naast de verhoging van de boetes en de verlenging van de recidivetermijn introduceert de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving ook een bevoegdheid om preventief werkzaamheden stil te leggen. De door het kabinet consequent gebruikte term 'preventieve stillegging' is opmerkelijk omdat deze sanctie pas na de tweede of derde overtreding kan worden opgelegd.[675] Het preventieve aspect ziet er op dat verdere overtredingen kunnen worden voorkomen. Hoewel de term niet overeenstemt met wat gewoonlijk in het bestuursrecht onder preventieve sancties wordt verstaan, wordt de term ook in dit proefschrift gebruikt om verwarring te voorkomen. Alhoewel deze preventieve stillegging geïntroduceerd wordt voor alle arbeidswetten, heeft toenmalig minister van Justitie Donner in 2009 al aangekondigd deze mogelijkheid te gaan onderzoeken ten aanzien van de Wav.[676] Tijdens een debat over de misstanden op een aspergeboerderij in Someren gaf de minister toe dat de sluitingsbevoegdheden uit de Wed met zoveel waarborgen zijn omgeven dat deze niet snel kunnen worden gerealiseerd. Sluiting via het bestuursrecht zou de zaak kunnen bespoedigen.[677]

In 2010 stelde Donner op basis van het evaluatierapport over de invoering van de bestuurlijke boete dat een algemene bestuursrechtelijke sluitingsbevoegdheid moet worden opgenomen in het bestuurlijke handhavingsarsenaal omdat de strafrechter geen gebruik maakt van de strafrechtelijke sluitingsbevoegdheid.[678] Echter, op grond van dit rapport was helemaal niets te zeggen over de noodzaak van het overhevelen van de bedrijfssluiting naar het bestuursrecht. Het onderzoek heeft alleen naar de cijfers gekeken (geen bedrijfssluitingen) en niet naar de inhoud van de dossiers. Op grond van enkel kwantitatief onderzoek kan niet worden gesteld dat er zich zaken hebben voorgedaan waarbij bedrijfssluiting wellicht op zijn plaats was, maar de strafrechter daar toch van afgezien heeft. Cijfers over het aantal keer dat bedrijfssluiting door de officier van justitie is geëist of dat de officier van justitie dat had willen eisen ontbreken. Er kan dus geen inzicht worden gegeven in de behoefte aan bedrijfssluitingen.

De preventieve stillegging wordt niet alleen in de Wav, maar in alle, bij deze wetswijziging betrokken, arbeidsregelingen geïntroduceerd, volgens het

---

674 Overigens waren beide auteurs, zonder dit in het artikel te vermelden, werkzaam bij het Ministerie van SZW en was tenminste een van hen betrokken bij de voorbereiding van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving.

675 Zie par. 3.3.4.3.2 van dit hoofdstuk.

676 *Kamerstukken II*,2008-2009, 17 050, nr. 389, p. 14.

677 *Kamerstukken II* 2008-2009, 17 050, nr. 389, p. 15.

678 Het ging om de bevoegdheid op basis van Art. 7, onder c., Wed. *Kamerstukken II* 2009/2010, 17050, nr. 396, p. 7.

algemene model dat de minister in de memorie van toelichting schetst. Dit model is in bijlage 2 bij de memorie van toelichting als volgt weergegeven:

Bijlage 2: Model hoofdlijnen sancties arbeidsregelingen

Soort overtreding (of soortgelijke overtreding)	*Eerste overtreding*	*Tweede overtreding*	*Derde overtreding en volgende*	*Recidivetermijn voor boetes*
Lichtere overtredingen	– Boetenormbedrag 100%	– Boetenormbedrag 200%	– Boetenormbedrag 300%	5 jaar
Overtreding	– Boetenormbedrag 100%	– Boetenormbedrag 200% – Waarschuwing preventieve stillegging	– Boetenormbedrag 300% – Mogelijkheid preventieve stillegging – Nieuwe waarschuwing preventieve stillegging	5 jaar
Ernstige overtreding	– Boetenormbedrag 100% – Waarschuwing preventieve stillegging	– Boetenormbedrag 300% – Mogelijkheid preventieve stillegging – Nieuwe waarschuwing preventieve stillegging	– Boetenormbedrag 300% – Mogelijkheid preventieve stillegging – Nieuwe waarschuwing preventieve stillegging	10 jaar

Tabel 3.2. Model hoofdlijnen sancties arbeidsregelingen.[679]

3.3.4.3.1 ERNSTIGE OVERTREDINGEN

'Ernstige overtredingen' zijn gedefinieerd in artikel 4b, derde lid, van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen. Er is sprake van een ernstige overtreding wanneer er bij de overtreding tenminste twintig werkenden zijn betrokken. Zoals uit bovenstaand schema blijkt kunnen ernstige overtredingen gevolgen hebben voor zowel de boetehoogte in geval van recidive als de mogelijkheden tot de stillegging van werkzaamheden. Bij een eerste, ernstige overtreding wordt geen hoger boetebedrag per vreemdeling opgelegd, de daadwerkelijke boete zal desondanks hoog uitvallen omdat deze per illegaal tewerkgestelde werknemer opgelegd wordt.

3.3.4.3.2 REGELING STILLEGGING VAN DE WERKZAAMHEDEN

De preventieve stillegging van werkzaamheden wordt beheerst door artikel 17b Wav. De regels zijn op grond van artikel 17b, zevende lid, uitgewerkt in de Beleidsregel preventieve stillegging arbeidswetten (deze beleidsregels regelen de preventieve stillegging voor alle wetten waarbij de preventieve stillegging door de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving is ingevoerd).[680] De stillegging is een bevoegdheid voor de ambtenaren van de Minister van SZW. De stillegging moet worden gezien als een last onder bestuursdwang, en moet derhalve worden geschaard onder de herstelsancties.[681] Bij de tweede overtreding (bij de eerste overtreding wanneer het om een ernstige overtreding gaat) wordt een last opgelegd, die wordt geëffectueerd bij herhaling binnen 5 jaar (10 jaar in het geval van een ernstige overtreding).[682] Er is geen wettelijke bepaling die eraan in de weg staat om na een wegens een eerste, ern-

679 Bijlage 2 bij *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr. 3.
680 *Stcrt.* 2012, 25533, 12 december 2012.
681 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 50.
682 Art. 17b, eerste en tweede lid, Wav.

stige overtreding opgelegde waarschuwing bij een eventuele tweede, normale overtreding de stillegging te effectueren. Aangezien de waarschuwing op rechtsgevolg is gericht (het ontstaan van de bevoegdheid tot stillegging bij een eventuele volgende overtreding), is er sprake van een besluit dat appellabel is. Uiteraard moet bij het opleggen en effectueren van de maatregel rekening worden gehouden met het evenredigheidsbeginsel. Dit komt volgens het kabinet tot uitdrukking in artikel 1, vijfde lid, van de Beleidsregels preventieve stillegging arbeidswetten. De oplegging van de waarschuwing of het effectueren van de stillegging zal niet plaatsvinden wanneer dat onaanvaardbare maatschappelijke of economische schade zal opleveren.[683] Hierbij moet worden gedacht aan het stilleggen van nutsvoorzieningen of onderdelen van de brandweer of politie, maar ook aan bijvoorbeeld chemische bedrijven waar het niet mogelijk is de werkzaamheden stil te leggen.[684] Deze beleidsregel heeft meer betrekking op de gevolgen voor de samenleving dan op de gevolgen voor de overtreder. Die zal zich moeten beroepen op artikel 3:4, tweede lid, Awb. Eventuele samenloop met handhaving op gemeentelijk niveau wordt besproken in hoofdstuk vier.

3.3.4.4 VERHOGING BOETES WAV

De bestuursrechtelijke boete die kan worden opgelegd bij illegale tewerkstelling is op een aantal punten aangepast. De maximaal op te leggen boete was bepaald op € 45.000 bij rechtspersonen en € 11.250 bij natuurlijke personen. Dit was overeenkomstig de vijfde strafrechtelijke boetecategorie ten tijde van de invoering van de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen. De vijfde boetecategorie is inmiddels een aantal maal verhoogd, maar de maximale Wav boete is steeds gelijk gebleven.[685] De Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving stelt de maximale boete gelijk aan de vijfde strafrechtelijke boetecategorie, ten tijde van de inwerkingtreding van de wet € 78.000.[686] Dit nieuwe maximum geldt voor alle arbeidswetten die zijn aangescherpt door de wet. Het verschil tussen de maximale boete voor rechtspersonen en natuurlijke personen is vervallen, maar komt wel terug in de Beleidsregels boeteoplegging. Het nieuwe artikel 19d Wav bepaalt dat de boete bij recidive voortaan verdubbeld wordt. Onder het oude regime was dit een verhoging van 50%. De termijn voor recidive wordt bovendien verlengd van twee jaar naar vijf jaar.[687]

---

683 Art. 1 en 4 Beleidsregel preventieve stillegging arbeidswetten.

684 *Stcrt.* 2012, 25533, p. 5.

685 *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 15.

686 De Wet arbeid vreemdelingen noemt niet langer een bedrag, maar verwijst naar art. 23 Sr, waar de boetecategorieën zijn opgenomen. Zodoende stijgt de maximale boete in de Wav automatisch mee met de strafrechtelijke boetecategorieën.

687 Art. 19d, tweede lid, Wav.

3.3.4.5 BELEIDSREGELS BOETEOPLEGGING 2012 - 2013

In het kader van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving zijn ook de Beleidsregels boeteoplegging herzien.[688] De meest in het oog springende wijziging is de verhoging van alle boetes uit de Tarieflijst met 50%. De standaardboete voor overtreding van het verbod op illegale tewerkstelling komt zodoende op € 12.000 per vreemdeling voor rechtspersonen en € 6.000 per vreemdeling voor natuurlijke personen. Daarnaast is, in lijn met de recidiveregeling in de Wav, het artikel met betrekking tot recidive aangepast. Het oude artikel 6, dat inhield dat het bij (herhaalde) recidive moest gaan om onherroepelijk geworden overtredingen is vervangen door een nieuwe regeling waarbij ook de nieuw ingevoerde preventieve stillegging mee kan tellen. In artikel 10 is de bepaling dat van boeteoplegging wordt afgezien indien de werkgever heeft aangetoond dat hem niets te verwijten valt geschrapt. Deze regeling was overbodig nu artikel 5:41 Awb het opleggen van een boete wanneer een overtreding verwijtbaar is onmogelijk maakt. Uit de toelichting op de beleidsregels noch uit de memorie van toelichting bij de wet blijkt dat er een evenredigheidstoets door de wetgever heeft plaatsgevonden bij het vaststellen van de hoogte van de boetes. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft een opmerkelijke rechtvaardiging voor de verhoging van de boetes. Hij merkt op dat de maximale hoogte van de boete niet meer geïndexeerd is na de vaststelling in 2005 en nu weer is gelijkgesteld aan de vijfde boetecategorie uit het Wetboek van Strafrecht. Volgens de Minister is dit een verhoging van 55% (van € 49.000 naar € 78.000). Deze bedragen leveren echter een verhoging van 59% op, en bovendien was de maximale boete geen € 49.000 maar € 45.000. Al met al een verhoging van 73% in plaats van 55%. Voor natuurlijke personen gaat de maximale boete met 593% omhoog (van € 11.250 naar € 78.000) door het loslaten van het verschil in maximale boetehoogte voor rechts- en natuurlijke personen. De verhoging van de maximumboetes met, volgens de minister 55% en feitelijk 59% en 593%, is het argument om ook de boetenormbedragen uit de Beleidsregel met 50% te verhogen.[689] Het is extra opmerkelijk nu het oude boeteplafond nog voldoende ruimte bood voor de verhoging van het boetenormbedrag. Het verhogen van de boetes is gebrekkig gemotiveerd nu de noodzaak voor deze ‘indexering’ niet is aangetoond. Een verhoging van meer dan de indexering zou te maken moeten hebben met een veranderde opvatting met betrekking tot de strafwaardigheid. Deze veranderde opvatting volgt niet expliciet uit de memorie van toelichting, maar past wel bij de argumentatie met betrekking tot harder en strenger optreden die ten grondslag ligt aan de overstap van straf- naar bestuursrecht.

---

688 *Stcrt.* 2012, 25205.

689 *Stcrt.* 2012, nr. 25205, 7 december 2012, p. 3.

3.3.5 WET MOMI

De Wet modern migratiebeleid behelst een grootscheepse wijziging van het Nederlandse reguliere migratierecht.[690] Het doel van deze wet is het vereenvoudigen van de toelatingsprocedures voor gewenste arbeidsmigranten en tegelijkertijd het buiten de deur houden van lager- of ongeschoolde arbeidsmigranten.[691] Een belangrijk onderdeel van deze wet, die op 1 juni 2013 in werking is getreden,[692] is de uitbreiding van de rol van de referent. De referent is een (rechts)persoon met *'voldoende belang* [...] *bij de overkomst en het verblijf van die vreemdeling om zich duurzaam te committeren aan zijn verplichtingen'*.[693] De referent draagt informatieverplichtingen, administratieverplichtingen en soms zorgplichten.[694] Wanneer iemand een 'erkend referent' is kunnen er versnelde toelatingsprocedures worden toegepast. De (gewezen) referent kan aansprakelijk worden gesteld voor de terugkeerkosten bij uitzetting van de vreemdeling.[695] Naast het verhaal van de terugkeerkosten kunnen voor verschillende overtredingen ook bestuurlijke boetes worden opgelegd aan de referent.[696]

3.3.5.1 VERHALEN KOSTEN TERUGKEER OP WERKGEVER

In het nieuwe artikel 66 van de Vreemdelingenwet, dat regelt dat de kosten van uitzetting worden verhaald op de vreemdeling zelf of, bij een minderjarige vreemdeling, op degene die het wettelijk gezag uitoefent, is de werkgever als mogelijke (gewezen) referent toegevoegd.[697] Dit artikel wordt uitgewerkt in afdeling 2 van hoofdstuk 6 van het Vreemdelingenbesluit.[698] De aansprakelijkheid wordt beperkt tot een deel van de daadwerkelijke uitzetkosten, te weten de kosten van de terugreis, transport en identiteitsbewijzen.[699] Kosten voor eventuele vreemdelingenbewaring of escorte zijn uitgesloten van verhaal op de referent. Het kabinet is van mening dat die kosten lastig individueel toerekenbaar zijn. Bovendien hecht het kabinet er waarde aan dat de werkgever van te voren een inschatting kan maken van de kosten.[700] De kosten van uitzetting moeten binnen een jaar na het beëindigen van het referentschap zijn gemaakt,

690 *Stb.* 2010, 307. Zie uitgebreid Groen et al 2013a en Groen et al 2013b.
691 *Kamerstukken II* 2008/08, 32 052, nr. 3, p. 2.
692 Brief aan de Tweede Kamer van de Staatssecretaris van Justitie, 5 maart 2013, kenmerk 2013-0000134986.
693 *Kamerstukken II* 2008/08, 32 052, nr. 3, p. 6.
694 *Kamerstukken II* 2008/08, 32 052, nr. 3, p. 10-12.
695 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 052, nr. 3, p. 8.
696 Deze bestuurlijke boetes worden hier niet besproken, zie daarvoor Jansen 2010.
697 Art. 66, eerste lid, Vreemdelingenwet.
698 Art. 6.2 Vreemdelingenbesluit.
699 Art. 6.3 Vreemdelingenbesluit.
700 *Kamerstukken II*, 2008/08, 32 052, nr. 3, p. 92.

daarna kunnen deze niet meer worden verhaald.[701] Artikel 6.4, derde lid, Vreemdelingenbesluit bevat enkele uitzonderingsgronden voor de aansprakelijkheid van de referent onder andere: indien inmiddels iemand anders referent is geworden, de vreemdeling een andere verblijfsvergunning heeft gekregen of de vreemdeling is overleden. Wanneer iemand vrijwillig vertrekt, zijn er geen kosten die verhaald kunnen worden. De uitvoeringstechnische bezwaren die kleefden aan het terugvorderen van de uitzetkosten zoals voorgesteld in de motie Dittrich zijn niet langer aan de orde nu er een duidelijke afbakening is gemaakt in toerekenbare kosten (reis- en visakosten) en niet toerekenbare kosten zoals bewaring en escorte.

3.3.6 FEITELIJKE HANDHAVING 2005 – 2012

3.3.6.1 FEITELIJKE HANDHAVING DOOR MIDDEL VAN BESTUURLIJKE BOETES

Deze paragraaf laat enkele cijfers en trends zien in de feitelijke handhaving van de Wav tussen 2005 en 2012.[702] Uit de verschillende evaluatierapporten over de Wav en jaarverslagen van de Inspectie SZW is een redelijk overzicht op te maken van de omvang van de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. Onderstaande tabel geeft het aantal aangetroffen illegaal tewerkgestelde vreemdelingen en opgemaakte boeterapporten weer.

JAAR	2005	2006	2007	2008
Aantal controles	8.633	11.026	10.931	10.383
Aantal geïnspecteerde werkgevers	Niet bekend	Niet bekend	12.800	13.200
Inspecties resulterend in een boeterapport	26%	23%	18%	16%
Aantal boeterapporten	2.201	2.507	2.002	1.659
Totaal aantal aangetroffen illegaal tewerkgestelden	4.656	5.478	2.894	2.007
Processen-Verbaal (Wed en Sr)	-	-	-	-

JAAR	2009	2010	2011	2012[703]
Aantal controles	9.723	9.987	9.225	7.160
Aantal geïnspecteerde werkgevers	12.700	12.893	12.834	9.874
Inspecties resulterend in een	17%	18%	17%	23%

[701] Art. 6.4, derde lid, onder a, Vreemdelingenbesluit. In verband met dwingende voorschriften uit de Wetenschappersrichtlijn (2005/71/EG) is deze termijn voor onderzoeksinstellingen zes maanden, art. 6.2, vierde lid, Vreemdelingenbesluit.

[702] Deze paragraaf bevat geen uitgebreid jurisprudentieoverzicht, zie daarvoor Franssen & Groeneweg 2013, Franssen 2013 en Verboom 2007.

[703] In 2012 heeft de Inspectie SZW voor het eerst de cijfers opgenomen van de in dat jaar *afgesloten* zaken in plaats van de *gestarte* zaken.

boeterapport				
Aantal boeterapporten	Niet bekend	2.146	2.399	1.923
Totaal aantal aangetroffen illegaal tewerkgestelden	2.506	2.397	2.030	2.042
Processen-verbaal (Wed en Sr)	-	16	23	-

Tabel 3.3: Overzicht aantal inspecties en boeterapporten.[704]

Wat opvalt aan de cijfers is dat, na een daling direct in 2005 en 2006, het percentage overtreders jarenlang ongeveer gelijk blijft. Het aantal inspecties en boeterapporten neemt in 2012 af en het percentage overtreders neemt toe. Het aantal aangetroffen vreemdelingen blijft ongeveer gelijk. Deze veranderingen kunnen te maken hebben met meer sectorgericht toezicht, waarbij de Inspectie SZW zich meer richt op die sectoren die gevoelig zijn voor illegale tewerkstelling. Ook is de administratie veranderd. Tot 2012 werden alle *opgestarte* zaken opgenomen, vanaf 2012 alleen de *afgeronde*. De opsporingsmethoden en de statistische methoden zijn aan ontwikkeling onderhevig. Ook de arbeidsmarkt, in tijden van economische crisis en uitbreiding van de EU, is dynamisch. In een in 2005 verricht onderzoek naar de overtreding en de naleving van de Wav[705] is de verwachting uitgesproken dat de vrije toegang tot de arbeidsmarkt van de onderdanen van tien nieuwe lidstaten in 2007, zou leiden tot een verruiming van het arbeidsaanbod en daarom mogelijk tot minder overtredingen in het kader van de Wav.[706] Deze verwachte daling is in de cijfers nauwelijks waar te nemen. In het algemeen maken dergelijke ontwikkelingen het lastig om een goed beeld te krijgen van de werkelijke omvang van illegale tewerkstelling en het effect van de bestuurlijke boetes.

In 2006 verscheen een ambtelijke evaluatie van de invoering van de bestuurlijke boete in de Wav.[707] In de motie Weekers/Rambocus[708] was verzocht om de implementatie, de effectiviteit, het aantal recidivegevallen en de uitspraken van de rechtelijke macht[709] een jaar na invoering van de bestuurlijke boete te evalueren. Op 15 september 2006 werd de evaluatie toegestuurd aan de Tweede Kamer.[710] De evaluatie is lovend over de invoering van de bestuurlijke boete: *'De implementatie van de bestuurlijke boete is succesvol: de doelstellingen van*

[704] Deze tabel is samengesteld door de auteur van dit proefschrift. De cijfers zijn afkomstig uit het evaluatierapport '*Evaluatie invoering bestuurlijke boete Wet arbeid vreemdelingen'* en de jaarverslagen van de Inspectie SZW over 2005 t/m 2012.

[705] Groenewoud & Van Rij 2005 en Groenewoud & van Rij 2007.

[706] Groenewoud & Van Rij 2007 p. 47 .

[707] *Kamerstukken II* 2005/06, 17 050 en 29 523, nr. 332.

[708] *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 14.

[709] Zoals al eerder opgemerkt maakt de Afdeling geen onderdeel uit van de rechterlijke macht. De uitspraken van de Afdeling zijn zoals verwacht wel betrokken in de evaluatie.

[710] *Kamerstukken II* 2005/06, 17 050 en 29 523, nr. 332.

de invoering van een bestuurlijke handhaving worden bereikt. Op diverse punten is door de invoering van de bestuursrechtelijke handhaving de afhandelingsprocedure eenvoudiger geworden. Mede hierdoor is de periode tussen het constateren van een overtreding en het opleggen van de boete aanmerkelijk verkort. In de strafrechtelijke procedure duurde de tijd tussen het constateren van de overtreding en het opleggen van de boete door de strafrechter vaak langer dan een jaar, nu heeft de meerderheid van de overtreders binnen zeven maanden de boete in huis. Er is een zeer sterke verhoging van de boete bij illegale tewerkstelling tot stand gekomen: van gemiddeld € 980 in het strafrechtelijke traject naar € 4.000 per illegaal tewerkgestelde werknemer bij een natuurlijk persoon en € 8.000 per illegaal tewerkgestelde werknemer bij een rechtspersoon in het bestuursrechtelijke traject. Tot nu toe zijn er nog geen gerechtelijke uitspraken geweest die de boetehoogte ten principale ter discussie hebben gesteld.'[711]

Het percentage overtredingen bij hercontroles is afgenomen van 37% in 2003 tot 26% in de eerste helft van 2006. De gemiddelde doorlooptijd bleef wel bij de verwachting achter, maar dat kwam volgens de staatssecretaris vanwege het hoge aantal boeterapporten, zienswijzen, bezwaarschriften en gerechtelijke procedures. Een uitbreiding van het aantal fte's in de afdoeningfase moest hiervoor de oplossing geven. Daarnaast is naar aanleiding van deze evaluatie de inning van de boetes uit handen gegeven aan het Centraal Justitieel Incasso Bureau.[712]

In 2010 verscheen de wettelijke evaluatie van de invoering van de bestuurlijke boete, uitgevoerd door IVA Beleidsonderzoek.[713] Dit onderzoek moest op grond van een bepaling in de Wav vijf jaar na de inwerkingtreding plaatsvinden. In januari 2010 heeft minister Donner het evaluatieonderzoek naar de invoering van de bestuurlijke boete in de Wav naar de Tweede Kamer gestuurd.[714] Het onderzoek had als focus de ervaringen met, en de effectiviteit van, de bestuurlijke boete (inclusief de innings-, bezwaar-, en beroepsprocedure) als instrument bij de bestrijding van illegale tewerkstelling.[715] De conclusie luidt, kort gezegd, dat de overgang van straf- naar bestuursrecht tot een effectievere handhaving heeft geleid.[716] Op de opzet en conclusies van het onderzoek is echter wel wat af te dingen, zo heb ik met Klap uiteengezet.[717] De afname van het percentage overtreders wordt direct toegeschreven aan de invoering van de

[711] Aanbiedingsbrief bij het evaluatierapport, *Kamerstukken II* 2005/06, 17 050 en 29 523, nr. 332, p. 1.
[712] Van Drongelen & Van Rijs 2007, p. 174.
[713] Siesling & Pranger 2009.
[714] *Kamerstukken II* 2009/10, 17 050, nr. 396.
[715] Bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 17050, nr. 396, p. 5.
[716] Bijlage bij *Kamerstukken II* K 2009/10, 17050, nr. 396, p. 41.
[717] Klap & Krop 2010.

bestuurlijke boete terwijl in die jaren ook de economische crisis de kop op stak en maar liefst tien nieuwe lidstaten toetraden tot de Europese Unie. Daarnaast stellen de onderzoekers dat de bestuurlijke boete afschrikwekkender werkt dan de strafrechtelijke sancties. Dat blijkt volgens het rapport uit het feit dat bijna de helft van de beboete werkgevers in bezwaar gaat. Deze redenering is voor discussie vatbaar. Het door de onderzoekers als hoog gekwalificeerd percentage bezwaarschriften lijkt eerder een indicatie dat de boetes als onrechtvaardig worden beschouwd. Wat van die vermeende onrechtvaardigheid ook zij, de redenering dat afschrikwekkende werking is af te lezen uit het aantal bezwaarschriften kan niet worden gevolgd. Bij een daadwerkelijk afschrikwekkende maatregel worden de overtreders immers weerhouden van de overtreding. Een belangrijk probleem met het rapport is daarin gelegen dat de belangrijkste parameter, effectiviteit, niet is gedefinieerd, waardoor de conclusies aan kracht inboeten.[718]

3.3.6.2 FEITELIJKE HANDHAVING VIA DE WED

Tot 1 januari 2013 werd bij herhaalde recidive strafrechtelijk vervolgd. Over de jaren 2005 en 2006 zijn geen gegevens beschikbaar met betrekking tot het aantal processen-verbaal dat door de Inspectie SZW is doorgestuurd naar het OM op grond van de Wed. Dit komt waarschijnlijk omdat in deze jaren geen processen-verbaal zijn opgestuurd. Immers, voor het opmaken van een proces-verbaal moeten er al twee bestuurlijke boetes onherroepelijk zijn geworden en moet een derde overtreding geconstateerd zijn, binnen 48 maanden.[719] De doorlooptijden voor het opleggen van een boetebeschikking bedroegen in 2005 en 2006 gemiddeld respectievelijk 26 en 32 weken. Dit is exclusief een eventuele bezwaar- en beroepsprocedure. Een gemiddelde bezwaarschriftprocedure nam in 2005 elf weken in beslag en in 2006 21 weken. De kans dat iemand in de eerste twee jaar driemaal betrapt is, waarbij ten aanzien van de eerste twee overtredingen de boete al onherroepelijk is geworden is daarom behoorlijk klein. In 2007 werden negen processen-verbaal opgemaakt wegen herhaalde overtreding.[720] In 2008 waren dat er tien.[721] In 2009 zijn zeventien processen-verbaal opgemaakt voor onder meer herhaalde recidive van overtreding van de Wav en voor het plegen van valsheid in geschrifte. De cijfers zijn voor dat jaar niet uitgesplitst over verschillende delicten.[722] In 2010[723] en 2011[724] zijn het aantal processen-verbaal

[718] Klap & Krop 2010.
[719] Art. 19c Wav (oud).
[720] Jaarverslag Arbeidsinspectie 2007, p. 36. In verschillende jaarverslagen spreekt de Inspectie SZW over 'herhaalde overtreding'. Hier wordt waarschijnlijk bedoeld: 'herhaalde *recidive*'.
[721] Jaarverslag Arbeidsinspectie 2008, p. 28.
[722] Jaarverslag Arbeidsinspectie 2009, p. 30.
[723] Jaarverslag Arbeidsinspectie 2010, p. 43.

(respectievelijk zestien en 23) op grond van de Wav en de Wet Minimumloon en Minimum vakantiebijslag (WML) alleen gezamenlijk weergegeven. In het jaarverslag van 2012 ontbreken de cijfers geheel. Onderzoek naar de cijfers van de Inspectie SZW is lastig vanwege de regelmatig wijzigende opzet en uitsplitsing van de opgenomen cijfers in de jaarverslagen, zodat over de mate van herhaalde recidive geen zekerheid kan worden verkregen.

3.3.6.3 FEITELIJKE HANDHAVING VIA ARTIKEL 197B SR

Strafrechtelijke handhaving via artikel 197b Sr is niet opgenomen in de cijfers van de Inspectie SZW. Op rechtspraak.nl zijn sinds 2001 28 verschillende zaken te vinden met betrekking tot artikel 197b Sr. In deze selectie valt op dat overtreding van artikel 197b Sr vrijwel nooit primair ten laste wordt gelegd. In tien verschillende zaken is dit artikel subsidiair aan de tenlastelegging van artikel 197a Sr ten laste gelegd. Dit betekent dat het artikel pas aan de orde zou komen wanneer artikel 197a Sr niet bewezen verklaard kan worden. In zaken waar artikel 197b een belangrijkere rol speelt gaat het om criminele organisaties. Een aantal uitspraken en arresten ziet op de reikwijdte van artikel 197b Sr. Tewerkstelling van een onrechtmatig verblijvende vreemdeling die eerst wel rechtmatig verbleef brengt op zichzelf niet mee dat deze vreemdeling zich onrechtmatig toegang heeft verschaft zoals bedoeld in artikel 197b Sr.[725] Al eerder noemde ik het arrest van de Hoge Raad waarin deze oordeelt dat de delictsomschrijving, ondanks de uitleg in de memorie van toelichting, niet enkel ziet op tewerkstelling binnen het verband van een onderneming.[726] De executie van een taakstraf valt niet onder de reikwijdte van artikel 197b Sr en kan derhalve niet met een beroep op dit artikel worden opgeschort.[727] Tot slot blijkt uit de jurisprudentie dat er wel sprake moet zijn van een oogmerk om krachtens overeenkomst arbeid te laten verrichten. Als het oogmerk[728] of de overeenkomst[729] ontbreekt is er geen sprake van overtreding van artikel 197b Sr. Concluderend is de reikwijdte van deze strafbepaling beperkter dan de reikwijdte van de artikel 2 Wav.

3.3.6.4 GEMEENTELIJKE HANDHAVING

Naast de mogelijkheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete, of vervolging wegens overtreding van artikel 197b Sr bestaat er nog een gemeentelijke sanctiemogelijkheid. Gemeenten kunnen optreden tegen personen die op het grondgebied van de gemeente gebruik maken van illegaal tewerkgestelde

---

724 Jaarverslag Inspectie SZW, p. 37.
725 Rb. Alkmaar 27 juli 2001, ECLI:NL:RBALK:2001:AB2766.
726 HR 14 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4172.
727 HR 20 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6196.
728 Hof Den Bosch 5 december 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU8558.
729 Rb. Rotterdam 23 november 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY4062.

vreemdelingen, door middel van het intrekken van gemeentelijke vergunningen. Voor een uitgebreide bespreking van de juridische grondslag en de handhaving in de praktijk zie hoofdstuk vier.

3.3.6.5 RECHTERLIJKE BEOORDELING

Saris laat de gevolgen zien van de overstap in de Wav van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving voor wat betreft de evenredigheidstoets en de matigingsgronden.[730] Op basis van de jurisprudentie en de richtlijnen van het OM[731] laat ze zien dat de strafrechter bij de beoordeling van Wav-zaken een aantal omstandigheden liet meetellen bij de bepaling van de zwaarte van de straf. Deze omstandigheden zijn het behaalde voordeel, het bewust doorkruisen van de doelstellingen van de wet,[732] de draagkracht van de overtreder,[733] het aantal illegaal tewerkgestelde vreemdelingen,[734] de rol van de verdachte ten opzichte van de mededader[735], recidive[736] en recidive met andere overtredingen dan overtredingen van Wav.[737] Saris merkt op dat deze criteria niet terugkomen in de Beleidsregels boeteoplegging en dat er door de rechtspraak nauwelijks van de beleidsregels wordt afgeweken. Saris concludeert: *'Ofschoon de Boete-beleidsregels meer inzicht geven in concrete situaties die tot boetematiging aanleiding geven, lijkt de minister de opvatting te blijven huldigen dat het belang om illegale tewerkstelling tegen te gaan in de meeste gevallen prevaleert boven alle andere (individuele) belangen en omstandigheden en vindt de Afdeling die opvatting niet onredelijk.'*[738] Volgens Saris geeft de Afdeling daarmee invulling *'aan de wil van de wetgever om illegale tewerkstelling – ongeacht de situatie – hard te bestraffen.'*[739] Stijnen stelt dat de Afdeling bij de bestuurlijke boetes op grond van de Wav de eerste jaren niet kwam *'tot een volle evenredigheidstoets omdat zij niet alleen het beleid marginaal pleegde te toetsen, maar voorts dit beleid vrijwel onverkort toepaste.'*[740] Vanaf 2010

730 Saris 2012.
731 *Stcrt.* 2000, 220.
732 Saris verwijst naar Rb. Assen 1 april 2003, ECLI:NL:RBASS:2003:AF6619 en Rb. 's-Gravenhage 23 november 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ4579.
733 Rb. Almelo 10 april 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BI0944, Rb. Assen 1 april 2003, ECLI:NL:RBASS:2003:AF6619.
734 Rb. Assen 1 april 2003, ECLI:NL:RBASS:2003:AF6619.
735 Rb. Utrecht 19 maart 2002, ECLI:NL:RBUTR:2002:AE0308 en ECLI:NL:RBUTR:2002:AE0317.
736 Rb. Almelo 10 april 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BI0944, Rb. 's-Gravenhage 23 november 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ4579.
737 Saris 2012, p. 2.
738 Saris 2012, p. 5.
739 Saris 2012, p. 5.
740 Stijnen 2011, p. 681. Hij verwijst daarbij naar ABRvS11 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2009:BJ5106, *AB* 2007, 312 en ABRvS 29 augustus 2007,

constateert Stijnen een vollere toets in de boetejurisprudentie van de Afdeling. Jansen merkt op dat de Afdeling in 2013 'het samenstel van omstandigheden' begint te gebruiken als matigingsgrond en zo wat meer afstand lijkt te nemen van de beleidsregels.[741] Zoals besproken in paragraaf 3.3.2.1.1 stellen Michiels & De Waard dat de intensiteit van de toetsing van de boetes 6 EVRM toelaat dat die toetsing af te neemt wanneer de hoogte van de boetes is opgenomen in beleidsregels, zoals bij de Wav het geval is.[742] De rechter dient tarieven die in het algemeen niet onredelijk zijn met rust te laten.[743]

3.3.7 KRITIEK OP DE BOETEPRAKTIJK

Een behoorlijk aantal auteurs heeft in meer of mindere mate kritiek geleverd op de hoogte van de bestuurlijke boetes, de (toepassing van de) beleidsregels en op de jurisprudentie van de Afdeling. Hierbij moet worden opgemerkt dat in al deze publicaties wordt uitgegaan van een boete van € 8.000 euro per vreemdeling. Sinds 1 januari 2013 is dat € 12.000 per vreemdeling.[744] De kritiek behelst twee belangrijke punten. Ten eerste de evenredigheid van de opgelegde boetes in relatie tot de ernst van het feit. Hierbij gaat het zowel om de (toepassing van de) beleidsregels als de wijze waarop de Afdeling de evenredigheid van de opgelegde boetes toetst aan de omstandigheden van het geval. Ten tweede gaat het om het werkgeversbegrip en de 'ketenbeboeting'. Tjebbes,[745] Albers,[746] Jansen,[747] De Lange,[748] Klap & De Lange,[749] Saris,[750] Stijnen[751] en de auteur van

---

ECLI:NL:RVS:2007:BB2699, *AB* 2009, 353, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, *JV* 2007, 469, m.nt. M. Tjebbes.

741 ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7772, *AB* 2013, 223, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en ABRvS 22 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0649, *AB* 2013, 225, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. Zie ook par. 3.3.6.5 en 3.3.7 van dit hoofdstuk.

742 Michiels & De Waard 2007, p. 98.

743 Michiels & De Waard 2007, p. 97.

744 De Afdeling heeft zich bij het sluiten van het manuscript nog niet uitgelaten over de evenredigheid van boetes die zijn opgelegd conform de Beleidsregels boeteoplegging wet arbeid vreemdelingen 2013.

745 Tjebbes 2008.

746 Annotatie bij ABRvS 16 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK6783, *JB* 2010, 32, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

747 Jansen heeft een reeks kritische annotaties geschreven, waaronder: ABRvS 26 september 2007, ECLI:NL: RVS:2007:BB4344, *AB* 2007, 401 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ABRvS 16 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC2312, *AB* 2008, 50 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ABRvS 17 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI8488, *AB* 2009, 350 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en ABRvS 16 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ7797, *AB* 2009, 362 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7772, *AB* 2013, 223, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

748 Verschillende annotaties, waaronder: ABRvS 10 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL3335, *RV* 2011, 46 m.nt. De Lange, ABRvS 4 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0784, *JV* 2012, 276 & 277, m.nt. De Lange.

749 Klap & De Lange 2008.

750 Saris 2012.

dit proefschrift[752] uitten kritiek op het werkgeversbegrip in de Wav, de toepassing van de beleidsregels en/of de rechterlijke beoordeling van deze regels. Een deel van de kritiek is eerder in dit hoofdstuk aan bod gekomen. Voor een overzicht van de jurisprudentie omtrent de beleidsregels, de matigingsgronden en de uitleg van het werkgeversbegrip zijn verschillende publicaties beschikbaar.[753] Een overzicht van de literatuur en annotaties van verschillende auteurs laat zien dat de boetes, met name vanwege de ruime uitleg van het werkgeversbegrip, vanwege (het ontbreken van) de evenredigheid, en vanwege de beperkte toetsing door de Afdeling omstreden zijn. Nu is het, gelet op de totstandkoming van de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen, niet vreemd dat overtreders slechter af zijn onder het bestuurlijke boete regime, dan onder het voormalige strafrechtelijke regime. Het was volgens het kabinet immers noodzakelijk de boetes te verhogen en de handhaving te intensiveren.[754] Naar mijn mening is echter de verhouding tussen het doel de gevolgen van de bestraffing van de overtreders niet langer in balans, althans niet in alle gevallen.

De Beleidsregels boeteoplegging wet arbeid vreemdelingen maken voor de hoogte van de boete weinig onderscheid in het soort werkgever of het soort arbeid dat is verricht. Natuurlijke personen worden wel onderscheiden van rechtspersonen[755] en krijgen de helft van het standaard boetebedrag opgelegd.[756] Zoals uiteengezet in paragraaf 3.3.2.2 van dit hoofdstuk is er nog een aantal andere gronden in de Beleidsregel op basis waarvan de boete kan worden aangepast. In vergelijking met de Wet Minimumloon en Minimumvakantiebijslag, die ook door de Inspectie SZW wordt gehandhaafd, is de grofmazigheid van de Beleidsregel boeteoplegging wet arbeid vreemdelingen echter opvallend. In de Beleidsregel bestuursrechtelijke handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag 2013 is een veel fijnmaziger systeem opgenomen. De boetes zijn afhankelijk van de mate van onderbetaling en de duur van de onderbetaling.[757] De mate van onderbetaling is verdeeld in 5 categorieën, plus een categorie voor zeer beperkte overtredingen. De duur van de onderbetaling is

---

751 EHRM 28 juni 2011, 577/11, *AB* 2012, 15, m.nt. Stijnen.

752 ABRvS 4 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM3258, *JV* 2010, 248, m.nt. P.J. Krop.

753 Verboom 2007, Franssen 2013 en Franssen en Groeneweg 2013. Zie Tjebbes 2008 voor een overzicht van de omstreden jurisprudentie in de beginjaren van de bestuurlijke boete in de Wav.

754 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 1.

755 Hoewel de vof geen rechtspersoon is, krijgt deze toch de volledige boete, als ware het een rechtspersoon: Franssen 2013, p. 72 en *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 81.

756 Art. 2, Beleidsregelsboeteoplegging wet arbeid vreemdelingen 2013. Ook in de voorlopers van deze Beleidsregels was deze bepaling opgenomen.

757 Zie ook de annotatie van Klap bij ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4656, *RV* 2011, 49, m.nt. Klap.

verdeeld in vier categorieën.[758] Hierdoor kan de hoogte van de boete veel beter worden afgestemd op de ernst van de overtreding, wat dus eerder een meer evenredige boete tot gevolg zal hebben.

Door de zeer algemeen opgestelde beleidsregel bij de Wav worden kleine, minder verwijtbare overtredingen voor wat betreft de boetehoogte gelijkgesteld met zeer grootschalige, bewuste illegale tewerkstelling met als doel wet- en regelgeving te ontlopen. Het is de vraag of een dergelijke strenge bestraffing noodzakelijk is (mede in het licht van algemene preventie). Tjebbes formuleert het krachtig: *'*[...] *hoe kun je rechtvaardigen dat grove uitbuiting van illegalen in de tuinbouw of de Horeca op dezelfde voet en volgens hetzelfde tarief moet worden beboet, als het feit iemand niet heeft weten te verhinderen dat zijn Roemeense logé het gras is gaan maaien in zijn voortuin'*.[759] Nu ligt de jurisprudentie (inmiddels) iets genuanceerder maar het idee blijft overeind. Onder de Beleidsregel boeteoplegging Wav speelt een aantal, naar mijn mening belangrijke, factoren niet of niet voldoende mee bij de vaststelling van de hoogte van de boete: winstoogmerk van de rechtspersoon,[760] duur van de arbeid,[761] wetenschap van de arbeid,[762] de aard van het werk,[763] en het voldoen aan overige regelgeving (is het oogmerk van de illegale tewerkstelling concurrentie-vervalsing?).[764] De omstandigheden die wel kunnen meetellen voor forse matiging of zelf het afzien van boeteoplegging zijn zeer beperkt. Slechts bij zeer minimieme of vrijwel geheel niet verwijtbare overtredingen volgt matiging van de boete.[765] Zoals opgemerkt in paragraaf 3.3.4.5 en 3.3.6.5 van dit hoofdstuk lijkt de Afdeling in 2013 op grond van het 'samenstel van omstandigheden' begonnen te zijn met het matigen van Wav boetes zonder zeer direct aan te

---

[758] Art. 1, Beleidsregel bestuursrechtelijke handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.

[759] Tjebbes 2008, p. 278.

[760] ABRvS 10 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF0331 en ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3433.

[761] Slechts bij arbeid van zeer beperkte aard en omvang (bijvoorbeeld een vriendendienst, om niet, voor ten hoogte een uur) kan de boete met 50% worden gematigd. Zie de toelichting bij Art. 10, Beleidsregel boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2013 in combinatie met bijvoorbeeld ABRvS 3 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL6243, *AB* 2010, 161, m.nt. Jansen.

[762] Afhankelijk van de controle inspanningen kan de boete met 50% worden gematigd: ABRvS 2 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC8519 en ABRvS 20 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK9944, *JV* 2010, 125.

[763] Het op aanraden van de gemeente, ter verbetering van de gezondheid uitvoeren van vrijwilligerswerk gedurende een paar uur is grond voor een volledige boete: ABRvS 3 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:159.

[764] Afdragen van belasting en sociale premies laat de hoogte van de Wav boete onverlet: ABRvS 10 oktober 2007, ECLI:RVS:2007:BB5237, *JV* 2007, 506.

[765] Als voorbeeld van de hoge eisen: een helpende hand op de camping, tegen uitdrukkelijke instructies in levert gewoon een volledige boete op: ABRvS 15 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF8951. Zie Tjebbes 2008 voor andere voorbeelden.

knopen bij de in de (in de toelichting op de) Beleidsregel boeteoplegging wet arbeid vreemdelingen genoemde matigingsgronden. De Afdeling gebruikt het 'samenstel van de omstandigheden', waarbij men zich kan voorstellen dat de zojuist genoemde omstandigheden wél mee kunnen spelen, om de matiging van 25%, 50% of 75% op grond van artikel 10 van de Beleidsregel boeteoplegging wet arbeid vreemdelingen toe te passen.

Het werkgeversbegrip is zeer ruim geformuleerd, om schijnconstructies te voorkomen.[766] Verschillende werkgevers in een keten (hoofdaannemers en onderaannemers, uitleners en inleners) kunnen allemaal een boete krijgen wanneer één werkgever een vreemdeling in dienst neemt zonder geldige tewerkstellingsvergunning. Hoewel de noodzaak om schijnconstructies te voorkomen te begrijpen is, worden er aan de andere werkgevers in de keten zeer hoge eisen gesteld om te komen tot eventuele niet verwijtbaarheid.[767] De werkgever hoeft bijvoorbeeld niet te weten dat er een vreemdeling is ingeschakeld door een onderaannemer. Hij moet de werknemers van zijn medewerkgever steeksproefsgewijs controleren om illegaal tewerkgestelde werknemers op te sporen.[768] Stijnen stelt dat het ruime werkgeversbegrip inmiddels op een soort risicoaansprakelijkheid lijkt, waarbij het de vraag is of dat niet in strijd komt met artikel 6 EVRM.[769]

3.3.7.1 NOODZAAK BOETEHOOGTE

Het is uiteraard uiteindelijk een politieke keuze van de bewindspersoon om in de opgestelde beleidsregels de aspecten niet mee te laten wegen. Het was immers ook expliciet de bedoeling bij de invoering van de bestuurlijke boete in de Wav en de aanscherping van de Wav in 2013 om harder op te treden tegen overtreders. Volgens het kabinet was dit noodzakelijk om burgers en bedrijven ervan te weerhouden overtredingen te begaan en de maatschappelijke norm dat fraude niet mag lonen tot uitdrukking te brengen.[770] Reden voor het kabinet om de boetes met 50% te verhogen. De Raad van State had hierbij bedenkingen en noemde de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving *'vooral "stoere taal"'*.[771] Het kabinet heeft, gezien dit uitgangspunt, een goede afweging gemaakt om de beoordeling van de boetes bij de Afdeling onder te brengen, nu de Afdeling de Beleidsregel zeer strikt volgt en bij de evenredigheidstoets minder omstandigheden meeweegt dan de strafrechter deed.[772] Het is naar mijn mening echter maar zeer de vraag of, vanuit het oogpunt van bestraf-

[766] Zie Klap & De Lange 2008.
[767] Klap & De Lange 2008.
[768] ABRvS 16 september 2009, *AB* 2009, 362 m.nt. Jansen.
[769] EHRM 28 juni 2011, *AB* 2012, 15, m.nt. Stijnen.
[770] *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 3.
[771] *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr. 4, p. 4.
[772] Zie de zojuist aangehaalde literatuur.

fing en van handhaving van de rechtsorde, het inderdaad noodzakelijk is om de Beleidsregel boeteoplegging op huidige wijze op te stellen en toe te passen. Naar mijn mening is het niet noodzakelijk om aan verschillende soorten werkgevers, voor verschillende soorten arbeid dezelfde sanctie op te leggen.[773] De overtreder van de Wav die zich schuldig heeft gemaakt aan een onbewuste, minder verwijtbare overtreding waarbij ook nog eens conform de WML of CAO is betaald krijgt de 'maatschappelijke norm dat fraude niet mag lonen', ook wel overgebracht bij een boete zoals die in het strafrecht werden opgelegd, van tegen de € 1.000. Ook matiging van 50% wegens arbeid van beperkte duur of omvang heeft onder de huidige beleidsregels nog steeds een boete van € 6.000 tot gevolg. Daarvan is bijvoorbeeld sprake bij een vriendendienst, om niet, van ongeveer 1 uur.[774] Ook in dit geval lijkt mij een boete van € 6.000 bepaald niet noodzakelijk om de boodschap over te brengen. Voor de bewuste, verwijtbare, op ontduiking van arbeidswetgeving gerichte overtredingen valt het te begrijpen dat er een hogere boete per vreemdeling kan worden opgelegd. Dit onderscheid wordt in de boetepraktijk onvoldoende gemaakt.[775] De matigingsgronden in de beleidsregels en de toepassing daarvan in de jurisprudentie zijn niet fijnmazig genoeg om dit onderscheid te maken.

3.4 DE VERHOUDING TUSSEN STRAF- EN BESTUURSRECHTELIJKE HANDHAVING

In deze paragraaf komt de theoretische en praktische verhouding tussen strafrechtelijke en bestraffende, bestuurlijke sancties aan de orde. Een aantal auteurs is van mening dat het onderscheid tussen deze twee handhavingssystemen minder scherp is dan op het eerste gezicht misschien lijkt. Sommigen zijn van mening dat de bestuurlijke boete eigenlijk gewoon onderdeel is van het strafrecht.[776] Anderen wijzen erop dat de strafbeschikking eigenlijk een bestuurlijke boete is.[777] Eén van de aanleidingen van deze discussie, de invoering van de bestuurlijke boete, is zojuist besproken. Een andere aanleiding, de Wet OM-afdoening waarmee de strafbeschikking is geïntroduceerd in Nederland, komt in deze paragraaf aan de orde. De gevolgen die deze convergentie van straf- en bestuursrecht heeft voor de keuze tussen de sanctiestelsels komen daarna aan de orde. Tot slot wordt geanalyseerd of de ontwikkelingen in de Wav aansluiten bij het debat over het bestuursstrafrecht.

---

773 Los van het onderscheid tussen rechtspersonen en natuurlijke personen.

774 Zie de toelichting bij Art. 10, Beleidsregel boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2013 in combinatie met bijvoorbeeld ABRvS 3 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL6243, *AB* 2010, 161, m.nt. Jansen.

775 Een helpende hand op de camping, tegen uitdrukkelijke instructies in levert gewoon een volledige boete op: ABRvS 15 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF8951.

776 Hartmann & Van Russen Groen 1998, Rogier 2010.

777 Mevis 2004 en Rogier 2006.

3.4.1 BESTUURSSTRAFRECHT

De verhouding tussen het strafrecht en het bestraffend bestuursrecht zijn al lange tijd onderwerp van discussie. Een aantal auteurs is van mening dat de opkomst van met name de bestuurlijke boete de scheidslijn tussen het straf- en bestuursrecht heeft doen vervagen. Hartmann en Van Russen Groen spreken dan ook niet over het bestraffend bestuursrecht, maar over het 'bestuursstrafrecht'.[778] Knigge geeft in zijn veel aangehaalde artikel uit 2000 drie redenen voor het traditionele onderscheid tussen straf- en bestuursrecht en laat tevens zien welke ontwikkelingen dit onderscheid hebben doen vervagen.[779] Ten eerste is het strafrecht veel ouder dan het bestuursrecht. Het strafrecht bestond al ten tijde van de nachtwakersstaat, terwijl het bestuursrecht pas bij het opkomen van de verzorgingsstaat een belangrijke positie verwierf. Ten tweede richt het strafrecht zich traditioneel tot de strafrechter, terwijl het bestuursrecht zich richt tot het bestuur. Of zoals Knigge het zelf verwoordt: *'Strafrecht is wat de strafrechter doet, bestuursrecht is wat de administratie doet.'*[780] Tot slot bestaat er een traditioneel verschil in karakter. Het strafrecht heeft een uitsluitend punitief karakter terwijl het bestuursrecht dat oorspronkelijk juist niet had. Knigge constateert *'een groot verschil in doel tussen het strafrecht en het bestuursrecht'*.[781] In de loop van de tijd zijn deze drie uitgangspunten veranderd. Het bestuursrecht heeft een inhaalslag gemaakt. De opkomst van de verzorgingsstaat creëerde een behoefte aan rechtsbescherming op niet-strafrechtelijk terrein.[782] Hierbij hoort het ontstaan van een omvangrijk bestuurs(proces)recht, waarin het legaliteitsbeginsel een grote rol speelt. Knigge stelt vast dat het bestuursrecht niet enkel meer het handelen van de administratie regelt, maar ook het handelen van de bestuursrechter.[783] Tegelijkertijd is het OM een veel zelfstandiger positie gaan innemen binnen de magistratuur, en ontstond het opportuniteitsbeginsel. Daarnaast richt het strafrecht zich niet enkel meer tot de strafrechter. Knigge vat het als volgt samen: *'Het strafrecht is niet langer alléén wat de strafrechter doet, het bestuursrecht is méér dan wat de administratie doet.'*[784] Knigge vraagt zich af waarom de bestuurlijke boete niet als onderdeel van het strafrecht wordt gezien. Hartmann en Van Russen Groen stellen dat er geen inhoudelijk onderscheid is tussen 'bestuurlijk onrecht' en 'strafrechtelijk onrecht' en dat de toedeling naar rechtsgebied op pragmatische gronden moet geschieden.[785] Uiteindelijk komen ze tot de conclusie dat het strafrecht en bestuursrecht moeten

[778] Hartmann & Van Russen Groen 1998.
[779] Knigge 2000.
[780] Knigge 2000, p. 85.
[781] Knigge 2000, p. 85.
[782] Knigge 2000, p. 85.
[783] Knigge 2000, p. 85.
[784] Knigge 2000, p. 86.
[785] Hartmann & Van Russen Groen 1998, p. 47.

worden onderscheiden op grond van de sanctieoplegger. Bestuursrechtelijke sancties worden opgelegd door een bestuursorgaan en strafrechtelijke sancties door de rechter.[786]

3.4.2 WET OM-AFDOENING

De strafbeschikking verdient om drie redenen aandacht in dit proefschrift. De strafbeschikking laat zien dat niet alleen het bestraffend bestuursrecht steeds meer op het strafrecht is gaan lijken, maar dat deze ontwikkeling ook andersom plaats vindt; de strafbeschikking is een strafrechtelijk instrument dat sterk op het bestuursrecht lijkt. Daarnaast bevat de strafbeschikking overeenkomsten met het systeem van de *Ordnungswidrigkeiten* in Duitsland, waarmee daar het verbod op illegale tewerkstelling wordt gehandhaafd. Begrip van de strafbeschikking kan daarom de rechtsvergelijking met Duitsland verhelderen. Tot slot was het ombouwen van de bestuurlijke boetes in de Wav naar een strafbeschikking een relatief simpele manier geweest om artikel 9 en 10 van de richtlijn te implementeren.[787] De recent opgetuigde infrastructuur voor bestuursrechtelijke handhaving kan daarbij immers intact blijven. Dit instrument sluit ook aan bij ontwikkelingen in het vreemdelingenrecht. Het inreisverbod, dat voortvloeit uit de Terugkeerrichtlijn,[788] wordt bijvoorbeeld wel met een strafbeschikking gehandhaafd. De Wet OM-afdoening en de strafbeschikking worden hier kort geïntroduceerd en besproken, voor een uitgebreide bespreking zie Kessler en Keulen[789] en Crijns.[790]

De Wet OM-afdoening is op 1 februari 2008 in werking getreden.[791] Op grond van deze wet kan het OM, naast zijn rol als vervolgende instantie, ook zelfstandig sancties opleggen, de zogenaamde strafbeschikking.[792] Deze strafbeschikking moet op termijn de huidige transactiepraktijk vervangen als buitengerechtelijke afdoening.[793] Bij de transactie geeft de officier van justitie een aantal voorwaarden waaronder strafvervolging kan worden voorkomen. Als de verdachte aan deze voorwaarden voldoet dan vervalt het recht tot strafvervolging.[794] Door het vervangen van de transactie door de strafbeschikking is het OM niet langer afhankelijk van actieve instemming van de verdachte voor

---

786 Hartmann & Van Russen Groen 1998, p. 47.
787 Krop, De Lange & Tjebbes 2009.
788 Richtlijn 2008/115/EG, Art. 11.
789 Kessler & Keulen 2008.
790 Crijns 2006.
791 *Stb.* 2008, nr. 4.
792 Teunissen 2007 merkt in een artikel op dat, ondanks dat dit bij de parlementaire behandeling gezegd werd, de OM-afdoening geen 'noviteit' is. Tijdens de Duitse bezetting kende Nederland de zogenaamde 'politionele strafbeschikking'.
793 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 849, nr. 3 p. 1. En *Kamerstukken I* 2005/06, 29 849, nr. C, p. 22.
794 Art. 74, eerste lid, Sr.

buitengerechtelijke afdoening, maar kan er zonder toe- of instemming buitengerechtelijk bestraft worden.

De strafbeschikking kan, net als de transactie, worden opgelegd voor overtredingen en voor misdrijven die met een maximale gevangenisstraf van zes jaar worden bedreigd. [795] Door middel van de strafbeschikking kan een taakstraf van ten hoogste 180 uur, een geldboete, onttrekking aan het verkeer, verplichting tot schadevergoeding en een ontzegging van de rijbevoegdheid opgelegd worden.[796] Daarnaast kan de strafbeschikking aanwijzingen bevatten waaraan de verdachte zich moet houden, waaronder terugbetaling van wederrechtelijk verkregen voordeel.[797] Naast het OM kunnen ook opsporingsambtenaren[798] en 'lichamen of personen, met een publieke taak belast',[799] mits zij zijn aangewezen bij algemene maatregel van bestuur, de bevoegdheid krijgen om een strafbeschikking op te leggen. Dit is een belangrijk aspect van de strafbeschikking omdat derhalve gespecialiseerde bestuursorganen de bevoegdheid kunnen krijgen de strafbeschikking op te leggen. De bestuursorganen staan dan wel onder toezicht van het College van procureurs-generaal en dienen zich te houden aan de door het College uitgevaardigde richtlijn.[800]

Artikel 6 EVRM geeft een ieder het recht om de gegrondheid van zijn vervolging te laten toetsen door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Net als bij de bestuurlijke boete, moet de bestrafte burger zelf in actie komen om dit recht te doen gelden. Bij de bestuurlijke boete moet binnen een termijn van zes weken bezwaar worden gemaakt, bij de Wet OM-afdoening moet de bestrafte binnen veertien dagen verzet doen bij het parket dat in de strafbeschikking vermeld wordt.[801] In het arrest Özturk, waarin de Duitse bestuurlijke boete werd aangemerkt als *criminal charge*, is uitgemaakt dat een bezwaartermijn van twee weken niet wringt met de toegang tot de rechter zoals neergelegd in artikel 6 EVRM.[802]

Mevis constateert dat de strafbeschikking, wanneer slechts bekeken binnen het traditionele strafrechtelijke model, *'niet minder dan een revolutie'* is.[803] De procesverplichting, de verplichting dat de straf wordt opgelegd door een rechter

795 Art. 257a, eerste lid, Sv.
796 Art. 257a, tweede lid, Sv.
797 Art. 257a, derde lid, Sv. De aanwijzingen mogen de vrijheid van godsdienst en staatkundige vrijheden van de verdachte niet beperken.
798 Art. 257b Sv.
799 Art. 257ba Sv.
800 Art. 257ba, derde lid, Sv.
801 Art. 257e, eerste en tweede lid, Sv. Als verzet wordt ingesteld bij het verkeerde parket bestaat er een doorzendplicht.
802 EHRM 21 februari 1984, Özturk, *NJ* 1988/937.
803 Mevis 2004, p. 354.

na een zitting,[804] vormde volgens Mevis *'altijd de grondslag van berechting van strafbare feiten als aangewezen model voor een legitieme oplegging en vooral executie van de straf, ook tegen de wil van de betrokken burger'*.[805] Maar, merkt Mevis op, wanneer men ook de ontwikkeling van de bestuurlijke boete in ogenschouw neemt heeft de strafbeschikking meer het karakter van een *'inhaalslag'*.[806]

De strafbeschikking en de bestuurlijke boete vertonen een aantal overeenkomsten en verschillen. De belangrijkste overeenkomsten zijn de volgende. Het karakter van zowel de bestuurlijke boete als de strafbeschikking is bestraffend. Het oogmerk is het toevoegen van leed. De bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete vindt zijn grondslag altijd in een specifieke wet. De Awb geeft de procedurele regels voor oplegging en voor de beroep- en bezwaarprocedure. De bevoegdheid tot het opleggen van een strafbeschikking vindt zijn grondslag in artikel 27a van het Wetboek van Strafvordering, en kan op basis van een AMvB aan opsporingsambtenaren en bestuursorganen worden geattribueerd. Ook de processuele waarborgen zijn grotendeels in het Wetboek van Strafvordering geregeld. Tevens geeft Sv aan wie er bevoegd is tot het opleggen van de strafbeschikking. Bij de bestuurlijke boete is die bevoegdheid geregeld in de specifieke wet die de bevoegdheid tot het opleggen geeft.

Er bestaat echter ook een aantal belangrijke verschillen tussen de strafbeschikking en de bestuurlijke boete. Hoewel de hoogte van de (maximale) straffen ook per specifieke wet worden geregeld, kan de bestuurlijke boete enkel bestaan uit een kale geldboete. De strafbeschikking kent, zoals eerder beschreven, een breder scala aan op te leggen straffen. Een groot verschil ligt in de procedure die de betrokken burger moet volgen om op te komen tegen de straf. Voor de bestuurlijke boete geldt de standaard bezwaar- en beroepsprocedure uit de Awb. Dat betekent binnen zes weken in beroep bij het bestuursorgaan en daarna eventueel beroep bij de rechtbank en hoger beroep bij de Afdeling (in het geval van een boete op grond van de Wav). De rechter toetst de hoogte van de bestuurlijke boete indringend. Bij de strafbeschikking moet in de regel binnen twee weken verzet aangetekend worden. Hierna volgt de standaard strafrechtelijke procedure, waarbij de rechter een actieve houding aanneemt en de bewijsplicht bij het OM ligt. Twee andere verschillen zijn de consequenties van de strafrechtelijke procedure (aantekening op strafblad, openbaarheid) en de grotere vrijheid van het bestuursorgaan bij gebruik van de bestuurlijke boete. Het bestuursorgaan is dan niet, in tegenstelling tot bij gebruik van de strafbeschikking, gebonden aan een richtlijn en het toezicht van het College van

[804] Knigge 2000 noemt de procesverplichting nog als traditioneel fundament van het strafrecht: *'zonder strafproces geen straf'*.
[805] Mevis 2004, p. 355.
[806] Mevis 2004, p. 355.

procureurs-generaal. Mevis benadrukt dat de strafbeschikking bij verzet uitmondt in een regulier strafproces waarbij alle daarbij behorende waarborgen van toepassing zijn.[807] Saris stelt dat de strafrechter de 'volle toets' van 6 EVRM ten aanzien van de Wav veel ruimer toepast dan de bestuursrechter, en vraagt zich af of de ondergrens van 6 EVRM niet wordt overschreven door de bestuursrechter.[808] Michiels en De Waard stellen op hun beurt dat de ondergrens van 6 EVRM met betrekking tot de evenredigheid lager ligt dan soms wordt aangenomen, zeker bij vastgelegde boetetarieven.[809] Het is de vraag of de 'vollere' strafrechtelijke evenredigheidstoets, die Saris constateert, niet eerder voortkomt uit de nationale strafrechtelijke bepalingen en traditie dan uit een ruimere uitleg van artikel 6 EVRM. Een belangrijke opmerking hierbij is dat bij de strafrechtelijke handhaving van de Wav geen gebruik werd gemaakt van vaste boetetarieven. Dit maakt dat de ondergrens voor de evenredigheidstoets door de rechter afkomstig uit 6 EVRM in dat systeem, wanneer de gedachtegang van Michiels en De Waard wordt gevolgd, hoger ligt dan bij de vaste tarieven van de bestuurlijke boetes,[810] wat een deel van de verschillen in de rechterlijke evenredigheidstoets zou kunnen verklaren.

In lijn met de auteurs die van mening zijn dat de bestuurlijke boete onderdeel van het strafrecht is, speelt die vraag ook andersom: Rogier stelt dat de strafbeschikking eigenlijk gewoon een bestuurlijke boete is,[811] en Mevis vraagt zich dat af.[812] Rogier stelt dat de strafbeschikking kan worden opgelegd door een bestuursorgaan, namelijk de officier van justitie, en derhalve qua aard een bestuurlijke boete is.[813] Wanneer wordt gekeken naar het criterium dat Hartmann en Van Russen Groen aanraden, te weten dat bestuursrechtelijke sancties worden opgelegd door een bestuursorgaan en strafrechtelijke sancties door de rechter, moet de strafbeschikking ook worden gekwalificeerd als een bestuurlijke boete. Naar mijn mening, echter, speelt bij de indeling van bestuurs- en strafrechtelijke sancties de rechtsgang een belangrijke rol. Gezien het feit dat bij de strafbeschikking na verzet een volledig 'normaal' strafproces volgt kan mijn inziens niet gesteld worden dat er eigenlijk sprake is van een bestuurlijke boete.

807 Mevis 2004, p. 357.
808 Saris 2012.
809 Michiels & De Waard 2007.
810 Michiels & De Waard 2007, p. 98.
811 Rogier 2006.
812 Mevis 2004, p. 356.
813 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de discussie over de officier van justitie als bestuursorgaan Van den Biggelaar 1994.

3.4.3 KEUZEMODEL VOOR SANCTIESTELSEL

Parallel aan de opkomst van de bestuurlijke boete,[814] waaronder de Wav-boete, zijn er verschillende pogingen gedaan te komen tot een algemeen en objectief afwegingskader voor de keuze tussen straf- en bestuursrechtelijke handhaving. De vijf rapporten en kabinetsnota's die sinds de jaren negentig hierover zijn verschenen, verschillen onderling behoorlijk. De hiervoor reeds genoemde CTW, die halverwege de jaren negentig de bestuurlijke boete aanprees, formuleerde in haar rapport 'Handhaving door bestuurlijke boeten' een aantal criteria voor wettelijke normen die in aanmerking komen voor handhaving door bestuurlijke boetes.[815] Een wettelijke norm met geringe normatieve lading waarvan overtreding in beginsel geen letsel aan personen of schade aan goederen veroorzaakt en die makkelijk te bewijzen is, leent zich volgens de commissie voor bestuursrechtelijke bestraffing. Bestuursrechtelijke handhaving van de Wav paste dan ook binnen dit kader. Wanneer vrijheidsbenemende of andere ingrijpende dwangmiddelen noodzakelijk zijn ligt strafrechtelijke handhaving voor de hand. Secundaire criteria zijn dat de overtreding zich leent voor vaste afdoeningstarieven,[816] documentatie in verband met recidive niet noodzakelijk is en de overtredingen over het algemeen niet door criminele organisaties worden gepleegd. Het demissionaire kabinet Lubbers III[817] onderschreef de criteria die door de commissie werden aangedragen met betrekking tot de keuze voor handhaving door middel van bestuurlijke dan wel strafrechtelijke sancties.[818] Het kabinet onderscheidde twee categorieën in de primaire criteria: de meer principiële redenen om voor strafrechtelijk optreden te kiezen (de normatieve lading van de overtreding) en de praktische (zowel gelegen in de mogelijkheden van het bestuur om op te treden als in de noodzaak voor het inzetten van dwangmiddelen). Het boetesysteem moest volgens het kabinet zowel *'principieel aanvaardbaar als praktisch uitvoerbaar zijn'*.[819]

In 2000 verschijnt een nieuw rapport, dit maal van de Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving.[820] In dit rapport staat de keuze tussen bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving centraal, maar er wordt ook aandacht besteed aan de keuze tussen de verschillende bestuursrechtelijke mogelijkheden, met name de bestuurlijke boete. De commissie constateert dat het, nog steeds aanwezige, handhavingstekort niet zozeer wordt

814 Boer & Kok 2009, p. 673: in 2009 kon op grond van 60 wetten een bestuurlijke boete worden op gelegd. Hartmann 2011, p. 21 heeft het in 2011 over meer dan 80 wetten.
815 CTW 94/1, hoofdstuk 5.
816 Hierbij doelt de commissie overigens op vaste tarieven die in de wet zijn vastgelegd en niet, zoals bij de Wav, in beleidsregels.
817 Met Aad Kosto als minister van Justitie vanwege het opstappen van Ernst Hirsch Ballin.
818 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 400 VI, nr. 48, p. 8.
819 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 400 VI, nr. 48, p. 9.
820 Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving 1998.

veroorzaakt door een gebrek aan handhavingsmogelijkheden, *'maar dat ze om diverse redenen te weinig en onvoldoende op elkaar afgestemd gebruikt worden'*.[821] De commissie pleitte daarom voor terughoudendheid met betrekking tot de invoer van nieuwe bestuurlijke boetes.[822] Het kabinet onderschreef dat de afstemming beter kan, maar nuanceerde de oproep tot terughoudendheid. Het kabinet wilde de mogelijkheid tot het opleggen van de bestuurlijke boete behouden, omdat het op veel terreinen een zeer effectief handhavingsmiddel kan zijn.[823] Het kabinet maakte van de gelegenheid gebruik om nogmaals de uitgangspunten voor het inzetten van de bestuurlijke boete uiteen te zetten. De twee genoemde uitgangspunten zijn: 1. een geringe normatieve lading en 2. *'een duidelijk omschreven norm die het mogelijk maakt om in de praktijk een vaste gedragslijn te ontwikkelen die een eenvoudige en efficiënte uitvoering waarborgt'*.[824]

In 2005 stuurde de toenmalige minister van Justitie Donner een brief aan de Tweede Kamer over de keuze tussen sanctiestelsels en de betekenis van het Wetsvoorstel OM-afdoening daarvoor.[825] De introductie van de strafbeschikking in de Wet OM-afdoening zorgt er volgens de minister voor dat *'de weging van argumenten die pleiten voor de ene of andere vorm van sanctionering, tot andere resultaten zal kunnen leiden dan thans het geval is'*.[826] Heel globaal stelt de minister dat strafrecht in ieder geval in aanmerking komt als de aard van het strafbare feit, de ernst van de overtreding, de samenhang met andere strafbare feiten of de behoefte aan een 'opsporingsfase' met bijbehorende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden daartoe aanleiding geeft. Bestuursrecht komt in ieder geval in aanmerking indien de overtreding eenvoudig is vast te stellen, er geen behoefte is aan een opsporingsfase met dwangmiddelen en er geen zware straffen nodig zijn. Deze uitgangspunten zijn uitgewerkt in maar liefst zestien 'indicatoren'. In plaats van de beloofde uiteenzetting over de afweging tussen de inzet van de bestuurlijke boete en de strafbeschikking wordt in deze nota het hele keuzestelsel voor bestuurlijke en strafrechtelijke sancties op de schop genomen en veel ingewikkelder gemaakt. Dat dit systeem met indicatoren te ingewikkeld was blijkt wel uit de nota die drie jaar later aan de Tweede Kamer wordt gezonden.[827] In de nieuwe nota komt vrijwel niets terug uit de brief van Donner, behalve datgene uit de brief dat was overgenomen uit het rapport van de CTW.

---

821 Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving 1998, p. 176.
822 Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving 1998, p. 82.
823 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 800 VI, nr. 67, p. 9.
824 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 800 VI, nr. 67, p. 11.
825 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 849, nr. 30.
826 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 849, nr. 30, p. 3.
827 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 69.

In 2008 worden wederom nieuwe criteria geïntroduceerd in een nota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel.[828] In beginsel heeft bestuurlijke bestraffing de voorkeur indien er sprake is van een 'besloten' context.[829] Van een besloten context is sprake wanneer het gaat om een gespecialiseerd bestuursorgaan, dat belast is met de uitvoering van bepaalde wetten en dat zodoende te maken heeft met een afgebakende doelgroep. Ook moet er sprake zijn van 'verbindingen' ter uitvoering van een bepaalde wet,[830] bijvoorbeeld in de vorm van communicatie, vergunningverlening of een toezichtsrelatie.[831] Veel specifieker wordt de nota niet, hoewel de relatie tussen een boswachter en een wandelaar als voorbeeld wordt gegeven van een open context.[832] Ook Blomberg concludeert dat dit onderscheid niet altijd scherp te maken is.[833] Van het uitgangspunt van de 'open' en 'besloten' context moet in drie situaties worden afgeweken (Boer en Kok noemen dit de 'tenzij-condities'):[834]

1. Wanneer de eventuele oplegging van een vrijheidsstraf nodig is.
2. Wanneer ingrijpende onderzoeksbevoegdheden nodig zijn zoals het afluisteren van vertrouwelijke communicatie en infiltratie.
3. Wanneer een bepaalde grens overschreden wordt wat betreft de ernst en de aard van de overtreding. Daarvan is sprake als de overtreding *'een zodanig aanzienlijke inbreuk maakt op de belangen van burgers en bedrijven, of een forse bedreiging vormt voor het integere functioneren van (sectoren binnen) de samenleving, morele afkeuring met strafrechtelijke handhaving niet achterwege kan blijven, dat een reden vormt om* [...] *toch het strafrecht toe te passen'*.[835]

In een 'open' context heeft de strafrechtelijke aanpak echter niet altijd de voorkeur. Bijvoorbeeld in het mededingingsrecht, waar de toezichthouder als hooggespecialiseerd orgaan optreedt als handhaver.[836] De benodigde kennis is bij het OM niet aanwezig, derhalve is de keuze voor een bestuurlijke boete voor de hand liggend. Een tweede uitzondering is de handhaving van overlastbepalingen uit APV's, door middel van de 'Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte'.[837] De wetgever heeft gemeenten de vrijheid willen geven om zelf te kiezen hoe delen van de APV gehandhaafd moeten worden. Voor het

828 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 69.
829 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 69, p. 6.
830 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 69, p. 6.
831 Boer en Kok, p. 673.
832 Wat dan wellicht weer anders is als er betaald is voor de toegang tot een bepaald natuurgebied.
833 Blomberg 2013, p. 133.
834 Boer en Kok, p. 674.
835 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 69, p. 7.
836 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 69, p. 9.
837 *Stb.* 2008, nr. 44.

vervolg is van belang dat bij deze nota de morele afkeuring wordt genoemd als reden om voor het strafrecht te kiezen.

De rode draad van deze nota's, brieven en rapporten is dat de keuze tussen de handhavingsinstrumenten dient te worden gestoeld op drie uitgangspunten. Ten eerste de noodzaak voor de toepassing van verregaande opsporingsbevoegdheden, dwangmiddelen of vrijheidsstraffen die enkel in het strafrecht toepasbaar zijn. Ten tweede het schokken van de rechtsorde. Zeer ernstige delicten met aanzienlijke schade of letsel, recidive of samenhang met andere criminaliteit kunnen een reden zijn voor strafrecht te kiezen. Dit hangt deels samen met de speciale bevoegdheden die aan het strafrecht voorbehouden zijn, maar het heeft ook te maken met morele positie van het strafrecht als *ultimum remedium*, waarmee een morele afkeurenswaardigheid tot uitdrukking komt. Tot slot moet worden overgegaan tot bestuurlijke bestraffing indien een specifiek bestuursorgaan zeer veel specifiek op het terrein toegesneden kennis bezit, die het OM ontbeert.

Het eerste argument, de vrijheidsstraffen en opsporingsbevoegdheden, blijft grotendeels van kracht. Vrijheidsstraffen en bijzondere opsporingsbevoegdheden blijven het domein van het strafrecht. Echter, bestuursorganen hebben in bijzondere wetten steeds vaker ingrijpende toezichts- en opsporingsbevoegdheden gekregen.[838] Zoals ik heb laten zien lijkt het tweede argument om te kiezen voor het strafrecht, het schokken van de rechtsorde, bij economische delicten zoals illegale tewerkstelling steeds meer aan kracht te verliezen. Bij de bespreking van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving, waarbij het strafrecht volledig uit de Wav is verdwenen, is gebleken dat de morele afkeurenswaardigheid van het strafrecht in het geval van de handhaving van de Wav aan betekenis heeft ingeboet, nu *bestuursrechtelijke* bestraffing de morele afkeuringswaardigheid tot uitdrukking brengt door middel van hoge boetes. Door de introductie van de strafbeschikking heeft ook het laatste argument aan kracht ingeboet. De Wet OM-afdoening kan tot gevolg hebben dat het hele derde uitgangspunt met betrekking tot de specialistische kennis die aanwezig is bij bepaalde bestuursorganen vervalt. De redenering die aan dit argument ten grondslag ligt is dat in sommige zaken een specifiek bestuursorgaan beter geschikt is om te handhaven dan het OM, gezien die specialistische kennis die bij dat bestuursorgaan wel aanwezig is en bij het OM niet. Een bestuurlijke boete ligt dan voor de hand. Nu de Wet OM-afdoening de mogelijkheid biedt om zeer gespecialiseerde bestuursorganen een strafrechtelijke sanctie (strafbeschikking) op te laten leggen, is een keuze voor het bestuursrecht op basis van deze redenering niet langer noodzakelijk.[839] Ook ter

[838] Blomberg 2005, p. 409.

[839] Alhoewel na verzet tegen een strafbeschikking de officier van justitie zal moeten optreden als aanklager in de strafzaak.

afwending van een nieuw handhavingstekort in het strafrecht is een bestuurlijke boete niet meer noodzakelijk sinds de invoering van de strafbeschikking, zo stelt Kwakman.[840] Nu het capaciteitsargument is vervallen en ook de morele status van het straf- en bestuursrecht is veranderd, is er volgens sommigen eigenlijk weinig aanleiding meer voor het toepassen van bestuursrecht. Michiels sluit dan ook niet uit dat de bestuurlijke strafbeschikking de bestuurlijke boete op termijn helemaal zal vervangen.[841]

Crijns stelt, onder verwijzing naar de gelijkenis tussen de strafbeschikking en de bestuurlijke boete, dat het strafrecht steeds meer op het bestraffend bestuursrecht gaat lijken.[842] Het gevolg van deze ontwikkeling is, zoals Crijns concludeert, dat er *'ten aanzien van het strafrecht en het bestuursrecht* [...] *niet langer sprake lijkt te zijn van een duidelijk voorrangskeuze, maar veeleer van een open afweging tussen twee min of meer gelijkwaardige instrumenten'*.[843] Ook volgens Hartmann is *'een antwoord op de vraag naar de verhouding tussen beide handhavingsstelsels simpelweg niet te geven'*.[844] Het gevolg daarvan is volgens Hartmann dat er vaak voor een strafrechtelijk én een bestuursrechtelijk handhavingssysteem naast elkaar wordt gekozen. Uit het zojuist in deze paragraaf gegeven overzicht blijkt dat de keuze tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving lastig objectiveerbaar is. Hartmann stelt in zijn oratie dat door de opkomst van het bestraffend bestuursrecht *'het kenmerkende onderscheid tussen beide handhavingsstelsels* [is] *komen te vervallen'*[845] en dat bestuursrechtelijke handhaving in dat opzicht niet meer van strafrechtelijke handhaving verschilt.[846] Hartmann: *'Het huidige beeld is dan ook dat van sterk naar elkaar toegroeiende handhavingsstelsels. Er is met andere woorden sprake van een vergaande convergentie binnen de publiekrechtelijke rechtshandhaving.'*[847] Het is maar de vraag of het bij deze convergentie blijft. Bij de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving heeft het bestuursrecht de rol van het strafrecht overgenomen, zo zal blijken uit de volgende paragraaf.

3.5 ONTWIKKELINGEN IN DE HANDHAVING VAN DE WAV EN DE VERHOUDING TUSSEN STRAF- EN BESTUURSRECHTELIJKE HANDHAVING

Ten aanzien van de handhaving van de Wav is er niet enkel sprake van een convergentie, waarbij sprake is van twee gelijkwaardige sanctiesystemen, zoals

840 Kwakman 2006, p. 14.
841 Michiels 2009, p. 288.
842 Crijns 2010, p. 17.
843 Crijns 2010, p. 18.
844 Zoals het B-model van de CTW 94/1, Hartmann 2011, p. 35.
845 Hartmann 2011, p. 9.
846 Hartmann 2011, p. 9.
847 Hartmann 2011, p. 31.

Crijns en Hartmann constateren. De convergentie, en de bijbehorende nevenschikking tussen het straf- en bestuursrecht, heeft zich ten aanzien van de handhaving van de Wav intussen zelfs tot en nieuwe rangorde ontwikkeld. Het bestuursrecht heeft de rol van zwaarste middel overgenomen van het strafrecht. Een belangrijke aanwijzing hiervoor is Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving. Deze wet heeft de laatste verwijzing naar het strafrecht (bij herhaalde recidive) geschrapt uit de Wav en ook de strafrechtelijke mogelijkheid tot stillegging naar het bestuursrecht overgebracht. Nu passen die wijzigingen binnen de opkomst van de bestuurlijke handhaving in de afgelopen jaren, maar het is met name de argumentatie van het kabinet die deze wijziging interessant maakt. Het kabinet is van mening dat de strafrechtelijke sancties bij herhaalde recidive te laag zijn. De bedoeling van de oorspronkelijke regeling was om overtreders die het wel heel bont maken, en bij wie de bestuurlijke boetes kennelijk niet voldoende waren om de overtredingen te laten stoppen, door middel van het strafrecht tot inkeer te brengen. Het kabinet constateert dat de strafrechtelijke sancties bij herhaalde recidive echter lager liggen dan bij de bestuursrechtelijke bestraffing van de eerste twee overtredingen. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het kabinet morele afkeurenswaardigheid tot uitdrukking wil brengen.[848] De morele afkeurenswaardigheid van een overtreding werd tot op heden gezien als een reden om voor strafrechtelijke handhaving te kiezen. In de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving is dit uitgangspunt verlaten. In plaats van een discussie over de evenredigheid van de bestuurlijke boete en strafrechtelijke sancties is direct gekozen voor het schrappen van de strafrechtelijke sancties en het verhogen van de bestuursrechtelijke sancties, ondanks stevige kritiek van de Raad van State. Het strafrecht wordt door het kabinet gezien als te *soft* en inflexibel. Dat is ook de reden dat de preventieve sluitingsbevoegdheid in het bestuursrecht is geïntroduceerd. In 2009 gaf toenmalig minister van Justitie Donner aan dat de procedures en waarborgen in het strafrecht een effectieve toepassing van dit instrument onmogelijk maakten en dat moest worden gestudeerd op een bestuursrechtelijke variant.[849] Een deel van de verschillen tussen straf- en bestuursrechtelijke handhaving is te verklaren door de rol van de rechter die, ten aanzien van de beoordeling van Wav overtredingen, in het strafrecht het evenredigheidsbeginsel uit 6 EVRM veel ruimer uitlegt dan in het bestuursrecht, zoals uit het onderzoek van Saris blijkt. De actievere rol van de rechter in het strafrecht maken de inzet ervan onaantrekkelijk voor de wetgever. Snel, effectief en hard optreden, het devies van de huidige handhaving, kan beter bereikt worden door gebruik te maken van bestuurlijke boetes dan van het strafrecht.

---

[848] *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 3.
[849] *Kamerstukken II*, 2008/09, 17 050, nr. 389, p. 15.

Door deze nieuwe verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties wordt toepassing van het keuzemodel voor sancties nog lastiger. De drie overwegingen die ten grondslag lagen aan het keuzemodel gaan niet langer op.

3.6 CONCLUSIE

De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling is sinds de invoering van de Wav in 1995 aan grote veranderingen onderhevig geweest. Tot 2005 vond de handhaving strafrechtelijk plaats, via de Wav en de Wed of soms via het in 1994 ingevoerde artikel 197b Sr. Tijdens die eerste jaren van het bestaan van de Wav begon de bestuurlijke boete zijn opmars, gestimuleerd door het rapport 'Handhaving door bestuurlijke boeten' van de CTW.[850] Dit leidt ertoe dat in 2005 de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen ingevoerd wordt. Door middel van deze wet wordt de handhaving vrijwel geheel (op herhaalde recidive na) naar het bestuursrecht overgeheveld. De boetes worden ingevoerd om de handhaving te kunnen intensiveren. De doorlooptijden moeten korter en de straffen moeten omhoog. Het wetgevingstraject laat zien dat de keuze voor bestuurlijke boete is ingegeven door onvrede met de efficiëntie en hoogte van de strafrechtelijke vervolging. De keuze van de Europese wetgever, die in de Werkgeverssanctierichtlijn onder bepaalde omstandigheden strafrechtelijke sancties voorschrijft, is op een strikt formele wijze geïmplementeerd waardoor de nationale handhavingssystematiek in stand kan blijven. Nederland voldoet wellicht niet aan de formele eisen van de richtlijn, maar voldoet wel aan de voorwaarden die volgens het voorbereidend rapport van de richtlijn het belangrijkste zijn voor een succesvolle handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling: het beschikbaar stellen van capaciteit voor, en verlening van prioriteit aan, de handhaving.

In 2013 krijgt de onvrede met het strafrecht een vervolg en wordt ook de laatste verwijzing naar de Wet economische delicten (bij herhaalde recidive) geschrapt uit de Wav. De strafrechtelijke sancties die in het kader van de Wed worden opgelegd bij herhaalde recidive zijn volgens het kabinet te laag en worden overgeheveld naar het bestuursrecht. Ook de strafrechtelijke sluitingsbevoegdheid is volgens de minister onvoldoende toegepast en wordt onder direct, bestuursrechtelijk, bereik van de minister van SZW gebracht. De handhaving moet strikter en harder om de morele afkeuringswaardigheid van overtredingen te benadrukken. Artikel 197b Sr leidt ondertussen een troosteloos bestaan en dient eigenlijk alleen nog maar voor de formele implementatie van artikel 9 en 10 van de richtlijn, die strafrechtelijke vervolging van natuurlijke personen eisen. Naar mijn mening heeft Nederland deze voorschriften van de

[850] CTW 94/1.

richtlijn op deze wijze onvoldoende geïmplementeerd. Nederland voldoet echter wel aan de ratio achter de Werkgeverssanctierichtlijn: streng optreden tegen illegale tewerkstelling. Hoewel Nederland de eisen uit artikel 9 en 10 van de richtlijn niet juist heeft geïmplementeerd, wordt dus wel voldaan aan de doelstelling van de richtlijn.

De opkomst van de bestuurlijke boete en de introductie van de strafbeschikking leiden ertoe dat het onderscheid tussen de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties steeds onduidelijker wordt. De door de CTW veronderstelde morele lading van het toepassen van strafrecht is verdwenen. Het kabinet wil nog steeds de burgers en werkgevers ervan doordringen dat illegale tewerkstelling 'fout' is, maar hiervoor wordt niet langer automatisch het strafrecht ingezet. Slechts het verscherpen van toezicht en het verhogen van boetes wordt nog gezien als blijk van morele afkeurenswaardigheid, iets dat makkelijker te bereiken is via het bestuursrecht dan via het strafrecht.[851] Dit leidt ertoe dat de status van morele afkeuringswaardigheid die het strafrecht, als *ultimum remedium*,[852] traditioneel heeft, verloren gaat. De veronderstelling die aan het *ultimum remedium* beginsel ten grondslag ligt, namelijk dat het bestuursrecht minder ingrijpend zou zijn dan het strafrecht, gaat niet altijd meer op.[853] Op basis van de ontwikkeling van een overtreding als de Wav kan zelfs gezegd worden dat de bestuurlijke boete het strafrecht van de troon heeft gestoten als zwaarste middel. Morele afkeuringswaardigheid wordt dan ook niet langer verbonden aan het strafrecht. Door versnipperde vervolging, vele waarborgen voor het individu en ruimere toetsing aan het evenredigheids-beginsel en artikel 6 EVRM door de strafrechter wordt het strafrecht door het kabinet niet langer als het zwaarste en uiterste middel gezien.

Een aantal auteurs,[854] waaronder de auteur van dit proefschrift, is van mening dat de toepassing van de Beleidsregel boeteoplegging wet arbeid vreemdelingen onevenredig kan uitpakken. Zoals blijkt uit paragraaf 3.3.6 en 3.3.7 gaat de bestuursrechter anders om met de evenredigheidstoets dan de strafrechter. De intensiteit van de evenredigheidstoets van de Afdeling was, naar mijn mening, zeker gedurende de eerste jaren onvoldoende om onevenredige uitkomsten in individuele gevallen te voorkomen.[855] Recentelijk lijkt de Afdeling meer afstand te nemen van de beleidsregels en een meer zelfstandige evenredigheidstoets toe te passen.[856] Deze meer onafhankelijke benadering is belangrijk gelet op het feit dat er geen evenredigheidstoets door de minister

[851] *Kamerstukken II,* 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 3. Zie ook par. 3.5 van dit hoofdstuk.
[852] Crijns 2010.
[853] Crijns 2010.
[854] Zie het overzicht in par. 3.3.7 van dit hoofdstuk.
[855] Zie het overzicht in par. 3.3.7 van dit hoofdstuk en met name Tjebbes 2008.
[856] Zie par. 3.3.3.2 van dit hoofdstuk.

heeft plaatsgevonden bij het vaststellen van de meest recente beleidsregels, de Beleidsregel boeteoplegging wet arbeid vreemdelingen 2013.

HOOFDSTUK 4 – Gemeentelijke handhaving

4.1 INLEIDING

Op grond van de richtlijn zijn lidstaten verplicht tot het nemen van de nodige maatregelen die het mogelijk maken om, indien nodig en gerechtvaardigd door de inbreuk, vergunningen voor de bedrijfsactiviteiten in kwestie tijdelijk of definitief in te trekken bij een overtreding zoals bedoeld in artikel 3 van de Werkgeverssanctierichtlijn, of bedrijfsvestigingen die gebruikt zijn voor de inbreuk tijdelijk of definitief te sluiten.[857] Nederland kende tot 1 januari 2013 een strafrechtelijke sluitingsbevoegdheid die bij vervolging via de Wed kon worden opgelegd als bijkomende straf. De strafrechtelijke bevoegdheid bleek in de praktijk niet gebruikt te worden.[858] Daarnaast bestaat er voor de burgemeester een mogelijkheid om (tijdelijk) bedrijven te sluiten wegens illegale tewerkstelling, op grond van de Algemene Plaatselijke Verordening (APV) of de op grond van overtreding van de vergunningsvoorschriften. Bij aanvang van dit onderzoek was het doel van dit hoofdstuk om in kaart te brengen in hoeverre de strafrechtelijke sluitingsbevoegdheid in combinatie met de gemeentelijke handhavingsmogelijkheden voldoende was om aan de verplichtingen van de richtlijn te voldoen. In de oorspronkelijke onderzoeksopzet waren niet alleen de juridische mogelijkheden van belang, maar ook de daadwerkelijke handhaving in de gemeenten. De gemeenteraden zijn vrij om bepalingen hierover in de APV of in de vergunningsvoorschriften op te nemen, zolang deze maar betrekking hebben op het doel van de vergunning. Dit betekent dat het beleid en de handhavingspraktijk per gemeente kan verschillen. Om een beeld te krijgen van de gemeentelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling zijn in dit hoofdstuk de juridische mogelijkheden van gemeentelijk optreden bij overtredingen van het verbod op illegale tewerkstelling in kaart gebracht én is de daadwerkelijke handhavingspraktijk geanalyseerd. Dit is gedaan op basis van een onderzoek naar de handhavingspraktijk in tien Nederlandse gemeenten. De reden hiervoor is het decentrale karakter van de handhaving. Anders dan bij de handhaving door de Inspectie SZW, die centraal aangestuurd wordt vanuit het Ministerie van SZW, kan elke gemeente eigen keuzes maken bij het creëren en gebruiken van bevoegdheden om op te treden tegen illegale tewerkstelling. Dit kan leiden tot verschillen in de uitvoering per gemeente.

Deze onderzoeksvraag is echter achterhaald door de werkelijkheid. Op 1 januari 2013 is de preventieve stillegging in de Wav opgenomen. De preventieve stillegging is een algemene bestuursrechtelijke bevoegdheid waarmee

[857] Art. 7, aanhef en eerste lid, sub d, Richtlijn 2009/52/EG.
[858] Siesling & Pranger, 2009, p. 27.

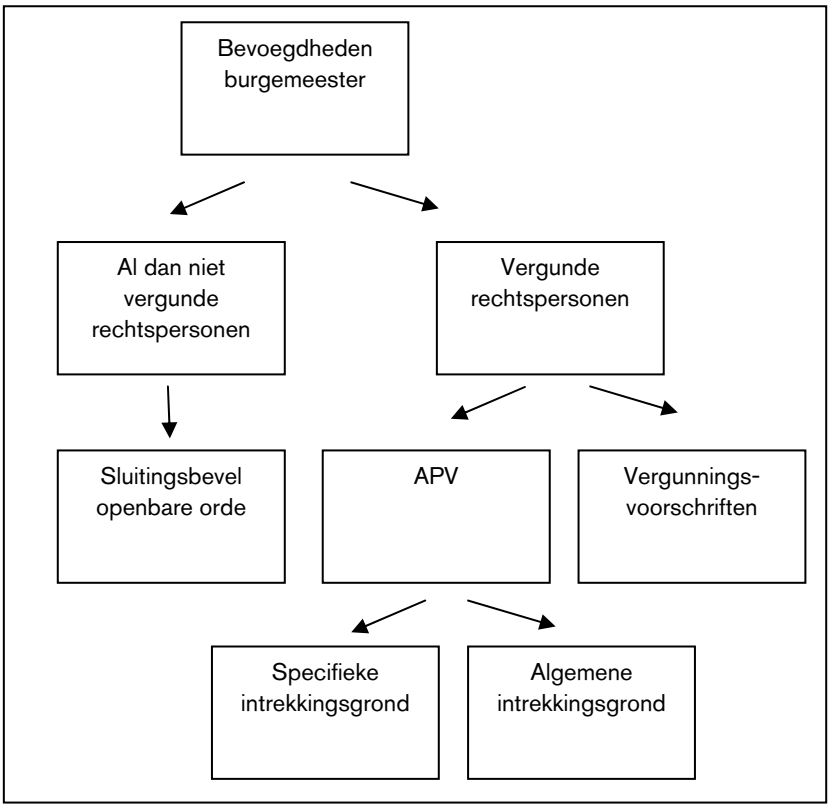
zowel vergunde als niet-vergunde bedrijven stil gelegd kunnen worden. Hiermee voldoet Nederland in principe aan de verplichtingen van de richtlijn.[859] Echter, het onderzoek naar gemeentelijke handhaving heeft zijn waarde voor dit proefschrift behouden nu uit het onderzoek blijkt dat de praktijk van de gemeentelijke handhaving enige parallellen vertoont met de handhaving op lidstaatniveau. Bij de gemeentelijke handhaving is, net als op lidstaatniveau, zoals uit de conclusie van dit proefschrift zal blijken, het beschikbaar stellen van capaciteit voor en prioriteit aan de handhaving erg belangrijk voor het niveau van de handhaving. De invoering van de preventieve stillegging in Nederland is gebaseerd op onvrede over de bestaande strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sluitingsbevoegdheden, hoewel over de toepassing van de bestuursrechtelijke bevoegdheden op gemeentelijke niveau geen informatie was. Met dit onderzoek wordt daarin alsnog voorzien. De gemeentelijke handhaving is grotendeels beperkt tot gevallen waarin een bedrijf afhankelijk is van een exploitatievergunning. Een systeem van exploitatievergunningen kan worden ingesteld ter regulering van bepaalde branches waarbij er sprake is van enige vorm van overlast. Hierbij moet voornamelijk worden gedacht aan prostitutie, gokhallen, horeca etc. Ter bescherming van het woon- en leefklimaat of ter handhaving van de openbare orde kan de gemeente een dergelijke branche vergunningsplichtig maken. De vergunning kan in dat geval worden ingetrokken bij een overtreding door de vergunninghouder.[860] Dit kan via meer algemeen geformuleerde intrekkingsgronden of specifiek op de Wav toegesneden intrekkingsgronden in de APV of in de vergunningsvoorschriften. Daarnaast beschikt de burgemeester over de mogelijkheid om op basis van de Gemeentewet een sluitingsbevel uit te vaardigen bij verstoring van de openbare orde.[861] Dit hoofdstuk begint met een beschrijving van het juridisch kader van gemeentelijk optreden tegen illegale tewerkstelling van vreemdelingen. Daarna volgen de uitkomsten van het veldonderzoek naar de praktijk van de gemeentelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. De methodologie en de uitwerking van de uitkomsten van het veldonderzoek zijn opgenomen in bijlage 1.

4.2 JURIDISCH KADER GEMEENTELIJKE HANDHAVING

Gemeentelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling kan op twee manieren plaatsvinden. Dit kan door de intrekking van een verleende exploitatievergunning of door het uitvaardigen van een sluitingsbevel. De intrekking van de vergunning kan langs twee wegen. De handhaving kan plaatsvinden op basis van een eventuele vergunning van het bedrijf in kwestie of kan worden

[859] Zie par. 3.3.3 van hoofdstuk 3. Hierbij moet worden opgemerkt dat de richtlijn lidstaten verplicht tot intrekking *of* sluiting.
[860] Zie ook Damen, 2009, p. 670.
[861] De betreffende APV bepalingen zijn een uitwerking van art. 174, derde lid, Gemeentewet.

gebaseerd op verstoring van de openbare orde. Bij een bedrijf dat afhankelijk is van een exploitatievergunning kan onder bepaalde voorwaarden de vergunning door de burgemeester al dan niet tijdelijk worden ingetrokken. Hiervoor bestaan twee wegen: 1. de APV kan een meer algemeen geformuleerde bepaling[862] bevatten op basis waarvan de vergunning tijdelijk of definitief kan worden ingetrokken, waar overtreding van de Wav onder valt of 2. in de vergunningsvoorschriften is een tijdelijke of definitieve intrekking voorzien in het geval van illegale tewerkstelling. Bij een sluitingsbevel op grond van de openbare orde is de aanwezigheid van vergunningen niet van belang. Bij beide wegen (exploitatievergunning en het sluitingsbevel) is het de burgemeester die bevoegd is om op te treden.



Tabel 4.1: Overzicht van de handhavingsmogelijkheden van de burgemeester.

In deze paragraaf komt eerst de intrekking van de vergunning aan de orde. Daarna wordt het sluitingsbevel op basis van de openbare orde. Vervolgens

[862] Die dus betrekking heeft op meer gedragingen dan enkel overtreding van de Wav.

komt de mogelijke cumulatie van sancties aan de orde. Hier wordt besproken op welke wijze sluiting kan samengaan met eventuele bestuurlijke boetes of strafrechtelijke vervolging.

4.2.1 INTREKKEN BEGUNSTIGENDE VERGUNNING

4.2.1.1 GRONDSLAG

De Awb bevat geen regeling met betrekking tot het intrekken van vergunningen.[863] Hoofdstuk 5 van de Awb moet echter analoog worden toegepast. De sleutelbegrippen voor toepassing van hoofdstuk 5 zijn de 'overtreding' en de 'bestuurlijke sanctie'.[864] Een overtreding is een *'een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift'*.[865] Een bestuurlijke sanctie is *'een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak'*.[866] Hieruit volgt dat het intrekken van een begunstigende beschikking (de vergunning) enkel als sanctie aan te merken is wanneer dit een reactie is op een overtreding.[867] Het zonder vergunning tewerkstellen van vreemdelingen is een overtreding van artikel 2 Wav. De intrekking wegens illegale tewerkstelling is derhalve een sanctie.

Niet alleen de gedraging moet bij of krachtens enig wettelijk voorschrift zijn verboden, ook de bevoegdheid om een bestraffende sanctie op te leggen moet in beginsel bij of krachtens de wet verleend zijn.[868] Dit is het gevolg van het legaliteitsbeginsel dat voor bestraffende sancties voortvloeit uit artikel 7 EVRM en artikel 15 IVBPR. Hoewel de bepaling in de Awb ruimer is geformuleerd (de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie moet krachtens artikel 5:4, eerste lid Awb bij of krachtens de wet zijn verleend. Onder bestuurlijke sancties vallen zowel bestraffende als herstellende sancties) is voor de intrekking van een begunstigende beschikking evenwel niet altijd een wettelijke grondslag vereist. Volgens Michiels & Muller is de noodzaak van een wettelijke grondslag afhankelijk van de interpretatie van de wet waarin de bevoegdheid tot intrekking is neergelegd.[869] Rogier is van mening dat een wettelijke grondslag echter altijd noodzakelijk is voor het intrekken van een begunstigende beschikking.[870] In de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt geregeld dat voor het intrekken of schorsen van een beschikking de bevoegdheid uitdrukkelijk geregeld moet worden. De gronden voor intrekking moeten in de

[863] Rogier 2006, p. 62.
[864] Art. 5:1 Awb (overtreding) en Art. 5:2 Awb (sanctie).
[865] Art. 5:1 Awb.
[866] Art. 5:2, tweede lid, onder a, Awb.
[867] Rogier 2006, p. 62.
[868] Art. 5:4 Awb.
[869] Michiels & Muller 2006, p. 63.
[870] Rogier 2006, p. 56.

regeling worden gespecificeerd.[871] Het karakter van intrekking van een begunstigende beschikking is evenwel niet altijd even duidelijk, zoals zal blijken uit paragraaf 4.2.5.1. Het (tijdelijk) intrekken (of wijzigen) van een vergunning wegens tewerkstelling in strijd met het bepaalde in de Wav kan via twee wegen, te weten de Algemene Plaatselijke Verordening (APV) en de vergunningsvoorschriften. Beide wegen worden hierna besproken.

4.2.1.2 ALGEMENE PLAATSELIJKE VERORDENING

De APV-route kent twee varianten. Ten eerste kan de gemeenteraad in de APV in het geval van een exploitatievergunning (zie paragraaf 4.2.2.1) opnemen dat het overtreden van de Wav een grond voor het intrekken van de vergunning is. Dit is een specifieke intrekkingsgrond. De APV, gebaseerd op de Gemeentewet,[872] is hiervoor volgens de Afdeling voldoende grondslag, mits de regel die in de APV vervat is voldoende duidelijk en niet voor meerdere uitleg vatbaar is.[873]

De tweede mogelijkheid is om een meer algemeen geformuleerde intrekkingsgrond in de APV op te nemen die onder meer overtreding van de Wav omvat. Een voorbeeld van deze variant is de APV van Rotterdam waarin staat opgenomen dat een exploitatievergunning voor een seksinrichting wordt geweigerd dan wel ingetrokken indien '*de exploitant of de beheerder in enig opzicht van slecht levensgedrag is*.'[874] Bovendien kan de burgemeester de exploitatievergunning geheel of gedeeltelijk weigeren, tijdelijk of voor onbepaalde tijd geheel of gedeeltelijk intrekken of wijzingen indien;[875] naar zijn oordeel *'de openbare orde gevaar loopt of het woon- of leefklimaat in de omgeving* [...] *nadelig wordt beïnvloed'*.[876] In deze gevallen hanteert de gemeente meer algemene intrekkingsgronden zoals het 'van slecht levensgedrag zijn' of 'verstoring van het woon- en leefklimaat of de openbare orde'. Een overtreding van de Wav kwalificeert in dat geval als 'slecht levensgedrag' of verstoring van de openbare orde.[877]

4.2.1.3 VERGUNNINGSVOORSCHRIFTEN

Naast de mogelijkheid van specifieke of meer algemene bepalingen in de APV op grond waarvan een vergunning kan worden ingetrokken bij overtreding van de Wav, is het ook mogelijk om vooraf voorschriften aan de vergunning te ver-

---

871 Aanwijzingen voor de regelgeving, Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992, *Stcrt.* 1992, 230 zoals gewijzigd. Zie Aanwijzing 140 jo. Aanwijzing 141.

872 Art. 147, eerste lid, jo. Art 149 Gemeentewet.

873 ABRvS 23 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD0371.

874 Art. 2.3.6, eerste lid, onder e, APV Rotterdam.

875 Art. 2.3.6, tweede lid, APV Rotterdam.

876 Art. 2.3.6, tweede lid, onder a, APV Rotterdam.

877 Zie voor de toepassing van deze constructie: ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8487, *AB* 2007, 135 m.nt. Vermeer. Zie voor het openbare orde aspect van deze zaak par. 4.2.3.1 van dit hoofdstuk.

binden. Onder deze voorschriften kan worden opgenomen dat overtreding van de Wav door de begunstigde reden is de vergunning in te trekken. De mogelijkheid om voorschriften aan de vergunning te verbinden behoeft geen wettelijke grondslag zolang de voorschriften binnen de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan vallen.[878] Bovendien moeten de voorschriften *'redelijkerwijs nodig zijn in verband met het doel van de regeling'*.[879] Derhalve kunnen niet bij elke soort vergunning eisen ten aanzien van illegale tewerkstelling worden gesteld. Het intrekken van een vergunning wegens overtreding van het verbod op illegale tewerkstelling, stuit op het specialiteitsbeginsel, wanneer het voorkomen van illegale tewerkstelling niet onder het doel van de vergunningsplicht geschaard kan worden.[880] In de gepubliceerde jurisprudentie zijn geen zaken aanwezig waarin deze grond is toegepast.

4.2.2 AFHANKELIJKHEID VAN VERGUNNING

Om een vergunning te kunnen intrekken (via de APV of de vergunningsvoorschriften) is het uiteraard noodzakelijk dat het bedrijf afhankelijk is van een vergunning. Daarnaast dient die vergunning te kunnen worden ingetrokken. Daarnaast moet het bedrijf afhankelijk zijn van een vergunning die kan worden ingetrokken in het geval van illegale tewerkstelling. Artikel 149 Gemeentewet verleent de gemeenteraad een ruime bevoegdheid verordeningen vast te stellen die hij in het belang van de gemeente nodig acht. In deze verordeningen kunnen vergunningstelsels worden opgenomen. De verordenende bevoegdheid op grond van artikel 149 Gemeentewet is echter beperkt door de 'beneden'- en 'bovengrens'.[881] De benedengrens ziet op de *'openbare of publieke sfeer waarbinnen de gemeentelijke overheid haar taak en doel vindt'*.[882] Wanneer de gemeente zich mengt in de niet-publieke sfeer is de ondergrens overschreden. Hiervan is sprake wanneer verordeningen zo ruim zijn geformuleerd dat het gebod of verbod ook ziet op de niet-publieke sfeer. Het klassieke arrest over de Wilnisser visser is hiervan een voorbeeld.[883] Het verbod om op zondag te vissen was zo algemeen geformuleerd dat het ook betrekking had op vissen in de vissenkom in de huiskamer met de gordijnen dicht. Hiermee mengde de gemeente zich in de niet-publieke sfeer. De bovengrens ziet op compatibiliteit met hogere wetgeving op hetzelfde gebied. Een voorbeeld hiervan is een gemeentelijke verordening met betrekking tot de sociaal-hygiënische kanten van het verstrekken van alcoholhoudende dranken. Aangezien dit onderwerp in de Drank- en Horecawet

878 Schlössels 2010, p. 258.
879 Schlössels 2010, p. 258.
880 Zie par. 4.2.2.1 van dit hoofdstuk.
881 Brouwer & Schilder 2004.
882 Dölle & Elzinga 2004.
883 HR 13 februari 1922, NJ 1922, 473 (*Wilnisser visser*).

is geregeld is er geen ruimte voor regeling in een gemeentelijke verordening.[884] De gemeente kan wel een verordening opstellen ten aanzien van horeca inrichtingen met een ander motief dan de Drank- en Horecawet, bijvoorbeeld handhaving van de openbare orde of een goed woon- en leefklimaat.[885]

4.2.2.1 EXPLOITATIEVERGUNNING

Het soort vergunning dat kan worden ingetrokken in het geval van illegale tewerkstelling is de exploitatievergunning. Aan een exploitatievergunning kunnen voorschriften worden verbonden op het gebied van overlast, openingstijden, openbare orde etc. Voor opleggen van een exploitatievergunningplicht en het intrekken van de exploitatievergunning is een wettelijke grondslag nodig die gevonden kan worden in de algemene verordenende bevoegdheid van de gemeenteraad van artikel 149 Gemeentewet. Artikel 151a van de Gemeentewet bevat een specifieke grondslag voor voorschriften met betrekking tot seksinrichtingen.[886] Op grond van deze bepalingen kunnen seksinrichtingen en horecabedrijven afhankelijk worden gemaakt van een exploitatievergunning.

In andere sectoren zoals de land- en tuinbouw, schoonmaakbranche en de bouw is het voor de burgemeester lastiger om op te treden omdat bedrijven in deze branche niet afhankelijk gemaakt kunnen worden van exploitatievergunningen. Dergelijke bedrijven hebben immers niet te maken met bijvoorbeeld openingstijden of openbare orde aspecten: *'Eigenlijk zou je als gemeente ook wat willen kunnen doen tegen niet vergunningplichtige ondernemingen. We hebben de laatste tijd veel gecontroleerd bij bakkerijen. Daar werken dan 's nachts Bulgaren tegen een hongerloontje. Die bakkerij is niet vergunningplichtig dus daar kan je als gemeente eigenlijk niets tegen doen'*, zo merkt één van de geïnterviewden in mijn onderzoek op.[887] Bedrijven kunnen wel afhankelijk zijn van andere vergunningen, en bijvoorbeeld een omgevings- of milieuvergunning nodig hebben, echter het specialiteitsbeginsel brengt met zich dat deze vergunning niet mag worden ingetrokken in het geval van illegale tewerkstelling.[888] Het specialiteitsbeginsel houdt in dat een bestuursorgaan een bepaalde wettelijke bevoegdheid slechts mag toepassen op het daarvoor bestemde terrein en *'bijgevolg niet mag dienen tot het bereiken van daarbuiten gelegen doeleinden'*.[889] De bevoegdheid mag enkel worden aangewend voor de doelen die de wetgever bij het creëren van de bevoegdheid voor ogen had.[890] Het toepassen van een bevoegdheid buiten deze door het specialiteitsbeginsel

[884] Merkx 2006, p. 438.
[885] Merkx 2006, p. 453.
[886] Zie uitgebreid Ruigrok 2012, p. 282.
[887] Interview gemeente J.
[888] Schössels en Zijlstra 2010, p. 399.
[889] Schlössels 1998, p. 139.
[890] Schlössels 1998, p. 139.

aangeven grenzen is niet toegestaan.[891] Het specifieke doel van omgevings- of milieuvergunningen heeft niets te maken met illegale tewerkstelling. Het is daarom ongeoorloofd om in dergelijke vergunningen voorschriften ten aanzien van illegale tewerkstelling op te nemen.

Uit de jurisprudentie ten aanzien van gemeentelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling blijkt dat de meeste gemeenten een overtreding van de Wav expliciet hebben opgenomen in de APV als intrekkingsgrond voor een vergunning.[892] Een klein aantal andere gemeenten gebruikt meer algemene vergunnings- dan wel APV voorschriften.[893] Overtreding van de Wav wordt dan niet expliciet genoemd. In de gepubliceerde jurisprudentie zijn geen zaken te vinden waarbij de vergunning is ingetrokken op basis van overtreding van vergunningsvoorschriften inzake de Wav.

4.2.3 SLUITINGSBEVEL

Naast de zojuist besproken mogelijkheden om op te treden tegen bedrijven die afhankelijk zijn van een exploitatievergunning kan de burgemeester ook via het toezicht op de openbare orde optreden tegen illegale tewerkstelling.[894] Afhankelijkheid van een exploitatievergunning is hiervoor niet relevant. De Gemeentewet geeft de burgemeester de taak toezicht te houden op voor het publiek openstaande gebouwen.[895] Ter uitvoering van dit toezicht kan de burgemeester bij acute dreiging bevelen geven op basis van artikel 175, tweede lid, Gemeentewet.[896] Voor minder acute dreigingen kan de gemeenteraad, op grond van artikel 174, derde lid, Gemeentewet verordeningen vaststellen met betrekking tot toezicht op voor het publiek openstaande gebouwen. De burgemeester is belast met het uitvoeren van deze verordeningen. Op grond van dergelijke verordeningen (meestal de APV) kan de burgemeester in het belang van de openbare orde, gezondheid of veiligheid (afhankelijk van de formulering in de APV) de, al dan niet tijdelijke, sluiting bevelen van de openbare gebouwen.[897] Ten aanzien van illegale tewerkstelling kan de openbare-orde grond worden gebruikt.[898] Deze

---

891 Schlössels 1998, p. 139. Dit verbod is neergelegd in Art. 3.3 Awb. Zie uitgebreid Schlössels 1998, hoofdstuk 5.

892 Slechts twee van de veertien in de gepubliceerde rechtspraak voorkomende gemeenten gebruiken een andere grondslag.

893 Slechts twee van de veertien in de gepubliceerde rechtspraak voorkomende gemeenten, te weten: Eindhoven en Rotterdam. Rotterdam gebruikt, blijkens de jurisprudentie, beide mogelijkheden.

894 Zie voor de discussie over het specialiteitsbeginsel en de openbare orde aspecten van illegale tewerkstelling par. 4.2.3.1 van dit hoofdstuk.

895 Art. 174, eerste lid, Gemeentewet.

896 Van de Griend 2003, p. 33.

897 Van de Griend 2003, p. 33.

898 Zie bijvoorbeeld ABRvS 1 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB0791, *AB*, 2008, 27 m.nt. Brouwer en Vermeer.

bevoegdheid kan gezien de grondslag alleen worden gebruikt ten aanzien van voor het publiek openstaande gebouwen. Daarbij gaat het om ruimtes waar een ieder zich kan aansluiten bij een bijeenkomst van mensen.[899] Met betrekking tot de Wav moet dan voornamelijk worden gedacht aan horeca en seksinrichtingen. Ruigrok stelt dat er weinig gebruik wordt gemaakt van de bevelsbevoegdheid op grond van artikel 174, tweede lid, van de Gemeentewet. Ze wijt dit aan de de overlappende bevoegdheden om plaatsen te sluiten op basis van de APV (zojuist besproken) en de Opiumwet.[900]

4.2.3.1 OPENBARE ORDE

Optreden op grond van de bescherming van de openbare orde is slechts geoorloofd indien er sprake is van een directie of indirecte beïnvloeding van de openbare orde. Ondanks aanzienlijke kritiek in de wetenschappelijke literatuur neemt de Afdeling beïnvloeding van de openbare orde snel aan.[901] Het tewerkstellen van een (legaal verblijvende) Chinese keukenhulp zonder geldige tewerkstellingsvergunning levert volgens de Afdeling al gevaar op voor de openbare orde.[902] De Afdeling motiveert deze bijzondere stellingname niet, ze overweegt slechts: *'voorts is de Afdeling met de rechtbank van oordeel dat de genoemde overtredingen een inbreuk vormden op de openbare orde'*.[903] De overweging waarmee de rechtbank stelt dat er sprake is van een inbreuk op de openbare orde is zeer stellig: *'Overtreding van dit wettelijk voorschrift* [art. 2 Wav] *vormt naar het oordeel van de rechtbank per definitie een inbreuk op de openbare orde.'*[904] De Afdeling bevestigt deze lijn in haar uitspraak van 1 augustus 2007.[905] Beide uitspraken zijn van een noot voorzien door Vermeer die uitvoerig ingaat op het leerstuk van de openbare orde en beide malen overtuigend concludeert dat in onderhavige gevallen de openbare orde niet in het geding was of dreigde te komen.[906] Kortmann is van mening dat de Afdeling in deze uitspraak drie aspecten van de rechtsstaat met voeten treedt: *'de motiveringsplicht, het legaliteits- en specialiteitsbeginsel en het verbod van*

899 Ruigrok 2012, p. 281. Zie uitgebreid Ruigrok 2012.

900 Ruigrok 2012, p. 284.

901 Ruigrok 2012, Schössels 2008, Kortmann 2009, de annotatie van Vermeer bij ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8487, *AB* 2007, 135 en de annotatie van Brouwer en Vermeer bij ABRvS 1 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB0791, AB 2008, 27.

902 ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8487, *AB* 2007, 135 m.nt. Vermeer.

903 ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8487, *AB* 2007, 135 m.nt. Vermeer, r.o. 2.8.

904 Rb. Rotterdam 8 mei 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AX2053.

905 ABRvS 1 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB0791, *AB* 2008, 27, m.nt. Brouwer en Vermeer.

906 Zie de annotatie van Vermeer bij ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8487, *AB* 2007, 135 en de annotatie van Brouwer en Vermeer bij ABRvS 1 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB0791, *AB* 2008, 27.

détournement de pouvoir.'[907] Schlössels merkt op: *'De uitspraak ademt de sfeer van "het doel heiligt de middelen".'*[908] Ruigrok stelt in haar proefschrift dat het bijvoeglijk naamwoord 'openbaar' bij openbare orde inconsequent wordt gebruikt, zowel door de wetgever als in de jurisprudentie.[909] Ze onderscheidt vijf verschillende betekenissen van 'openbaar'. Verstoring van de openbare orde door illegale tewerkstelling in de keuken van een restaurant valt onder de meest controversiële categorie: *'daar waar het publiek belang zich toe uitstrekt.'*[910] Het gaat daarbij om bemoeienis door de burgemeester op *'plekken waar gedragingen zich voordoen zónder dat sprake is van een concreet en actueel effect op een voor publiek toegankelijke plaats'*.[911] In de literatuur is de eenduidige conclusie dat door deze wijze van interpretatie van de term openbare orde het begrip wordt uitgehold en het gebruik van de bevoegdheid haar grenzen te buiten gaat.[912] Ruigrok concludeert dat deze vorm van gebruik van de openbare orde bevoegdheden strijd met het specialiteitsbeginsel oplevert.

Met de zojuist genoemde auteurs ben ik van mening dat de beschreven tewerkstelling geen enkele daadwerkelijke invloed heeft op de openbare orde. Echter, zolang de Afdeling de schending van openbare orde zo soepel blijft aannemen, blijft deze bevoegdheid om op te treden tegen illegale tewerkstelling bestaan. Uit mijn onderzoek naar de gemeentelijke handhaving bleek dat deze uitspraken ook op gemeenteniveau zijn opgepikt: *'Voor 2010 werd er eigenlijk geen aandacht besteed aan illegale tewerkstelling in de horeca. Men ging er vanuit dat er geen sprake was van verstoring van de openbare orde en de burgemeester dus niet bevoegd was. Dit werd gezien als een taak voor Justitie. In 2010 kwam er een nieuw horecabeleid. Toen is er besloten om illegale tewerkstelling op te nemen in het handhavingsbeleid.'*[913]

4.2.4 JURISPRUDENTIE GEMEENTELIJKE HANDHAVING

Op basis van de gepubliceerde jurisprudentie met betrekking tot gemeentelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling kan een beeld worden geschetst van de feitelijke gemeentelijke handhaving. De jurisprudentie is afkomstig uit de database van rechtspraak.nl. Via deze website wordt sinds december 1999 een groot aantal zaken gepubliceerd.[914] Hoewel de database ook uitspraken bevat van voor december 1999, heb ik geen uitspraken van voor 2000 gevonden met betrekking tot de gemeentelijke handhaving van

[907] Kortmann 2009, p. 18.
[908] Schössels 2008.
[909] Ruigrok 2012, p. 230.
[910] Ruikrok 2012, p. 241.
[911] Ruikrok 2012, p. 241.
[912] Zie uitgebreid Ruigrok 2012, p. 242.
[913] Interview gemeente J.
[914] Algemene toelichting Besluit selectiecriteria uitsprakendatabase Rechtspraak.nl 2012.

het verbod op illegale tewerkstelling. Ik bespreek daarom de jurisprudentie vanaf 2000 tot de sluiting van het manuscript. Het aantal uitspraken is beperkt.[915] In totaal gaat het om 31 afzonderlijke zaken.[916] In elf van deze zaken is de nationaliteit van de werknemers onbekend. In vijf zaken gaat het om werknemers die niet afkomstig zijn uit de *huidige* EU-lidstaten. Zeven maal gaat het om werknemers uit landen ten aanzien waarvan destijds associatieverdragen met de EU bestonden. Een groot deel van deze landen zijn inmiddels lidstaat van de EU. In tien zaken gaat het in ieder geval om werknemers uit Roemenië of Bulgarije die tot 1 januari 2014 niet als werknemer mogen werken zonder tewerkstellingsvergunning.[917] Negen van deze zaken zijn van voor de toetreding van Roemenië en Bulgarije tot de Europese Unie, één van daarna.[918] Bijna de helft van de zaken (vijftien van de 31) is afkomstig uit de eerste drie jaar na de opheffing van het bordeelverbod, toen gemeenten de prostitutie moesten gaan reguleren. Veruit de meeste zaken hebben betrekking op het uitoefenen van prostitutie in strijd met de Wav. In zes zaken gaat het om illegale tewerkstelling in de horeca.[919] In de helft van alle zaken gaat het om een tijdelijke intrekking van een vergunning, in de andere gevallen zaken om een definitieve intrekking, weigering van een vergunning of een sluitingsbevel. In zeven zaken is gebruik gemaakt van een algemene grond (bijvoorbeeld 'slecht levensgedrag'[920]), in de overige zaken is overtreding van de Wav expliciet genoemd als intrekkings- of weigeringsgrond.

4.2.5 KARAKTER VAN INTREKKING EN CUMULATIE

Een belangrijk onderscheid in de Awb is dat tussen herstelsancties en bestraffende sancties.[921] Het belang van dit onderscheid is tweeledig. Ten eerste gelden bij bestraffende sancties andere, verdergaande waarborgen voor de overtreder

---

915 Het is mogelijk dat er meer zaken zijn maar dat deze niet gepubliceerd zijn. Alle zaken waarin hoger beroep is aangetekend worden gepubliceerd op grond van art. 3, onder b, van het Besluit selectiecriteria uitsprakendatabase Rechtspraak.nl 2012. Eventuele missende zaken zijn dus enkel beroepszaken.

916 Er zijn meer uitspraken dan 26. Dit zijn onder andere voorlopige voorzieningen en beroepszaken (die niet in alle gevallen gepubliceerd zijn).

917 Negen zaken zijn van voor de toetreding van Roemenië en Bulgarije tot de EU, één van daarna.

918 Voor de toetreding van deze landen tot de EU was het op basis van associatieakkoorden tussen de EG en verschillende MOE-landen mogelijk een verblijfsvergunning te krijgen om aan de slag te gaan als zelfstandige. Prostitutie werd door het HvJ EU gezien als een normale economische activiteit: HvJ EU 20 november 2001, C-268/99, *AB* 2001, 413 (*Jany*).

919 Bijvoorbeeld ABRvS 1 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB0791 en ABRvS 16 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ7784, *AB* 2010, 7, m.nt. F.R. Vermeer.

920 ABRvS 8 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX2053.

921 Art. 5:2 Awb.

dan bij herstelsancties.[922] Het verschil in de rechtsbescherming is in het vorige hoofdstuk aan de orde gekomen.[923] Op de tweede plaats is het onderscheid van belang bij de cumulatie van sancties. De oplegging van twee bestraffende sancties wegens dezelfde overtreding kan namelijk onder omstandigheden in strijd komen met het *ne bis in idem* beginsel.[924] In de volgende paragrafen komt eerst het karakter van de intrekking van de begunstigende beschikking en het sluitingsbevel aan de orde, daarna de cumulatie van de verschillende sancties in het kader van illegale tewerkstelling.

4.2.5.1 KARAKTER INTREKKING OF WIJZIGING BEGUNSTIGENDE BESCHIKKING

Het is lastig een algemene kwalificatie te geven van de intrekking van de begunstigende beschikking als bestraffende of herstellende sanctie. De sancties zijn in de Awb niet als zodanig ingedeeld. De jurisprudentie van de Afdeling laat zien dat de intrekking van een begunstigende beschikking in het ene geval, afhankelijk van de omstandigheden, bestraffend en in het andere geval, onder andere omstandigheden, herstellend kan zijn. In het algemeen wordt gesteld dat het belangrijkste kenmerk van een bestraffende sanctie is dat de sanctie wordt opgelegd met het oogmerk leed toe te voegen. De Afdeling bepaalde dat de intrekking van de bevoegdheid om APK keuringen te mogen verrichten niet bestraffend is omdat het doel van deze intrekking is het tegengaan van tekortkomingen bij de keuring van voertuigen in het algemeen belang van de verkeersveiligheid. Het doel is derhalve niet leedtoevoeging vanwege verwijtbare tekortkomingen.[925] Het karakter van de intrekking moet worden afgeleid uit de rechtspraak. Verschillende auteurs hebben daartoe pogingen ondernomen.[926] Van de Griend komt op basis van de literatuur en jurisprudentie van de Afdeling tot de conclusie dat het karakter moet worden bepaald aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval. Dit betekent dat de intrekking niet in het algemeen als bestraffend of herstellend is te kenmerken. Van de Griend concludeert dat het oogmerk van het bestuursorgaan een belangrijke graadmeter voor het karakter is.[927] Wanneer het bestuursorgaan bij de sanctieoplegging het oogmerk heeft leed toe te voegen aan de overtreder is er volgens haar sprake van

[922] Albers 2009, p. 2.
[923] Zie par. 3.3.1.3 van hoofdstuk 3.
[924] Rogier 2006, p. 58.
[925] ABRvS 2 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU5402, *AB* 2006, 20, m.nt. F.C.M.A. Michiels.
[926] Albers, 2001, Van de Griend 2003, Bröring 2005, Michiels & De Waard 2007, Albers 2009.
[927] Van de Griend 2003, p. 36.

een bestraffende sanctie.[928] De duur van de intrekking lijkt een indicator voor het karakter te zijn. Bij een korte intrekking is de boodschap aan de overtreder dat dit niet nogmaals mag gebeuren en is de intrekking dus bestraffend. Bij een definitieve intrekking is over het algemeen het enige doel het voorkomen van nieuwe overtredingen. Dat is daarom herstellend, zo constateert Klap, die daar overigens in het kader van de evenredigheid wel wat bedenkingen bij heeft.[929] In de zojuist aangehaalde uitspraak over de intrekking van een APK-keurings-bevoegdheid speelde de duur van de intrekking echter weer geen rol, een dergelijke intrekking is ongeacht de duur altijd herstellend, volgens de Afdeling.[930] Het ingewikkelde karakter van deze materie blijkt wel uit het feit dat de Afdeling hiermee terug kwam op eerdere uitspraken waarin de intrekking wél als bestraffend werd beschouwd.[931]

Van de Griend voegt toe dat het wellicht onlogisch lijkt om een meer belastende beslissing als herstellend te beschouwen en de minder belastende als bestraffend, maar, zo stelt ze, de zwaarte van de sanctie is naar de criteria van de Nederlandse rechtspraak geen directe aanleiding om een sanctie als bestraffend aan te merken. Op de verhouding met artikel 6 EVRM gaat Van de Griend in dit verband helaas niet in. Het EHRM liet in de Nilsson zaak het oogmerk van de sanctie geen rol spelen bij de vraag of er sprake is van een *criminal charge*. Het hof overwoog in die zaak dat er sprake is van een *criminal charge* zodra er een bestraffend element aanwezig is.[932] Het oogmerk is in dat geval niet relevant. Ook als het oogmerk herstellend is, maar de sanctie bevat bestraffende elementen is er sprake van een *criminal charge*. Het is derhalve maar de vraag of het oogmerk als uitgangspunt genomen kan worden. Op basis van het Nilssonarrest moet bij de vraag of er sprake is van een *criminal charge* bij de intrekking van een begunstigende beschikking worden gelet op *'factoren als de juridische kwalificatie van de overtreding naar nationaal recht; de aard van de overtreding; het doel de aard en de zwaarte van de sanctiemaatregel; of de maatregel werd opgelegd ingevolge de veroordeling voor een strafdelict en de procedures die zijn toegepast bij het vaststellen en het uitvoeren van de maatregel'*.[933] Hoewel deze overweging aangeeft welke omstandigheden in ogenschouw dienen te worden genomen bij het vaststellen van het karakter van

[928] Voor een aantal sancties is die intentie al door de wetgever bepaald door de sancties in de Awb te kwalificeren als bestraffend dan wel herstellend. Intrekking van een begunstigende beschikking is niet neergelegd in de Awb.

[929] Klap 2005, p. 200.

[930] ABRvS 2 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU5402, *AB* 2006, 20, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

[931] Zie de noot van Michiels bij ABRvS 2 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU5402, *AB* 2006, 20 en ABRvS 10 februari 2000, *AB* 2000, 145, m.nt. MSV en ABRvS 15 februari 2001, *JB* 2001, 188, m.nt. C.L.G.F.H.A.

[932] EHRM 13 december 2005, *AB* 2006, 285, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

[933] EHRM 13 december 2005, *AB* 2006, 285, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

de sancties, is een duidelijke, algemene regel uit deze overweging niet op te maken.

Albers is van mening dat de bestuursrechtspraak op dit gebied *'ondoorzichtig en casuïstisch'*[934] is. Ze komt tot een materieel criterium voor de vraag of er sprake is van leedtoevoeging: *'er* [is] *sprake van leedtoevoeging als de sanctie verder gaat dan herstel van de (on)rechtmatige toestand vergt. In het verlengde daarvan is er sprake van leedtoevoeging als datgene waarop ondanks de gepleegde overtreding aanspraak is blijven bestaan wordt onthouden of ontnomen.'*[935] Naar mijn mening kan beter worden gesproken over het *oogmerk van leedtoevoeging* dan van enkel *leedtoevoeging*, aangezien ook een duidelijke herstelsanctie leed kan toevoegen. Het draait om de intentie van het bestuursorgaan. Michiels is van mening dat ook een tijdelijke intrekking altijd een herstellende karakter heeft, maar dat dit een bestraffend element niet uitsluit.[936] Naar mijn mening moet bij een herstellend karakter met bestraffende elementen aan alle eisen voor bestraffende sancties worden voldaan. Vastgesteld moet worden dat het zeer moeilijk is een algemene regel te geven voor het karakter van de intrekking. Het karakter zal per zaak moeten worden bepaald aan de hand van het oogmerk van het bestuursorgaan, de duur en het doel van de intrekking.

4.2.5.2 KARAKTER SLUITINGSBEVEL

Het sluitingsbevel op grond van de APV in het kader van de openbare orde is volgens de Afdeling geen punitieve sanctie.[937] Doorslaggevend voor de Afdeling is het feit dat *'het doel van de opgelegde maatregel uitsluitend het herstellen dan wel voorkomen van verstoringen van de openbare orde is. De maatregel heeft niet mede als strekking leed toe te voegen, zodat deze geen punitief karakter heeft. Aldus is er geen sprake van een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM.'*[938] In zijn annotatie levert Rogier hier kritiek op door te stellen dat er bij een sluitingsbevel *'in letterlijke zin niets gerepareerd'*[939] wordt. Sancties die beogen *'de feitelijke condities waaronder het voortduren of opnieuw ontstaan van de overtreding zou kunnen plaatsvinden weg te nemen'*[940] worden

[934] Albers 2009, p. 8.
[935] Albers 2009, p. 8.
[936] ABRvS 2 november 2005, *AB* ECLI:NL:RVS:2005:AU5402, 2006, 20, m.nt. F.C.M.A. Michiels.
[937] Zie Van de Griend 2003, die verwijst naar ABRvS 23 mei 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AN4389, *AB* 1995, 475 m.nt. Rogier en ABRvS 11 juni 1998, H01.97.1036.
[938] ABRvS 11 juni 1998, H01.97.1036, opgenomen in Van de Griend 2003.
[939] Annotatie Rogier bij ABRvS 23 mei 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AN4389, *AB* 1995, 475, overweging 3.
[940] Annotatie Rogier bij ABRvS 23 mei 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AN4389, *AB* 1995, 475, overweging 3.

echter ook als herstellend gezien.[941] In een latere uitspraak overweegt de Afdeling dat een bevel tot tijdelijke sluiting van een discotheek geen bestraffende sanctie is omdat het uitsluitend is gericht op *'bescherming van de openbare orde en niet (mede) gericht op het bewerkstelligen van normconform gedrag door toevoeging van geïndividualiseerd concreet nadeel.'*[942] Rogier merkt naar mijn mening terecht op dat het sluitingsbevel fysieke, toekomstige overtredingen niet zal kunnen voorkomen, daarvoor is bestuursdwang nodig, waarbij het bestuursorgaan fysiek maatregelen treft om nieuwe overtredingen te voorkomen. Derhalve is Rogier van mening dat een sluitingsbevel punitieve elementen kan bevatten.[943] Vermeer benadrukt in zijn annotatie dat bij de tijdelijke sluiting van de discotheek wegens verstoring van de openbare orde gebruik werd gemaakt van vaste 'tarieven' (een x hoeveelheid verstoring heeft een sluiting voor de duur van y als gevolg) en dat de sluiting pas is geëffectueerd na een bezwaarprocedure.[944] Ik ben van mening dat de sluiting op dat moment niet langer dient ter onmiddellijke bescherming tegen verstoring van de openbare orde. De sluiting heeft een strafkarakter gekregen. Naar mijn mening wordt het openbare orde criterium hier misbruikt, omdat, zoals Vermeer benadrukt, het begin en einde van de sluitingstermijn volkomen willekeurig zijn en niet meer verbonden zijn aan het moment van overtreding.

Albers waarschuwt meer algemeen tegen misbruik van openbare orde bevoegdheden.[945] Ze laat zien dat de Afdeling optreden in het kader van de openbare orde per definitie niet als sanctie lijkt aan te merken, waardoor de waarborgen waarmee bestraffende sancties zijn omkleed niet worden gegarandeerd.[946] Ondanks deze kritiek wordt de lijn van de Afdeling later bevestigd in een zaak met betrekking tot illegale tewerkstelling, waar het een tijdelijke sluiting wegens verstoring van de openbare orde betrof.[947] De burgemeester van Eindhoven heeft een horecabedrijf voor zes maanden gesloten. De schending van de openbare orde bestond uit het tewerkstellen van vreemdelingen zonder geldige tewerkstellingsvergunning.[948] De appellanten in deze zaak voerden onder andere aan dat er andere sanctie-instrumenten bestaan voor de geconstateerde overtreding (vervolging via de Wed en een bestuurlijke boete op grond van de Wav). Uit een korte opmerking van de Afdeling dat met deze andere

941 ABRvS 23 mei 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AN4389, *AB* 1995, 475, m.nt. Rogier.
942 ABRvS 3 mei 2006, *AB* 2009, 392, m.nt. F.R. Vermeer.
943 Annotatie Rogier bij ABRvS 23 mei 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AN4389, *AB* 1995, 475, overweging 3.
944 ABRvS 3 mei 2006, *AB* 2009, 392, m.nt. F.R. Vermeer.
945 Albers 2009, p. 7.
946 Albers 2009, p. 7.
947 ABRvS 1 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB0791, *AB*, 2008, 27 m.nt. Brouwer en Vermeer.
948 Zie voor deze sluitingsgrond par. 2.3.1.

instrumenten '*kan worden – en is – opgetreden*'[949] blijkt dat een van deze instrumenten ook is gebruikt. De Wav-boete en de vervolging via de Wed zijn zonder meer bestraffende sancties. Dat met beide instrumenten is opgetreden is overigens niet mogelijk. Het toenmalig systeem van de Wav sloot immers een bestuurlijke boete uit wanneer de zaak eenmaal onder de Wed viel. Met betrekking tot eventuele cumulatie van bestraffende sancties overweegt de Afdeling het volgende: *'De sluiting van het horecabedrijf van appellanten is immers, zoals appellanten niet betwisten, geen punitieve sanctie maar een bestuurlijke maatregel op grond van de APV, die een ander oogmerk en een ander afwegingskader heeft dan de sanctionering ingevolge de Wet economische delicten, respectievelijk de Wet arbeid vreemdelingen, zodat geen sprake is van een ongeoorloofde cumulatie van sancties.'*[950] Deze uitspraak illustreert de stelling van Albers dat het karakter van dergelijke besluiten voornamelijk afhangt van pragmatische en rechtspolitieke overwegingen, waarbij de nadruk meer ligt op het belang van efficiënte handhaving dan op de rechtswaarborgen die een bestraffende sanctie met zich brengen.[951]

4.2.5.3 CUMULATIE

Illegale tewerkstelling kan in Nederland op een aantal wijzen worden gesanctioneerd. Naast de bestuurlijke boete op basis van de Wav en strafrechtelijke vervolging op grond van art. 197b Sr bestaan er twee gronden om bedrijven en inrichtingen te sluiten: de algemene preventieve stillegging uit art. 17b Wav en de zojuist besproken gemeentelijke mogelijkheden. De cumulatie van de eerste drie sancties en de una-via bepaling uit de Awb is aan de orde gekomen in het vorige hoofdstuk.[952] Nu komt de cumulatie van deze sancties en gemeentelijke handhaving aan de orde. De intrekking van de vergunning en het sluitingsbevel zijn niet geregeld in hoofdstuk 5 van de Awb. Logischerwijs ontbreekt dus ook een artikel dat de cumulatie met deze sancties regelt. Blomberg concludeert dat een algemene regeling om ongewenste cumulatie te voorkomen niet voor de hand ligt, omdat het karakter zo afhankelijk is van de omstandigheden van het geval: *'de intrekking van een begunstigende beschikking is nu eens reparatoir, dan weer punitief'*.[953]

De beantwoording van de vraag in hoeverre cumulatie is toegestaan is een tweetrapsraket. Eerst dient te worden vastgesteld wat het karakter is van het door de gemeente ingezette handhavingsinstrument. Cumulatie van sancties met

---

[949] ABRvS 1 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB0791, *AB* 2008, 27 m.nt. Brouwer en Vermeer, r.o. 2.2.1.

[950] ABRvS 1 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB0791, *AB* 2008, 27 m.nt. Brouwer en Vermeer, r.o. 2.2.1.

[951] Albers 2009, p. 8.

[952] Zie par. 3.3.1.3 van hoofdstuk 3.

[953] Blomberg 2001, p. 146.

een verschillend karakter is in het algemeen geen probleem. De ratio hierachter wordt beschreven door Blomberg. Zij benadrukt ten aanzien van deze cumulatie dat het, mede op het oog op de belangen van derden, wenselijk is dat naast een bestraffing ook de rechtmatige toestand kan worden hersteld.[954] Als er sprake is van twee herstellende óf twee bestraffende sancties kunnen er problemen ontstaan. In dat geval is de tweede stap het vaststellen of de karakters botsen. Het opleggen van twee herstellende sancties wegens dezelfde overtreding stuit op artikel 5:6 Awb. Het opleggen van twee bestraffende sancties kan in strijd komen met het *ne bis in idem* beginsel. Het *ne bis in idem* beginsel verzet zich echter niet tegen het opleggen van twee bestraffende sancties wegens dezelfde handeling wanneer er door de verschillende sancties ook meer rechtsgoederen beschermd worden. De intrekking van een marktvergunning wegens mishandeling waarvoor een strafrechtelijke sanctie was opgelegd werd door de Afdeling weliswaar als bestraffend gezien, maar de cumulatie van de sancties was in dit geval toch toegestaan, omdat verschillende rechtsgoederen werden beschermd.[955] Kortom, er is pas sprake van ongewenste dubbele bestraffing wanneer het door de bepalingen beschermde rechtsgoed gelijk is.[956]

Voor het vaststellen van eventuele niet toegestane cumulatie is het karakter van de intrekking van de begunstigende beschikking de eerste stap. Zoals in de vorige paragraaf is gebleken, is dat karakter afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Het is derhalve onmogelijk om in het algemeen te stellen of cumulatie van intrekking van de begunstigende beschikking en bestuurlijke beboeting of strafrechtelijke vervolging is toegestaan. Ook in het geval van cumulatie van de intrekking van een begunstigende beschikking en een preventieve stillegging is het karakter van de intrekking van belang. In dat geval is cumulatie, gelet op artikel 5:6 Awb niet toegestaan indien de intrekking dient te worden aangemerkt als herstellend.

Het sluitingsbevel wordt, ondanks stevige kritiek in de literatuur,[957] door de Afdeling niet gezien als een bestraffende sanctie maar als een herstelsanctie (bestuurlijke maatregel). Derhalve kan ten aanzien van cumulatie van het intrekken van een sluitingsbevel en bestuurlijke beboeting worden gezegd dat het mogelijk is om voor een overtreding van artikel 2 Wav waarvoor een bestuurlijke boete is opgelegd tevens een sluitingsbevel uit te vaardigen, zoals

954 Blomberg 2001, p. 146.
955 ABRvS 30 maart 2001, *JB* 2001, 129, m.nt. C.L.G.F.H.A.
956 Zie tevens mijn annotatie over de samenloop bij een Wav boete en een Wed vervolging: ABRvS 4 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM3258, *JV* 2010-9, 248, m.nt. Krop. Overigens ging de Afdeling bij het bepalen van het oogmerk van de Wav en de Wed bij deze uitspraak de mist in, zie annotatie.
957 Zie par. 4.2.5.2 van dit hoofdstuk.

ook blijkt uit de zojuist besproken uitspraak van de Afdeling.[958] Een theoretische cumulatie van een sluitingsbevel en een preventieve stillegging stuit op het zojuist genoemde artikel 5:6 Awb.

Hoewel er geen algemene stelregel is op basis waarvan de intrekking van de begunstigende beschikking kan worden geclassificeerd als herstellend of bestraffend kan de vraag naar de mogelijkheid tot samenloop wel op een andere manier worden beantwoord. Immers, ook wanneer de intrekking bestraffend is, of bestraffende elementen bevat, is het afhankelijk van de beschermde rechtsgoederen of er strijd met het *ne bis in idem* beginsel ontstaat bij intrekking van de vergunning na bestuurlijke beboeting of strafvervolging. De te beschermen rechtsgoederen bij deze sancties (bij de gemeentelijke handhaving openbare orde, bij de Wav het migratiebeleid) lijken zodanig te verschillen dat oplegging van deze twee sancties in beginsel geen strijd met het *ne bis in idem* beginsel zal opleveren.

4.3 DE FEITELIJKE HANDHAVING VAN HET VERBOD OP ILLEGALE TEWERKSTELLING

Hoewel alle gemeenten in principe over hetzelfde juridische kader en dezelfde juridische mogelijkheden beschikken geeft de rechtspraak met betrekking tot gemeentelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling aanleiding om te veronderstellen dat de uitvoeringspraktijk per gemeente sterk kan verschillen. Om de daadwerkelijke handhaving in kaart te brengen heb ik naar de uitvoeringspraktijk onderzoek gedaan. Deze paragraaf start met een verkorte beschrijving van de opzet en methode van het onderzoek dat is verricht naar de feitelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling door gemeenten. Voor de uitgebreide verantwoording verwijs ik naar bijlage 1 van dit proefschrift. Daarna volgen de conclusies van dit onderzoek, die bestaan uit twee delen. Ten eerste de conclusies met betrekking tot de onderzochte gemeenten. Ten tweede de conclusies met betrekking tot de gemeentelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling in Nederland.

Het doel van het verrichte onderzoek naar gemeentelijke handhaving is na te gaan waarom een gemeente wel of niet specifiek beleid voert ten aanzien van (de handhaving van het verbod op) illegale tewerkstelling en wanneer de gemeente overgaat tot daadwerkelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. De onderzochte hypothese luidt: in de grotere, stedelijke gemeenten met meer vergunningsafhankelijke sectoren en een geïnstitutionaliseerd samenwerkingsverband is er vaker specifiek beleid ten aanzien van de Wav en wordt er tegen illegale tewerkstelling vaker handhavend opgetreden

[958] ABRvS 1 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB0791, *AB* 2008, 27 m.nt. Brouwer en Vermeer.

door de gemeente dan in kleinere, landelijke gemeenten met minder vergunning afhankelijke sectoren en zonder geïnstitutionaliseerd samenwerkingsverband.

4.3.1 OPZET EN METHODE ONDERZOEK

De onderzoeksvragen voor dit deelonderzoek zijn: 1. hoe gebruiken verschillende gemeenten de huidige handhavingsmogelijkheden met betrekking tot het verbod op illegale tewerkstelling in de praktijk? 2. Hoe zijn eventuele verschillen tussen de gemeenten op het gebied van de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling te verklaren?

Onderzoeksvraag 1 is explorerend en dient om een beeld te krijgen van de handhaving van de Wav in verschillende gemeenten. Onderzoeksvraag 2 is de basis voor een analyse van de overeenkomsten en verschillen tussen de verschillende onderzochte gemeenten. Vanwege de wijze van selectie van gemeenten is het mogelijk de conclusies over de onderzochte gemeenten uit te breiden naar conclusies over een grotere groep Nederlandse gemeenten.[959] De gemeenten zijn onderzocht door middel van interviews (in totaal 13 ambtenaren in de 10 onderzochte gemeenten) en bestudering van gemeentelijke stukken.

Onderzoeksvraag 1 (hoe gebruiken gemeenten hun handhavingsbevoegdheden?) valt uiteen in twee te onderzoeken eigenschappen van de gemeenten. De eerste onderzoekseigenschap is de beleidsmatige kant. Hierbij wordt onderzocht of de gemeente beschikt over specifiek beleid, gericht op het voorkomen of sanctioneren van overtredingen van het verbod op illegale tewerkstelling. De tweede onderzoekseigenschap is het feitelijk handhavend optreden door de gemeente ten aanzien van overtredingen van het verbod op illegale tewerkstelling. Hieronder moet niet alleen het sanctioneren van overtredingen worden verstaan maar ook preventieve maatregelen, inspecties en waarschuwingen. Het onderzoek bekijkt in welke gevallen de gemeente optreedt en op basis van welke bevoegdheden. Hiertoe heb ik ook de samenwerking binnen institutionele samenwerkingsverbanden, zoals met de Inspectie SZW, met andere gemeenten en met andere instanties onderzocht.

Het doel van het onderzoek is na te gaan waarom een gemeente wel of niet specifiek beleid voert ten aanzien van illegale tewerkstelling en wanneer de gemeente overgaat tot daadwerkelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. Dit deel van het onderzoek heeft een inductief karakter; op grond van de *case studies* (de onderzochte gemeenten) trek ik bredere conclusies ten aanzien van een grotere groep gemeenten. Het onderzoek omvat als hiervoor uiteengezet twee variabelen (aanwezigheid specifiek beleid en daadwerkelijke handhaving, de *onderzoekseigenschappen*). Om de aanwezigheid van specifiek beleid en het gebruik van handhavingsinstrumenten te kunnen verklaren ben ik als volgt te werk gegaan: ik heb een aantal gemeentelijke eigenschappen ge-

[959] Zie par. 1.3 van bijlage 1.

selecteerd (de *verklarende eigenschappen)* die mogelijk de aanwezigheid van specifiek beleid en de daadwerkelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling (de twee *onderzoekseigenschappen*) kunnen verklaren. Door vervolgens gemeenten te kiezen waarbij deze verklarende eigenschappen in verschillende combinaties voorkomen is het mogelijk te analyseren welke verklarende eigenschappen doorslaggevend zijn voor de aanwezigheid van specifiek beleid ten aanzien van illegale tewerkstelling en de daadwerkelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. Voor een uitgebreide bespreking van de verklarende eigenschappen, selectie van gemeenten en de methode van analyse verwijs ik naar paragraaf 1.3 van bijlage 1.

4.3.2 BEVINDINGEN MET BETREKKING TOT DE ONDERZOCHTE GEMEENTEN

4.3.2.1 SPECIFIEK BELEID

Uit het onderzoek kan worden geconcludeerd dat de aanwezigheid van prostitutie in combinatie met de omvang van de gemeente de beste verklaring geeft voor de aanwezigheid van specifiek beleid ten aanzien van de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. Grote gemeenten met prostitutie hebben specifiek beleid. Prostitutie in kleinere gemeenten leidt niet tot specifiek beleid gericht op de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. Hierbij moet wel worden bedacht dat de prostitutie in kleinere gemeenten veel minder omvangrijk is dan in de grotere gemeenten. Is het waarschijnlijker dat de aanwezigheid van specifiek beleid wordt verklaard door de aanwezigheid van prostitutie of de omvang van de gemeente? Alle grote gemeenten hebben specifiek beleid, maar ook allemaal prostitutie. Geen van de kleine gemeenten heeft specifiek beleid, terwijl in één daarvan (B) wel prostitutie voorkomt. Van de gemeenten met gemiddelde omvang hebben er drie van de vier te maken met prostitutie, maar slechts één gemeente (E) heeft specifiek beleid. Het verschil tussen deze gemeente en de andere gemeenten van gemiddelde omvang is de omvang van de prostitutie. De branche is in deze gemeente veel groter dan in de andere gemeenten. De omvang van de branche kan ook de afwezigheid van specifiek beleid in de kleine gemeente met prostitutie verklaren. De prostitutiebranche bestaat daar uit één seksinrichting.

De onderzochte gemeenten zonder prostitutie hebben geen specifiek beleid ten aanzien van de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. De juridische verklaring hiervoor is dat andere branches dan prostitutie en horeca niet afhankelijk zijn van vergunningen die door de burgemeester of B&W kunnen worden ingetrokken bij illegale tewerkstelling. Het is uiteraard niet logisch beleid te maken wanneer er geen bevoegdheid is. Echter, dit is niet het hele verhaal. De kleine gemeenten zonder prostitutie (maar met land- en tuinbouw) en twee van de gemiddelde gemeenten met geringe prostitutie gecombineerd met land- en tuinbouw legden in de interviews de nadruk op de

handhaving met betrekking tot problemen die samenhangen met legale arbeidsmigratie. De afwezigheid van aandacht voor illegale tewerkstelling kan niet worden verklaard door afwezigheid van overtredingen nu in elk van deze gemeenten illegale tewerkstelling voorkomt.[960] Naast het ontbreken van juridische mogelijkheden lijkt er ook sprake te zijn van een gebrek aan kennis over (de omvang van) illegale tewerkstelling binnen de gemeentegrenzen.

Geïnstitutionaliseerde samenwerkingsverbanden lijken geen invloed te hebben op de aanwezigheid van specifiek beleid. De twee grote gemeenten met een dergelijk samenwerkingsverband beschikken over specifiek beleid, maar de andere grote gemeente zonder een dergelijk samenwerkingsverband beschikt ook over specifiek beleid. De gemiddelde gemeente met een samenwerkingsverband (maar zonder prostitutie binnen de gemeentegrenzen) heeft geen specifiek beleid. Deze gemeente maakt ook niet erg actief onderdeel uit van het samenwerkingsverband: *'In het kader van het* [samenwerkingsverband] *doen we voornamelijk aan informatie-uitwisseling. De gemeente was altijd wat terughoudend, wilde geen associatie met ''razzia's''.'*[961]

4.3.2.2 FEITELIJKE HANDHAVING

Er is maar één eigenschap die het feitelijk handhaven door de gemeenten kan verklaren en dat is de aanwezigheid van prostitutie. Alle gemeenten met prostitutie binnen de gemeentegrenzen treden handhavend op. Dit zijn zowel grote, kleine als gemiddelde gemeenten. Twee grote gemeenten treden op in de horeca, maar deze gemeente hebben daarnaast ook te maken met prostitutie. Er zijn in de jurisprudentie geen gemeenten te vinden zonder prostitutie die optreden in de horeca. In één gemeente wordt in de horeca wel eens illegale tewerkstelling geconstateerd, maar dat heeft geen prioriteit: *'Ook in de horeca treffen we wel eens illegaal werkende vreemdelingen aan, bijvoorbeeld in Chinese restaurants. Maar als dat het enige is wat er mis is, dan treden we niet op. Misschien een waarschuwing. Maar als het echt alleen illegale tewerkstelling is, dan heeft dat geen prioriteit.'*[962] Twee gemeenten die de nadruk leggen op legale arbeidsmigratie hebben desondanks wel eens handhavend opgetreden in de prostitutiesector. Dit gebeurt dan op verzoek en op basis van informatie van de politie.

In de land- en tuinbouwsector wordt nooit handhavend opgetreden in de onderzochte gemeenten. Zelfs de aanwezigheid van een geïnstitutionaliseerd samenwerkingsverband verandert daar niets aan. Dit hangt sterk samen met het gebrek aan juridische mogelijkheden maar ook, zoals hiervoor beschreven bij

[960] Dat blijkt uit het de jurisprudentie met betrekking tot door de minister van SZW opgelegde bestuurlijke boetes wegens overtreding van art. 2 van de Wav en krantenberichten.
[961] Interview gemeente F.
[962] Interview gemeente D.

specifiek beleid, met gebrek aan kennis over en interesse in illegale tewerkstelling in de land- en tuinbouwsector binnen de gemeente. De focus bij de niet-handhavende gemeenten ligt op problemen met betrekking tot legale arbeidsmigratie. Gevraagd naar illegale tewerkstelling antwoordt gemeente A bijvoorbeeld: *'Overlast van Polen is er vooral in verband met parkeren en geluidsoverlast. Daar is vaak niet veel aan te doen. Er mogen geloof ik maximaal acht Polen in een huis wonen. Dat is niet altijd fijn om naast te wonen, maar als het er niet te veel zijn, dan kunnen we daar niet veel aan doen. Er staan dan dus ook acht auto's voor de deur. Als er klachten komen gaan we altijd kijken, maar we kunnen er niet altijd wat aan doen. De burger blijft dan wel met het idee zitten: het deugt daar niet!'*

4.3.2.3 ALGEMENE CONCLUSIES TEN AANZIEN VAN DE ONDERZOCHTE GEMEENTEN

Met betrekking tot de onderzochte gemeenten kan het volgende worden geconcludeerd. De mate van gemeentelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling hangt niet samen met de omvang van de illegale tewerkstelling binnen de gemeentegrenzen, maar met de aanwezigheid van een prostitutiebranche én de omvang van de gemeente gecombineerd met de omvang van de prostitutiebranche. Enkel de meer omvangrijke gemeenten met een omvangrijke prostitutiebranche hebben specifiek beleid. Welke van deze twee eigenschappen de verklarende is, is niet te zeggen. Er zijn geen kleine gemeenten met omvangrijke prostitutie en geen grote gemeenten zonder omvangrijke prostitutie. De twee eigenschappen gaan altijd samen. De gemeenten kunnen in drie groepen worden onderverdeeld:

GECOMBINEERDE EIGENSCHAPPEN	AANWEZIGHEID ONDERZOEKSEIGENSCHAPPEN
Gemeenten zonder prostitutie.	Geen specifiek beleid, geen handhaving. Focus op legale arbeidsmigratie.
Kleinere gemeenten met kleinschalige prostitutie.	Geen specifiek beleid, wel handhaving.
Grotere gemeenten met omvangrijke prostitutie.	Wel specifiek beleid, wel handhaven. Veelal focus op bestrijding mensenhandel.

Tabel 4.2: Verschillen ten aanzien van de aanwezigheid van specifiek beleid en feitelijke handhaving in de onderzochte gemeenten.

Geconcludeerd kan worden dat, zoals verwacht gezien de juridische beperkingen, in de land- en tuinbouw niet door gemeenten wordt opgetreden tegen illegale tewerkstelling. Opvallend is wel dat er in de onderzochte gemeenten met een land- en tuinbouwsector weinig tot geen belangstelling is voor illegale tewerkstelling, terwijl deze wel aanwezig is binnen de gemeente. De nadruk ligt

op eventuele problemen met legale arbeidsmigratie: *'Wij komen ook wel eens arbeidsmigranten tegen. Daar treden wij wel tegen op, maar dan vanwege strijd met het bestemmingsplan, of illegale kamerbewoning.'*[963]

Geïnstitutionaliseerde samenwerkingsverbanden bestaan in vele soorten en maten. Aanwezigheid van een dergelijk samenwerkingsverband zegt niets over de mate van handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling door de betreffende gemeenten. Daarnaast valt het op dat geen enkele van de onderzochte gemeenten samenwerkt met de Inspectie SZW. Kleinere gemeenten zijn over het algemeen minder te spreken over de samenwerking met andere instanties: *'De grootste ramp op het gebied van samenwerken is Justitie. Die zeggen altijd: in het belang van het onderzoek kunnen we geen mededelingen doen. Zo is het bij al die instanties: SIOD, FIOD, VP, AI en Justitie. Alleen oog voor de eigen toko. Wij moeten allemaal informatie aanleveren, maar zij zeggen alleen: in het kader van het onderzoek kunnen we geen mededelingen doen.'*[964]

Het verschil tussen stedelijke en landelijke gemeenten c.q. gemeenten met een stedelijke kern en landelijke gebieden bleek samen te vallen met de aanwezige sectoren en kan daarom verder buiten beschouwing gelaten worden. Dit betekent dat de hypothese (dat in grotere, stedelijke gemeenten met meer vergunningsafhankelijke sectoren en een geïnstitutionaliseerd samenwerkingsverband er vaker specifiek beleid bestaat ten aanzien van de Wav en daar vaker handhavend wordt opgetreden tegen illegale tewerkstelling door de gemeente dan in kleinere, landelijke gemeenten met minder vergunning afhankelijke sectoren en zonder geïnstitutionaliseerd samenwerkingsverband) voor het grootste deel blijkt te kloppen. De aanwezigheid van een geïnstitutionaliseerd samenwerkingsverband is echter niet van belang. Binnen de selectie van onderzochte gemeenten vielen de verklarende eigenschappen *typering omgeving gemeente* en *sector* zo nauw samen dat het niet mogelijk is tussen deze twee verklarende eigenschappen een onderscheid te maken.

4.3.3 CONCLUSIES MET BETREKKING TOT DE OVERIGE GEMEENTEN

Een belangrijk deel van dit onderzoek betrof de vraag wat de bevindingen bij de onderzochte tien gemeenten zeggen over de handhaving in andere gemeenten in Nederland. Allereerst zet ik de bevindingen af tegen de controlegemeenten die voorkomen in de jurisprudentie. Hierna wordt bezien of de conclusies ten aanzien van de tien onderzochte gemeenten ook opgaan voor deze niet-geselecteerde gemeenten. Daarna volgen de algemene conclusies.

Specifiek beleid: er zijn twee kleine gemeenten vertegenwoordigd in de set van uitspraken met betrekking tot gemeentelijke handhaving die niet tot de geselecteerde, onderzochte gemeenten behoren. Deze (voormalige) gemeenten

[963] Interview gemeente E.
[964] Interview gemeente C.

zijn Maasbracht[965] en Maasbree.[966] Uit deze uitspraken blijkt dat er in deze gemeenten geen sprake is van specifiek beleid met betrekking tot illegale tewerkstelling in deze gemeenten. De prostitutie in deze gemeenten is tevens niet omvangrijk. Dit past in de conclusies met betrekking tot de onderzochte gemeenten.

Daadwerkelijke handhaving: op één na alle uitspraken met betrekking tot gemeenten die niet in de selectie waren opgenomen zijn op het gebied van prostitutie. Deze ene uitspraak betreft de horeca in Eindhoven. Dit onderstreept de conclusie dat de aanwezigheid van prostitutie binnen een gemeente de belangrijkste indicator is voor daadwerkelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling door de gemeente.

Omvang gemeente: de jurisprudentie database geeft geen aanleiding om de conclusies ten aanzien van de omvang van de gemeenten aan te passen. Er zijn kleine gemeenten vertegenwoordigd (Maasbracht en Maasbree), maar die treden inderdaad enkel op in de prostitutiesector. Uit de uitspraken ten aanzien van grote en gemiddelde gemeenten blijkt dat deze over specifiek beleid beschikken en handhavend optreden binnen de prostitutiebranche.

Sector: de jurisprudentie bevestigt het beeld dat het verbod op illegale tewerkstelling enkel wordt gehandhaafd met betrekking tot de prostitutiebranche. De aanwezige uitspraken met betrekking tot horeca zijn op twee na afkomstig van gemeenten die in het onderzoek waren meegenomen. De andere gemeente is Eindhoven, waar eveneens een prostitutiebranche aanwezig is.[967]

Geïnstitutionaliseerde samenwerking: er zijn geen gemeenten met een geïnstitutionaliseerd samenwerkingsverband waar handhavend wordt opgetreden, die niet tevens grotere gemeenten zijn en een omvangrijke prostitutiebranche hebben. Kortom, de aanwezigheid van een geïnstitutionaliseerd samenwerkingsverband zal wellicht niet leiden tot handhaving wanneer de gemeenten niet de verklarende eigenschappen, *grotere gemeente, omvangrijke prostitutie*, bezitten. Echter, de onderzochte samenwerkingsverbanden verschillen onderling zeer van elkaar. Hierover kan dus geen algemene conclusie getrokken worden, de invloed van geïnstitutionaliseerde samenwerking moet in elk geval apart beoordeeld worden.

Algemene conclusie: de kenmerken van de niet-onderzochte gemeenten die zijn vertegenwoordigd in de jurisprudentie komen overeen met de kenmerken die zijn toegeschreven aan gemeenten die feitelijk handhaven. De gevonden uitkomsten zijn bovendien goed te verklaren op basis van juridische argumenten, die de specifieke gemeenten overstijgen. De jurisprudentie geeft in elk geval geen aanleiding om de conclusies te beperken tot de onderzochte

[965] Rb. Roermond 31 juli 2000, ECLI:NL:RBROE:2000:AA6876.
[966] ABRvS 25 juni 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH8657.
[967] ABRvS 1 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB0791.

gemeenten. Feitelijke handhaving hangt nauw samen met de aanwezigheid van prostitutie binnen de gemeente. Dit is te verklaren door de bevoegdheden die gemeente heeft bij het optreden tegen inrichtingen die afhankelijk zijn van een exploitatievergunning. Hoewel horeca vaak ook afhankelijk is van een exploitatievergunning (en enkele gemeenten daarop ook handhaven ten aanzien van illegale tewerkstelling) vormen seksinrichtingen het absolute speerpunt van de gemeentelijke handhaving. Hoe groot of klein de gemeente ook is, tegen seksinrichtingen wordt handhavend opgetreden. Dit heeft, met name bij de kleine gemeenten, te maken met de aandacht die politie en justitie voor de seksindustrie hebben, zo blijkt uit de interviews. Specifiek beleid ten aanzien van illegale tewerkstelling hangt samen met de omvang van de gemeente en maakt vaak deel uit van beleid om mensenhandel tegen te gaan. Enkel de grote gemeenten, met grote handhavingsafdelingen, hebben de capaciteit om specifiek beleid op te stellen. Zowel voor de feitelijke handhaving als voor het specifieke beleid geldt dat een verband met de aanwezigheid van een geïnstitutionaliseerd samenwerkingsverband niet gevonden kan worden. Dit kan worden verklaard door het enorme verschil in inrichting en professionaliteit tussen verschillende samenwerkingsverbanden. Uit het de analyse bleek dat de verklarende eigenschap *typering omgeving gemeente* zo nauw samen viel met de *sector* dat het niet mogelijk is de *typering omgeving gemeente* in verband te brengen met de feitelijke handhaving of aanwezigheid van specifiek beleid.

4.4 DE POSITIE VAN GEMEENTELIJKE HANDHAVING

4.4.1 GEMEENTELIJKE HANDHAVING EN PREVENTIEVE STILLEGGING

Uit het vorige hoofdstuk bleek dat de invoering van de preventieve stillegging deels is ingegeven uit onvrede over de strafrechtelijke sluitingsbevoegdheid uit de Wed. De praktijk van sluiting of vergunning intrekking door gemeenten is daarbij niet aan bod gekomen. De strafrechtelijke mogelijkheid via de Wed is inmiddels vervallen nu herhaalde recidive niet langer strafrechtelijk vervolgd wordt. Op basis van het onderzoek in dit hoofdstuk kunnen twee conclusies worden getrokken ten aanzien van de invoering van de preventieve stillegging.

Bij het zoeken naar oplossingen voor de onvrede over de toepassing van de strafrechtelijke sluitingsbevoegdheid had de gemeentelijke handhavingspraktijk betrokken moeten worden. De handhaving op gemeentelijk niveau is bij de beslissing de preventieve stillegging in te voeren buiten beschouwing gelaten, terwijl gemeenten wel degelijk optreden tegen illegale tewerkstelling door middel van sluiting of intrekking van vergunningen. Met name op het gebied van seksinrichtingen is er actieve controle op illegale tewerkstelling en wordt er regelmatig handhavend opgetreden. Dat wil niet zeggen dat de gemeentelijke handhaving voldoende is of makkelijk uitgebreid had kunnen worden. De gemeentelijke handhaving is beperkt tot bepaalde sectoren, met name de

seksindustrie. Een belangrijke sector in de strijd tegen illegale tewerkstelling is de land- en tuinbouw. Hier ontbreken juridische mogelijkheden en, daarmee samenhangend, de meeste landelijke gemeenten besteden geen enkele aandacht aan illegale tewerkstelling binnen de land- en tuinbouw. Net als de voormalige strafrechtelijke sluitingsbevoegdheid is de preventieve stillegging niet gebonden aan bepaalde sectoren en kan overal worden ingezet. Een andere overeenkomst met de strafrechtelijke sluiting is dat de preventieve sluitingsbevoegdheid in beginsel pas na herhaalde recidive ingezet zal worden. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de termijn voor recidive bij de preventieve stillegging veel langer is.[968] Een belangrijk nieuw aspect is de samenwerking en afstemming. De strafrechtelijke sluitingsbevoegdheid viel onder verantwoordelijkheid van het OM en op gemeentelijk niveau wordt niet samengewerkt met de Inspectie SZW. De preventieve stillegging is gebaseerd op controles van de Inspectie SZW en wordt door de minister van SZW opgelegd. De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling wordt daardoor nog meer gecentraliseerd. De minister is niet langer afhankelijk van andere bestuursorganen, zoals het OM of de burgemeester, voor stillegging van bedrijven. Kortom, er ontstaat een gelijkere behandeling voor de verschillende branches en er is geen sprake van beleidsverschillen afhankelijk van de gemeente waar het bedrijf is gevestigd. De preventieve stillegging heeft ten opzichte van de gemeentelijke handhaving een duidelijke toegevoegde waarde.

4.4.2 GEMEENTELIJKE HANDHAVING EN ARTIKEL 7 VAN DE WERKGEVERSSANCTIERICHTLIJN

In hoofdstuk 3 is de implementatie van artikel 7 van de richtlijn aan de orde gekomen. Zowel onder de Wed als onder de huidige regeling van preventieve stillegging kan pas worden gesloten bij (herhaalde) recidive. Uit dit hoofdstuk blijkt dat de gemeentelijke handhaving een beperkte, aanvullende rol kan spelen bij de handhaving via de preventieve stillegging. Gemeentelijke handhaving is juridisch namelijk al mogelijk bij de eerste overtreding, alhoewel alle onderzochte gemeenten in principe bij de eerste keer waarschuwen. De formulering van artikel 7, eerste lid, van de richtlijn verplicht de lidstaten om de sancties ‘zo nodig’ toe te passen. In de voorbereidende of toelichtende stukken noch in de over de richtlijn verschenen literatuur is hier enige toelichting op te vinden. Het lijkt het mij niet aannemelijk dat de Commissie van mening zal zijn dat Nederland met de mogelijkheid tot het opleggen van een preventief sluitings-

[968] Zie hoofdstuk 3, par. 4.3.4.3. De strafrechtelijke vervolging via de Wed, waarbij sluiting als bijkomende straf kon worden opgelegd, vond nauwelijks plaats omdat daarvoor, binnen 48 maanden, een 3de overtreding moet zijn begaan terwijl er voor de eerste twee overtredingen al een onherroepelijk geworden boete is opgelegd.

bevel na de derde overtreding (of tweede bij zware overtredingen) dit artikel onvoldoende implementeert.

4.5 CONCLUSIE

Er zijn verschillende juridische mogelijkheden voor gemeenten om op te treden tegen illegale tewerkstelling. Echter al deze mogelijkheden beperkt. De burgemeester heeft in totaal vier mogelijkheden om op te treden. Tegen niet vergunde (rechts)personen kan, wegens verstoring van de openbare orde, worden opgetreden met een sluitingsbevel op grond van de APV. Tegen vergunde (rechts)personen kan worden opgetreden via de vergunningsvoorschriften of via de APV. De APV route kent twee mogelijkheden: het opnemen van specifieke sluitingsgronden en het opnemen van meer algemene sluitingsgronden. Echter al deze bevoegdheden hebben hun eigen beperkingen. Het sluitingsbevel op grond van de APV kan enkel worden gegeven bij verstoring van de openbare orde. Nu is dit eigenlijk geen obstakel aangezien de Afdeling er vanuit gaat dat iedere overtreding van het verbod op illegale tewerkstelling per definitie een verstoring van de openbare orde oplevert. De grootste beperking van deze bevoegdheid is dat de wettelijke grondslag, artikel 174, eerste lid, Gemeentewet, enkel betrekking heeft op voor het publiek openstaande gebouwen. Optreden tegen overtredingen in de land- en tuinbouwsector is daarom op die grond niet mogelijk.

De intrekking van de vergunning wegens illegale tewerkstelling kent ook een aantal beperkingen. Ten eerste moet er sprake zijn van een vergunde inrichting. Ten tweede moet er sprake zijn van een vergunning die mag worden ingetrokken wegens illegale tewerkstelling, dit in verband met het specialiteitsbeginsel. Een vergunning die kan worden ingetrokken wegens illegale tewerkstelling is de exploitatievergunning waar seksinrichtingen en horecabedrijven van afhankelijk gemaakt kunnen worden. Het intrekken van vergunningen is derhalve beperkt tot dezelfde sectoren als het sluitingsbevel. De beperking van de gemeentelijke handhaving is dus met name gelegen in de sectoren waar kan worden opgetreden.

Uit het onderzoek naar de feitelijke handhaving blijkt dat de handhaving nauw samenhangt met de aanwezigheid van prostitutie binnen de gemeente. Dit is te verklaren door de bevoegdheden die de burgemeester heeft bij het optreden tegen inrichtingen die afhankelijk zijn van een exploitatievergunning. De horecasector, die ook afhankelijk is van een exploitatievergunning, krijgt meestal minder aandacht dan seksinrichtingen.[969] Hoe groot of klein de gemeente ook is, tegen seksinrichtingen wordt handhavend opgetreden. Dit

[969] Illegale tewerkstelling komt wel degelijk voor in de horecasector, in 2012 werd bij 17% van de gecontroleerde bedrijven illegale tewerkstelling geconstateerd, Inspectie SZW 2012, p. 33.

heeft, met name bij de kleine gemeenten, te maken met de aandacht die politie en justitie voor de prostitutiebranche hebben. Eventueel specifiek beleid ten aanzien van illegale tewerkstelling hangt samen met de omvang van de gemeente en maakt vaak deel uit van beleid om mensenhandel tegen te gaan. Enkel de grote gemeenten, met grote handhavingsafdelingen, hebben de capaciteit om specifiek beleid op te stellen. Zowel voor de feitelijke handhaving als voor het specifieke beleid geldt dat een verband met de aanwezigheid van een geïnstitutionaliseerd samenwerkingsverband niet gevonden kan worden. Dit kan worden verklaard door het enorme verschil in inrichting en professionaliteit tussen verschillende samenwerkingsverbanden.

De preventieve stillegging die op 1 januari 2013 is ingevoerd is een veel bredere bevoegdheid dan de gemeentelijke bevoegdheden, waarbij in alle sectoren kan worden opgetreden. In tegenstelling tot de voormalige strafrechtelijke bevoegdheid kan de minister zelf beslissen omtrent de oplegging van de preventieve stillegging. Dit past in het beeld van de Nederlandse handhaving uit hoofdstuk 3. Er is sprake van centralisatie vanwege onvrede of onbekendheid met de uitvoering door andere actoren (in dit geval niet zo zeer de strafrechter zelf als wel het OM). De strafrechtelijke sancties worden gezien als te slap, en de minister kan het OM niet dwingen deze te eisen. De reactie daarop is de introductie van een algemene, brede bevoegdheid voor de minister zelf. De handhaving in de gemeenten is daar in het geheel niet bij aan bod gekomen. Opnieuw is in Nederland dus, zonder voorafgaand onderzoek, op basis van onvrede over de effectiviteit van het strafrecht overgestapt naar het bestuursrecht. Ondanks het uitgangspunt dat de preventieve stillegging pas bij herhaalde recidive wordt opgelegd is het niet waarschijnlijk dat Nederland met deze bevoegdheid niet voldoet aan de eisen uit artikel 7, eerste lid, onder d. van de richtlijn.

Geconcludeerd kan worden dat met de introductie van de preventieve stillegging, en het gelijktijdige verlaten van de strafrechtelijke mogelijkheid, de bevoegdheid tot stillegging niet langer afhankelijk is van de sector waarin de overtredingen plaatsvinden. Hierdoor komen ook bedrijven in sectoren met veel illegale tewerkstelling zoals de land- en tuinbouwsector in beeld voor stillegging. Naast de verschillen tussen sectoren ontstaat er door de centralisatie minder afhankelijkheid van gemeenten, waardoor beleidsverschillen tussen gemeenten niet langer relevant zijn. Het is afwachten hoe in de praktijk de handhaving door de minister van SZW en de handhaving door de grote gemeenten zich tot elkaar zullen verhouden.

HOOFDSTUK 5 – De Duitse handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling

5.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk komt de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling in Duitsland aan de orde. In Duitsland wordt illegale tewerkstelling beschouwd als een vorm van zwart werk. De bestuursrechtelijke overtredingen zijn opgenomen in het *Sozialgesetzbuch* (SGB, dat gaat over sociale zekerheid) en de toezichthoudende autoriteit, de *Finanzkontrolle Schwarzarbeit* (FKS), valt onder het Ministerie van Financiën. Het migratierechtelijke aspect van illegale tewerkstelling is veel minder belangrijk dan in Nederland en in de richtlijn. Het Duitse handhavingssysteem is, net als de richtlijn, een combinatie van straf- en bestuursrechtelijke handhaving. Daarnaast is er veel aandacht voor naheffingen van sociale lasten en belastingen. Dat past in de manier waarop er in Duitsland tegen illegale tewerkstelling wordt aangekeken. Illegale tewerkstelling wordt voornamelijk gezien als een vorm van valse concurrentie en een benadeling van de publieke kas.[970] De bestuursrechtelijke sanctionering in Duitsland (het *Ordnungswidrigkeitenverfahren*) is ten principale verschillend van de bestuursrechtelijke handhaving in Nederland. Bestuurlijke boetes worden in Duitsland in beroep door de strafrechter behandeld, conform de strafrechtelijke procedures. In Nederland zou dit Duitse instrument worden gezien als een strafbeschikking. De strafbeschikking behoort in Nederland tot het strafrecht.

De verantwoording voor de rechtsvergelijking is in hoofdstuk 1 opgenomen. Dit hoofdstuk start met enkele opmerkingen over het Duitse staatsbestel. Vervolgens komt de systematiek en het karakter van het *Ordnungswidrigkeitenverfahren* aan de orde. Tot slot komt de systematiek en de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling aan bod. Dit hoofdstuk is, behalve op wetenschappelijke literatuur over het Duitse rechtssysteem en de handhaving van de illegale tewerkstelling, gebaseerd op de schriftelijke antwoorden van de Bundesfinanzdirektion West (BFD West) op een aantal specifieke vragen omtrent de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling die ik hen heb gesteld heb.

5.2 BONDSREPUBLIEK EN DEELSTATEN

De traditionele fragmentatie en decentralisatie die, zoals zal blijken, kenmerkend zijn voor de Duitse handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling, is onlosmakelijk verbonden met de Duitse staatsinrichting: het systeem van zelfstandige *Länder* en het overkoepelende federale samenwerkingsverband. De

[970] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 75.

Bondsrepubliek Duitsland bestaat uit 16 deelstaten en een federaal overheidsverband. Elk van deze deelstaten heeft een eigen grondwet en de wetgeving, het bestuur en de rechtspraak zijn aan de deelstaten toevertrouwd.[971] De bondswetgever heeft slechts bevoegdheden op het gebied van de wetgeving, het bestuur en de rechtspraak voor zover de Duitse grondwet deze aan de bondswetgever toekent.[972] Bovend'Eert en Burkens constateren dat op het gebied van wetgeving de bondswetgever een constitutioneel overwicht heeft op de deelstaten. Wat betreft het bestuur en de rechtspraak zijn het juist de deelstaten die een overwicht hebben.[973] Op het gebied van vreemdelingenrecht en strafrecht zijn, op basis van artikel 74 van de Duitse Grondwet, de deelstaten slechts bevoegd indien de bondswetgever nog geen gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid.[974] Slechts enkele onderwerpen vallen onder het bondsbestuur. De grensbewaking, een taak die relevant is voor de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling, is er daar één van.[975]

5.3 BESTUURSRECHTELIJKE SANCTIONERING

5.3.1 TERMINOLOGIE

Het *Ordnungswidrigkeitenverfahren* laat zich niet zomaar vertalen in het Nederlands. De term *Ordnungswidrigkeit* wordt in het Duitse *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (OWiG*)* omschreven als een wederrechtelijke en laakbare *handeling* die bestraft kan worden met een bestuursrechtelijke geldboete (*Geldbusse*).[976] De *Ordnungswidrigkeit* is niet de bestraffing zelf, maar de handeling die in aanmerking kan komen voor bestraffing. Er bestaat een essentieel verschil tussen het systeem van de Nederlandse bestuurlijke boete en het Duitse *Ordnungswidrigkeitenverfahren,* dat het gebruik van de term bestuurlijke boete als vertaling problematisch maakt. Nederlandse bestuurlijke boetes worden in beroep en hoger beroep bij de bestuursrechter behandeld. De strafbeschikking, die ook door een bestuursorgaan opgelegd kan worden, valt bij verzet door de overtreder onder het domein van de strafrechter en wordt in Nederland daarom tot het strafrecht gerekend. In Duitsland volgt na een bezwaar, bij het bestuursorgaan dat de boete heeft opgelegd, een beroep en hoger beroep bij de *strafrechter.* De rechtsfiguur *Ordnungswidrigkeit* zou naar Nederlandse maatstaven moeten worden gezien als een strafbeschikking. Echter, ook deze vertaling is problematisch nu de strafbeschikking in Nederland tot het strafrecht wordt gerekend, iets wat bij de *Ordnungswidrigkeiten* nu juist weer

971 Bovend'Eert & Burkens 2012, p. 95.
972 §70 Grundgesetz, Bovend'Eert & Burkens 2012, p. 95.
973 Bovend'Eert & Burkens 2012, p. 97.
974 Bovend'Eert & Burkens 2012, p. 97.
975 §87, Abs. 1, Grundgesetz.
976 §1, onder 1 OWiG.

expliciet niet het geval is. Samenvattend is een *Ordnungswidrigkeit* een onwettige en laakbare handeling die kan worden bestraft door oplegging van een *Geldbusse*. 'Laakbaar' want er is geen 'schuld' in strafrechtelijke zin vereist, de gedraging hoeft enkel onwettig en verwijtbaar te zijn.[977] De term *Geldbusse* is van belang omdat de terminologie afhangt van het rechtsgebied waarin men zich bevindt. De *Geldbusse* is een bestuursrechtelijke geldstraf terwijl een *Strafe* een strafrechtelijke sanctie is die in plaats van een geldboete ook een gevangenisstraf kan inhouden. De beste vertalingen voor *Ordnungswidrigkeit* en *Geldbusse* zijn naar mijn mening 'bestuursrechtelijke overtreding' en 'bestuursrechtelijke boete'. Om verwarring met de Nederlandse figuur van bestuurlijke boete te voorkomen, worden in dit hoofdstuk de onvertaalde termen *Ordnungswidrigkeit* en *Geldbusse* gebruikt.

5.3.2 HERKOMST VAN DE *ORDNUNGSWIDRIGKEIT*

Tot halverwege de twintigste eeuw werden in Duitsland alle overtredingen, ook de overtredingen die werden gedefinieerd in andere regelgeving dan het Wetboek van Strafrecht, gezien als strafbare feiten.[978] De toenemende complexiteit van de samenleving en de opkomst van de verzorgingsstaat leidde tot een stortvloed aan nieuwe regelgeving (bijvoorbeeld wat betreft het verkeer en economische regelgeving) die zorgde voor *'een inflatie van het strafrecht'*.[979] Rechtsgeleerden pleitten al langer voor een scheiding tussen rechtsinbreuken waarbij individuele rechtsgoederen geschonden worden enerzijds en simpele overtredingen anderzijds. Het gaat bij dat laatste om zogenoemde *'"bestuurlijke ongehoorzaamheidsdelicten" waarbij het enkel gaat om de niet-naleving van statelijke regelgeving'*.[980] De eerste *Ordnungswidrigkeiten* werden in 1949 opgenomen in een wet op economische delicten.[981] Volgens Weigend werden deze overtredingen destijds gezien als *'ethisch neutraal'*.[982] Ze konden enkel worden bestraft met een *Geldbusse*. Overtreders konden in beroep gaan bij de strafrechter.[983] De eerste algemene wet op de Ordnungswidrigkeiten werd in 1952 aangenomen.[984] In 1968 volgde een nieuwe versie, de OWiG, waarbij onder andere verkeersovertredingen werden overgeheveld naar het *Ordnungswidrigkeitenrecht*.[985] Samen met een herziening in 1987,[986] vormt die wet nog

977 Duff, 2007, p. 8.
978 Weigend 1994, p. 96.
979 Weigend 1994, p. 96.
980 Van Daele 2000, p. 296. Zie ook Weigend 1994, p. 96.
981 Weigend 1994, p. 96.
982 Weigend 1994, p. 96.
983 Weigend 1994, p. 96.
984 BGBl I 177, 1952.
985 Van Daele 2000, p. 297.
986 BGBl I 602, 1987.

steeds de basis voor de huidige OWiG.[987] In 1975 werd de categorie van geringe overtredingen (*Übertretungen)* uit het Duitse wetboek van strafrecht geschrapt en veel van de overtredingen werden omgezet naar *Ordnungswidrigkeiten*.[988]

Het oorspronkelijke idee van de ethische neutraliteit van *Ordnungswidrigkeiten* komt voornamelijk van Goldschmidt, die in 1902 het boek *Das Verwaltungsstrafrecht* schreef.[989] Van Daele vat het uitgangspunt van Goldschmidt als volgt samen: *'Het Verfassungsstrafrecht heeft betrekking op justitieel onrecht, waarbij de normen voortvloeien uit de ethische overtuigingen van de gemeenschap, terwijl het Verwaltungsstrafrecht betrekking heeft op het bestuurlijk onrecht, waarbij de normen voortkomen uit de staatswil.'*[990] Volgens Weigend en Van Daele is dit onderscheid, gezien de ontwikkeling van de *Ordnungswidrigkeiten* in de afgelopen 40 jaar, niet langer meer te maken.[991] Daarvoor zijn verschillende redenen. Weigend stelt dat het recht op persoonlijke vrijheid, zoals neergelegd in artikel 2, eerste lid, van de Duitse Grondwet in de weg zou staan aan het bestraffen van ethisch neutrale handelingen.[992] Van Daele wijst erop dat een groot aantal strafrechtelijke overtredingen in 1975 is getransformeerd tot *Ordnungswidrigkeiten*, en derhalve, als men de theorie van ethische neutraliteit volgt, die overtredingen van de ene op de andere dag ethisch neutraal zouden zijn geworden.[993]

Hét verschil tussen *Ordnungswidrigkeiten* en strafbare feiten is te vinden in de op te leggen sancties. Wanneer een overtreding kan worden beboet met een *Geldbusse* is er sprake van een *Ordnungswidrigkeit*, anders is er sprake van een strafbaar feit. Of zoals Weigend het samenvat: de juridische definitie van de toegestane sanctie, en niet enige eigenschap van de verboden handeling, karakteriseert de *Ordnungswidrigkeit.*[994] Van Daele onderscheidt, verwijzend naar Coeppicus[995] drie argumenten voor het gebruik van het *Ordnungswidrigkeitenrecht*: '*de wens een aantal misdrijven te depenaliseren tot administratieve overtredingen, voor de afhandeling ervan te voorzien in een vereenvoudigde procedure en zodoende de werklast van de strafrechter en van het openbaar*

---

987 BGBl I S 2353.

988 Weigend 1994, p. 97.

989 Goldschmidt 1902.

990 Van Daele 2000, p. 294. Zie ook Hartmann & Van Russen Groen 1998, p. 32.

991 Weigend 1994, p. 98. Van Daele 2000, p. 295.

992 Dat artikel luidt: *'Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.'* Een ieder heeft op basis van dit artikel recht op persoonlijke vrijheid zolang hij daarbij geen 'morele wet' overtreedt. Een strafwet zonder morele lading die de persoonlijke vrijheid inperkt is hier volgens Weigend dan ook mee in strijd. Weigend 1994, p. 98.

993 Van Daele 2000, p. 295.

994 Weigend 1994, p. 98.

995 Coeppicus 1996, p. 169 -170.

ministerie te verminderen'.[996] De eerste twee 'argumenten' lijken echter meer op middelen om het laatste argument, het reduceren van de werklast van de strafrechter en het OM, te bereiken.

Overigens speelt er nog een belangrijk gegeven bij de verhouding tussen strafrecht en het *Ordnungswidrigkeitenverfahren*: de aansprakelijkheid van rechtspersonen. Rechtspersonen kunnen in Duitsland niet strafrechtelijk vervolgd worden. Voor strafrechtelijke vervolging is individuele schuld noodzakelijk. Rechtspersonen kunnen niet zelfstandig handelen of nalaten en daarom geen schuld hebben, wat hen buiten de strafrechtelijke aansprakelijkheid plaatst.[997] Wel kunnen bestuurders van rechtspersonen onder bepaalde omstandigheden vervolgd worden.[998] De enige strafrechtelijke middelen die kunnen worden ingezet tegen een rechtspersoon zijn verbeuring[999] en confiscatie,[1000] bijvoorbeeld van onterecht behaald economisch voordeel. Rechtspersonen kunnen echter wel een *Geldbusse* opgelegd krijgen vanwege het begaan van een *Ordnungswidrigkeit*.[1001] Het moet dan gaan om een overtreding door een persoon met een bepaalde, bepalende positie binnen de rechtspersoon. Deze posities zijn limitatief opgesomd in §30 OWiG.

5.3.3 SYSTEMATIEK VAN DE OWIG

De OWiG regelt de *Ordnungswidrigkeiten* op federaal, deelstaat en lokaal niveau. De OWiG bestaat uit drie delen. Deel I (Algemene bepalingen) regelt het toepassingsgebied, de algemene beginselen (medeplegen, samenloop, schuld, verwijtbaarheid, poging etc.), de hoogte van de boete, de bevoegdheid tot inbeslagname en vordering van verkregen voordeel en tot slot de verjaring. Deel II (Procedure voor de oplegging van een *Geldbusse*) regelt onder andere de jurisdictie, de oplegging van de boete, de procedure in beroep bij de rechtbank, procedure bij oplegging aan rechtspersonen, inning van opgelegde boetes en de samenloop met strafrechtelijke procedures. Deel III bevat een bonte verzameling *Ordnungswidrigkeiten* die een aantal zeer uiteenlopende overtredingen omvatten, van het betreden van militaire installaties, gebruik van valse uniformen of emblemen en het vervalsen van geld tot het opgeven van valse identiteitsgegevens, verstoring van de openbare orde, prostitutie en het verkeren in kennelijke staat van dronkenschap. Illegale tewerkstelling is een *Ordnungswidrigkeit* op basis van §404, par. 2 no. 3 van het SGB III.

---

996 Van Daele 2000, p. 297.
997 Bohlander 2009, p. 23. De richtlijn verlangt geen strafrechtelijke vervolging van rechtspersonen, zie hoofdstuk 2, par. 2.2.5.
998 §14 Strafgesetzbuch.
999 §73 Strafgesetzbuch.
1000 §74 Strafgesetzbuch.
1001 §30 OWiG.

5.3.4 BEVOEGD ORGAAN

In beginsel is het bestuursorgaan dat is belast met het toezicht op de overtreden norm de (in de wet)[1002] aangewezen instantie om een *Ordnungswidrigkeit* te vervolgen.[1003] Bij wet kan een andere instantie worden aangewezen, bijvoorbeeld de lokale politie (vaak het geval bij verkeersovertredingen).[1004] Het OM is in beginsel niet bevoegd om *Ordnungswidrigkeiten* te vervolgen, maar kan in specifieke wetten als vervolgende instantie worden aangemerkt.[1005] Na het bepalen van de absolute competentie (welk bestuursorgaan is bevoegd op dit rechtsgebied) wordt gekeken naar de relatieve competentie (welke lokale afdeling van het bestuursorgaan is bevoegd). Dit laatste is kenmerkend voor de federale staatsinrichting, waarbij het bestuursorganen gedecentraliseerd georganiseerd zijn.

5.3.5 OPSPORING

Het bestuursorgaan heeft bij de vervolging van administratieve overtredingen in beginsel alle bevoegdheden die een officier van justitie toekomen in een strafrechtelijk onderzoek.[1006] Enkele uitzonderingen hierop zijn in de OWiG opgenomen en betreffen voornamelijk bijzondere opsporingsbevoegdheden.[1007] Het OM is in principe niet de bevoegde instantie om *Ordnungswidrigkeiten* te onderzoeken, maar kan dit wel doen als de handelingen onderdeel uitmaken van een onderzoek naar strafbare feiten.[1008] Bij *Ordnungswidrigkeiten* die vallen binnen het domein van een bestuursorgaan zonder eigen inspecteurs speelt de politie een belangrijke rol bij zowel de opsporing van, als het onderzoek naar *Ordnungswidrigkeiten*. De politie kan al zijn bevoegdheden aanwenden bij het onderzoeken van mogelijke *Ordnungswidrigkeiten*.[1009] Wanneer nader onderzoek nodig is kan het bestuursorgaan daartoe verzoeken bij de politie.[1010] Het legaliteitsbeginsel, de verplichting mogelijke strafbare feiten te onderzoeken en vervolgen, speelt bij *Ordnungswidrigkeiten* een minder grote rol dan in het strafrecht, waar dit beginsel overigens ook niet lang meer zo strikt wordt

[1002] §36 OWiG.
[1003] In Nederland wordt de term 'vervolging' alleen gebruikt in een strafrechtelijke context, in Duitsland ook bij *Ordnungswidrigkeiten*.
[1004] Weigend 1994, p. 107.
[1005] Weigend 1994, p. 107.
[1006] §46 Abs. 2 OWiG.
[1007] §46 Abs. 2-6 OWiG.
[1008] Weigend 1994, p. 107.
[1009] §53 OWiG.
[1010] Weigend 1994, p. 107.

toegepast.[1011] Het bestuursorgaan is bevoegd de zaak te seponeren zolang het de zaak onder zich heeft.[1012]

5.3.6 SAMENLOOP MET STRAFRECHTELIJKE VERVOLGING

Een bestuursorgaan draagt de vervolging van de feiten over aan het OM als er aanwijzingen zijn dat de feiten kwalificeren als een strafbaar feit.[1013] De officier van justitie is op grond van onder andere §40 OWiG exclusief belast met de vervolging van strafbare feiten. Bestraffing van strafbare feiten is op grond van de Duitse grondwet aan een rechter voorbehouden.[1014] Wanneer het OM geen vervolging instelt wordt de zaak naar het bestuursorgaan terugverwezen.[1015] Het bestuursorgaan is gebonden aan de beoordeling van het OM of er al dan niet sprake is van een strafbaar feit.[1016] Het OM kan, in het geval van zwart werk, informatie opvragen uit de databases die worden bijgehouden door de *Finanzkontrolle Schwarzarbeit* (FKS).[1017]

5.3.7 OPLEGGING EN BEZWAAR

De procedure voor opleggen van een *Geldbusse* bestaat uit twee fases.[1018] De eerste fase beslaat de opsporing en eventuele boeteoplegging door het bestuursorgaan (deze fase wordt geregeld in Deel 1 van de OWiG). Het tweede deel, dat wordt ingeleid door een beroep van de overtreder, is een 'gewone' strafzaak,[1019] zie de volgende paragraaf. Voordat het bestuursorgaan overgaat tot oplegging van een boete is het bestuursorgaan gehouden een redelijk oordeel te vellen over de vervolging en bestraffing.[1020] Zowel bij de vervolgingsbeslissing als bij de bepaling van de hoogte van de boete moet het bestuursorgaan een afweging maken tussen de overtreding, het doel van de wet en de zwaarte van de straf. Bij het bepalen van de hoogte van de boete moet rekening worden gehouden met de classificatie van de overtreding, de ernst van het feit en de financiële situatie van de overtreder.[1021] De basis voor bepaling van de hoogte van de boete is vastgelegd in beleidsregels die de kaders voor boeteoplegging vaststellen. De hoogte van de boete wordt in beginsel door de bijzondere wet bepaald. Als dat niet het

[1011] Voor het beginsel in het strafrecht zie: §152, II, §160, I StGB. Zie verder Weigend 1994, p. 107.
[1012] §47 OWiG.
[1013] §41 OWiG.
[1014] Art. 92 Grundgesetz.
[1015] §41, tweede lid, OWiG.
[1016] §44 OWiG.
[1017] §17, Ab 1, nr. 2 SchwarzArbG, de databases worden bijgehouden op basis van §16, Ab 1, SchwarzArbG.
[1018] Dannecker 2013, Van Daele 2000, p. 298, Weigend 1994, p. 107.
[1019] Weigend 1994, p. 107.
[1020] §47 Ab. 1 OWiG.
[1021] §17 OWiG.

geval is, bedraagt de boete minimaal 5 en maximaal 1000 euro.[1022] De opbrengst komt ten bate van de federale schatkist.[1023] Wanneer iemand in beroep gaat bij de rechtbank, maar desondanks een boete moet betalen, komt de opbrengst ten bate van de schatkist van de desbetreffende deelstaat.[1024]

Wanneer het bestuursorgaan, na het horen van de vermeende overtreder,[1025] van mening is dat de overtreding in aanmerking komt voor oplegging van een *Geldbusse* wordt er een boetebeschikking opgesteld. In deze beschikking is opgenomen aan wie de boete is opgelegd, een omschrijving van de overtreding waarvoor de boete wordt opgelegd, de tijd en plaats waarop de overtreding begaan is, het bewijs en de hoogte van de boete.[1026] Daarnaast informeert de boetebeschikking de overtreder dat de beschikking onherroepelijk wordt wanneer de overtreder niet op tijd in verzet komt én geeft een waarschuwing dat na verzet een hogere boete kan worden opgelegd.[1027] Tot slot bevat de beschikking informatie over de betaling en vermeldt de mogelijkheid van gijzeling bij niet betaling.[1028]

Bij lichte overtredingen kan worden volstaan met het opleggen van een waarschuwing.[1029] Het opleggen van waarschuwingen komt in Duitsland veel voor.[1030] In Duitsland wordt de waarschuwing gebruikt om de werklast van de onderzoeksinstanties te reduceren, voornamelijk bij onderzoeken die lang zullen duren of bij onderzoeken die geen duidelijke conclusies hebben opgeleverd.[1031] Een waarschuwing gaat in principe gepaard met het betalen van 'waarschuwingsgeld' (*Verwarnungsgeld*), waarbij de vermeende overtreder er mee instemt, een bedrag tussen de 5 en 35 euro te betalen.[1032] Als de overtreder hiermee instemt en binnen een week betaalt is het niet mogelijk de *Ordnungswidrigkeit* nog te bestraffen. De overtreder dient op de hoogte gesteld te worden van het feit dat hij dit bedrag niet hoeft te betalen.[1033] Feitelijk lijkt de Duitse waarschuwing derhalve op de Nederlandse praktijk van het transactievoorstel waarbij, door vrijwillig een bepaald bedrag te betalen, de strafrechtelijke vervolging afgekocht kan worden. Doordat de overtreder vrijwillig instemt is

[1022] §17 OWiG.
[1023] Dit is opvallend omdat er ook op deelstaat en lokaal niveau *Ordnungswidrigkeiten* bestaan.
[1024] Bundesrechnungshof 2008, p. 25.
[1025] §55 OWiG.
[1026] §66, Abs. 1, OWiG.
[1027] §66, Abs 2, OWiG.
[1028] §66, Abs 2, OWiG.
[1029] §56 - 58 OWiG.
[1030] Weigend 1994, p. 112.
[1031] Weigend 1994, p. 112.
[1032] §56, I, OWiG.
[1033] §56, II, OWiG.

een formele vaststelling van de feiten en strafbaarheid van de overtreder niet noodzakelijk, wat de werklast voor het bestuursorgaan kan reduceren.[1034]

5.3.8 BEROEP EN HOGER BEROEP

De persoon ten aanzien van wie een boetebeschikking is opgemaakt kan hier tegen binnen twee weken in verzet gaan (*Einspruch*).[1035] Vergeleken met de Nederlandse procedure bij bestuurlijke boetes gaat het formeel gezien om een beroep, maar materieel gezien om een bezwaar. De persoon in kwestie richt zijn verzet tegen de boetebeschikking tot de rechtbank, maar het materiële gevolg van dit verzet is dat het bestuursorgaan de boetebeschikking zal heroverwegen. Het bestuursorgaan kan hiertoe nader onderzoek instellen.[1036] De boetebeschikking wordt volledig heroverwogen.[1037] Wanneer het bestuursorgaan de boetebeschikking handhaaft wordt het dossier doorgestuurd naar het OM.[1038] Het OM zal de zaak zelf beoordelen en, indien de zaak geschikt wordt geacht, aanbrengen bij de strafrechter. Van Daele merkt op dat voor de doorzending aan het OM het gehele dossier met alle bewijsmaterialen openbaar gemaakt moet worden voor de verdediging.[1039] Het openbaren van het dossier aan de verdediging kan er toe leiden dat het verzet wordt ingetrokken. Bij de behandeling door de strafrechter kan er namelijk een hogere straf worden opgelegd dan de oorspronkelijke *Ordnungswidrigkeit*.[1040] Wanneer de zaak eenmaal bij de, enkelvoudige zittende, strafrechter[1041] is uitgekomen verloopt deze zaak volgens de procedure zoals neergelegd in het *Strafprozessordnung* (StPO, Wetboek van Strafvordering).[1042] Een aantal verschillen ten aanzien van de standaardbehandeling van strafzaken valt op. Er bestaat geen verplichting voor het OM om ter zitting aanwezig te zijn.[1043] Dit is illustratief voor de rol van het OM in deze zaken. Volgens Weigend dient het OM vooral als filter om te zorgen dat er geen bagatelzaken of onvoldoende bewezen zaken de strafrechter overbelasten. Na deze filterfunctie verdwijnt het OM langzaam uit beeld bij de behandeling van de zaken.[1044] Overigens hoeven ook de verdachte noch het betrokken bestuursorgaan ter zitting aanwezig te zijn, waardoor het mogelijk is dat alleen de rechter en zijn griffier aanwezig zijn.[1045] Het feitelijk onderzoek

[1034] Weigend 1994, p. 112.
[1035] §67 OWiG. Zie ook Van Daele 2000, p. 305.
[1036] §67, II, OWiG.
[1037] Van Daele 2000, p. 306.
[1038] §67, III, OWiG.
[1039] Van Daele 2000, p. 307.
[1040] Weigend 1994, p. 113.
[1041] §68, I, OWiG.
[1042] §71, I, OWiG.
[1043] Weigend 1994, p. 110.
[1044] Weigend 1994, p. 110.
[1045] Weigend 1994, p. 111.

wordt niet gedaan door de rechter. Indien deze van mening is dat het feitencomplex niet voldoende duidelijk is verwijst hij de zaak voor nieuw of aanvullend feitenonderzoek terug naar het bestuursorgaan.[1046] Daarnaast kan de rechter, na instemming van de verdachte, de zaak geheel schriftelijk afdoen.[1047] Dit is mede mogelijk doordat het onmiddellijkheidsbeginsel niet altijd even belangrijk is bij strafzaken op basis van *Ordnungswidrigkeiten*. De rechter moet de toepassing van dit beginsel afstemmen op de ernst van de zaak. Getuigen hoeven dus niet altijd ter zitting te getuigen, volstaan mag worden met verslagen van eerdere verhoren.[1048] De rechter toetst de boetebeschikking op dezelfde wijze als in een 'normaal' strafproces. Wanneer de rechter van mening is dat er geen sprake is van een *Ordnungswidrigkeit*, maar van een strafbaar feit kan de rechter de verdachte hiervoor veroordelen.[1049] Een uitgebreide schriftelijke motivering van de uitspraak in beroep is enkel noodzakelijk indien er hoger beroep aangetekend wordt.[1050] Zowel de verdachte als het OM kan hoger beroep aantekenen tegen de beslissing van de rechter in eerste aanleg.[1051] Dit hoger beroep wordt behandeld door het *Oberlandesgericht*, de hoogste rechter van de desbetreffende deelstaat. Wederom zijn de bepalingen uit het *StPO* van overeenkomstige werking.[1052] Hoger beroep is enkel mogelijk voor de verdachte indien hij niet-ontvankelijk is verklaard bij de beroepsrechter of wanneer hij een belang van meer dan € 250 heeft. Het OM kan enkel in hoger beroep tegen een vrijspraak in een zaak waarin in eerste instantie een boete van minimaal € 600 was opgelegd.[1053] Het hoger beroep bevat enige gelijkenis met de cassatie bij de Hoge Raad in Nederland. Bij het hoger beroep wordt in principe geen nieuw bewijs toegelaten, het *Oberlandesgericht* beoordeeld enkel of de beroepsrechter zijn werk juist gedaan heeft op de punten die in het hoger beroepsschrift zijn aangevoerd.[1054] Het *Oberlandesgericht* kan de zaak zelf afdoen of terugverwijzen naar een *Amtsgericht*.[1055] Het *Oberlandesgericht* kan de zaken in een enkelvoudige of meervoudige kamer behandelen. Boetes boven de € 5.000 worden meervoudig behandeld. Ook zaken die voor de 'ontwikkeling van het recht' of de 'consistentie van uitspraken' van belang zijn worden door de meervoudige kamer behandeld.[1056]

[1046] §69, V, OWiG.
[1047] §72 OWiG.
[1048] §77a OWiG.
[1049] §81 OWiG.
[1050] Weigend 1994, p. 111.
[1051] §79 OWiG.
[1052] §79, III, OWiG.
[1053] §79, I, OWiG.
[1054] Weigend 1994, p. 111.
[1055] §79, VI, OWiG.
[1056] §80, par. 3, OWiG.

5.3.9 RECHTSBESCHERMING EN ARTIKEL 6 EVRM

Het Özturk-arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) had betrekking op een *Ordnungswidrigkeit*.[1057] In deze zaak, waarbij een Turks staatsburger in Duitsland een verkeersovertreding beging en geen gebruik mocht maken van een gratis tolk, bepaalde het hof dat vervolging wegens een *Ordnungswidrigkeit* een *criminal charge* oplevert en dat daarom de waarborgen van artikel 6 EVRM van toepassing zijn (waaronder een gratis tolk). In het arrest stelde het hof dat voor een *criminal charge* de classificatie naar nationaal recht een aanwijzing kan zijn, maar niet doorslaggevend is voor de vraag of er sprake is van een *criminal charge*. De aard van de overtreding en de aard en de zwaarte van de sancties spelen een doorslaggevende rol bij de beantwoording van die vraag.[1058] Het hof beantwoordde ook de vraag of het uitgangspunt dat de overtreder zelf moet vragen om een rechterlijke toetsing toelaatbaar is. Het hof oordeelde dat het feit dat de overtreder binnen het kader van de zaak zelf moet handelen om de zaak bij een onafhankelijke rechter te krijgen niet onverenigbaar is met artikel 6 EVRM, zolang die procedure vervolgens zélf aan alle eisen van artikel 6 EVRM voldoet.[1059]

5.4 HISTORISCHE ONTWIKKELING VAN DE HANDHAVING VAN HET VERBOD OP ILLEGALE TEWERKSTELLING

5.4.1 ONTWIKKELINGEN TOT 2003

De geschiedenis van de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling is door Junkert en Kreienbrink[1060] en het Duitse Rekenhof beschreven.[1061] Het navolgende overzicht is grotendeels op deze bronnen gebaseerd. Verwijzingen naar Duits recht van voor de hereniging van Oost- en West-Duitsland in 1990 hebben betrekking op West-Duitsland.

In 1952 werd *Gesetz zur Bekämpfung der illegale Beschäftigung* van kracht.[1062] Deze wet kwalificeerde de illegale tewerkstelling als een misdrijf.[1063] In 1974 werd illegale tewerkstelling geclassificeerd als een *Ordnungswidrigkeit*.[1064] In 1981 werden de lokale arbeidsinspecties *(Arbeitsamt),* op grond van de *Gesetz zur Bekämpfung der illegalen Beschäftiging*[1065] volledig verantwoordelijk voor de inspecties en het onderzoek naar zwart werk en illegale

[1057] EHRM 21 februari 1984, Özturk, *NJ* 1988, 937.
[1058] EHRM 21 februari 1984, Özturk, *NJ* 1988, 937, r.o. 50.
[1059] EHRM 21 februari 1984, Özturk, *NJ* 1988, 937, r.o. 56.
[1060] Junkert & Kreienbrink 2008.
[1061] Bundesrechnungshof 2008.
[1062] BGBl. I, 1957, S. 315.
[1063] Bundesrechnungshof 2008, p. 8.
[1064] Bundesrechnungshof 2008, p. 9.
[1065] BGBl. I, 1981, S. 1390.

tewerkstelling.[1066] Daarnaast werden de *Geldbussen* verhoogd om zo de strijd tegen illegale tewerkstelling te intensiveren.[1067] De maximale boetehoogte voor de werkgever werd 50,000 DM (€ 25,566).[1068] In 1985 werd het zonder vergunning tewerkstellen van meer dan vijf derdelanders een strafbaar feit dat kon worden bestraft met maximaal één, en in bepaalde zware gevallen drie, jaar gevangenisstraf.[1069] In 1989 werd de *Sozialversicherungsausweis* ingevoerd, een 'sociale-zekerheidskaart', die het voor werkgevers en inspectie makkelijker maakt om de status van werknemers te controleren en zodoende illegale tewerkstelling te voorkomen.[1070]

Vanwege de implementatie van de interne vrije markt in de EU in 1992 vervielen enkele taken van de douane.[1071] In plaats van de vervallen taken kreeg de douane, een federale organisatie vanwege de in de Grondwet opgelegde federale verantwoordelijkheid voor grensbewaking, naast de lokale arbeidsinspecties verantwoordelijkheid voor de inspecties en handhaving in het kader van illegale tewerkstelling.[1072] De wettelijke grondslag voor de nieuwe taken van de Douane vormde de *Gesetz zur Änderung des Finanzverwaltungsgesetzes*.[1073] De inspecteurs van de arbeidsinspectie bezaten geen bevoegdheden om bij vermoeden van verblijf zonder geldige verblijfsvergunning of op basis van vervalste documenten personen aan te houden. Hiervoor moesten ze de politie inschakelen.[1074] Na invoering van de *SGB III-Änderungsgesetz*[1075] in 1997 hebben de douanebeambten die bevoegdheid wel gekregen.[1076] In 2001 volgen twee wetten die specifiek zijn gericht op handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling in specifieke branches. Het gaat om de bouw (*Gesetz zur Eindämmung illegaler Betätigung in Baugewerbe*),[1077] waarbij het voornamelijk gaat om de afdracht van sociale lasten, en de transportsector (*Gesetz zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung im gewerblichen Güterfernverkehr*).[1078] In 2002 wordt door middel van de *Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von Illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit*[1079] de bestraffing van illegale tewerkstelling verzwaard. De bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties werden verhoogd

[1066] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 52.
[1067] Bundesrechtnungshof 2008, p. 9. BGBl. I, 1981, S. 1390.
[1068] Plender 1988, p. 315.
[1069] Plender 1988, p. 316.
[1070] Bundesrechnungshof 2008, p. 9.
[1071] Vogel 200, p. 337.
[1072] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 52.
[1073] BGBl. I, 1992, S. 1222.
[1074] Vogel 2001, p. 338.
[1075] BGBl. I, 1997, S. 594.
[1076] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 52.
[1077] BGBl. I, 2001, S. 2267.
[1078] BGBl. I, 2001, S. 2272.
[1079] BGBl. I, 2002, S. 2787.

en de mogelijkheid om werkgevers na overtreding uit te sluiten van overheidsopdrachten werd toegevoegd.[1080] Daarnaast zijn op basis van deze hervorming de aannemers verantwoordelijk voor de afdracht van de sociale lasten van de onderaannemers. Tot slot hebben er een aantal arbeidsmarkthervormingen plaatsgevonden met als doel het vergemakkelijken van legale tewerkstelling om zodoende illegale tewerkstelling minder aantrekkelijk te maken.[1081]

5.4.2 HARTZ III

In 2002 kwam de *Hartz* commissie,[1082] voorgezeten door de *Human Resources Executive* van Volkswagen, Peter Hartz, met 13 'innovatiemodules'. Deze modules zijn voorstellen die gericht zijn op hervorming van de arbeidsmarkt. Deze werden onderverdeeld in drie deelonderwerpen (*Hartz I – III)*.[1083] *Hartz I* en *II* werden ingevoerd op 1 januari 2003 en betroffen onder andere aanpassing van de sociale zekerheid, subsidiefondsen voor ondernemers en uitbreiding van de arbeidskantoren. *Hartz III* trad in werking op 1 januari 2004 en reorganiseerde de federale arbeidsinspectie, de *Arbeitsamt* (de naam werd gewijzigd in *Agentur für Arbeit*). Onderdeel van deze wijziging was het bundelen van de inspecteurs die betrokken waren bij het opsporen van illegale tewerkstelling. Het doel van de reorganisatie was het centraliseren van de gefragmenteerde handhaving.[1084] Zie daarvoor uitgebreid paragraaf 5.6.2 van dit hoofdstuk.

5.4.3 WET TER BESTRIJDING VAN ZWARTWERK

In 2004 werd de *Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung von Schwarzarbeit* ingevoerd. De wet ziet niet specifiek op illegale tewerkstelling maar is een overkoepelende wet ter bestrijding van zwart werk door het niet afdragen van sociale premies of belastingen. Illegale tewerkstelling wordt daar als belangrijk onderdeel van gezien, en wordt benaderd vanuit een arbeidsmarktperspectief: illegale tewerkstelling verdringt legale banen.[1085] Daarnaast leidt illegale tewerkstelling tot valse concurrentie.[1086] In Duitsland speelt het migratierechtelijke

[1080] Bundesrechnungshof 2008, p. 10.
[1081] Onder andere in 1999, versoepeling van tijdelijke contracten, en 2003, versoepelingen met betrekking tot freelancewerk en het inhuren van zelfstandige minderjarigen, Junkert & Kreienbrink 2008.
[1082] Officiële naam: Kommission für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt.
[1083] In 2004 volgde *Hartz-IV*, een hervorming en verkorting van de werkloosheidsuitkering en bijstand waarbij de federale en lokale uitkeringen werden samengevoegd en onder andere afhankelijk werd gemaakt van het vermogen. Deze hervorming maakte zoveel los dat *Hartz-IV* in 2004 werd uitgeroepen tot 'Woord van het Jaar' en inmiddels synoniem is geworden voor de groep 'werkende armen'.
[1084] Vogel 2001.
[1085] Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung 1998, Zie ook Vogel 2001, p. 328.
[1086] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 75.

aspect van illegale tewerkstelling nauwelijks een rol, in tegenstelling tot Nederland en Europa. Illegale tewerkstelling is in Duitsland een kwestie van concurrentievervalsing. De bestrijding van illegale tewerkstelling is dan ook nauw verweven met de bestrijding van zwart werk, vanwege de ontduiking van sociale lasten en belastingen die vrijwel altijd samengaat met de illegale tewerkstelling. Volgens het wetsvoorstel heeft zwart werk in Duitsland een 'alarmerend niveau' bereikt.[1087] Zwart werk benadeelt bonafide werkgevers en werknemers en levert een enorme schade op aan de publieke kas, aldus het wetsvoorstel. De regeringsfracties stellen dat zwart werk niet als een bagatel-delict gezien moet worden maar dat er sprake is van tastbare, economische criminaliteit die de samenleving zware schade toebrengt.[1088] In aanvulling op een aantal herzieningen van de arbeidsmarkt die legale tewerkstelling moeten vergemakkelijken (hiermee wordt gedoeld op de *Hartz*-hervormingen) moet dit wetsvoorstel voorzien in samenvoeging van instrumenten om zwart werk aan te pakken. Het doel van het wetsvoorstel is het creëren van een nieuw *'Unrechts-bewusstsein'* bij de bevolking ten aanzien van zwart werk.[1089] Door middel van deze wet werd de *Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung* (SchwarzArbG) ingevoerd en werden 23 andere wetten en regelingen gewijzigd. Het doel van deze wet was het bundelen van de over verschillende wetten verspreide instrumenten en bevoegdheden, net zoals dat in de uitvoeringspraktijk met de inspectieorganisaties zou gaan gebeuren.

In de SchwarzArbG worden eerst de verschillende vormen van zwart werk gedefinieerd, waar illegale tewerkstelling er zoals gezegd één van is. De SchwarzArbG somt vervolgens de bevoegdheden van de (douane)beambten en de verplichtingen van de betrokken werkgevers op. Om de samenwerking met het OM te optimaliseren voorziet de SchwarzArbG in een regeling omtrent een controle- en onderzoeksdatabase die de FKS zal beheren.[1090] Tot slot bevat de SchwarzArbG de omschrijving van de administratieve boetes en strafrechtelijke sancties, waarbij het Ministerie van Financiën bevoegd is beleidsregels vast te stellen om voor de administratieve boetes een uniform boetebeleid te waarborgen.[1091] Onderdeel van het pakket maatregelen was het verhogen van de maximale bestuurlijke boete voor illegale tewerkstelling naar € 500.000. De *Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung von Schwarzarbeit* was onderdeel van het begrotingsstabilisatieplan uit 2004. Op federaal niveau werden 1 miljard extra inkomsten verwacht, op deelstaat en lokaal niveau 300 miljoen.[1092] De

[1087] BT-Drucks. 15/2573, p. 1.
[1088] BT-Drucks. 15/2573, p. 1.
[1089] BT-Drucks. 15/2573, p. 1.
[1090] Abs. 5, SchawrzArbG.
[1091] Abs. 3, SchwarzArbG.
[1092] Bundesrechnungshof 2008, p. 8.

inkomsten bestaan uit opgelegde boetes en het invorderen van ontlopen sociale lasten en belastingen.

5.5 HANDHAVING VAN HET VERBOD OP ILLEGALE TEWERKSTELLING

5.5.1 VERGUNNINGSSTELSEL

In Duitsland worden werknemers in een aantal groepen onderverdeeld. Allereerst de onderdanen van de 'oude' veertien EU-lidstaten. Deze onderdanen zijn gelijk aan Duitse onderdanen, met alle rechten en plichten van dien. Voor acht van de tien lidstaten die bij de vijfde uitbreiding van de EU[1093] zijn toegetreden golden overgangsmaatregelen, waardoor de onderdanen van deze lidstaten ondanks hun EU status nog steeds een vergunning (*Arbeitsgenehmigung-EU*)[1094] nodig hebben om te mogen werken op de Duitse arbeidsmarkt.[1095] Deze beperking geldt in principe enkel ten aanzien van werk in loondienst,[1096] net als in Nederland.[1097] Onderdanen van nieuwe lidstaten mogen wel als zelfstandigen aan de slag op de Duitse arbeidsmarkt. Voor Grieks-Cyprus en Malta gelden deze beperkingen evenwel niet, vanwege de lage inwonersaantallen van deze landen. Deze onderdanen zijn ook in Nederland al vrij op de arbeidsmarkt. Een transitieperiode is ook ingesteld voor de onderdanen van Roemenië en Bulgarije. Deze periode loopt tot 2014.[1098] Verblijf voor derdelanders is geregeld in §18 tot §20 van de *Aufenthaltsgesetz* (Vreemdelingenwet). Bij derdelanders wordt een onderscheid gemaakt tussen onderdanen van landen op de 'positieve lijst' en de overige derdelanders.[1099] Dit onderscheid ziet echter enkel op de toegang en verblijf tot Duitsland. Onderdanen van landen op de 'positieve lijst' hebben geen visum nodig voor binnenkomst en kortstondig verblijf (maximaal drie maanden) in Duitsland. De overige derdelanders hebben wel een visum nodig.[1100] Om te werken hebben onderdanen uit beide categorieën een vergunning nodig.[1101] In Duitsland worden de werkvergunningen verleend aan de werknemer zelf, de werkgever is verantwoordelijk voor de afdracht van belastingen en sociale premies.[1102]

[1093] In 2004.
[1094] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 20.
[1095] Voormalig §248 SGB III.
[1096] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 22.
[1097] In Duitsland is echter ook dienstverlening in specifieke branches beperkt. Het gaat om de bouwnijverheid, industriële reiniging en binnenhuisarchitectuur. Toetredingsverdrag 2003, *PbEU*, 23 september 2003, bijlage V tot en met XIV, onder 13.
[1098] §248 SGB III.
[1099] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 21.
[1100] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 21.
[1101] §§18 tot 20 AufenthG.
[1102] Vogel 2001, p. 339.

5.5.2 ORGANISATIE VAN DE FINANZKONTROLLE SCHWARZARBEIT

De FKS is belast met het opsporen van en het handhavend optreden tegen zwart werk en illegale tewerkstelling. De FKS onderzoekt en handhaaft een scala van overtredingen: het werken zonder werk- of verblijfsvergunning, uitlening van werknemers zonder vergunning, werken naast een werkloosheidsuitkering, het niet afdragen van sociale lasten door de werkgever, niet afdragen van inkomstenbelasting door de werknemer enzovoorts.[1103]

Tot 2003 werkte 37 douanekantoren en 101 lokale kantoren aan de bestrijding van zwart werk.[1104] Alle 2700 inspecteurs van de douane en de lokale inspecties werden daarna onder gebracht bij de nieuw opgerichte FKS.[1105] De FKS is onderdeel van de douane. De douane is op haar beurt in 2008 gereorganiseerd. Hierbij zijn vijf directies (*Bundesfinanzdirektion*) ontstaan, die regionaal zijn verdeeld, maar nationale competentie hebben.[1106] Elke van deze kantoren is verantwoordelijk voor een bepaald onderwerp. In het geval van illegale tewerkstelling is het kantoor in Keulen, BFD West, verantwoordelijk voor de aansturing van de FKS. BFD West is verantwoordelijk voor het landelijke beleid van de FKS en is verantwoordelijk het Ministerie van Financiën te ondersteunen bij zijn beleid.[1107] De uitvoering van het werk van de FKS vindt plaats in 40 Hoofddouanekantoren. Deze sturen op hun beurt 113 lokale afdelingen aan. De minimumbezetting van elk regionaal kantoor is 36 medewerkers.[1108] In totaal werken er bij de FKS (dus zonder het BFD West) zo'n 6700 medewerkers.[1109]

Alle lokale afdelingen van de FKS zijn onderverdeeld in drie onderdelen *(Arbeitsgebiete)*: Preventie *(Prävention)*, Inspecties en onderzoek *(Prüfungen und Ermittlungen)* en Bestraffing *(Ahndung)*. Ongeveer 20% van de werknemers werkt bij de afdeling Preventie, 65% bij de afdeling Inspectie en onderzoek en 15% bij de afdeling Bestraffing. De afdeling 'Preventie' heeft twee belangrijke taken. Ten eerste het ondersteunen van andere afdelingen en instellingen zoals het Openbaar Ministerie. De tweede taak is het uitvoeren van 'patrouilles': inspecties en controles zonder specifieke verdenking. De afdeling Preventie moet 50% van de tijd besteden aan patrouilles, maar dat wordt volgens het Rekenhof niet gehaald.[1110] De afdeling 'Inspecties en Onderzoek' voert alle bij wet verplichte onderzoeken uit.[1111] Deze onderzoeken zijn vastgelegd in §2,

[1103] Bundesministerium der Finanzen 2009, p. 17.
[1104] Bundesrechnungshof 2008, p. 10.
[1105] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 52.
[1106] BFD West 2013.
[1107] BFD West 2013.
[1108] Bundesrechnungshof 2008, p. 12.
[1109] BFD West 2013.
[1110] Bundesrechnungshof 2008, p. 20.
[1111] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 53.

Abs. 1, SchwarzArbG en bevatten voornamelijk onderzoeken naar opgaven door werkgevers bij de belastingdienst met betrekking tot sociale lasten en pensioenen en de controle van minimumloon. De afdeling 'Bestraffing' tot slot, heeft twee taken. Zij voeren al het onderzoek uit waarvoor geen veldwerk nodig is zoals het controleren van documenten en data. Daarnaast is deze afdeling verantwoordelijk voor de vervolging van de door de afdeling 'Inspecties en Onderzoek' opgelegde bestuurlijke boetes. Tevens behandelt deze afdeling de bezwaarschriften tegen deze boetes. Tot slot heeft deze afdeling ook nog een taak met betrekking tot werkloosheidsuitkeringen, hetgeen buiten het bestek van dit proefschrift valt.[1112] De inspectiebevoegdheden van de FKS zijn neergelegd in §§3, 4 , 5 en 14 SchwarzArbG. De eerste drie artikelen geven bevoegdheden ten aanzien van het betreden van grondgebied en werkruimten, het stoppen van voertuigen, het inspecteren van financiële en andere documenten en het controleren van de identiteit en verblijfsstatus. §14 SchwarzArbG geeft de inspecteurs daarnaast dezelfde opsporingsbevoegdheden als de handhavingsautoriteiten hebben op basis van het StPO en de OWiG.[1113]

5.5.3 TOEPASSELIJKE VOORSCHRIFTEN

Een aantal wetten in Duitsland verbiedt het tewerkstellen van een vreemdeling zonder geldige vergunning. Welke wet in een specifieke situatie van toepassing is hangt af van de zwaarte van de overtreding. In Duitsland wordt, net als in Nederland, geen onderscheid gemaakt tussen een derdelander met of een derdelander zonder geldige verblijfstitel.[1114] Het illegaal tewerkstellen van slechts een beperkt aantal vreemdelingen onder redelijke arbeidsomstandigheden is een *Ordnungswidrigkeit* op basis van §404, par. 2 no. 3, SGB III. Hiervoor kan een *Geldbusse* worden opgelegd van maximaal € 500.000. Wanneer er meer werknemers tegelijkertijd worden tewerkgesteld zonder vergunning telt dat als één daad en kan er slechts één boete worden opgelegd. In de boetehoogte wordt het aantal werknemers en de duur van de tewerkstelling verdisconteerd. Wanneer een werkgever op verschillende momenten een werknemer illegaal tewerkstelt kan voor elke afzonderlijke overtreding een boete worden opgelegd.[1115] De hoogte van de boetes wordt bepaald door de Hoofddouanekantoren, die het bevoegde bestuursorgaan zijn in de procedure.[1116] Bij elke zaak wordt individueel gekeken naar de soort overtreding, de ernst, de

[1112] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 53.
[1113] BFD West 2013.
[1114] Basse et al 2011, p. 366.
[1115] BFD West 2013.
[1116] §36, Abs. 1, Nr. 1 OWiG.

verwijtbaarheid van de dader en de economische omstandigheden.[1117] Hoe deze omstandigheden moeten worden gewogen is vastgelegd in een *Dienstvorschrift.* Dit voorschrift bepaalt de hoogte van de boetes die moeten worden opgelegd in specifieke situaties. Het voorschrift is niet openbaar.[1118] De hoogte van de boetes was onderdeel van een vragenlijst die ik bij de BFD West heb ingediend. BFD West gaf aan geen uitspraken te kunnen doen over de gemiddelde boete, vanwege de specifieke omstandigheden van elk geval.[1119]

Bij een overtreding onder verzwarende omstandigheden komt de overtreding binnen de reikwijdte van de SchwarzArbG. Wanneer een overtreding wordt begaan onder de omstandigheden die in de SchwarzArbG zijn vastgesteld is er niet langer sprake van een *Ordnungswidrigkeit* maar van een strafrechtelijke overtreding (*Straftat)*. De SchwarzArbG kwalificeert de volgende overtredingen als een strafbaar feit: herhaalde tewerkstelling van vreemdelingen zonder vergunning (maximale gevangenisstraf van één jaar of een strafrechtelijke geldboete),[1120] tewerkstelling van meer dan vijf vreemdelingen zonder vergunning (maximale gevangenisstraf van 1 jaar of een strafrechtelijke geldboete),[1121] tewerkstelling zonder vergunning uit 'genadeloze zelfzuchtigheid' (maximale gevangenisstraf van drie jaar of een geldboete)[1122] en tewerkstelling onder significant slechtere arbeidsomstandigheden dan vergelijkbare Duitse werknemers (maximale gevangenisstraf van drie jaar of een strafrechtelijke geldboete).[1123] Een zware overtreding van de laatste variant levert minimaal zes maanden en maximaal vijf jaar gevangenisstraf op.[1124] Het niet meewerken aan een onderzoek van de FKS door werkgevers of werknemers kan een boete van maximaal € 30.000 opleveren.[1125] Ter implementatie van de richtlijn zijn twee omstandigheden toegevoegd waaronder illegale tewerkstelling wordt aangemerkt als een strafbaar feit: tewerkstelling van slachtoffers van mensenhandel[1126] en tewerkstelling van minderjarigen.[1127] Naast werkgevers kunnen ook uitzendbureaus strafrechtelijk worden aangepakt wanneer ze bemiddelen bij illegale tewerkstelling. De maximale straf, op grond van de Detacheringswet, de *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, is een gevangenisstraf

[1117] §17, Abs. 3 OWiG, BFD West 2013. De term 'economische omstandigheden' is niet nader toegelicht.
[1118] BFD West 2013.
[1119] BFD West 2013.
[1120] §11 Abs. 1, no. 2a SchwarzArbG.
[1121] §11 Abs. 1, no. 1 SchwarzArbG.
[1122] §11 Abs. 1, no. 2a SchwarzArbG.
[1123] §10 Abs. 1, SchwarzArbG.
[1124] §10 Abs. 1, SchwarzArbG.
[1125] De coöperatieverplichting staat in §5 SchwarzArbG, de boete in §8 Abs. 2 SchwrzArgbG. Niet voldoen aan deze verplichting is een *Ordnungswidrigkeit.*
[1126] §10a SchwarzArbG.
[1127] §11, Abs 1, Satz 3 SchwarzArbG.

van maximaal drie jaar of een strafrechtelijke geldboete[1128] en bij een zware overtreding een gevangenisstraf tussen de zes maanden en vijf jaar.[1129]

Naast de al genoemde *Geldbusse* en strafrechtelijke consequenties kunnen er nog extra maatregelen worden genomen tegen werkgevers die zich schuldig maken aan illegale tewerkstelling.[1130] Werkgevers kunnen tot maximaal drie jaar worden uitgesloten van deelname aan aanbestedingen in de bouwsector.[1131] Deze sanctie kan worden opgelegd wanneer de werkgever is veroordeeld tot een gevangenisstraf van tenminste drie maanden, een geldboete van minimaal 90 keer het 'dagtarief',[1132] of een bestuurlijke boete van tenminste € 2.500 wegens illegale tewerkstelling of zwart werk.[1133] Deze maatregelen zijn in 2001 ingevoerd door middel van de al genoemde speciale wet ter bestrijding van illegale tewerkstelling in de bouw (*Gesetz zur Eindämmung illegaler Betätigung in Baugewerbe*).[1134] Illegale tewerkstelling is een van de factoren die er toe kan leiden dat een ondernemer wordt aangemerkt als 'onbetrouwbaar' en derhalve een gedeeltelijk of geheel beroepsverbod opgelegd kan krijgen.[1135] Daarnaast kunnen werkgevers aansprakelijk worden gesteld voor een aantal kosten. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om de kosten van uitzetting van de illegaal tewerkgestelde werknemer.[1136] Tevens kan de werkgever aansprakelijk worden gesteld voor kosten van de verzekeraar wanneer deze moet uitkeren wegens een ongeluk waarbij een illegaal tewerkgestelde vreemdeling betrokken is.[1137] Tot slot kan de werkgever een naheffing krijgen voor niet afgedragen sociale lasten en belastingen. De ontlopen lasten worden nauwkeurig berekend. Tussen 2008 en 2011 ging het om bedragen tussen de 625 en 710 miljoen euro per jaar aan misgelopen sociale afdrachten en belastingen. Echter, maar een fractie van dit bedrag kan worden verhaald, zie paragraaf 5.6.6.3. Naheffingen vanwege ontdoken sociale lasten en belastingen past in de manier waarop in Duitsland tegen illegale tewerkstelling wordt aangekeken. Illegale tewerkstelling wordt voornamelijk gezien als valse concurrentie en een bedreiging voor de publieke kas.[1138]

[1128] §15 Abs. 1 AÜG.
[1129] §15 Abs. 2 AÜG.
[1130] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 51.
[1131] §21 SchwarzArbG.
[1132] Strafrechtelijke geldboetes worden gebaseerd op de *Tagessätzen*, §40 Strafgesetzbuch. Het 'dagtarief' is tussen de 5 en 360 euro en wordt per overtreder bepaald aan de hand van de omstandigheden van de overtreding en de overtreder. Ook de financiële positie van de overtreder telt hierbij mee. Een boete bedraagt vervolgens een x aantal maal het 'dagtarief'. 90 maal is dus minimaal € 50 en maximaal € 2.400.
[1133] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 50.
[1134] BGBl. I, 2001, S. 2267.
[1135] §35 Abs. 1 GewerbOrdnung.
[1136] §66 Abs. 4 s. 1 AufenthG.
[1137] §110 Abs. 1a, SGB VII.
[1138] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 75.

5.5.4 AANSPRAKELIJKHEID WERKNEMER

Naast de werkgever kan ook de vreemdeling die illegaal tewerkgesteld is worden bestraft voor het werken zonder tewerkstellingsvergunning. Dit gaat via dezelfde systematiek als de bestraffing van de werkgever. Een eerste, simpele overtreding wordt bestraft met een bestuurlijke boete via het SGB III met een maximale hoogte van € 5.000.[1139] Wanneer de vreemdeling recidiveert, kwalificeert de overtreding op grond van het SchwarzArbG als een strafbaar feit. Er kan een gevangenisstraf van maximaal één jaar worden opgelegd of een strafrechtelijke geldboete.[1140] Wanneer het werken zonder vergunning samenvalt met verblijf zonder vergunning wordt de werknemer in eerste instantie vervolgd vanwege het verblijf zonder vergunning. Dit is namelijk een strafbaar feit[1141] en op grond van de OWiG heeft de vervolging van strafbare feiten voorrang boven bestuurlijke beboeting.[1142] Voor het werken zonder vergunning worden, afhankelijk van de ernst van de overtreding, waarschuwingen of boetes opgelegd. In de periode 2010 – 2012 ging dat om de volgende aantallen:

SANCTIES TEGEN WERKNEMERS	2010	2011	2012
Opgestarte onderzoeken	10105	7410	5877
Afgeronde onderzoeken	10010	8483	6180
Opgelegde boetes	5999	4760	3252
Som van de boetes	€ 1.307.700	€ 1.013.569	€ 727.343
Gemiddelde boete (berekening auteur)	€ 217,98	€ 212, 94	€ 232,60
Waarschuwing zonder waarschuwingsboete	339	319	392
Waarschuwing met waarschuwingsboete	1380	1724	970

Tabel 5.1: Sancties tegen werknemers.[1143]

5.5.5 IMPLEMENTATIE WERKGEVERSSANCTIERICHTLIJN

De richtlijn is in Duitsland geïmplementeerd door middel van twee wetswijzigingen. Het betreft de *Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union and zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex* die op 26 november 2011 in werking is

[1139] SGB III, §404, par. 2 no. 4, juncto §4 Abs. 3, Satz 1, AufenthG.
[1140] SchwarzArbG, §11 par. 1 no. 2b.
[1141] §95, Abs. 1, AufenthG.
[1142] §21 OWiG.
[1143] Het gaat hierbij om derdelanders en Unieburgers zonder vrije toegang tot de arbeidsmarkt. Bron: BFD West 2013. Over eventuele strafrechtelijke vervolging van werknemers zijn geen cijfers bekend.

getreden[1144] en de *Viertes Gesetzes zur Änderung des Vierten Sozialgesetzbuches und andere Gesetze*, die op 1 januari 2012 in werking is getreden.[1145] De eerstgenoemde wet is een verzamelwet waarmee twee richtlijnen en een verordening, allen op het gebied van het reguliere migratierecht, zijn geïmplementeerd in de Duitse wetgeving. Naast de Werkgeverssanctierichtlijn gaat het om de Terugkeerrichtlijn[1146] en de Verordening met betrekking tot de gemeenschappelijke visumcode.[1147] Dit is de tweede implementatiewet op het gebied van migratierechtelijke voorschriften van de EU.[1148] De implementatiewet brengt wijzigingen aan in de *Aufenthaltsgesetz* en de SchwarzArbG. Ook door middel van *de Viertes Gesetzes zur Änderung des Vierten Sozialgesetzbuches und andere Gesetze* wordt een aantal onderwerpen gezamenlijk ingevoerd. Voor wat betreft de richtlijn wijzigt deze wet het SGB IV, en implementeert in het SGB IV het vereiste uit te gaan van een fictief dienstverband van drie maanden bij illegale tewerkstelling.[1149] Basse merkt op dat er niet veel wijzigingen nodig waren voor het implementeren van de Werkgeverssanctierichtlijn, nu het Duitse recht al reeds voldeed een groot aantal van de voorschriften. Als voorbeeld geeft Basse de bestaande straffen voor illegale tewerkstelling. De verschillende straf- en bestuursrechtelijke handhavingsinstrumenten die Duitsland kent komen al vrijwel overeen met de, voor dit proefschrift centraal gestelde, eisen ten aanzien van strafbaarstelling in de richtlijn.[1150] Artikel 9 van de Werkgeverssanctierichtlijn schrijft voor dat illegale tewerkstelling onder bepaalde omstandigheden moet kwalificeren als een strafbaar feit. Illegale tewerkstelling onder drie van de vijf omstandigheden die worden genoemd in de richtlijn werden in Duitsland al voor de implementatie van de richtlijn als een strafbaar feit aangemerkt. Het gaat om recidive;[1151] tewerkstelling van een aanzienlijk aantal vreemdelingen zonder geldige verblijfsvergunning;[1152] en illegale tewerkstelling die gepaard gaat met arbeidsgerelateerde uitbuiting.[1153] Ter implementatie van de plicht illegale tewerkstelling van slachtoffers van mensenhandel strafbaar te stellen (art. 9, eerste lid, onder d, richtlijn) is aan het SchwarzArbG artikel §10a toegevoegd. Het tewerkstellen van minderjarigen (art. 9, eerste lid, onder e, richtlijn) is door de toevoeging van sub drie aan §11, par. 1, SchwarzArbG strafbaar gesteld.

[1144] GESTA B040.
[1145] GESTA G032.
[1146] Richtlijn 2008/115/EG, L 348/98. Zie ook hoofdstuk 2.
[1147] 810/2009, L 243/1. De genoemde regelingen hebben eigenlijk niet veel met elkaar te maken. Ze zijn vermoedelijk voor het gemak van de Duitse wetgever door middel van één wet geïmplementeerd.
[1148] De eerste implementatiewet dateert uit 2007.
[1149] Art. 6, derde lid, Richtlijn 2009/52/EG.
[1150] Basse et al 2011, p. 366.
[1151] §11 par. 1 no. 2a SchwarzArbG.
[1152] §11 par. 1 no. 1 SchwarzArbG.
[1153] §10 par. 1 SchwarzArbG.

5.5.6 FEITELIJKE HANDHAVING

5.5.6.1 HOOGTE VAN DE BOETES

De maximale bestuursrechtelijke boete die kan worden opgelegd wegens illegale tewerkstelling bedraagt € 500.000. Er is zeer weinig informatie beschikbaar over de gemiddelde hoogte van de opgelegde *Geldbussen.* Desgevraagd liet het BFD West weten dat daar geen algemene uitspraken over gedaan kunnen worden omdat de boetes afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval en de overtreder. De literatuur over de Duitse handhaving laat de boetehoogte onbesproken en ook jaarverslagen van verschillende instanties geven geen uitkomst.[1154] Het onderzoek van het Bundesrechnungshof uit 2008 geeft wel een aantal bruikbare cijfers voor de jaren 2005 en 2006.[1155] Uit deze cijfers valt op te maken dat in 2005 31.287 boetebeschikkingen werden uitgevaardigd met een totaal boetebedrag van € 67.017.104. In 2006 ging het om 30.897 boetebeschikkingen met een totaal boetebedrag van € 46.320.094. Het gemiddelde bedrag per boetebeschikking bedroeg in 2005 € 2.142 en in 2006 € 1.499. In 2005 en 2006 werd daarnaast voor nog eens € 14.809.624 en € 19.847.121 aan strafrechtelijke geldboetes opgelegd.[1156] Echter, het gaat hier om alle boetes voor zwart werk, dus niet alleen voor illegale tewerkstelling. Voor de totale som van opgelegde *Geldbussen* en strafrechtelijke straffen zijn wel recentere cijfers beschikbaar, maar hierbij ontbreekt het aantal zaken waarin de straffen zijn opgelegd. Een voorbeeld is 2005 waarin 67,1 miljoen euro aan boetes is opgelegd en er 53.852 bestuursrechtelijke procedures zijn afgerond. Uit het onderzoek van het Bundesrechnungshof valt op te maken dat er dat jaar 31.287 boetebeschikkingen zijn opgesteld. Zonder die informatie is de gemiddelde boete per beschikking niet vast te stellen voor de overige jaren. Dit zelfde geldt voor de vrijheidsstraffen. De hoeveelheid zaken waarin vrijheidsstraffen zijn opgelegd zijn niet op te maken uit de jaarverslagen. Uit het onderzoek van het Bundesrechnungshof is op te maken dat de vrijheidsstraffen in 2005 en 2006 werden opgelegd in respectievelijk 1.525 en 1.644 zaken. Uit de jaarverslagen van het *Bundeszollverwaltung* blijkt dat het in die jaren ging om 995 en 1123 jaar gevangenisstraf. Gemiddeld dus 7,8 en 8,2 maanden gevangenisstraf per zaak. Wederom gaat het hier om alle vormen van zwart werk en dus niet alleen om illegale tewerkstelling.

[1154] Bijvoorbeeld de jaarverslagen van het *Bundesministerium der Finanzen*, '*Die Bundeszollverwaltung Jahrestatistik'*. Hierin worden wel het aantal afgeronde onderzoeken en de totale boetesom genoemd, maar niet het aantal onderzoeken dat een boete opgeleverd heeft.

[1155] Bundesrechnungshof 2008, p. 29.

[1156] Bundesrechnungshof 2008, p. 7.

	2011	2010	2009	2008	2007
Ondervraagde personen	524015	510425	472542	481996	477035
Onderzochte werkgevers	67680	62756	51600	46058	62256
Gestarte strafrechtelijke procedures	109166	117453	104567	117867	104102
Afgeronde strafrechtelijke procedures	112474	115980	104003	106960	117441
Som van opgelegde strafrechtelijke boetes (in miljoenen €)	30.6	29.8	33.7	33.9	25.4
Opgelegde gevangenisstraf in jaren	30.6	29.8	33.7	33.9	25.4
Gestarte bestuursrechtelijke procedures	59218	59870	53032	56517	74686
Afgeronde bestuursrechtelijke procedures	76367	70146	61531	63274	72969
Som van opgelegde bestuurlijke boetes (in miljoenen €)	45.2	44	55.3	56.7	51.9
Som van geïnde bestuurlijke boetes (in miljoenen €)	18.7	14.2	15.2	14.2	12.8
Schade voor publieke kas (in miljoenen €)	660.5	710.5	624.6	549.7	561.8

Vervolg tabel op volgende pagina.

	2006	2005	2004	2003	2002
Ondervraagde personen	423175	355876	264500	79269	77380
Onderzochte werkgevers	83258	78316	104965	32572	26026
Gestarte strafrechtelijke procedures	-	-	-	-	-
Afgeronde strafrechtelijke procedures	91820	81920	56900	9837	8739
Som van opgelegde strafrechtelijke boetes (in miljoenen €)	19.8	21.2	8.9	3.6	2.9
Opgelegde gevangenisstraf in jaren	19.8	21.2	8.9	3.6	2.9
Gestarte bestuursrechtelijke procedures	62943	-	-	-	-
Afgeronde bestuursrechtelijke procedures	54087	53852	49926	1233	1734
Som van opgelegde bestuurlijke boetes (in miljoenen €)	46.4	67.1	32.8	5.1	5.3
Som van geïnde bestuurlijke boetes (in miljoenen €)	9.7	-	-	-	-
Schade voor publieke kas (in miljoenen €)	603.6	562.8	475.6	348.1	191.2

Tabel 5.2: Cijfers over zwart werk en het verbod op illegale tewerkstelling 2011- 2007.[1157]

Wel valt op dat de totale boetesom van de bestuursrechtelijke procedures na 2005 is gedaald terwijl het aantal procedures is toegenomen. Daarentegen is de strafrechtelijke boetesom toegenomen en ook is de opgelegde vrijheidsstraf in jaren toegenomen. Dit kan wellicht worden verklaard door de uitbreiding van de omstandigheden waaronder illegale tewerkstelling een strafbaar feit oplevert, in 2004 en bij de implementatie van de richtlijn. Een bestuursorgaan moet een onderzoek naar een *Ordnungswidrigkeit* overdragen aan het OM wanneer ze op een strafbaar feit stuit. Daarover is geen definitief uitsluitsel te geven omdat niet bekend is welk percentage van de boetes is uitgevaardigd wegens illegale tewerkstelling. De cijfers laten zien dat vanaf 2004, het jaar van de oprichting van de FKS, het aantal onderzochte werkgevers is gestegen. In dat jaar werd de *Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung von Schwarzarbeit* ingevoerd.

[1157] Bron: jaarverslagen van de Bundeszollverwaltung, *'Die Bundeszollverwaltung Jahrestatistik'*.

Het aantal opgelegde boetes dat wordt geïnd is laag. In 2005 werd 11 procent van de boetes betaald, in 2006 21 procent. Hierbij moet worden aangetekend dat bij de vaststelling van deze percentages is gerekend met de door de FKS opgelegde boetes, dus niet met eventuele gegronde bezwaar- of beroepsprocedures. Een toename van de boetehoogte heeft een verhoging van het aantal bezwaarprocedures tot gevolg.[1158] Uit het onderzoek van het Rekenhof bleek dat bij bezwaarprocedures 'vaak' de FKS zelf, of de rechtbank, de hoogte van de boetes naar beneden bijstelt of de boetes zelfs intrekt.[1159] Bij de afdelingen van de FKS waar het Rekenhof onderzoek naar heeft gedaan bleef slechts 22% van de opgelegde boetes in stand.[1160] De FKS zelf zegt hier geen cijfers over bij te houden.[1161] Het opleggen van boetes aan buitenlandse bedrijven gaat moeizaam: slechts 15% van de notificaties van boeteoplegging is te bezorgen, van de overige bedrijven is geen adres bekend. Sociale lasten en belastingen kunnen in voorkomende gevallen wel worden verhaald via de opdrachtgever die verantwoordelijk kan worden gehouden voor de afdracht.[1162]

5.5.6.2 INSPECTIES

Vogel schrijft dat de inspecties voornamelijk plaatsvinden op basis van tips van concurrenten, buren en andere inspectieorganisaties en het meest plaatsvinden in de bouw.[1163] Junkert en Kreienbrink stellen dat illegale tewerkstelling het meest voorkomt in de bouwsector, vleesproductie, land- en tuinbouw, bosbouw en huishoudelijke diensten.[1164] De FKS organiseert regelmatig zogenaamde 'zwaartepuntonderzoeken'. Hierbij gaat het om landelijke campagnes die enkele dagen tot een aantal weken duren. Hierbij wordt een bepaalde bedrijfstak uitvoerig gecontroleerd door de afdeling Preventie. Indien noodzakelijk wordt personeel van andere afdelingen ingezet. Voor het bepalen van de zwaartepunten worden statistische gegevens gebruikt, maar het Rekenhof heeft deze niet kunnen evalueren.[1165] Een deel van de inspecties van de FKS richt zich op sectoren waar de kans op overtredingen groot is. Deze sectoren worden geïdentificeerd op basis van de uitkomsten van eerder inspecties, concrete aanwijzingen en regionale omstandigheden. Een ander deel van de inspecties vindt juist plaats zonder duidelijke verdenkingen of nauwkeurige selectie, om het preventieve effect zo groot mogelijk te maken.[1166]

[1158] Bij boetes voor de werkgever van meer dan € 1.000 wordt in meer dan de helft van de gevallen bezwaar aangetekend.
[1159] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 73.
[1160] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 73.
[1161] BFD West 2013.
[1162] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 73.
[1163] Vogel 2001, p. 337.
[1164] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 75.
[1165] Bundesrechnungshof 2008, p. 16.
[1166] BFD West 2013.

5.5.6.3 VORDERING VAN VERMOGEN

In strafzaken heeft de FKS de taak te onderzoeken of er ontlopen sociale lasten of belastingen teruggevorderd kunnen worden. Hiertoe had de FKS in 2008 125 financiële rechercheurs in dienst. De resultaten van de terugvordering worden als teleurstellend gezien door het Rekenhof. In 2005 is er € 13 miljoen teruggehaald, in 2006 € 15.5 miljoen. Deze resultaten worden volgens de Rekenkamer beïnvloed door factoren waar de FKS geen macht over heeft. De FKS rechercheurs werken voor het OM, dat uiteindelijk een discretionaire bevoegdheid heeft om de maatregelen toe te passen. Het ministerie hanteert een streefgetal van € 165.000 per geval bij de terugvorderingsprocedures, gebaseerd op de totale schade aan de publieke kas. De schadebedragen worden gepubliceerd om het goede werk van de FKS te benadrukken.[1167] Onderzoek van de rekenkamer in 2008 toonde aan dat de incasso van opgelegde boetes en het invorderen van de ontdoken sociale lasten vaak achterwege blijft. Volgens de rekenkamer werd in 2005 en 2006 slechts tweederde van de ontdoken sociale lasten geclaimd. Van deze claims bleek 90% niet invorderbaar omdat het bedrijf dat de sociale lasten ontdook inmiddels failliet was. Voor wat betreft ontdoken belastingen schat de rekenkamer dat maar 5 a 10% van de ontdoken belastingen wordt ingevorderd.[1168]

5.5.6.4 BEWIJS EN OPLEGGING VAN STRAFFEN

De effectiviteit van de handhaving wordt volgens Junkert en Kreienbrink voornamelijk ondermijnd door problemen met bewijs. Steeds vaker werken werkgever en werknemer samen om beboeting te voorkomen. De werknemers zijn vaak geïnstrueerd met betrekking tot de verklaring die ze moeten afleggen.[1169] Junkert en Kreienbrink gaan niet in op de vraag of dit veroorzaakt wordt door het feit dat de werknemer zelf ook beboet kan worden, iets dat wel voor de hand ligt. Wel stellen ze vast dat bij werknemers zonder geldige verblijfstitel de uitzetprocedures vaak zo snel aanvangen dat ze vaak niet meer als getuige op kunnen treden.[1170]

5.5.6.5 VERZET

Betrokkenen kunnen tegen een opgelegde boete in beroep gaan bij het *Amtsgericht*. Voordat deze de zaak in behandeling neemt heroverweegt de FKS de boetebeschikking.[1171] Deze heroverwegingen worden afgehandeld door de afdeling *Ahndung* (bestraffing) van de FKS. Wanneer de FKS de boetebeschikking in stand laat wordt de zaak doorgestuurd naar de officier van justitie

[1167] Bundesrechnungshof 2008, p. 22.
[1168] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 72.
[1169] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 72.
[1170] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 72.
[1171] §67 OWiG.

die de zaak aanhangig maakt bij de strafrechter.[1172] Het percentage bezwaarschriften hangt af van de hoogte van de boete. Bij een boete van € 1000 is het percentage al meer dan 50%. De boetes worden na bezwaar bij de FKS of beroep bij de rechtbank vaak, soms drastisch, verlaagd of kwijtgescholden.[1173] Het grote aantal bezwaar- en beroepsprocedures kosten de FKS veel tijd en geld. Het Rekenhof raadt aan de oorzaken die hebben geleid tot de procedure en de vermindering van de boetes te onderzoeken en conclusies te trekken voor de beleidsregels.[1174] Daartoe zou in de databases met overtredingen ook de opgelegde en vastgestelde boete opgenomen moeten worden.[1175] Het ministerie vreest dat met publicatie van de vastgestelde boetes in plaats van de opgelegde boetes de algemene preventie schade oploopt. Voor de algemene preventie is het beter als de opgelegde boetes gepubliceerd worden.[1176]

5.5.6.6 EVALUATIE 2008

Junkert en Kreienbrink evalueren de wijzigingen in het handhavingsbeleid sinds de beschrijving door Vogel in 2001.[1177] De conclusie van Junkert en Kreienbrink is voor een deel gebaseerd op een rapport van de rekenkamer over het functioneren van de FKS.[1178] Volgens Vogel werd het Duitse systeem ter bestrijding van illegale tewerkstelling voor de oprichting van de FKS gekarakteriseerd door enerzijds decentralisatie en fragmentatie en anderzijds door samenwerking en centrale databases.[1179] Door het federale karakter van de Duitse staat worden vrijwel alle publieke taken uitgevoerd op deelstaat en lokaal niveau. Dit verklaart de decentralisatie en fragmentatie. De deelstaten hebben echter wel een constitutionele rechtsplicht tot loyaliteit ten opzichte van elkaar en ten opzichte van de bond *('Bundestreue'),*[1180] wat de samenwerking en centrale databases, die Vogel karakteristiek voor de handhaving acht, verklaart.

De samenwerking en de databases zijn sindsdien verder ontwikkeld.[1181] Deze databases betreffen onder andere het centrale bevolkingsregister, het *Ausländerzentralregister*[1182], de vingerafdrukdatabase en databases met gege-

[1172] §67 OWiG.
[1173] Bundesrechnungshof 2008, p. 25.
[1174] Bundesrechnungshof 2008, p. 26.
[1175] Bundesrechnungshof 2008, p. 26.
[1176] Bundesrechnungshof 2008, p. 26.
[1177] Junkert & Kreienbrink 2008, par. 1.4.2.5.
[1178] Bundesrechnungshof 2008.
[1179] Vogel 2001, p. 340.
[1180] Bovend'Eert & Burkens 2012, p. 96.
[1181] Die samenwerking is ten aanzien van illegale tewerkstelling bijvoorbeeld neergelegd in §2, par. 2 SchwarzArbG dat de FKS en een aantal instanties verplicht informatie met elkaar te delen.
[1182] In deze database zijn gegevens opgeslagen van meer dan 20 miljoen personen die niet in Duitsland wonen of korte tijd in Duitsland hebben gewoond. De database wordt bijgehouden door het *Bündesamt für Migration und Flüchtelinge*.

vens over werkgevers.[1183] Door de ontwikkelingen van deze databases en de samenvoeging van taken bij de FKS is de decentralisatie afgenomen.[1184] Volgens Junkert en Kreienbrink leidt het hoge aantal inspecties in Duitsland, gecombineerd met de goede samenwerking tussen verschillende instanties en het gebruik van databases er toe dat het aantal en de intensiteit van de inspecties behoren tot een van de hoogste in de geïndustrialiseerde landen.[1185] Met welke cijfers en/of landen Junkert en Kreienbrink Duitsland vergelijken wordt echter niet duidelijk. Wel constateren Junkert en Kreienbrink dat er weinig inspecties plaatsvinden in privéwoningen ondanks dat daar volgens hen wel een aanzienlijk aantal personen illegaal tewerkgesteld wordt.[1186] Het gebrek aan inspecties in privéwoningen heeft een aantal redenen. Ten eerste de grondwettelijke bescherming van de woning, waardoor binnentreden niet zomaar mogelijk is. Ten tweede hebben inspecties in woningen volgens de door Junkert en Kreienbrink geïnterviewde inspecteurs niet veel rendement omdat er meestal maar weinig illegaal tewerkgestelde personen tegelijkertijd worden aangetroffen. Ten derde is het vaak lastig vast te stellen of het gaat om illegale tewerkstelling of een vriendendienst[1187] en tot slot is illegale tewerkstelling in woningen nauwelijks zichtbaar.[1188] In 2004, toen de douanemedewerkers van de FKS verschillende strafvorderlijke bevoegdheden kregen is voorgesteld een nieuwe wettelijke bepaling in het leven te roepen om het makkelijker te maken inspecties uit te voeren in privéwoningen. Protesten van verschillende politieke partijen heeft dit voorkomen.[1189]

Op basis van gespreken met belanghebbenden zoals werkgeversorganisaties, vakbonden, overheidsinstanties en Ngo's concluderen Junkert en Kreienbrink dat de centralisatie van de handhaving een effectievere handhaving tot gevolg heeft. Volgens verschillende belanghebbenden is er sprake van een handhavingstekort (zowel wat betreft de oplegging van sancties als de naheffing van ontlopen sociale lasten en belastingen). Volgens andere belanghebbenden is een deel van de problemen met de handhaving te verklaren door dat er nog te weinig ervaring is met de verschillende instrumenten en samenwerkingsverbanden.[1190] Junkert en Kreienbrink concluderen dat, hoewel er nog mogelijkheden zijn voor verbetering, Duitsland beschikt over een breed en ontwikkeld

[1183] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 69.
[1184] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 69.
[1185] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 69.
[1186] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 70.
[1187] In Nederland maakt dat niet uit, daar vallen ook vriendendiensten onder het werkgeversbegrip.
[1188] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 70.
[1189] Stobbe 2004, p. 103.
[1190] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 73.

scala van instrumenten voor de bestrijding van illegale tewerkstelling.[1191] Het BFD West laat desgevraagd weten dat de samenwerking tussen instanties en autoriteiten voortdurend verder ontwikkeld wordt, maar geeft inhoudelijk geen reactie op de kritiek van Junkert en Kreienbrink.[1192]

5.6 CONCLUSIE

Net als in Nederland is in Duitsland halverwege het vorige decennium de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling gereorganiseerd. Voor Duitsland betekende dat met name het centraliseren van de handhaving die voorheen decentraal, in de *Länder*, was georganiseerd. Ondanks de lange traditie van *Ordnungswidrigkeiten* in Duitsland speelt het strafrecht nog steeds een rol in de handhaving ten aanzien van natuurlijke personen van het verbod op illegale tewerkstelling. In 2004 zijn de omstandigheden waaronder illegale tewerkstelling een strafbaar feit oplevert uitgebreid. Hierdoor ontstond een vergelijkbare handhavingssituatie als de richtlijn voorstaat. Daarna zijn de omstandigheden nog een keer uitgebreid ter implementatie van de richtlijn. In Duitsland kunnen rechtspersonen niet strafrechtelijk worden vervolgd, enkel personen met bepaalde posities binnen het bedrijf kunnen worden vervolgd. Wel kunnen rechtspersonen bestuursrechtelijke geldstraffen krijgen wegens illegale tewerkstelling. Daarnaast is het in Duitsland mogelijk de werknemer bestuursrechtelijk en bij recidive strafrechtelijk te vervolgen.

De bestuurlijke boetes in Duitsland lijken inhoudelijk veel op de Nederlandse strafbeschikking, de rechterlijke toetsing vindt plaats bij de strafrechter. Het grote verschil is dat dit instrument in Duitsland tot het bestuursrecht wordt gerekend, terwijl de Nederlandse strafbeschikking een strafrechtelijk instrument is. De hoogte van de *Geldbusse* is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Over de gemiddelde boete wegens illegale tewerkstelling is geen informatie beschikbaar, maar de gemiddelde boete voor alle vormen van zwart werk bedroeg in 2005 € 2.142 en in 2006 € 1.499. Daarnaast werden strafrechtelijke geldboetes en rond de 1600 vrijheidsstraffen opgelegd van gemiddeld 8 maanden.

Voor wat betreft het voorschrijven van handhavingsinstrumenten heeft de richtlijn niet veel toegevoegd aan de Duitse handhavingspraktijk. De, net als in Nederland reeds voor de totstandkoming van de richtlijn voltooide, reorganisatie lijkt belangrijker te zijn geweest voor het huidige handhavingsniveau dan de implementatie van de richtlijn. De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling werd volgens Vogel immers gekarakteriseerd door decentralisatie en fragmentatie enerzijds (vanwege het federale karakter van de Duitse staat) en

[1191] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 76.
[1192] BFD West 2013.

door samenwerking en centrale databases anderzijds. Door de oprichting van de FKS, waarbij de lokale arbeidsinspecteurs en de douane beambten die toezicht hielden op illegale tewerkstelling, werden gebundeld in een federale organisatie is de decentralisatie en fragmentatie verminderd. Junkert en Kreienbrink concluderen dat, hoewel er nog mogelijkheden zijn voor verbetering, Duitsland beschikt over een breed en ontwikkeld scala van instrumenten voor de bestrijding van illegale tewerkstelling. Dit hoofdstuk heeft uitgewezen dat het moeilijk is om te achterhalen welke effecten specifieke handhavingsinstrumenten hebben, zeker nu er weinig cijfers bekend zijn. Het gebruik van strafrecht kan niet worden gezien als de reden voor een hoog en intensief handhavingsniveau. In de conclusie komen de bevindingen met betrekking tot de Nederlandse en Duitse handhaving aan de orde. In dat hoofdstuk wordt ingegaan op de lessen die kunnen worden getrokken uit de (vergelijking tussen) de handhaving in Nederland en Duitsland ten aanzien van de richtlijn.

HOOFDSTUK 6 – Crimmigration

6.1 INLEIDING

Strafrechtelijke sancties voor werkgevers die zich schuldig maken aan illegale tewerkstelling komen niet alleen in Europa voor. De introductie van strafrechtelijke werkgeverssancties in de Verenigde Staten eind jaren tachtig van de vorige eeuw bleek het startschot te zijn voor een convergentie tussen het straf- en migratierecht in de Verenigde Staten. Deze samensmelting, die in een stroomversnelling raakte na de aanslagen van 11 september 2001, is door verschillende auteurs beschreven en wordt *crimmigration* genoemd.[1193] De term is een samentrekking van de Engelse termen voor strafrecht, *criminal law* en migratierecht, *migration law*.[1194] Tot crimmigration wordt niet enkel de directe bestraffing van vreemdelingen gerekend, maar ook de strafrechtelijke bestraffing van hen die vreemdelingen faciliteren, zoals werkgevers die vreemdelingen zonder werkvergunning laten werken.[1195] De crimmigration literatuur beschrijft verschillende aspecten van deze ontwikkeling, probeert deze ontwikkeling te verklaren en veel auteurs nemen een normatieve positie in ten opzichte van die ontwikkeling.[1196] Steeds meer Europese auteurs sluiten bij deze literatuur aan en onderzoeken of er ook in Europa sprake is van crimmigration.[1197] Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn noch uit de handhaving in de onderzochte lidstaten valt het opnemen van strafrechtelijke sancties in de richtlijn te verklaren. In dit hoofdstuk wordt bekeken in hoeverre de keuze voor strafrechtelijke sancties in de richtlijn past in de ontwikkelingen die worden beschreven in de crimmigration literatuur. Daarnaast is tijdens het onderzoek gebleken dat uit de rol van strafrecht in Nederland, Duitsland en in de richtlijn belangrijke lessen te trekken zijn voor de transplantatie van de crimmigration literatuur naar Europa. Daarom gaat dit hoofdstuk niet alleen over de verhouding tussen de crimmigration literatuur en het opnemen van strafrechtelijke sancties in de richtlijn maar ook over de aandachtspunten die bij de transplantatie van de crimmigration literatuur naar Europa van belang zijn. Allereerst volgt een kort overzicht van de Amerikaanse, strafrechtelijke werkgeverssancties. Daarna komt de Amerikaanse crimmigration literatuur aan de orde. Vervolgens wordt de Europese literatuur ten aanzien van crimmigration besproken. Voordat de richtlijn wordt geanalyseerd aan de hand van de crimmigration literatuur vindt een beschrijving plaats van het verschil tussen de

[1193] Hill & Pearce 1990, Miller 2003, Brownell 2005, Stumpf 2006, Ryan 2007, Stumpf 2008, Chácon 2009.
[1194] Stumpf 2006, p. 380.
[1195] Stumpf 2006, p. 380.
[1196] Miller 2003, Stumpf 2006, Stumpf 2008, Chácon 2009, Kanstroom 2004, Legomsky 2007.
[1197] Zie par. 6.3 van dit hoofdstuk.

Amerikaanse literatuur en de Europese literatuur en de rol die strafrecht daarin speelt. Hierbij komt ook de handhaving in Nederland en Duitsland aan de orde. Er wordt onderscheid gemaakt tussen een formele en een inhoudelijke benadering van crimmigration. Tot slot wordt beschreven in hoeverre de richtlijn past in de ontwikkeling die in de crimmigration literatuur wordt beschreven.

6.2 CRIMMIGRATION

6.2.1 STRAFRECHTELIJKE WERKGEVERSSANCTIES IN DE VERENIGDE STATEN

Als het beginpunt van de crimmigration ontwikkeling in de VS wordt de introductie van strafrechtelijke werkgeverssancties genoemd. Chácon geeft een kort, historisch overzicht van gecriminaliseerde migratierechtelijke overtredingen in de Verenigde Staten. De criminalisering begint in de jaren tachtig van de vorige eeuw.[1198] Eén van de eerste voorbeelden is de strafbaarstelling van het tewerkstellen van vreemdelingen zonder vergunning, het door de vingers zien van valse documenten door werkgevers en huwelijksfraude.[1199] Ook andere auteurs zien het strafbaar stellen van illegale tewerkstelling als één van de eerste voorbeelden van de criminalisering van het migratierecht in de Verenigde Staten.[1200]

Het tewerkstellen van vreemdelingen zonder geldige vergunning werd in de VS voor het eerst strafbaar gesteld op federaal niveau in 1986, door middel van de *Immigration Reform and Control Act* (IRCA).[1201] Voordat deze wet in werking trad was *harboring* van vreemdelingen zonder geldige verblijfsvergunning al wel sinds 1952 strafbaar.[1202] Onder *harboring* valt elke vorm van het faciliteren van verblijf van vreemdelingen zonder geldige verblijfsvergunning. Op aandringen van werkgevers in de agrarische sector is destijds echter de zogenaamde 'Texas Proviso' opgenomen. Door middel van deze bepaling werd het tewerkstellen van vreemdelingen zonder verblijfsvergunning niet gezien als *harboring*.[1203] Aanvankelijk was men terughoudend met het introduceren van werkgeverssancties vanwege de mogelijke nadelige, economische, gevolgen voor werkgevers.[1204] In de jaren zeventig van de vorige eeuw begon een langdurig proces van initiatieven, onderzoeken en commissies die uiteindelijk in 1986 leidde tot de IRCA.[1205] Het doel van die wetgeving is het verminderen van de kans voor vreemdelingen om zonder geldige verblijfsstatus werk te vinden in

[1198] Chácon 2009, p. 137.
[1199] Chácon 2009, p. 137.
[1200] Hill & Pearce 1990, Miller 2003, Brownell 2005, Stumpf 2006, Ryan 2007, Stumpf 2008, Chácon 2009.
[1201] Sec. 274A INA (a). Zie: Brownell 2005, Stumpf 2006 en Ryan 2007.
[1202] Sec. 274 INA (a) (1A) (iii), (8 U.S.C. § 1324(a) (1)).
[1203] Brownell 2005, Ryan 2007, p. 2.
[1204] Ryan 2007, p. 22.
[1205] Ryan 2007, p. 22.

de Verenigde Staten. Het tewerkstellen van een vreemdeling zonder geldige verblijfstitel kan worden bestraft met een *civil penalty*.[1206] Deze *penalties* zijn grofweg vergelijkbaar met een bestuurlijke herstelsanctie: opgelegd door de overheid als compensatie voor een overtreding zonder het oogmerk de overtreder leed toe te voegen. Wanneer de werkgever er een *pattern or practice* van illegale tewerkstelling op na houdt, begaat deze een strafbaar feit dat kan worden bestraft met maximaal zes maanden celstraf.[1207] Er is sprake van een *pattern or practice* wanneer het regelmatige, herhaalde en opzettelijke overtredingen betreft.[1208] Een werkgever kan dus enkel strafrechtelijk bestraft worden bij een gekwalificeerde overtreding. De daadwerkelijke toepassing van werkgeverssancties had lang slechts een lage prioriteit.[1209] De *US Commission for Immigration Reform* meldde in 1994 dat het budget voor inspecteurs en handhaving en het aantal inspecties sinds 1989 allemaal gedaald waren.[1210] Pas in de eerste termijn van President Obama is de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling een aandachtspunt geworden, wat heeft geleid tot de hoogste handhavingsniveaus in jaren.[1211]

6.2.2 DE CRIMMIGRATION LITERATUUR

6.2.2.1 CONVERGENTIE STRAF- EN MIGRATIERECHT

Miller beschrijft de criminalisering van migratierecht aan de hand van twee aspecten.[1212] Ten eerste de zwaardere, strafrechtelijke (*criminal*) bestraffing binnen een traditioneel *civil* migratierecht systeem. Ten tweede de toenemende strafrechtelijke consequenties van migratierechtelijke overtredingen.[1213] Ze onderscheidt enerzijds de migratierechtelijke gevolgen van criminele activiteiten en anderzijds de strafrechtelijke consequenties van migratierechtelijke overtredingen.[1214] Volgens Miller sluit deze trend aan bij de strafrechtelijke veranderingen in de afgelopen decennia. Ze beschrijft het werk van Feeley en Simon[1215] die analyseren hoe talloze aspecten van het dagelijks leven (familie, werk,

[1206] 8 U.S.C. § 1324(a)(1)(A).
[1207] Ryan 2007, p. 6.
[1208] US attorney, Criminal Resources Manual, USAM, Title 9, 1908, Unlawful employment of aliens.
[1209] Ryan 2007, p. 6.
[1210] Ryan 2007, p. 6.
[1211] Persbericht van Secretary Napolitano (Department of Homeland Security): http://www.dhs.gov/news/2010/10/06/secretary-napolitano-announces-record-breaking-immigration-enforcement-statistics, en het ICE HSI worksite enforcement strategy, Fact Sheet Worksite Enforcement http://www.ice.gov/news/library/factsheets/worksite.htm. Beide geraadpleegd op 17 september 2013.
[1212] Miller 2005.
[1213] Miller 2003.
[1214] Miller 2003, p. 5.
[1215] Feeley & Simon 1992, Simon 2001.

school, bedrijven en organisaties) meer en meer worden geregeerd door het strafrecht.[1216] De modellering van het migratierecht naar dit vernieuwde strafrecht begon met de introductie van werkgeverssancties in 1986 en kwam zoals gezegd in een stroomversnelling na de aanslagen van elf september.[1217]

Miller bespreekt de convergentie van *civil* en *criminal penalties* in de VS. Voor een goed begrip van de crimmigration literatuur is het noodzakelijk enkele opmerkingen over het Amerikaanse staatsrecht te maken. Het Amerikaanse migratierecht is traditioneel een *civil law* aangelegenheid. De term *civil law* wordt in de juridische wereld met name gebruikt ter onderscheiding van het continentaal Europese rechtssysteem (*civil law*), gebaseerd op codificatie en het Angelsaksische *common law* systeem, gebaseerd op precedenten. Binnen het *common law* systeem wordt de term *civil law* ondermeer gebruikt om het recht aan te duiden dat ziet op de handhaving van niet-strafrechtelijke overtredingen (*civil infractions*). Overtreding van deze voorschriften kan niet leiden tot gevangenisstraf, maar enkel tot de oplegging van boetes, kostenverhaal, heffingen of uitzetting (*civil penalties*). Deze worden opgelegd door de overheid en niet door de rechter. De sancties kunnen wel door een rechter worden getoetst. kan deze sancties wel toetsen. Handhaving van migratierechtelijke bepalingen door middel van *civil penalties* is een taak van de federale staat. Handhaving van strafrechtelijke overtredingen (*law enforcement*) is een taak van de individuele staten. Zoals zal blijken gaat een deel van de crimmigration literatuur dan ook over de competentieverdeling tussen de federale overheid en de individuele staten.

In 2006 beschrijft Stumpf drie aspecten van wat zij *'crimmigration'* noemt.[1218] Het eerste aspect is de toenemende overlap in de inhoud van migratie- en strafrecht. Dit uit zich in het toenemend aantal strafrechtelijke antecedenten die reden kunnen zijn voor weigering of uitzetting van vreemdelingen, in een groter aantal schendingen van migratierechtelijke normen die kunnen leidden tot strafrechtelijke vervolging en daarnaast in de nieuwe rol van het migratierecht: het opsluiten en verwijderen van vreemdelingen die worden gezien als mogelijke criminelen of als gevaar voor de nationale veiligheid.[1219] Het tweede aspect is de overeenkomst in de handhaving van migratie- en strafrecht. Hierbij richt ze zich voornamelijk tot de ontwikkeling waarbij migratieautoriteiten (de *Immigration and Customs Enforcement* (ICE) en de *U.S. Customs and Border Protection*) bevoegdheden krijgen die voorheen waren voorbehouden aan de strafrechtelijke handhavers (*law enforcement agencies)*.[1220] Daarnaast verschuift de

[1216] Miller 2003, p. 19.
[1217] Miller 2005.
[1218] Stumpf 2006.
[1219] Stumpf 2006, p. 381.
[1220] Stumpf 2006, p. 386.

migratiecontrole steeds meer van het federale niveau (traditioneel de plaats van *immigration enforcement agencies*) naar het niveau van de staten (traditioneel de plaats van de *law enforcement agencies*).[1221] Tot slot beschrijft Stumpf als derde aspect de procedurele kanten van het migratie- en strafrecht.[1222] In de VS wordt de strafvorderlijke procedure beheerst door het redelijk uitgebreide systeem van het vierde, vijfde en zesde amendement van de Amerikaanse Grondwet. Deze amendementen, die zijn opgenomen in de *Bill of Rights*, beperken de bevoegdheden van de overheid en verlenen bepaalde verdedigingsrechten aan verdachten. Hoewel steeds meer strafrechtelijke bevoegdheden in het migratierecht worden toegepast is de procedure in migratierechtelijke zaken enkel gestoeld op het vijfde amendement. Kanstroom somt de verschillen in de constitutionele bescherming op: bewijs dat in strijd met het vierde amendement is verkregen kan gewoon worden gebruikt, de vreemdeling krijgt geen *Miranda rights* voorgehouden,[1223] er wordt pas na het eerste verhoor op gewezen dat de vreemdeling recht heeft op een advocaat (die vervolgens niet door de staat betaald zal worden), er bestaat geen recht op een *jury trial*, de bewijsplicht ligt in bepaalde gevallen bij de vreemdeling, beroep moet worden afgewacht in detentie en beroep bij een federale rechtbank kan door die rechtbank geweigerd worden.[1224] Als gevolg van deze beperkte constitutionele bescherming worden vreemdelingen steeds vaker blootgesteld aan strafrechtelijk aandoende procedures, zoals het uitvoeren van rechtelijke bevelen (*warrants*), aanhoudingen en opsluiting, uitgevoerd door de migratieautoriteiten.[1225] Ook Kanstroom beschrijft een tweeledige convergentie van *civil* en *criminal* instrumenten.[1226] Daarmee bedoelt hij ten eerste overtredingen buiten het terrein van migratie waarbij na de strafrechtelijke afdoening de uitzettingsmechanismen in werking worden gesteld. Het tweede type convergentie is de criminalisering van migratierechtelijke overtredingen.[1227]

6.2.2.2 MEMBERSHIP THEORY

In een poging de convergentie tussen strafrecht en migratierecht in de Verenigde Staten te verklaren maakt Stumpf gebruik van de *membership theory*. Deze theorie gaat er vanuit dat positieve rechten het gevolg zijn van een afspraak tussen de overheid en de onderdanen van een staat.[1228] Degenen die geen partij

[1221] Stumpf 2006, p. 389.
[1222] Stumpf 2006, p. 390.
[1223] US Supreme Court, *Miranda vs. Arizona,* 384, U.S. 436 (1966). Het gaat daarbij om het voorhouden van de rechten die de verdachte heeft, direct bij de aanhouding.
[1224] Kanstroom 2004, p. 651.
[1225] Stumpf 2006, p. 390.
[1226] Kanstroom 2004, p. 653.
[1227] Kanstroom 2004, p. 654.
[1228] Stumpf 2006, p. 397.

zijn bij deze afspraak maken geen aanspraak op de rechten die uit de overeenkomst voortvloeien. In de Verenigde Staten wordt de preambule van de Grondwet vaak gezien als een dergelijk contract.[1229] Door middel van het vergroten of verkleinen van definities van de *members* kunnen bepaalde groepen worden in- of buitengesloten.[1230] Als voorbeeld geeft ze een uitspraak van het Hooggerechtshof waarin het hof oordeelde dat schoolkinderen zonder geldige verblijfstitel potentieel lid van de gemeenschap kunnen worden en daarom de staat Texas deze kinderen gelijke toegang moet geven tot het publieke-schoolsysteem.[1231] Stumpf stelt dat zowel het strafrecht als het migratierecht als poortwachters van de samenleving dienen. Via deze rechtssystemen wordt bepaald wie er deel mag uit maken van de samenleving en wie er juist moet worden buitengesloten. Het verschil tussen de twee systemen zit in de wijze van uitsluiting. Strafrechtelijke uitsluiting van onderdanen vindt plaats door het fysiek uitsluiten van de dader door middel van opsluiting. Migratierechtelijke uitsluiting gebeurt door het fysiek verwijderen van de vreemdeling van het grondgebied van de staat.[1232] Ondanks deze verschillen draaien beiden rechtsgebieden om de zelfde kernvraag: wie mag er onderdeel zijn (*member*) van onze samenleving? Welke eigenschappen moeten individuen bezitten om opgenomen te kunnen worden in de samenleving?

Het migratierecht is een schoolvoorbeeld van *membership theory* in de praktijk. Een individu begint zonder staatsburgerschap (*membership*) en moet allerlei stappen ondernemen om langzaam maar zeker steeds meer rechten te verwerven en dichterbij het staatsburgerschap te komen.[1233] Bij onderdanen, die het staatsburgerschap al bezitten, is de rol van het *membership* veranderd onder de opkomst van het vergeldende strafrecht in de jaren zeventig van de vorige eeuw. Tot die tijd was het strafrecht gericht op het rehabiliteren van criminelen. Door het uitzitten van een straf (die kon worden verkort bij goed gedrag en waarbij een opleiding kon worden gevolgd) loste een veroordeelde zijn schuld bij de samenleving in. Daarna kon hij weer als volwaardig lid deelnemen aan de maatschappij.[1234] Vanaf de jaren zeventig veranderde het strafrechtelijke systeem in een systeem van vergelding en afschrikking. Dit luidde het begin in van het ontnemen van burgerrechten als vergelding voor een misdrijf. Bijvoorbeeld het ontnemen van stemrecht, uitsluiting van publieke ambten, verlies van recht op uitkeringen enzovoorts. Bij het migratierecht kan een niet-onderdaan steeds verder in de richting van het staatsburgerschap groeien, in het strafrecht worden bij veroordeelde criminelen steeds meer burgerrechten, die het staats-

[1229] Stumpf 2006, p. 397.
[1230] Stumpf 2006, p. 398.
[1231] US Supreme Court, *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).
[1232] Stumpf 2006, p. 397.
[1233] Stumpf 2006, p. 398.
[1234] Stumpf 2006, p. 403.

burgerschap handen en voeten geven, geschrapt. Volgens Stumpf volgt sinds de jaren tachtig het migratierecht het strafrecht in de zin, dat er een exclusiever *membership* ontstaat.[1235] Voor steeds meer migratierechtelijke overtredingen werden burgerrechten of zelfs verblijfsrechten geschrapt, waardoor de betrokkenen weer verder verwijderd raakten van de status als *member*. Vervolgens stelt Stumpf dat deze verharding komt door de striktere opvatting van *membership*. Door de verharde opvattingen over strafrecht en het uitsluiten van bepaalde groepen in de samenleving zijn alle legale middelen geoorloofd om te straffen en af te schrikken, inclusief migratierechtelijke instrumenten zoals uitzetting.[1236] Volgens Stumpf is de criminalisering van het migratierecht ingeleid door de verharde opvattingen over strafrecht in combinatie met striktere criteria voor het *membership*.[1237] Stumpf onderscheidt twee belangrijke argumenten tegen de uitsluiting en uitzetting die met crimmigration gepaard gaat. Ten eerste worden door de huidige praktijk in de VS de constitutionele waarborgen ontlopen. Bovendien wordt er geen verantwoording genomen voor de hoge kosten die de vreemdeling, zijn familie, werkgevers en de gemeenschap moeten dragen voor uitsluiting en uitzetting.[1238] Daarnaast concludeert ze dat het belang van *membership* bij de convergentie tussen strafrecht en migratierecht zal leidden tot een neergaande spiraal voor wat betreft de bescherming van de niet-leden. Door de uitbreiding van strafrechtelijke sancties voor migratierechtelijke overtredingen en de strafrechtelijke veroordelingen die kunnen leiden tot verwijdering, wordt vreemdeling een synoniem voor crimineel. Tegelijkertijd worden criminelen steeds meer uitgesloten van burgerrechten en de gemeenschap waardoor ze steeds meer op vreemdelingen gaan lijken. Stumpf stelt dat wanneer vreemdelingen worden geclassificeerd als criminelen en vice versa, deze spiraal eindigt op het punt waar verwijdering de 'natuurlijke oplossing' lijkt te zijn. Het persoonlijke belang van de vreemdeling in de VS (de gemeenschap, familiebanden, werk, bijdrage aan de samenleving en duur van het verblijf) worden secundair aan de vermeende behoefte aan veiligheid in de samenleving.[1239] Strafrecht en vreemdelingenrecht beginnen met tegenovergestelde aannames met betrekking tot lidmaatschap van de samenleving. Echter, zodra is vastgesteld dat lidmaatschap niet gewenst is zijn de consequenties onder beide rechtssystemen hetzelfde. De betreffende persoon wordt behandeld, letterlijk of figuurlijk, als een vreemdeling, zonder de rechten en privileges die horen bij de gemeenschap. Dit creëert een maatschappij waarin de

[1235] Stumpf 2006, p. 407.
[1236] Stumpf 2006, p. 408.
[1237] Stumpf 2006, p. 408.
[1238] Stumpf 2006, p. 396.
[1239] Stumpf 2006, p. 419.

niet-leden worden buitengesloten door middel van grenzen, muren, regels en publieke afkeuring.[1240]

6.2.2.3 ASYMMETRISCHE INCORPORATIE

Legomsky, die overigens niet spreekt van crimmigration maar van *criminalization* is van mening dat in de media en de publieke opinie migratie en criminaliteit steeds vaker met elkaar in verband worden gebracht.[1241] Hij beschrijft dat het verschil tussen legale en illegale migratie in de publieke opinie vervaagt.[1242] Vervolgens worden criminaliteit en terrorisme steeds vaker aan migratie gelinkt. Daarnaast stelt Legomsky in hetzelfde artikel dat de incorporatie van strafrechtelijke normen in het migratierecht asymmetrisch is.[1243] Het migratierecht heeft wel de theorieën, methoden, percepties en prioriteiten van de strafrechtelijke handhaving overgenomen, maar ondertussen de procedurele ingrediënten van strafrechtelijke berechting expliciet verworpen.[1244] Als voorbeeld hiervan beschrijft hij de juridische status van uitzettingen. Sinds een uitspraak van het Hooggerechtshof in 1893, *Fong Yue Ting v. United States*,[1245] waarin het hof bepaalde dat de *due process* waarborgen niet gelden omdat uitzetting geen punitief karakter heeft, is deze lezing nooit meer door een rechtbank betwist.[1246] Legomsky beargumenteert uitgebreid waarom uitzetting in zijn ogen wel degelijk een punitief karakter heeft en zou moeten zijn omkleed met constitutionele waarborgen. Legomsky laat zien hoe de criminalisering van het migratie de *civil immigration proceedings* verandert.

Legomsky uit stevige kritiek op de gevolgen van crimmigration. Het argument van Legomsky is gelegen in de kosten van disproportionele maatregelen in de migratierechtelijke context. Legomsky neemt als uitgangspunt dat de samenloop van strafrechtelijke en *civil* sancties (in de migratierechtelijke context gaat het dan om uitzetting) in beginsel geen probleem is. Deze samenloop is ook te zien in vele niet-migratierechtelijke zaken.[1247] De vraag die in elke context beantwoord moet worden is of de tweevoudige consequenties proportioneel zijn in verhouding tot de overtreding. Als voorbeeld noemt hij uitzetting. Er zijn, mede door het toenemende aantal overtredingen dat als een *aggravated felony* wordt aangemerkt en daarom uitzetting tot gevolg kan hebben, talloze mensen die worden uitgezet voor kleine overtredingen.[1248] Hoewel de kosten

[1240] Stumpf 2006, p. 419.
[1241] Legomsky 2007, p. 500.
[1242] Legomsky 2007, p. 503.
[1243] Legomsky 2007, p. 469.
[1244] Legomsky 2007, p. 469.
[1245] US Supreme Court , *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 730 (1893).
[1246] Legomsky 2007, p. 511.
[1247] Bijvoorbeeld aansprakelijkheid voor schade naar aanleiding van een strafbaar feit of fraude. Legomsky 2007, p. 519.
[1248] Legomsky 2007, p. 520.

van het uitzetten van personen waarbij dit proportioneel kan worden geacht niet kunnen worden gezien als maatschappelijke schade, is er volgens Legomsky wel sprake van maatschappelijke schade wanneer uitzetting niet proportioneel is.[1249] Het tweede argument is dat door het achterwege blijven van de waarborgen bij het toepassen van strafrechtelijke sancties in een migratierechtelijke context er op individueel niveau disproportionele straffen uitgedeeld kunnen worden. Vreemdelingen met langdurig legaal verblijf kunnen voor triviale overtredingen worden uitgezet zonder mogelijkheden van bezwaar. Bovendien leidt de asymmetrische incorporatie tot de situatie waarbij de persoonlijke belangen zeer groot zijn maar de processuele waarborgen zeer gering. Volgens Legomsky moet het risico op fouten juist bij grote persoonlijke belangen zeer klein zijn.[1250]

Ook Chácon deelt de criminalisering van migratie op in drie verschillende aspecten. Ten eerste de toenemende, strengere strafrechtelijke gevolgen van migratierechtelijke overtredingen, ten tweede het uitzetten van niet-onderdanen naast strafrechtelijke vervolging en tot slot de toenemende afhankelijkheid van strafrechtelijke actoren en mechanismen in *civil immigration proceedings*.[1251] Net als Legomsky laat zij zien dat bij het incorporeren van strafrechtelijke instrumenten in een migratierechtelijke context de waarborgen vaak worden geminimaliseerd of zelfs verdwijnen.[1252] De beïnvloeding van migratierecht door het strafrecht is geen eenrichtingsverkeer. Ook de andere kant op vindt er beïnvloeding plaats, stelt Chácon.[1253] De lagere standaard van rechtsbescherming uit het migratierecht sijpelt binnen in het strafrecht. Als voorbeeld hiervan beschrijft ze de grootschalige inval door de ICE in een vleesverwerkingsfabriek in Postville, Iowa op 12 mei 2008. Bij deze controle werden 390 werknemers aangehouden, waarvan er 300 werden gedetineerd in afwachting van vervolging.[1254] Deze werknemers werden beschuldigd van het gebruiken van andermans identiteit om in de fabriek te kunnen werken. Vrijwel alle werknemers gingen, onder druk van de langdurige administratieve detentie[1255] en de dreiging van een tweejarige gevangenisstraf, akkoord met een *mass plea agreement*, een collectieve schuldbekentenis waarin ze niet alleen akkoord gingen met een gevangenisstraf van vijf maanden maar ook met de daarop volgende uitzetting. De uitzetting was onder het migratierecht niet mogelijk geweest.[1256] Aan het gebruik van de *mass plea agreements* kleven volgens

[1249] Legomsky 2007, p. 520.
[1250] Legomsky 2007.
[1251] Chácon 2009, p. 136.
[1252] Chácon 2009, p. 140.
[1253] Chácon 2009, p. 147.
[1254] Chácon 2009, p. 144.
[1255] Opsluiting zonder verdenking, aanklacht of veroordeling, in afwachting van de afloop van migratierechtelijke procedures.
[1256] Chácon 2009, p. 144.

Chácon drie bezwaren. Ten eerste worden onregelmatigheden tijdens de controle en aanhouding niet beoordeeld door een rechtbank. Ten tweede verwordt het rechtssysteem tot een 'dehumaniserend' proces. Niemand wordt, behalve een zeer korte ontmoeting met een advocaat, behandelt als individu. Alle processen zijn collectief. Door de massale opsluiting in afwachting van de uitzettingsprocedure maken vreemdelingen een groot deel uit van de gevangenispopulatie. Hierdoor ontstaat het, onjuiste, beeld dat vreemdelingen eerder geneigd zijn tot het begaan van strafbare feiten, wat vervolgens een nog strenger migratiebeleid tot gevolg heeft. Tot slot: de collectieve behandeling van de vreemdelingen creëert een situatie waarin individuen terughoudend zullen zijn om hun persoonlijke omstandigheden naar voren te brengen. Het is daarom maar de vraag of de *mass plea agreements* kunnen worden gezien als 'overwogen en doordacht'.[1257] Overigens: minder dan twee jaar na de inval bevestigde het Hooggerechtshof dat voor een veroordeling moet worden bewezen dat de verdachte wetenschap had van het feit dat de gebruikte identiteit iemand anders toebehoorde.[1258] Dit kon voor vrijwel geen van de, inmiddels uitgezette, werknemers die hadden ingestemd met de *mass plea agreement* worden bewezen. Enkele jaren later spreekt Chácon van *overcriminalization* van migratierecht, waarbij teveel gedragingen als strafbaar feit worden gezien en de staat deze overtredingen excessief bestraft.[1259] De problemen die hierdoor worden veroorzaakt zijn de financiële kosten van de inzet van politie en justitie, etnisch profileren en het *streamlinen* van massazittingen bij de rechtbank dat ten koste gaat van de processuele waarborgen, zoals ze ook in haar zojuist besproken artikel laat zien.[1260]

6.2.2.4 CRIMMIGRATION IN EEN BREDERE CONTEXT

Enkele auteurs proberen het crimmigration proces in een bredere context te analyseren. Volgens de Franse socioloog Loïc Wacquant toont de criminalisering van vreemdelingen een sterke overeenkomst met de criminalisering van de armen in de VS.[1261] In zijn werk beschrijft Wacquant hoe de Amerikaanse verzorgingsstaat (*welfare state*), gericht op de emancipatie van de arme onderklasse, is veranderd in een strafstaat (*prisonfare state*), waar de onderklasse wordt gecriminaliseerd ten einde ze uit de maatschappij te kunnen verwijderen. Wacquant beschrijft het toenemende aandeel van vreemdelingen in de Europese gevangenispopulatie.[1262] Volgens Wacquant wordt dit hoge aandeel veroorzaakt doordat capaciteit selectief wordt ingezet tegen vreemdelingen en deze

[1257] Chácon 2009, p. 147.
[1258] US Supreme Court , *Flores-Figueroa v. United States*, 129 S. Ct. 1886, 1888 (2009).
[1259] Chácon 2012, p. 648.
[1260] Chácon 2012, p. 651.
[1261] Wacquant 2008.
[1262] Wacquant 2008.

vervolgens in het gevangenissysteem nadeliger worden behandeld dan EU burgers. Wacquant stelt dat de middelen die de staat inzet tegen vreemdelingen deel uit maken van een brede, historische ontwikkeling van de welvaartsstaat naar een staat die enkel bestraffend optreedt tegen bepaalde groepen en plaatsen aan de onderkant van de samenleving.[1263] Wacquant sluit hiermee aan bij zijn theorie over de criminalisering van de armen in de *prisonfare state*, zoals uiteengezet in zijn boek 'Straf de armen'. Het sociale beleid van deze strafstaat bestaat uit het criminaliseren en onderdrukken van de onderklasse.[1264] Deze groep wordt niet geholpen met arbeidsrechten of sociale voorzieningen maar wordt het onderwerp van repressieve instrumenten met als doel deze groep onder controle te houden.[1265] Meer en meer armen verdwijnen in de grootschalige, commerciële gevangenissystemen. De 'oorlog tegen de armoede', zoals de sociale wetgeving die onder President Johnson werd geïntroduceerd werd genoemd, is veranderd in een 'oorlog tegen de armen'.[1266] Het strafrechtelijke beleid is gericht op dezelfde groep als waar ooit het sociale beleid op gericht was: arm, zwart en stedelijk. De neergang van de sociale staat heeft plaatsgevonden in tijden van toenemende sociale ongelijkheid en economische onzekerheid,[1267] terwijl de opkomst van de strafstaat plaatsvond in een tijd waarin de misdaadcijfers daalden en de idee van *big government* in andere sectoren werd bestreden.[1268] Wacquant richt zich op de grootschalige opsluiting van de armen.[1269] Het doel van deze opsluiting is het verwijderen van de armen uit de samenleving. De ontwikkelingen ten aanzien van vreemdelingen zonder geldige verblijfstitel laten hiermee overeenkomsten zien. Bijvoorbeeld in het geval van administratieve detentie in afwachting van uitzetting waarbij vreemdelingen voor lange tijd kunnen worden opgesloten zonder ergens voor veroordeeld te zijn.[1270]

Hoewel de opsluiting van vreemdelingen niet zo omvangrijk is als de opsluiting van de armen zoals beschreven door Wacquant, kan naast opsluiting ook uitzetting worden toegepast ten aanzien van vreemdelingen. Uitzetting bereikt hetzelfde doel als opsluiting: de verwijdering uit de maatschappij. Het hoge aantal uitzettingen[1271] en opsluitingen van vreemdelingen is een gevolg van

[1263] Wacquant 2008.
[1264] Wacquant 2010, p. 67.
[1265] Wacquant 2010, p. 87.
[1266] Wacquant 2010, p. 75.
[1267] Wacquant 2010, p. 75.
[1268] Wacquant 2010, hoofdstuk 6.
[1269] Door middel van minimumstraffen en *three-strikes-and-you're-out*.
[1270] Een beschrijving van deze praktijk in de VS: Kerwin & Yi-Ying Lin 2009. De Terugkeerrichtlijn (2008/115/EG) geeft lidstaten de bevoegdheid om vreemdelingen in afwachting van hun uitzetting tot 18 maanden op te sluiten.
[1271] Tegen de 200.000 vreemdelingen per jaar volgens Wacquant 2008, p. 47. Zie ook Stumpf 2006, p. 408.

de criminalisering. Het criminaliseren van migratie gerelateerd gedrag verhoogt het aantal criminele vreemdelingen en zo hun aandeel in de gevangenispopulatie. Dit is een herhaling van de ontwikkeling waarbij de criminalisering van armoede gerelateerd gedrag (zoals bijvoorbeeld de strafbaarstelling van *loitering* oftewel 'rondhangen') heeft geleid tot een toename in het aantal criminele armen. Tot slot wijst Wacquant erop dat er een overlap bestaat tussen de 'armen' en de 'vreemdelingen'. Veel vreemdelingen zijn arm. Het aandeel van vreemdelingen in de Europese gevangenispopulaties is hoog.[1272] Een deel van deze vreemdelingen zijn veroordeeld wegens migratie gerelateerd gedrag dat strafbaar is gesteld, een ander deel vanwege armoede gerelateerd gedrag dat strafbaar is gesteld.

Miller en Stumpf plaatsen de samensmelting van strafrecht en migratierecht in de ontwikkeling, in de decennia daarvoor, van de verharding en instrumentalisering van het strafrecht.[1273] Sklansky gaat hier uitgebreid op in en stelt dat het proces van crimmigration moet worden gezien als een voorbeeld van 'ad hoc instrumentalisering'.[1274] Hij bedoelt daarmee een manier van denken over het recht en juridische instituties waarbij juridische instrumenten worden gezien als een gereedschapskist waaruit de overheid naar eigen inzicht het gereedschap kan kiezen dat het best past bij het probleem dat voorligt. Juridische categorieën, rechtsbescherming en consistentie zijn van ondergeschikt belang.[1275] Sklansky geeft het volgende voorbeeld van deze denkwijze: *'whether behavior should be treated as criminal, for example, depends on whether criminal procedures and sanctions will best accomplish the government's objectives, not on any abstract considerations of fit or appropriateness.'*[1276] Het grootste gevaar dat hierin schuilt, is de ondermijning van de rechtsbescherming. De keuze tussen het toepassen van strafrecht of de *civil sanction* uit het migratierecht is dan enkel gebaseerd op wat de meest efficiënte weg is voor de staat, de rechtsbescherming voor de betrokkene is van ondergeschikt belang.

6.2.3 CRIMMIGRATION IN DE VERENIGDE STATEN

De kern van de crimmigration literatuur is de beschrijving van een ontwikkeling waarbij strafrecht en migratierecht steeds verder samensmelten. Het gevolg daarvan is een toenemend aantal migratierechtelijke overtredingen met strafrechtelijke gevolgen en een toenemend aantal strafrechtelijke overtredingen met migratierechtelijke gevolgen. Ook de bevoegdheden die voorheen inherent aan een van de twee rechtsgebieden verbonden waren beginnen derhalve te

[1272] Het percentage vreemdelingen in Europese gevangenissen is gemiddeld vijf keer hoger dan het percentage vreemdelingen in de EU volgens Wacquant 2005, p. 46.
[1273] Miller 2005, Stumpf 2006.
[1274] Sklansky 2012.
[1275] Sklansky 2012, p. 161.
[1276] Sklansky 2012, p. 161.

overlappen. Tot slot begint ook de rol en het doel van het migratierecht en het strafrecht steeds meer op elkaar te lijken: verwijdering van niet-leden uit de maatschappij. In de Amerikaanse literatuur is deze discussie inherent verbonden aan een belangrijke discussie in het Amerikaans staatsrecht: de competentieverdeling tussen de federale overheid en de individuele staten. Migratierecht behoort traditioneel tot de bevoegdheid van de federale overheid, terwijl het strafrecht het terrein is van de staten. Een discussie over de convergentie van straf- en migratierecht gaat daarom in de VS ook over de *law enforcement agencies* van de staten en federale *migration authorities* en over de rol en bevoegdheden van de staten en de federale overheid zoals vastgelegd in de Amerikaanse grondwet.

Deze nadruk op de verschuivende competentieverdeling tussen de federale overheid en de individuele staten is het formele aspect van crimmigration. Het gevolg van deze verschuiving, en tevens datgene waarop de normatieve afwijzing van veel auteurs is gebaseerd, is de versobering van de rechtsbescherming van vreemdelingen. Deze beschrijving van de gevolgen van crimmigration voor vreemdelingen is het inhoudelijke aspect van crimmigration. Een belangrijk voorbeeld van dit inhoudelijke aspect is wat Legomsky, zoals hiervoor reeds besproken, asymmetrische incorporatie noemt. Steeds meer strafrechtelijke bevoegdheden vinden hun weg naar het migratierecht, maar de bijbehorende rechtsbescherming blijft achterwege. Het migratierecht incorporeert enkel de bevoegdheden en niet de rechten.[1277] Het migratierecht heeft wel de theorieën, methoden, percepties en prioriteiten van de strafrechtelijke handhaving overgenomen, maar ondertussen de procedurele ingrediënten van strafrechtelijke berechting expliciet verworpen.[1278] Legomsky wijst de crimmigration ontwikkeling af vanwege deze asymmetrische incorporatie: de rechtsbescherming is minimaal in zaken waarbij de persoonlijke belangen juist erg groot zijn. Ook Stumpf baseert haar afwijzing voornamelijk op de 'ontduiking' van processuele waarborgen die gepaard gaan met het proces van crimmigration. Sklanksy sluit hierbij aan en ziet crimmigration als het gevolg van de instrumentalisering van het recht. De staat kiest ad hoc uit de vele instrumenten in de gereedschapskist dat instrument waarmee het meest effectief kan worden opgetreden in een specifieke zaak tegen een specifiek persoon. Juridische categorieën en overwegingen omtrent de geschiktheid van een dergelijk instrument zijn ondergeschikt aan de effectiviteit, net als de rechtsbescherming van de betrokken persoon. De gemene deler van het formele en het inhoudelijke aspect van crimmigration is de nadruk op het strafrecht. Ook de auteurs die pogen crimmigration te zien in een bredere context (met name Wacquant en Sklansky) beperken zich bij hun bespreking vrijwel geheel tot de rol van het strafrecht.

[1277] Legomsky 2007, p. 469.
[1278] Legomsky 2007, p. 469.

6.3 CRIMMIGRATION IN EUROPA

Verschillende auteurs zijn van mening dat de ontwikkeling die wordt beschreven in de crimmigration literatuur langzaam maar zeker voet aan de grond begint te krijgen in Europa. In de Nederlandse en Engelstalige literatuur nemen Nederlandse academici een groot deel van de bijdragen voor hun rekening.[1279] Van der Leun stelt in haar oratie vast dat *'migratie, illegaliteit en criminaliteit dichter bij elkaar zijn komen te liggen, wat in lijn lijkt met de crimmigratie-literatuur'*.[1280] Een paar jaar later bespreekt Van der Leun samen met Van der Woude strafrechtelijke instrumenten die worden toegepast ten aanzien van vreemdelingen.[1281] Ze stellen dat er niet enkel gekeken moet worden naar strafrechtelijke instrumenten, maar ook naar de bredere maatschappelijke ontwikkelingen.[1282] Ze zijn van mening dat verschillende nieuwe bevoegdheden om op te treden tegen vreemdelingen in Nederland in lijn zijn met de ontwikkelingen die in de crimmigration literatuur worden beschreven.[1283] In 2012 verscheen een themanummer van PROCES over crimmigratie.[1284] Dit themanummer bevat een aantal bijdragen die processen van crimmigration in Europa en met name in Nederland beschrijven. Staring stelt in zijn bijdrage aan dat nummer vast dat de door Van der Leun in 2009 voorzichtig vastgestelde 'tekenen van crimmigratie' in drie jaar verder zijn ontwikkeld.[1285] Hij gaat hierbij voornamelijk in op de steeds verder ingeperkte bewegingsruimte voor vreemdelingen zonder geldige verblijfsstatus in Nederland.[1286] Bijdragen over andere lidstaten zijn te vinden in de bundel Social Control and Justice.[1287] In 2013 stellen Van der Leun, Van der Woude en De Ridder dat in de Europese landen een vergelijkbare ontwikkeling plaatsvindt als in de VS.[1288] Voor Nederland en België geven ze als voorbeeld de, voor Nederland nog aanhangige, strafbaarstelling van illegaal verblijf en de al bestaande administratieve vreemdelingendetentie en het inreisverbod.[1289] Naast de inzet van strafrecht bij migratierechtelijke overtredingen stellen ze nog een ontwikkeling vast, namelijk het *'voortgaand proces van uitbreiding en aanscherping van beleid, dat overigens zeker niet aan België en Nederland is voorbehouden'*.[1290] Van der

[1279] Eventuele literatuur in een andere taal is buiten beschouwing gelaten bij dit proefschrift.
[1280] Van der Leun 2010, p. 16.
[1281] Van der Leun & Van der Woude 2012, p. 56.
[1282] Van der Leun & Van der Woude 2012, p. 56.
[1283] Van der Leun & Van der Woude 2012, p. 56.
[1284] PROCES 2012 (91).
[1285] Staring 2012, p. 396.
[1286] Staring 2012, p. 405.
[1287] Guia, Van der Woude & Van der Leun 2013. Bijvoorbeeld Desmond over Ierland, Garcia over Spanje, da Graca Borges Castanho over Portugal.
[1288] Van der Leun, Van der Woude & De Ridder 2013, p. 228.
[1289] Van der Leun, Van der Woude & De Ridder 2013.
[1290] Van der Leun, Van der Woude & De Ridder 2013, p. 228.

Leun, Van der Woude en De Ridder stellen dat de keuze voor strafrecht of bestuursrecht afhankelijk is gemaakt van de effectiviteit. De rechtsbescherming, die volgens de auteurs aanzienlijk beter is in het strafrecht dan in het bestuursrecht, is niet relevant: *'Als er maar op een zo efficiënt mogelijke wijze gehandhaafd kan worden'*.[1291] Mitsilegas geeft een aantal voorbeelden van maatregelen op EU-niveau die een voorbeeld zijn van het gebruik van strafrecht ter bestraffing van migratierechtelijke overtredingen.[1292] Hij noemt het Kaderbesluit over de bestrijding van mensenhandel,[1293] de Terugkeerrichtlijn[1294] en de Werkgeverssanctierichtlijn.[1295] Mitsilegas gaat in zijn stuk met name in op de fundamentele rechten van de EU die, zowel op EU- als op lidstaatniveau, duidelijke ondergrenzen geven aan de rechtsbescherming bij criminalisering van vreemdelingen.[1296] Ook de Mensenrechtencommissaris van de EU beschrijft in een rapport het opkomende gebruik van het strafrecht in migratieprocedures.[1297] De Commissaris is, hoewel de Europese instrumenten theoretisch voldoen aan de fundamentele rechten van de EU, kritisch over het gebruik van bepaalde instrumenten die enkel tegen derdelanders ingezet kunnen worden zoals bewaring zonder aanklacht, proces of veroordeling.[1298] Ook is de Commissaris kritisch over het criminaliseren van personen die zich 'bezighouden' (*engage*) met derdelanders.[1299] De Commissaris benadrukt dat EU-instanties hun taalgebruik, wanneer ze spreken over 'illegale migranten', moeten aanpassen om de juiste juridische status weer te geven. Lidstaten zouden moeten afzien van het opstellen van strafwetten die enkel betrekking hebben op vreemdelingen.[1300] Peers et al zijn van mening dat de Werkgeverssanctierichtlijn onverkort onderdeel uitmaakt van de criminalisering van immigratie.[1301] Hiervoor verwijzen ze naar het rapport van de Mensenrechtencommissaris.

6.3.1 ANALYSE

Verschillende auteurs stellen dat in Europa vergelijkbare ontwikkelingen plaatsvinden als in de VS. De literatuur benadrukt met name de inzet van strafrechtelijke instrumenten in het migratierecht en de bijbehorende gevolgen voor vreem-

[1291] Van der Leun, Van der Woude & De Ridder 2013, p. 227.
[1292] Mitsilegas 2012, p. 87.
[1293] Kaderbesluit 2002/629/JHA.
[1294] Richtlijn 2002/90/EG.
[1295] Zie uitgebreid par. 6.4 van dit hoofdstuk.
[1296] Mitsilegas 2012, p. 98.
[1297] Commissioner for Human Rights 2010.
[1298] Commissioner for Human Rights 2010, p. 39.
[1299] Commissioner for Human Rights 2010, p. 39.
[1300] Commissioner for Human Rights 2010, p. 40.
[1301] Peers et al 2012, p. 444.

delingen.[1302] Ondanks enige aandacht voor bestuursrechtelijke instrumenten,[1303] blijft de nadruk voornamelijk liggen op het strafrecht.[1304] De verbondenheid van de term crimmigration met het strafrecht is dus sterk, maar niet zo voor de hand liggend als het op het eerste gezicht lijkt. Het grootste deel van de Amerikaanse en Europese literatuur legt de nadruk op de samensmelting van het migratierecht en het strafrecht. Dit is vanuit een Amerikaans oogpunt te begrijpen, gelet op het formele aspect van crimmigration. Maar wanneer men in Europa, in navolging van de VS, voor wat betreft het inhoudelijke aspect van crimmigration strikt kijkt naar de samensmelting tussen *strafrecht* en migratierecht kunnen bepaalde relevante ontwikkelingen, met name in het bestuursrecht, buiten het blikveld van de onderzoeker blijven. Een goede vergelijking met de ontwikkelingen in de VS is dan niet mogelijk.

In Europa kan juist de verschuiving *weg* van het strafrecht gepaard gaan met het, zojuist door mij geformuleerde, inhoudelijke aspect van crimmigration. Het verlangen om harder op te treden, en de gevolgen daarvan voor de betrokken individuen, hoeft niet per se gepaard te gaan met de introductie van strafrechtelijke bevoegdheden en instrumenten, maar kan ook worden bereikt met het *verlaten* van de strafrechtelijke bevoegdheden en instrumenten. Binnen de strikt strafrechtelijke benadering uit de Amerikaanse literatuur vallen de bestuurlijke boetes niet onder crimmigration. Echter, de overgang naar de bestuurlijke boete is juist een goed voorbeeld van crimmigration.[1305] De boetes zijn verhoogd, het aantal inspecties is toegenomen. In paragraaf 3.3.7 van hoofdstuk 3 heb ik uiteengezet dat naar mijn mening, en die van enkele andere auteurs, de Beleidsregel boeteoplegging wet arbeid vreemdelingen gecombineerd met de strikte gebondenheid aan die beleidsregels die de Afdeling zich, met name in de beginjaren, heeft opgelegd, in bepaalde gevallen kan leiden tot onevenredige boetes, waarvan in het strafrecht geen sprake geweest zou zijn. Ook de ontwikkeling die volgens Sklansky ten grondslag ligt aan crimmigration is bij de handhaving van de Wav sterk aanwezig. Een voorbeeld hiervan is de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving.[1306] Bij de keuze om de handhaving van de Wav volledig naar het bestuursrecht over te hevelen

[1302] Uiteraard is er ook veel literatuur over de competentieverdeling bij strafrechtelijke bevoegdheden tussen de EU en de lidstaten, maar deze literatuur heeft geen betrekking op crimmigration.

[1303] Nijland 2012, Van der Leun, Van der Woude & De Ridder 2013, Van der Leun & De Ridder 2013.

[1304] Een enkele uitzondering daargelaten. Administratieve vreemdelingendetentie wordt wel besproken in een aantal artikelen.

[1305] Ook via de band van art. 6 EVRM moeten bestuurlijke boetes nog steeds worden gezien als een bestuursrechtelijke bevoegdheid. Hoewel bestuurlijke boetes onder het begrip *criminal charge* van het EVRM vallen, spreekt ook het EHRM van 'decriminalisering', bijvoorbeeld in de zaak Özturk, EHRM 21 februari 1984, Özturk, *NJ* 1988, 937.

[1306] Zie uitgebreid hoofdstuk 3, par. 3.3.4.

speelt instrumentalisering een grote rol. Enkel de effectiviteit van de maatregel is van belang. Juridische ordening en rechtsbescherming spelen nauwelijks een rol. De rechtsbescherming speelde bij deze keuze slechts in zoverre een rol dat de intensieve evenredigheidstoets van de strafrechter juist een reden was om naar het bestuursrecht over te stappen. De rol van de strafrechter zit volgens het kabinet een effectieve handhaving in de weg. [1307]

De handhaving in Nederland vertoont ook eigenschappen van een ander aspect van crimmigration, de asymmetrische incorporatie. Wanneer in het Amerikaanse recht strafrechtelijke bevoegdheden worden ingezet in migratierechtelijke procedures blijven deze bevoegdheden onderdeel van het strafrecht, maar worden gestript van bepaalde waarborgen. In tegenstelling tot de VS, waar bij dezelfde materiële uitkomst de bevoegdheden nog steeds als strafrechtelijk worden gezien, komen in Nederland voormalige strafrechtelijke bevoegdheden onder de jurisdictie van de bestuursrechter. Hoewel de bestuursrechtelijke rechtsbescherming uiteindelijke dezelfde minimumeisen kent als het strafrecht, heb ik in paragraaf 3.3.6 en 3.3.7 van hoofdstuk 3 uiteengezet dat de bestuursrechter een heel ander toetsingskader hanteert dan de strafrechter. De klassieke instrumenten op het terrein van het strafrecht (geldboetes) worden nu beheerst door een bestuursrechtelijke rechter, waarbij in het geval van Wav-boetes wel heel weinig rekening wordt gehouden met de omstandigheden van het geval. Analyse van de handhaving in Nederland laat bovendien zien dat het onderscheid tussen straf- en bestuursrecht steeds minder duidelijk wordt. Daarmee samenhangend worden ook de grondslagen voor de keuze tussen de sanctiestelsels vertroebeld. De keuze voor een bepaald instrument lijkt, net zoals Sklansky constateert voor in de VS, steeds vaker ad hoc genomen te worden, waarbij de vermeende effectiviteit van het gekozen instrument de doorslag geeft en rechtsbescherming van ondergeschikt belang is. Vergelijking met de Duitse handhaving laat zien dat ook tussen lidstaten de opvattingen over het onderscheid tussen straf- en bestuursrecht behoorlijk kunnen verschillen. Wanneer de definities van straf- en bestuursrecht zodanig overlappen is het niet alleen lastig, maar ook weinig zinvol, om bij de analyse van de trend die in de crimmigration literatuur in Europa wordt gesignaleerd enkel op het strafrecht te focussen.

Het werk van Sklansky, die crimmigration ziet als een vorm van instrumentalisering, en de in dit proefschrift beschreven handhavingspraktijk in Nederland en Duitsland geven de aanzet voor een andere benadering van crimmigration. Crimmigration draait niet zo zeer om de toepassing van het strafrecht, maar om de ad hoc toepassing van dat handhavingsinstrument waarmee de staat op dat moment het effectiefst kan optreden. Dat is op zichzelf geen probleem zolang de

[1307] *Kamerstukken II,* 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 3. Zie ook par. 3.2 van hoofdstuk 3. Zie Van der Leun, Van der Woude & De Ridder 2013, p 227 voor meer voorbeelden van deze tendens in het Nederlandse vreemdelingenrecht.

rechtsbescherming van de betrokken individuen gewaarborgd blijft. Sklansky constateert echter dat in de VS de rechtsbescherming van de betrokken burger slechts in zoverre relevant is dat deze een effectieve handhaving niet in de weg mag zitten. Deze benadering sluit ook goed aan op de Amerikaanse literatuur over crimmigration. Hoewel vaak overgoten met een formeel bevoegdhedensausje, gaat de crimmigration literatuur in wezen over een materiële verandering die er, kort gezegd, op neer komt dat er tegen vreemdelingen steeds harder wordt opgetreden met minder waarborgen voor de vreemdeling. Deze essentie geeft onmiddellijk aan waar het probleem zit bij vertaling van dit leerstuk naar Europese landen. In de Verenigde Staten valt het 'harder optreden' vaak samen met een verschuiving naar het strafrecht. In Nederland wordt het strafrecht door de staat juist verlaten omdat de strafrechter volgens het kabinet een te intensieve toets van de boetes toepast. In het bestuursrecht kan harder worden opgetreden.[1308] De Europese variant van crimmigration, waarbij de nadruk ligt op het inhoudelijke aspect in plaats van het formele aspect is een logische eerste stap naar succesvol gebruik van de crimmigration literatuur in Europa. Voor toepassing van de essentie van de Amerikaanse crimmigration literatuur in Europa moet de nadruk op het strafrecht worden losgelaten.

6.4 WERKGEVERSSANCTIES ALS ONDERDEEL VAN CRIMMIGRATION

Mitsilegas gaat uitgebreid in op de richtlijn en stelt deze, enigszins impliciet, als voorbeeld van crimmigration voor. Echter, hij stelt wel een dubbele contradictie in de richtlijn vast.[1309] Zowel de werkgevers als de werknemers worden door de richtlijn enerzijds als 'bondgenoot' en anderzijds als 'vijand' gezien. De werkgevers moeten documenten controleren om zo de staat te helpen tegen illegale migratie op te treden, maar aan de andere kant worden werknemers en vakbonden opgeroepen om werkgevers die de regels overtreden te verklikken. De werknemers zijn op dat moment de bondgenoten van de staat maar zijn tegelijkertijd ook de duidelijke 'doelwitten' van de richtlijn, die er voor moet zorgen dat deze werknemers niet meer in de EU kunnen werken.[1310] Zowel de werkgevers als de werknemers zijn enerzijds het doelwit en anderzijds een bondgenoot of een te beschermen groep. Op deze redenering voortbouwend spelen de sociale bepalingen in de richtlijn ook een belangrijke rol. Enerzijds dienen deze ter bestraffing van de werkgever (die extra kosten moet maken), met als doel het aanbod voor werk zonder tewerkstellingsvergunning te verminderen. Anderzijds verplichten deze bepalingen de lidstaten om de slechte omstandigheden van de 'doelwitten' van de richtlijn te verbeteren, waardoor werken zonder vergunning,

[1308] *Kamerstukken II,* 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 3. Zie hoofdstuk 3, par. 3.2 over de invoering van de bestuurlijke boete in de Wav.
[1309] Mitsilegas 2012.
[1310] Mitsilegas 2012, p. 97.

en daarmee samenhangend ook het verblijf zonder geldige verblijfstitel, aantrekkelijker wordt. Het is de vraag of de strafrechtelijke sancties in de Werkgeverssanctierichtlijn kunnen worden ingepast in de crimmigration literatuur. De vermeende afschrikwekkende werking voor werkgevers was ook de in Verenigde Staten een argument om strafrecht in te voeren. De richtlijn voldoet 'formeel' aan de beschrijving van crimmigration: de richtlijn verbindt strafrechtelijke gevolgen aan een migratierechtelijke overtreding. Echter, het is naar mijn mening niet voldoende enkel naar de strafrechtelijke instrumenten in de richtlijn te kijken. Dan komt het, door Mitsilegas beschreven, hybride karakter van de richtlijn aan het licht. Enerzijds zijn vreemdelingen zonder geldige verblijfsvergunning diegenen die de richtlijn beoogt te 'bestrijden', door middel van sancties en maatregelen voor hun werkgevers. Dit aspect valt zeker te zien als onderdeel van het Europese crimmigration proces. Het idee achter het voorschrijven van deze strafrechtelijke sancties (en de andere sancties en maatregelen) is duidelijk in lijn met een aspect van crimmigration: het harder optreden tegen vreemdelingen zonder geldige verblijfstitel en degenen die hun verblijf mogelijk maken. Anderzijds erkent de richtlijn de vaak zwakke maatschappelijke en economische positie van de betrokken vreemdelingen en verbindt daar een aantal rechten aan (nabetaling loon, fictief dienstverband, klachtmechanisme enzovoorts). Het toekennen van bepaalde rechten en het verbeteren van de rechtspositie van vreemdelingen is juist tegenovergesteld aan crimmigration.[1311] Vanwege het hybride karakter van de richtlijn kan niet eenduidig worden geconcludeerd dat de richtlijn tot het crimmigration proces behoort. Gesteld kan slechts worden dat de richtlijn deels wel en deels niet als crimmigration moet worden gezien. Dit benadrukt het bijzondere aspect van werkgeverssancties. Hoewel de degenen die het verblijf van vreemdelingen faciliteren in de Amerikaanse literatuur gelijkgesteld worden met de vreemdelingen zelf, lopen de belangen van de werkgever en de vreemdeling niet altijd parallel. Kortom, er zijn op het eerste gezicht voldoende redenen om de gelijkenissen tussen de crimmigration ontwikkelingen en de strafrechtelijke werkgeverssancties in de richtlijn te onderzoeken. Uit dit hoofdstuk blijkt echter dat de richtlijn niet zomaar onder de, vrijwel altijd negatief beoordeelde, crimmigration ontwikkelingen valt te scharen.

6.5 CONCLUSIE

De Amerikaanse literatuur over crimmigration bevat een beschrijving van een ontwikkeling waarbij strafrecht en migratierecht steeds verder samensmelten. Een groot deel van de literatuur én de afwijzing van crimmigration gaat over het

[1311] Overigens is deze combinatie van een strafrechtelijke aanpak en sociale rechten ook al terug te vinden in de ontwerprichtlijnen uit 1976 en 1978 die in hoofdstuk 2 zijn besproken.

ontduiken van waarborgen en daarmee samenhangende 'ad hoc instrumentalisering'.[1312] Daarmee wordt een manier van denken over het recht en juridische instituties bedoelt waarbij de overheid per geval of situatie het instrument uitzoekt waarmee het hardst en meest effectief kan worden opgetreden. Waarborgen voor de betrokken personen zijn slechts in zoverre relevant dat ze een effectieve handhaving niet in de weg mogen zitten. Wanneer crimmigration in een Europese context bekeken wordt is het belangrijk de verbondenheid met het strafrecht los te laten. Deze nadruk op het strafrecht is vanuit het Amerikaanse oogpunt van competentie te begrijpen, maar is voor Europa te beperkt.[1313] Bestuursrechtelijke handhaving valt in dat geval immers buiten de kaders van crimmigration terwijl in Europa juist de verschuiving *weg* van het strafrecht gepaard kan gaan met het inhoudelijke aspect van crimmigration. De Nederlandse handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling voldoet bijvoorbeeld wel aan het inhoudelijke aspect van crimmigration. De boetes zijn verhoogd, het aantal inspecties is toegenomen. De Beleidsregel boeteoplegging wet arbeid vreemdelingen, gecombineerd met de strikte gebondenheid aan die beleidsregels die de Afdeling zich, met name in de beginjaren, heeft opgelegd, kan in bepaalde gevallen kan leiden tot onevenredig hoge boetes, waarvan in het strafrecht geen sprake geweest zou zijn.[1314] Ook blijkt bij de meest recente wijzigingen van de Wav dat de reden van het kabinet voor het overstappen van strafrecht naar bestuursrecht juist is gelegen in de minder kritische rol van de strafrechter.[1315] Juridische kwalificatie of ordening zijn niet relevant. In die zin valt de Nederlandse praktijk goed te plaatsen in de crimmigration literatuur en het werk van Sklansky: er wordt gezocht naar het instrument waarmee zo hard en effectief mogelijk kan worden opgetreden. De rechtsbescherming is slechts van belang voor zover deze een effectieve handhaving niet in de weg zit.

De richtlijn schrijft strafrechtelijke sancties voor tegen werkgevers van vreemdelingen zonder geldige verblijfsvergunning. Op het eerste gezicht lijkt dat een schoolvoorbeeld van crimmigration, ware het niet dat de richtlijn ook veel waarborgen voor de betrokken vreemdeling bevat. De EU volgt weliswaar de tendens van criminalisering, maar slechts ten dele. De sociale aspecten van de richtlijn blijven overeind. Hoewel de richtlijn als doel heeft het verblijf zonder geldige verblijfstitel te bemoeilijken blijven de vreemdelingen zonder geldige verblijfstitel zelf buiten schot. Op grond van de richtlijn worden slechts de werkgevers aangepakt. Vanwege dat tweeledige karakter van de richtlijn kan

[1312] Sklansky 2012.

[1313] Alhoewel de bevoegdheidsverdeling tussen de EU en de lidstaten op het gebied van strafrecht en migratierecht natuurlijk ook veel besproken is, is dit in de kern toch een andere zaak.

[1314] Zie par. 3.3.6 en 3.3.7 van hoofdstuk 3.

[1315] *Kamerstukken II,* 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 3. Zie par. 3.3.4 van hoofdstuk 3.

slechts worden geconcludeerd dat de keuzes die gemaakt zijn in richtlijn deels wel en deels niet passen in de crimmigration literatuur.

HOOFDSTUK 7 – Conclusies

7.1 INLEIDING

In de Werkgeverssanctierichtlijn zijn, met betrekking tot de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling, bepalingen opgenomen die de lidstaten verplichten tot het implementeren van sancties en maatregelen voor werkgevers die zich schuldig maken aan illegale tewerkstelling. Onderdeel hiervan zijn strafrechtelijke sancties wanneer de illegale tewerkstelling onder bepaalde omstandigheden plaats heeft.[1316] Ten aanzien van deze strafrechtelijke sancties zijn twee aspecten van belang. Het eerste aspect is de juridische grondslag. De bevoegdheid tot het opnemen van strafrechtelijke sancties bestaat, onder de voormalige Eerste Pijler, slechts voor zover die sancties *onontbeerlijk* zijn. Het tweede aspect is de opvattingen van de Commissie over de rol en effectiviteit van het strafrecht die uit de (totstandkoming van) de richtlijn blijken. Beiden aspecten zijn nauw met elkaar verbonden. De opvatting van de Commissie over de rol en effectiviteit van het strafrecht is de reden dat de Commissie de strafrechtelijke sancties als *onontbeerlijk* ziet. Volgens de Commissie is het strafrecht het enige effectieve middel tegen *'bepaalde gewetenloze werkgevers'*.[1317] Beide aspecten van het opnemen van strafrechtelijke sancties in de richtlijn zijn in dit proefschrift onderzocht aan de hand van de handhaving in de twee onderzochte lidstaten, Nederland en Duitsland. Op basis hiervan kan worden beoordeeld of strafrechtelijke sancties in die lidstaten daadwerkelijk onontbeerlijk zijn. Daarbij zijn behoorlijk wat vraagtekens te plaatsen. Ten aanzien van de opvattingen van de Commissie over de rol en effectiviteit van het strafrecht is onderzocht of deze opvattingen in de onderzochte lidstaten worden gedeeld en of de handhavingspraktijk in Nederland en Duitsland deze opvattingen ondersteunt. De opkomst van bestuursrechtelijke handhaving in deze lidstaten heeft de opvattingen over de rol en effectiviteit van het strafrecht in die lidstaten doen veranderen. Het onderscheid tussen beide rechtsgebieden is aan het vervagen. Nu de opvattingen over de verhouding tussen straf- en bestuursrecht niet langer per se worden gedeeld door de lidstaten, is de koppeling die de Commissie veronderstelt tussen de inhoudelijke norm (intensieve handhaving) en het middel (strafrecht) niet langer in elke lidstaat van toepassing. Bovendien blijken de definities van de rechtsgebieden strafrecht en bestuursrecht tussen de lidstaten onderling zo te kunnen verschillen dat een bepaald instrument in de ene lidstaat als strafrecht en in de andere lidstaat als bestuursrecht kan worden gezien. Dit maakt dat de gevolgen van het voorschrijven van strafrechtelijke sancties onvoorspelbaar zijn, waardoor geen bijdrage kan worden geleverd aan

[1316] Zie hoofdstuk 2, par. 2.2.5.
[1317] Preambule Richtlijn 2009/52/EG, onder (21).

het *level playing field* dat de Werkgeverssanctierichtlijn beoogt te bewerkstelligen. Ook past de richtlijn niet in de ontwikkelingen die worden beschreven in de crimmigration literatuur. Het hybride karakter van de richtlijn maakt het lastig om de richtlijn te zien als een onderdeel van die ontwikkelingen. Overigens blijkt uit de Nederlandse handhavingspraktijk onder meer dat de nadruk van de crimmigration literatuur op het strafrecht te beperkt is. Relevante bestuursrechtelijke ontwikkelingen blijven daarbij namelijk buiten schot.

In de slotbeschouwing komt de juridische grondslag voor het opnemen van strafrechtelijke sancties aan de orde en wordt de keuze voor het opnemen van deze strafrechtelijke sancties beoordeeld. Ik pleit in de slotbeschouwing voor vrijheid voor de lidstaten bij het kiezen van het meeste geschikte instrument ter verwezenlijking van de door de Commissie gestelde doelen. Daarnaast stel ik, gebaseerd op het onderzoek naar de handhaving in Nederland en Duitsland, dat het succes van de richtlijn voor een groot deel afhankelijk zal zijn van de inspanningen van de Commissie om toe te zien dat de lidstaten 'adequate en doeltreffende' inspecties uitvoeren. De lidstaten zijn hier op basis van artikel 14 van de richtlijn toe verplicht. De crimmigration literatuur en de in dit proefschrift onderzochte handhavingsinstrumenten laten zien dat bij de keuze om over te schakelen van het ene handhavingsinstrument naar het andere, de rechtsbescherming vaak van ondergeschikt belang is. Ik ben dan ook van mening dat de academische discussie over het onderscheid tussen het strafrecht en het bestraffend bestuursrecht zich moet richten op het minimumniveau van waarborgen dat moet worden gegarandeerd wanneer de staat bestraffend optreedt.

7.2 DE WERKGEVERSSANCTIERICHTLIJN

7.2.1 ONONTBEERLIJKHEID VAN STRAFRECHTELIJKE SANCTIES

De verplichting uit de richtlijn voor de lidstaten om illegale tewerkstelling onder bepaalde omstandigheden strafbaar te stellen is summier onderbouwd. Het enige argument voor het opnemen van strafrechtelijke sancties kan worden gevonden in de preambule. Daar overweegt de Commissie dat bestuursrechtelijke sancties niet voldoende zijn om '*bepaalde gewetenloze werkgevers af te schrikken'*.[1318] In de volgende overweging stelt de Commissie: *'Om de volledige doeltreffendheid van het algemene verbod te garanderen is het dus noodzakelijk meer afschrikwekkende sancties vast te stellen in ernstige gevallen'*.[1319] Hiermee wordt verwezen naar de strafrechtelijke sancties in artikel 9 van de richtlijn. Het HvJ EU heeft bepaald dat het voorschrijven van strafrecht onder de voormalige Eerste Pijler slechts is toegestaan indien het gaat om een '*onontbeerlijke maat-*

[1318] Preambule Richtlijn 2009/52/EG, onder (21).
[1319] Preambule Richtlijn 2009/52/EG, onder (22).

regel die noodzakelijk is voor de volledige doeltreffendheid van de door de EG vastgestelde normen'.[1320] Ondanks deze eis van onontbeerlijkheid is aan de keuze voor strafrechtelijke sancties in de richtlijn tijdens de totstandkoming van de richtlijn nauwelijks aandacht besteed. Opvallend is dat ook in de, nooit aangenomen, ontwerprichtlijnen van 1976 en 1978 strafrechtelijke werkgeverssancties waren opgenomen. Ook in deze richtlijnen ontbrak de onderbouwing van die keuze. De summiere onderbouwing in de huidige richtlijn is wellicht te verklaren door het feit dat het op verzoek van de Commissie, ter voorbereiding van het voorstel voor de Werkgeverssanctierichtlijn, door onderzoeksbureau GHK uitgevoerde onderzoek, in eerste instantie concludeerde dat strafrechtelijke handhaving niet noodzakelijk was.[1321] Op verzoek van de Commissie is dit rapport herschreven, zodat het wel als basis kon dienen voor het opnemen van strafrechtelijke sancties. De keuze voor het opnemen van strafrechtelijke sancties lijkt daarom eerder te zijn gebaseerd op politieke overwegingen dan op (wetenschappelijke) kennis. Het is naar mijn mening zeer afkeurenswaardig om onderzoek naar beleidsopties te (laten) manipuleren om op die manier te doen voorkomen alsof politieke overwegingen worden ondersteund door gedegen onderzoek.

7.2.2 DE ROL EN EFFECTIVITEIT VAN STRAFRECHT VOLGENS DE COMMISSIE

De keuze van de Commissie om strafrechtelijke sancties op te nemen in de richtlijn is gebaseerd op bepaalde veronderstellingen over de rol en effectiviteit van het strafrecht, die klaarblijkelijk niet zijn veranderd sinds de ontwerprichtlijnen van 1976 en 1978. De Commissie gaat uit van het strafrecht als *ultimum remedium*: het zwaarste instrument dat wordt ingezet bij zware overtredingen, wanneer andere sancties te kort schieten. Het doel dat de Commissie wil bereiken, het bestrijden van illegale tewerkstelling, is volgens de Commissie ten aanzien van bepaalde, gewetenloze werkgevers enkel te bereiken door het voorschrijven van strafrechtelijke sancties. Doel en instrument zijn onlosmakelijk verbonden. De Commissie benadrukt hiermee het verschil tussen straf- en bestuursrechtelijke sancties. Enkel de strafrechtelijke sancties zijn onder bepaalde omstandigheden voldoende.

7.3. HANDHAVING IN DE LIDSTATEN

Zowel de onontbeerlijkheid van strafrechtelijke sancties ter handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling als de opvattingen van de Commissie ten aanzien van de rol en effectiviteit van het strafrecht is in dit proefschrift geanalyseerd aan de hand van de handhaving in Nederland en in Duitsland.

[1320] HvJ EG 13 september 2005, *AB* 2005, 435, m.nt. De Moor – Van Vugt, r.o. 48.
[1321] Zie hoofdstuk 2, par. 2.4.2.4.

7.3.1 RECHTSVERGELIJKING

De twee onderzochte lidstaten en de richtlijn kunnen op een aantal punten met elkaar worden vergeleken. In het algemeen bestaan er grote overeenkomsten. Een aantal aspecten verdient de aandacht: de doelstelling van de handhaving, de keuze tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving, de overige sancties en maatregelen en tot slot de feitelijke handhaving.

7.3.1.1 DOELSTELLING

Zowel de Commissie als Nederland en Duitsland streven intensieve en effectieve handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling na. De doelstelling van de richtlijn is het bestrijden van illegale migratie door het verminderen van de mogelijkheden voor derdelanders zonder geldige verblijfstitel om in de EU illegaal te kunnen werken.[1322] Daarnaast vreest de Commissie dat illegale tewerkstelling zorgt voor verliezen voor de overheidsfinanciën, neerwaartse druk op lonen en arbeidsomstandigheden, concurrentievervalsing en het ontbreken van ziekteverzekeringen en pensioenopbouw voor de illegaal werkende werknemers.[1323] De richtlijn moet zorgen voor een *level playing field* voor werkgevers binnen de EU.[1324] De richtlijn bevat niet alleen migratierechtelijke maar ook arbeidsrechtelijke bepalingen, bijvoorbeeld over de nabetaling van loon. De derdelanders zonder geldige verblijfstitel vormen de groep van wie het verblijf door de richtlijn dient te worden bestreden. Maar, tegelijkertijd wordt deze groep ook gezien als een zwakke groep die bescherming verdient. De kern van de richtlijn, mede gelet op zowel de juridische grondslag in het EU-verdrag als de plaats binnen het migratiebeleid van de EU, is echter duidelijk een migratierechtelijke. De bestrijding van illegale migratie moet dan ook als de belangrijkste doelstelling van de richtlijn gezien worden.

Ook de Nederlandse Wav heeft een migratie- en een arbeidsmarktcomponent.[1325] De Wav is niet enkel een sanctiewet, maar bevat ook de regeling inzake de verlening van vergunningen voor de tewerkstelling van vreemdelingen, hun toegang tot de nationale arbeidsmarkt en de nabetaling van loon. Het doel van de Wav is als volgt geformuleerd in de memorie van toelichting: restrictieve toelating van arbeidsmigranten; verbetering van de allocatie op de arbeidsmarkt; de bestrijding van illegale tewerkstelling en het laten van een zo groot mogelijke arbeidskeuze aan eenmaal duurzaam tot Nederland toegelaten vreemdelingen.[1326]

[1322] COM(2007) 249 def., p. 2. Zie hoofdstuk 2, par. 2.3.2.
[1323] COM(2007) 249 def., p. 2.
[1324] COM(2006) 402 def., p. 9.
[1325] Zie hoofdstuk 3, par. 3.2.1.
[1326] *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 4.

Illegale tewerkstelling wordt in Duitsland benaderd vanuit een arbeidsmarktperspectief waar illegale tewerkstelling wordt gezien als een vorm van zwart werk. De in 2004 ingevoerde SchwarzArbG ziet dan ook niet specifiek op illegale tewerkstelling van vreemdelingen maar is een overkoepelende wet ter bestrijding van zwart werk.[1327] Illegale tewerkstelling wordt daar als belangrijk onderdeel van gezien. In tegenstelling tot in Nederland en de richtlijn is het migratierechtelijke aspect in Duitsland van ondergeschikt belang. Dit blijkt mede uit het feit dat de *Ordnungswidrigkeiten* met betrekking tot illegale tewerkstelling zijn opgenomen in het *Sozialgesetzbuch*, dat met name betrekking heeft op de sociale zekerheid.[1328]

7.3.1.2 STRAFRECHTELIJKE OF BESTUURSRECHTELIJKE SANCTIES

De Werkgeverssanctierichtlijn laat de lidstaten voor eenvoudige overtredingen de vrijheid om zelf een sanctie-instrument te kiezen, zolang dit maar doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend is.[1329] Daarnaast wordt een aantal aanvullende eisen aan de sancties gesteld.[1330] Onder de in artikel 9, eerste lid, genoemde omstandigheden moet een inbreuk begaan door een natuurlijk persoon strafrechtelijk worden gehandhaafd.[1331] Rechtspersonen moeten wel aansprakelijk kunnen worden gesteld voor die overtredingen, maar dat hoeft niet per se strafrechtelijk. Daarnaast kent de richtlijn nog een aantal maatregelen die door de lidstaten zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk uitgevoerd kunnen worden.[1332] De richtlijn is zodanig geformuleerd dat de lidstaten veel vrijheid krijgen bij het daadwerkelijk toepassen van de sancties.[1333]

De overgang van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving in Nederland is voornamelijk gebaseerd op de wens om sneller en efficiënter op te treden tegen illegale tewerkstelling. Dit was dan ook het uitgangspunt voor de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen uit 2005, waarmee de bestuurlijke boete in Nederland werd ingevoerd ter handhaving van de Wav. Het kabinet gaf bij de invoering vier redenen voor de noodzaak van intensivering van de handhaving: verdringing van het legale arbeidsaanbod door illegaal aanbod, de

[1327] Hoofdstuk 5, par. 5.4.3.
[1328] §404, par. 2, no. 3 SGB III.
[1329] Art. 5, eerste lid, Richtlijn 2009/52/EG.
[1330] Maar die zijn ruim geformuleerd en geven de lidstaten de vrijheid een en ander naar eigen inzicht toe te passen. Art. 5, tweede lid, Richtlijn 2009/52/EG.
[1331] Het gaat om een overtredingen die blijven doorgaan of voortdurend worden herhaald; betrekking hebben op tewerkstelling van een aanzienlijk aantal derdelanders zonder geldige verblijfstitel; gepaard gaan met arbeidsgerelateerde uitbuiting; waarbij een slachtoffer van mensenhandel tewerkgesteld wordt of waarbij een minderjarige tewerkgesteld wordt. Art. 9, eerste lid, Richtlijn 2009/52/EG.
[1332] Art. 7 Richtlijn 2009/52/EG, het gaat daarbij om uitsluiting of terugvordering van subsidies, aanbestedingen, intrekking van vergunning, sluiting van bedrijven.
[1333] Zie hoofdstuk 2, par. 3.2.

gevaren van arbeidsgerelateerde uitbuiting, concurrentievervalsing en de mogelijkheid om zonder geldige verblijfstitel in het onderhoud te kunnen voorzien.[1334] Deze argumenten voor de noodzaak van een snellere en efficiëntere bestraffing werden aangevuld met een tweetal argumenten voor de overheveling van straf- naar bestuursrecht. Het kabinet was niet tevreden over de hoogte van de gemiddelde strafrechtelijke boete en bovendien verschilde de opgelegde boetes, voorgestelde transacties en het vervolgingsbeleid per arrondissement.[1335] Daarnaast was de doorlooptijd van constatering van de overtreding tot de oplegging van de strafrechtelijke boete te lang. Dit had onder andere te maken met de noodzaak het behaalde financieel voordeel voor de werkgever te berekenen, wat al snel enkele maanden in beslag nam.[1336] Het berekenen van het financieel voordeel was noodzakelijk in de strafrechtelijke procedure om tot een evenredige sanctie te komen. Bij de bestuurlijke boete speelt het financieel voordeel geen enkele rol bij de bepaling van de hoogte van de boete. Met de bestuurlijke boete kan volgens het kabinet veel meer een lik-op-stuk beleid worden gevoerd dan met het strafrecht mogelijk is.[1337] De redenen voor invoering van de bestuurlijke boete lagen dus deels in de door het kabinet veronderstelde onmogelijkheid de strafrechtelijke sancties te intensiveren.

De verzwaring van de bestuursrechtelijke sancties en de definitieve overheveling van het strafrecht naar het bestuursrecht van de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling bij de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving in 2013 had tevens tot doel *'de maatschappelijke norm dat misbruik een ernstige zaak is en streng bestraft moet worden, beter tot uitdrukking* [te] *laten komen. Dit moet een duidelijk signaal afgeven dat de samenleving fraude niet accepteert en dat fraude niet mag lonen.'*[1338] Het is een nieuwe ontwikkeling dat de nadruk op de morele afkeurenswaardigheid van overtredingen niet langer wordt verbonden aan het strafrecht. Morele afkeurenswaardigheid wordt nu tot uitdrukking gebracht door zo snel en hard mogelijk te straffen, iets dat volgens het kabinet kan worden bereikt door decriminalisering en bestuurlijke bestraffing in plaats van andersom.[1339] Uit de analyse van het keuzemodel voor sanctiestelsels en de ontwikkelingen van het strafrecht en bestraffend bestuursrecht in hoofdstuk 3 blijkt dat het onderscheid tussen strafrecht en bestraffend bestuursrecht in Nederland steeds onduidelijker wordt. De mogelijkheid om effectief en hard op te kunnen treden lijkt het enige overgebleven criterium om de keuze tussen toepassing van straf- en bestuurs-

[1334] *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 1.
[1335] *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 6.
[1336] *Kamerstukken II,* 2005/06, 17 050 en 29 523, nr. 332, p. 4, zie ook hoofdstuk 3, par. 3.2.2.3.
[1337] *Kamerstukken II,* 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 2.
[1338] *Kamerstukken II,* 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 3.
[1339] Zie hoofdstuk 3, par. 3.5.

recht op te baseren. Strafrecht is, in ieder geval bij overtreding van de Wav, niet langer het *ultimum remedium*.

Oorspronkelijk kende Duitsland een scheiding tussen de ethisch neutrale *Ordnungswidrigkeiten* (feiten die bestuursrechtelijk bestraft worden) en de moreel afkeurenswaardige strafrechtelijke overtredingen. Deze dogmatische indeling is door de ontwikkeling van de *Ordnungswidrigkeiten* niet langer vol te houden.[1340] Tegenwoordig geven, net als in Nederland, vooral praktische overwegingen de doorslag bij de keuze voor een sanctie-instrument, met name de werklast van de strafrechter en het OM. Opvallend aan de rechtsfiguur van de *Ordnungswidrigkeit*, in vergelijking met de Nederlandse bestuurlijke boete, is dat de beroepsprocedure wordt gevoerd bij de strafrechter. Toch wordt de *Ordnungswidrigkeit* expliciet niet tot het strafrecht gerekend in Duitsland. De juridische definitie van de sancties, en niet enige eigenschap van de verboden handeling, karakteriseert de *Ordnungswidrigkeit*.[1341]

Het traditionele onderscheid tussen het straf- en bestuursrecht in Duitsland is echter niet helemaal verdwenen. In 2004 werden strafrechtelijke sancties ingevoerd voor illegale tewerkstelling onder bepaalde verzwarende omstandigheden. In de toelichting bij de *Gesetz zur Intensivering der Bekämpfung von Schwarzarbeit* wordt ter onderbouwing van de invoering van strafrechtelijke sancties het belang van het creëren van een nieuw *'Unrechtsbewusstsein'* ((on)rechtvaardigheidsgevoel) bij de bevolking ten aanzien van zwart werk benadrukt.[1342] Voor het benadrukken van dat onrechtvaardigheidsgevoel wordt toch weer gekozen voor het strafrecht. Het huidige systeem van handhaving is een tussenweg tussen pragmatische en morele overwegingen: 'eenvoudige' overtredingen worden bestuursrechtelijk bestraft, waarmee de strafrechter en het OM worden ontlast. Overtredingen onder verzwarende omstandigheden worden via het strafrecht vervolgd, om de morele afkeurenswaardigheid tot uiting te brengen. Een belangrijk onderscheid tussen het straf- en bestuursrecht in Duitsland is dat rechtspersonen niet strafrechtelijk kunnen worden vervolgd,[1343] maar wel een *Geldbusse* kunnen krijgen vanwege het begaan van een *Ordnungswidrigkeit.*[1344] De richtlijn houdt hier rekening mee door de daadwerkelijke strafrechtelijke vervolging enkel te eisen voor natuurlijke personen.[1345] Ten aanzien van rechtspersonen mag worden volstaan met doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende, maar niet per se strafrechtelijke, sancties.[1346]

[1340] Weigend 1994, p. 98, Van Daele 2000, p. 95.
[1341] Weigend 1994, p. 98.
[1342] BT-Drucks 15/2573, p. 1.
[1343] Zie hoofdstuk 5, par. 5.3.2.
[1344] § 30 OWiG.
[1345] Art. 10 Richtlijn 2009/52/EG. Zie hoofdstuk 2, par. 2.2.5.
[1346] Art. 12 Richtlijn 2009/52/EG. Zie hoofdstuk 2, par. 2.2.5.

7.3.1.3 OVERIGE SANCTIES EN MAATREGELEN

De richtlijn bevat, naast de strafrechtelijke sancties, nog een aantal andere sancties en maatregelen.[1347] Daarnaast voorziet de richtlijn in verplichtingen voor de werkgever zoals de controle van documenten van de werknemers en nabetaling van eventueel achterstallig loon.[1348] Ook bestaat voor de lidstaten de verplichting een klachtenregeling te faciliteren en zijn er enkele verplichtingen ten aanzien van inspecties opgenomen.[1349]

Behalve de bestuursrechtelijke boete wordt in Nederland nog een aantal instrumenten toegepast met het doel illegale tewerkstelling tegen te gaan. Bedrijfssluiting was voor sommige sectoren voor 2013 al mogelijk op gemeentelijk niveau, maar kan sinds 1 januari 2013 ook door ambtenaren van de minister van SZW worden opgelegd bij (herhaalde) recidive. Ook kunnen werkgevers op grond van de Aanbestedingswet 2012 worden uitgesloten van aanbestedingen na overtreding van de Wav. Sinds de aanscherping van de Wav in 2013 kunnen (gewezen) referenten ((rechts)personen die verantwoordelijk zijn voor een vreemdeling bij een versnelde verblijfsprocedure) aansprakelijk gesteld worden voor een deel van de terugkeerkosten wanneer terugkeerprocedures worden uitgevoerd ten aanzien van de vreemdeling.

Naast de *Geldbusse* en strafrechtelijke consequenties kunnen er ook in Duitsland nog extra maatregelen worden genomen tegen werkgevers die zich schuldig maken aan illegale tewerkstelling. Daarnaast kunnen in Duitsland ook werknemers bestraft worden wegens het werken zonder geldige vergunning. Eén van de belangrijkste instrumenten is de mogelijkheid de werkgever een naheffing te geven voor niet afgedragen sociale lasten en belastingen. De ontlopen lasten worden nauwkeurig berekend. Dit past in de Duitse benadering waarin illegale tewerkstelling voornamelijk gezien wordt als een specifieke vorm van zwart werk. Werkgevers kunnen tot maximaal drie jaar worden uitgesloten van deelname aan aanbestedingen in de bouwsector.[1350] Illegale tewerkstelling is een van de factoren die er toe kan leiden dat een ondernemer wordt aangemerkt als 'onbetrouwbaar' en zodoende een gedeeltelijk of geheel beroepsverbod opgelegd kan krijgen.[1351] Daarnaast kunnen werkgevers aansprakelijk worden gesteld voor een aantal kosten. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om de kosten van uitzetting van de illegaal tewerkgestelde werknemer.[1352]

Zowel in Nederland als in Duitsland is rond 2005 de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling gereorganiseerd. In Nederland betekende de introductie van de bestuurlijke boete dat de bestraffing sindsdien centraal afge-

[1347] Zie hoofdstuk 2, par. 2.2.
[1348] Respectievelijk art. 4 en 6 Richtlijn 2009/52/EG.
[1349] Respectievelijk art. 13 en 14 Richtlijn 2009/52/EG.
[1350] §21 SchwarzArbG.
[1351] §35 par. 1 GewerbOrdnung.
[1352] §66 par. 4 s. 1 AufenthG.

handeld wordt. De minister van SZW legt de boetes op. Bij de strafrechtelijke vervolging tot 2005 verschilde het vervolgingsbeleid en de strafeis per arrondissement. In Duitsland werd de handhaving die voorheen decentraal, in de *Länder*, was georganiseerd ook gecentraliseerd. De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling werd volgens Vogel gekarakteriseerd door decentralisatie en fragmentatie enerzijds (vanwege het federale karakter van de Duitse staat) en door samenwerking en het gebruik van centrale databases anderzijds.[1353] Door de oprichting van de FKS, een federaal orgaan waarbij de lokale arbeidsinspecteurs en de douanebeambten die toezicht houden op illegale tewerkstelling zijn gebundeld, zijn de decentralisatie en fragmentatie verminderd. Junkert en Kreienbrink concluderen dat, hoewel er nog mogelijkheden zijn voor verbetering, Duitsland beschikt over een breed en ontwikkeld scala van instrumenten voor de bestrijding van illegale tewerkstelling. Dit is te danken aan een combinatie van factoren, waarbij capaciteit en prioriteit voor de handhaving een voorname rol spelen.

7.3.1.4 FEITELIJKE HANDHAVING

Het oorspronkelijke voorstel voor de Werkgeverssanctierichtlijn bevatte een kwantitatieve inspectienorm. Deze norm hield in dat de nationale autoriteiten per jaar 10% van alle bedrijven dienen te inspecteren. Deze inspectienorm is pas op het laatste moment toegevoegd aan het voorstel. De impact van de inspectienorm is daarom niet onderzocht in de voorbereidende rapporten. Volgens Junkert en Kreienbrink zou de inspectie van 10% van de bedrijven in Duitsland ongeveer een miljard euro per jaar kosten.[1354] De inspectienorm is in de onderhandelingen met de lidstaten onmiddellijk gesneuveld. De richtlijn bevat echter nog steeds een artikel met inspectieverplichtingen voor lidstaten. De lidstaten zijn op basis van dat artikel verplicht doeltreffende en adequate inspecties te verrichten, gebaseerd op een risicobeoordeling.[1355] Voor deze risicobeoordeling moet worden nagegaan in welke bedrijfstakken illegale tewerkstelling het meest voorkomt. Het aantal inspecties in elk van deze bedrijfstakken moet jaarlijks aan de Commissie worden gerapporteerd.[1356]

Bij de overgang naar de bestuurlijke boete in Nederland in 2005 is ook de inspectiecapaciteit van de Inspectie SZW uitgebreid.[1357] De Inspectie SZW voert gemiddeld zo rond de 10.000 inspecties per jaar uit waarbij wordt gecontroleerd op de verplichtingen van de Wav.[1358] De Inspectie SZW werkt al een aantal jaar

[1353] Vogel 2000, p. 340.
[1354] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 74.
[1355] Art. 14, eerste lid, Richtlijn 2009/52/EG.
[1356] Art. 14, tweede lid, Richtlijn 2009/52/EG. Deze rapportages zijn niet openbaar. De evaluatie van de richtlijn door de Commissie wordt in de zomer van 2014 verwacht.
[1357] *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 XV, nr. 46.
[1358] Zie hoofdstuk 3, par. 3.3.6.1.

met risicoprofielen per bedrijfstak.[1359] De boetes in Nederland zijn bij de invoering van de bestuurlijke boete behoorlijk verhoogd in vergelijking met de boetes in het strafrecht en blijven vaak in stand bij de Afdeling. De implementatie van de richtlijn heeft aan de keuze voor instrumenten noch aan de feitelijke handhaving iets veranderd.

Tot 2004 werd het Duitse systeem ter bestrijding van illegale tewerkstelling gekarakteriseerd door enerzijds decentralisatie en fragmentatie en anderzijds door samenwerking en het gebruik van centrale databases.[1360] In 2004 is de handhaving volledig gereorganiseerd en is het BFD West (onderdeel van het ministerie van Financiën) verantwoordelijk voor het federale beleid van de toezichthouder.[1361] In 2008 is de toezichthouder in de huidige vorm van start gegaan. In Duitsland daalt het aantal inspecties de laatste jaren van 10.000 in 2010 tot 6.000 in 2012.[1362] Naast de opgelegde bestuurlijke en strafrechtelijke boetes worden er wegens zwart werk regelmatig vrijheidsstraffen opgelegd. Ook worden behaalde voordelen teruggevorderd. Deze vorderingen blijken vaak oninbaar omdat de betrokken bedrijven al failliet zijn gegaan. Daarnaast worden veel boetes in bezwaar of beroep vernietigd of verminderd. Over de gemiddelde hoogte van de boetes is nauwelijks informatie beschikbaar. Verschillende onderzoeken naar de Duitse handhaving stellen dat, hoewel er zeker nog veel verbeterd kan worden, de handhaving effectief en succesvol is, hoewel deze niet zo streng lijkt als in Nederland. Net als in Nederland is noch de Duitse keuze voor sanctie-instrumenten noch de feitelijke handhaving significant aangepast ter implementatie van de richtlijn.[1363]

7.3.2 ONONTBEERLIJKHEID VAN STRAFRECHTELIJKE SANCTIES IN DE LIDSTATEN

De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling in Nederland en Duitsland vertoont een groot aantal overeenkomsten. Een deel van deze overeenkomsten zijn terug te vinden in de richtlijn. De belangrijkste overeenkomst is dat de twee lidstaten voorzien in een veelomvattende aanpak. Het gaat hierbij om een raamwerk van verschillende sancties en maatregelen gecombineerd met preventieve maatregelen. De illegaal tewerkgestelde vreemdeling kan rekenen op enkele rechten zoals de nabetaling van loon. In Duitsland gaan deze sociale bepalingen echter wel gepaard met de mogelijkheid een boete op te leggen aan de vreemdeling. Dit is te verklaren door het feit dat illegale tewerkstelling in Duitsland wordt gezien als zwart werk, waar dus ook de werknemer schuldig aan is. Net als in Duitsland is ook in Nederland de handhaving recen-

[1359] Zie de verschillende jaarverslagen van de Inspectie SZW.
[1360] Vogel 2001, p. 340.
[1361] Zie hoofdstuk 5, par. 5.5.2.
[1362] Zie hoofdstuk 5, par. 5.5.6.2.
[1363] Zie hoofdstuk 5, par. 5.5.5.

telijk gecentraliseerd en de inspectiecapaciteit uitgebreid. Het strafrecht is daarbij in Nederland echter expliciet verlaten, juist met als doel de handhaving te intensiveren. De centralisatie en uitbreiding van de inspectiecapaciteit hebben in beide lidstaten plaatsgevonden. Het uitgebreide raamwerk van sancties en (preventieve) maatregelen in combinatie met de reorganisaties en uitbreiding van de inspectiecapaciteit duidt op de aanwezigheid van capaciteit en prioriteit voor de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling in de betrokken lidstaten.

Het grootste verschil ten aanzien van de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling in de twee lidstaten is de toepassing van strafrechtelijke instrumenten ten aanzien van natuurlijke personen. In Duitsland wordt het systeem dat de richtlijn voorschrijft al een aantal jaar gebruikt. Niets wijst erop dat die keuze, voor een combinatie van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties, op zich zelf zorgt voor een hoger handhavingsniveau of noodzakelijk is voor de aanpak van illegale tewerkstelling. Het is slechts een onderdeel van een veel breder pakket maatregelen om de handhaving te intensiveren, zoals de centralisering van de handhaving en uitbreiding van de inspectiecapaciteit. De combinatie van maatregelen die de afgelopen jaren zijn genomen, laat zien dat er prioriteit en capaciteit is voor de strijd tegen illegale tewerkstelling. Voor wat betreft de strafrechtelijke sancties in Duitsland moet worden opgemerkt dat hierbij ook vrijheidsstraffen aan de orde zijn. Het voorschrijven van de hoogte of het soort strafrechtelijke sancties behoort nu weer expliciet niet tot de competentie van de Commissie onder de voormalige Eerste Pijler.[1364] Kortom, zelfs als deze vrijheidsstraffen doorslaggevend *zouden* zijn voor het succes van de handhaving in Duitsland, kan dit gezien die beperkte Europeesrechtelijke bevoegdheid geen argument zijn om strafrechtelijke sancties in de richtlijn voor te schrijven.

Een ander aspect van de strafrechtelijke handhaving in Duitsland is de onmogelijkheid rechtspersonen strafrechtelijk te vervolgen. Hier is in de richtlijn rekening mee gehouden door de eis van strafrechtelijke sancties te beperken tot natuurlijke personen.[1365] In Nederland, waar rechtspersonen vaak het rechtssubject van de handhaving zijn, doet deze beperking van de strafrechtelijke sancties onmiddellijk af aan de toch al ter discussie staande effectiviteit van die strafrechtelijke sancties. Volgens de Commissie zijn de strafrechtelijke sancties noodzakelijk, maar door de beperking dat deze enkel tegen natuurlijke personen ingeroepen hoeven te worden brengt met zich mee dat in Nederland het grootste deel van de overtreders, ondanks het begaan van een overtreding zoals bedoeld in artikel 9 van de richtlijn, op grond van de

[1364] Zie hoofdstuk 2, par. 2.3.3.2.

[1365] Er is sprake van minimumharmonisatie, dus uiteraard staat het de lidstaten vrij om deze sancties ook aan rechtspersonen op te leggen.

richtlijn toch niet per se strafrechtelijk vervolgd hoeft te worden, omdat het rechtspersonen betreft. Mijn indruk, gebaseerd op de rechtspraak, is dat juist de overtredingen onder de voorwaarden die op basis van artikel 9 van de richtlijn tot strafrechtelijke sancties moeten leiden, in Nederland vaak door worden begaan door rechtspersonen.

De rechtsvergelijking laat ziet dat de keuze voor een specifiek (strafrechtelijk) instrument niet noodzakelijk is voor een hoog ontwikkeld handhavingssysteem. De overeenkomsten tussen Nederland en Duitsland wat betreft andere aspecten van de handhaving zijn veel belangrijker dan het specifieke instrument dat de lidstaten toepassen. Dit sluit aan bij de uitkomsten van het GHK onderzoek dat is uitgevoerd ter voorbereiding van de richtlijn, maar die door de Commissie zijn genegeerd. Beide lidstaten onderschrijven de doelstelling die de Commissie met de richtlijn wil bereiken. De Commissie ziet de koppeling tussen het doel (bestrijding van illegale tewerkstelling) en het middel (strafrechtelijke sancties) als noodzakelijk voor een succesvolle handhaving. In Nederland is de strafrechtelijke handhaving juist verlaten om dat doel te bereiken. Duitsland hanteert eenzelfde systeem als de richtlijn voorstaat, maar er is niets dat er op wijst dat die verdeling tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving doorslaggevend is voor een succesvolle handhaving. De reorganisatie en centralisatie, die gepaard ging met een vergroting van de inspectiecapaciteit, lijkt van groter belang te zijn geweest. In beide lidstaten blijkt dat de aanwezigheid van capaciteit en prioriteit voor de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling, die zich in deze lidstaten uit in reorganisatie van de handhaving en uitbreiding van de inspectiecapaciteit, belangrijker is dan het soort instrument dat wordt toegepast.

De Commissie, Nederland en Duitsland streven alle drie naar een intensieve handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. Toch lopen de opvattingen over het meest geschikte instrument daarvoor uiteen. Dit heeft te maken met de opvattingen over de rol en effectiviteit van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving. Dit komt in de volgende paragraaf aan de orde.

7.3.3 DE ROL EN EFFECTIVITEIT VAN STRAFRECHT IN DE LIDSTATEN

Zowel Nederland, Duitsland als de Commissie streven naar een strengere en effectievere aanpak van illegale tewerkstelling. De verbondenheid tussen doel (bestrijding van illegale tewerkstelling) en middel (strafrechtelijke sancties) die de Commissie aan de richtlijn ten grondslag heeft gelegd gaat niet op bij de Nederlandse handhaving. Dat heeft voor een groot deel te maken met het feit dat de verschillen tussen het strafrecht en het bestraffend bestuursrecht, zowel in Nederland als Duitsland, steeds verder vervaagd zijn.

In Nederland wordt het strafrecht door het kabinet, als middel ter bestrijding van illegale tewerkstelling, gezien als een log apparaat met teveel waar-

borgen. Gevolg hiervan is dat de strafrechtelijke sancties volgens het kabinet te laag zijn. Bovendien zijn de strafrechtelijke sancties lastig te verzwaren. Bij wetten zoals de Wav, waarbij in Nederland hechtenis of de inzet van zware opsporingsbevoegdheden niet aan de orde zijn, heeft de bestuurlijke boete het strafrecht verdrongen als zwaarste middel.[1366] De strafrechtelijke handhaving is dan ook sinds 2005 voor het grootste deel, en sinds 2013 volledig, vervangen door bestuursrechtelijke handhaving. Strafrechtelijke bestraffing is volgens het kabinet niet streng en effectief genoeg om goed te kunnen handhaven. Voor het gewenste niveau van handhaving zijn, volgens het Nederlandse kabinet, bestuurlijke boetes nodig. Deze opvatting staat diametraal tegenover de opvatting van de Commissie die juist van mening is dat bestuursrechtelijke sancties niet in alle gevallen voldoende zijn en dat in die gevallen strafrecht moet worden toegepast. Nederland volstaat ter implementatie van de strafrechtelijke bepalingen uit de richtlijn met een nauwelijks toegepast artikel uit het Wetboek van Strafrecht; de feitelijke handhaving blijft plaats vinden door middel van bestuurlijke boetes.[1367] Hoewel Nederland feitelijk geen strafrechtelijke handhaving toepast, past het Nederlandse handhavingssysteem wel in het doel van de richtlijn: intensivering van de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. Door het voorschrijven van strafrechtelijke sancties miskent de Commissie de opkomst van bestuursrechtelijke handhaving. Het blijkt dat de vooronderstellingen die aan de keuze voor het strafrecht ten grondslag liggen niet langer onverkort worden gedeeld door de lidstaten. Dit levert problemen op nu de Commissie een inhoudelijke norm (effectiviteit) per definitie verbindt aan een specifiek instrument (strafrecht). In Nederland lopen deze inhoudelijke norm en het specifieke instrument niet synchroon. Daardoor ontstaat de situatie dat in Nederland ter implementatie gekozen moet worden om ófwel aan de inhoudelijke norm te voldoen óf aan het voorgeschreven instrument.[1368]

Ook met betrekking tot de strafrechtelijke bevoegdheden om bedrijven te sluiten wanneer deze zich schuldig maken aan illegale tewerkstelling of de vergunning in te trekken was het kabinet, net als bij de strafrechtelijke handhaving van de Wav, ontevreden over het resultaat. De handhaving op gemeentelijk niveau is bij de beslissing de preventieve stillegging in te voeren buiten beschouwing gelaten, terwijl gemeenten wel degelijk optreden tegen illegale tewerkstelling door middel van sluiting of intrekking van vergunningen. De burgemeester beschikt over verschillende instrumenten, maar al deze instrumenten zijn beperkt tot bepaalde sectoren. Uit het onderzoek naar de feitelijke

[1366] Zie hoofdstuk 3, par. 3.3.4.
[1367] Zie hoofdstuk 3, par. 3.3.3.
[1368] De Wet OM-afdoening doet daar niet aan af, aangezien hierbij na verzet nog steeds een strafrechtelijke procedure volgt terwijl de rol van de strafrechter voor de Nederlandse regering een van de redenen was om uit te wijken naar het bestuursrecht.

handhaving blijkt dat handhaving nauw samenhangt met de aanwezigheid van prostitutie binnen de gemeente. Hoe groot of klein de gemeente ook is, tegen seksinrichtingen wordt handhavend opgetreden. Een belangrijke sector waar niet door gemeenten kan worden opgetreden tegen illegale tewerkstelling is de land- en tuinbouw. Hier ontbreken juridische mogelijkheden voor gemeentelijke handhaving en, daarmee samenhangend, besteden de meeste landelijke gemeenten weinig tot geen aandacht aan *illegale* tewerkstelling binnen de land- en tuinbouw. Deze gemeenten zijn voornamelijk bezig met het voorkomen en bestrijden van eventuele overlast door werknemers die *legaal* zijn tewerkgesteld. De preventieve stillegging die op 1 januari 2013 is ingevoerd is een veel bredere bevoegdheid dan de gemeentelijke bevoegdheden, waarbij in alle sectoren kan worden opgetreden. In tegenstelling tot de voormalige strafrechtelijke bevoegdheid kan de minister zelf beslissen omtrent de oplegging van de preventieve stillegging. Dit past in het beeld van de Nederlandse handhaving uit hoofdstuk 3. Er is sprake van centralisatie vanwege onvrede of onbekendheid met de uitvoering door andere actoren. De reactie daarop is de introductie van een algemene, brede bevoegdheid voor de ambtenaren van de minister van SZW. De handhaving in de gemeenten is daar zoals gezegd in het geheel niet bij aan de orde gekomen. Door de introductie van de preventieve stillegging zal de bevoegdheid tot stillegging niet langer afhankelijk zijn van de sector waarin de overtredingen plaatsvinden, zoals wel het geval is bij gemeentelijke handhaving. Hierdoor komen ook bedrijven in andere sectoren met veel illegale tewerkstelling zoals de land- en tuinbouwsector in beeld voor stillegging. Naast de verschillen tussen sectoren ontstaat er door de centralisatie minder afhankelijkheid van gemeenten, waardoor beleidsverschillen tussen gemeenten niet langer relevant zijn. Ondanks het uitgangspunt dat de preventieve stillegging pas bij herhaalde recidive wordt opgelegd is het niet waarschijnlijk dat Nederland met deze bevoegdheid niet voldoet aan mogelijkheid tot het sluiten van bedrijven die de richtlijn eist.[1369]

Uit de rechtsvergelijking blijkt dat de keuze voor strafrecht of bestuursrecht niet doorslaggevend is voor het niveau van de handhaving. Aan beide keuzes liggen dezelfde ideeën en doelstellingen ten grondslag. Het instrument waarmee deze doelstelling het best bereikt kan worden, kan per lidstaat verschillen. Een belangrijk aspect daarbij is het beschikbaar stellen van capaciteit voor, en verlening van prioriteit aan, de handhaving. De keuze van de Commissie voor de inzet van strafrechtelijke instrumenten is gebaseerd op vooronderstellingen over de rol en effectiviteit van het strafrecht. De rechtsvergelijking toont echter aan dat deze opvattingen niet voor elke lidstaat opgaan.

[1369] Art. 7, eerste lid, onder d. Richtlijn 2009/52/EG.

7.4 VERHOUDING STRAF- EN BESTUURSRECHT

De rechtsvergelijking laat zien dat de vooronderstellingen die de Commissie aan het strafrecht ten grondslag legt niet in elke lidstaat wordt gedeeld. Dit kan deels worden verklaard door de vervaging van het onderscheid tussen straf- en bestuursrechtelijke sancties. In deze conclusie is al aan de orde gekomen dat zowel in Nederland als Duitsland het onderscheid tussen strafrechtelijke en bestraffende, bestuursrechtelijke sancties aan het vervagen is.

Omdat bestuursrechtelijke bestraffing in Nederland bij de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling als effectiever wordt beschouwd dan strafrechtelijke bestraffing neemt de bestuursrechtelijke bestraffing ook de rol van het strafrecht als *ultimum remedium* over. Het aanvankelijke onderscheid tussen de *ethische neutraliteit* van de Duitse *Ordnungswidrigkeiten* tegenover de moreel afkeuringswaardige strafrechtelijke overtredingen is niet langer evident.[1370] Echter, hoewel het onderscheid de afgelopen decennia is vervaagd,[1371] is dit onderscheid nog terug te vinden in de Duitse handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. Overtreding van het verbod op illegale tewerkstelling is een *Ordnungswidrigkeit*, maar zodra er sprake is van een verzwarende omstandigheid valt de overtreding onder het strafrecht.

Niet alleen *binnen* de onderzochte lidstaten is het onderscheid tussen strafrecht en bestuursrecht niet langer evident. Ook *tussen* deze lidstaten kunnen de opvattingen over de juridische indeling van bepaalde instrumenten sterk uiteenlopen. Uit de rechtsvergelijking blijkt dat de afbakening van het strafrecht en het bestuursrecht tussen Nederland en Duitsland sterk verschilt. Het Duitse *Ordnungswidrigkeitenverfahren*, dat expliciet niet tot het strafrecht wordt gerekend, wordt na beroep door de strafrechter afgehandeld.[1372] In het Duitse systeem wordt een instrument gekarakteriseerd aan de hand van de vervolgende instantie. Bij een *Ordnungswidrigkeit* is dat een bestuursorgaan en het instrument wordt derhalve tot het bestuursrecht gerekend. Materieel is dit hetzelfde instrument als de Nederlandse strafbeschikking die juist expliciet tot het strafrecht gerekend wordt.[1373] Hoewel de strafbeschikking ook door een ander bestuursorgaan dan het OM kan worden opgelegd, geeft de afhandeling na verzet bij de strafrecht de doorslag bij de karakterisering van het instrument.[1374] Dat dit verschil tussen lidstaten problemen kan opleveren bij opnemen van strafrechtelijke sancties in een richtlijn zal ik laten zien aan de hand van een voorbeeld. Stel dat Duitsland ter bestraffing van illegale tewerkstelling geen strafrechtelijke sancties kent, maar een overtreding enkel kwalificeert als een *Ord-*

[1370] Hoofdstuk 5, par. 5.3.2.
[1371] Weigend 1994, p. 98. Van Daele 2000, p. 295.
[1372] Zie hoofdstuk 5, par. 5.3.8.
[1373] Zie hoofdstuk 3, par. 3.4.2.
[1374] Zie hoofdstuk 3, par. 3.4.2.

nungswidrigkeit, en Nederland handhaaft de illegale tewerkstelling door middel van een strafbeschikking. Wanneer een richtlijn dan strafrechtelijke handhaving verlangt ontstaat er voor Duitsland een implementatieverplichting, de handhaving is daar immers bestuursrechtelijk. Voor Nederland ontstaat deze verplichting in de geschetste situatie niet terwijl materieel gezien hetzelfde instrument wordt toegepast als in Duitsland.

Kortom, uit dit onderzoek blijkt dat de rol en functie van het strafrecht in de lidstaten aan verandering onderhevig is. Door recente ontwikkelingen zijn de verhouding en verschillen tussen het strafrecht en bestraffend bestuursrecht binnen de lidstaten niet langer evident. Zolang er geen consensus is tussen de lidstaten en de Commissie over de rol en effectiviteit van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties kan het gebeuren dat de koppeling tussen het doel en het gekozen middel niet voor elke lidstaat optimaal is. Zolang de discussie over de grondslag voor de keuze voor het een of het andere instrument, en de vraag tot welk rechtsgebied een bepaald instrument nu eigenlijk behoort, voortduurt zal het effect van het voorschrijven van specifiek strafrechtelijke instrumenten in bepaalde lidstaten onvoorspelbaar zijn. Dit wordt versterkt door het feit dat deze problematiek zich niet alleen binnen lidstaten afspeelt, maar ook tússen lidstaten. De convergerende ontwikkelingen van het strafrecht en het bestraffend bestuursrecht in verschillende lidstaten leidt ertoe dat classificatie van bepaalde instrumenten per lidstaat kan verschillen. De gevolgen hiervan komen in de slotbeschouwing aan de orde.

7.5 CRIMMIGRATION

De crimmigration literatuur beschrijft een relatief recente ontwikkeling bestaande uit de convergentie van het strafrecht en het migratierecht: migratierechtelijke overtredingen krijgen strafrechtelijke consequenties en strafrechtelijke overtredingen krijgen migratierechtelijke consequenties. Zowel voor de vreemdeling zelf als voor de *facilitator:* degene die de binnenkomst of het verblijf voor vreemdelingen zonder geldige verblijfstitel mogelijk maakt. De totstandkoming van de richtlijn noch de handhaving in de onderzochte lidstaten kan een verklaring kan geven voor het opnemen van de strafrechtelijke sancties in de richtlijn. In dit proefschrift is daarom ook onderzocht in hoeverre de richtlijn past binnen de in de crimmigration literatuur beschreven ontwikkelingen. Op het eerste gezicht lijkt het opnemen van strafrechtelijke werkgeverssancties in de Werkgeverssanctierichtlijn goed te passen in de crimmigration ontwikkeling, die immers ook begon met de invoering van strafrechtelijke werkgeverssancties. Dit was dan ook de reden in de crimmigration literatuur te zoeken naar een verklaring voor de strafrechtelijke werkgeverssancties in de richtlijn.

Daarbij valt op dat in de Amerikaanse literatuur over crimmigration de bevoegdhedenstrijd tussen de federale overheid en de staten een belangrijke rol speelt; migratierecht is immers een zaak van de federale overheid en het strafrecht van de staten. Dit is het formele aspect van crimmigration. Het inhoudelijke aspect van crimmigration omvat de gevolgen voor de rechtsbescherming van vreemdelingen. Strafrechtelijke bevoegdheden worden in het vreemdelingenrecht geïncorporeerd, maar de bijbehorende rechtsbescherming niet. Volgens Sklansky maakt crimmigration daarom dan ook deel uit van de 'ad hoc instrumentalisering' van het strafrecht.[1375] Hij bedoelt daarmee een manier van denken over het recht en juridische instituties waarbij juridische instrumenten worden gezien als een gereedschapskist waaruit de overheid naar eigen inzicht het gereedschap kan kiezen dat het best past bij het probleem dat voorligt. Juridische categorieën en consistentie zijn van ondergeschikt belang.[1376] De keuze tussen het toepassen van strafrecht of de *civil sanction* uit het migratierecht is dan enkel gebaseerd op wat de meest efficiënte weg is voor de staat, de rechtsbescherming voor de burger is van ondergeschikt belang.

7.5.1 BEPERKING TOT STRAFRECHT

Maar wanneer men in Europa, in navolging van de VS strikt kijkt naar de samensmelting tussen *strafrecht* en migratierecht voltrekken bepaalde relevante ontwikkelingen zich buiten het blikveld van de onderzoeker. De handhaving in het bestuursrecht valt bijvoorbeeld buiten de strikt formele benadering van de crimmigration literatuur in de VS. In Europa kan juist de verschuiving *weg* van het strafrecht gepaard gaan met het inhoudelijke aspect van crimmigration. Verminderde rechtsbescherming gaat niet gepaard met de introductie van strafrechtelijke bevoegdheden en instrumenten, maar met het verlaten van de strafrechtelijke bevoegdheden en instrumenten. Het inhoudelijke aspect van crimmigration zou dan daarom ook niet exclusief aan het strafrecht verbonden moeten zijn, maar ook moeten worden onderzocht in de context van bestuursrechtelijke handhaving. De bestuurlijke boete is een vorm van decriminalisering,[1377] maar kijkend naar de belangrijkste inhoudelijke kenmerken van crimmigration is de overgang naar de bestuurlijke boete echter wel een voorbeeld van crimmigration. De boetes zijn verhoogd, het aantal inspecties is toegenomen. De overgang naar de bestuursrechter heeft gezorgd voor een minder strenge toets met betrekking tot evenredigheid en verwijtbaarheid.[1378]

[1375] Sklansky 2012.

[1376] Sklansky 2012, p. 161.

[1377] Ook via de band van art. 6 EVRM moeten bestuurlijke boetes nog steeds worden gezien als een bestuursrechtelijke bevoegdheid. Hoewel bestuurlijke boetes onder het begrip *criminal charge* van het EVRM vallen, spreekt ook het EHRM van 'decriminalisering', bijvoorbeeld in de zaak Özturk, EHRM 21 februari 1984, Özturk, *NJ* 1988, 937.

[1378] Zie par. 3.3.6 en 3.3.7 van hoofdstuk 3.

Ook de ontwikkeling die volgens Sklansky ten grondslag ligt aan crimmigration is bij de handhaving van de Wav sterk aanwezig. De keuze voor volledige bestuursrechtelijke handhaving bij de invoering van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving is enkel gebaseerd op het zo hard en effectief kunnen bestraffen van de overtreder. Het strafrecht is daarvoor te log en omgeven door teveel waarborgen, aldus de wetgever. De rechtsbescherming van de betrokken burger is bij deze keuze slechts in zoverre relevant dat deze een effectieve handhaving niet in de weg mag zitten. Samenvattend moet dus worden voorkomen dat relevante ontwikkelingen zoals de bestuurlijke boetes zich buiten het blikveld van de studie naar crimmigration in Europa voltrekken. Deze studie moet zich derhalve dus niet enkel richten op het strafrecht.

7.5.2 DE WERKGEVERSSANCTIERICHTLIJN ALS ONDERDEEL VAN CRIMMIGRATION

De Werkgeverssanctierichtlijn lijkt op het eerste gezicht te passen in de ontwikkeling van crimmigration. Het gaat om het introduceren van strafrechtelijke consequenties voor een migratierechtelijke overtreding. Echter, de positie van de vreemdeling zelf wordt door de richtlijn versterkt, iets dat bij crimmigration juist niet het geval is. De EU volgt maar ten dele de tendens van crimmigration. Hoewel de richtlijn als doel heeft het verblijf zonder geldige verblijfstitel te bemoeilijken blijven de vreemdelingen zonder geldige verblijfstitel buiten schot. Vanwege dat hybride karakter van de richtlijn kan slechts worden geconcludeerd dat de richtlijn deels wel en deels niet als voorbeeld van crimmigration in Europa te zien is.

7.6 SLOTBESCHOUWING

7.6.1 JURIDISCHE GRONDSLAG

Er kunnen grote vraagtekens worden geplaatst bij de vermeende onontbeerlijkheid van de strafrechtelijke sancties in de Werkgeverssanctierichtlijn. Uit de onderzoeken die zijn uitgevoerd in het kader van de voorbereiding van het voorstel voor de richtlijn blijkt deze onontbeerlijkheid niet. Ook uit de bestudering van de handhaving in Nederland en Duitsland blijkt deze onontbeerlijkheid niet.

Een belangrijk gevolg van deze conclusie betreft de juridische grondslag voor het opnemen van de strafrechtelijke sancties. Onder de voormalige Eerste Pijler is het opnemen van strafrechtelijke sancties, gelet op de jurisprudentie van het HvJ EU, slechts toegestaan wanneer deze sancties onontbeerlijk zijn voor '*de volledige doeltreffendheid van de door de EG vastgestelde normen'*.[1379] Uit dit onderzoek blijkt dat de keuze voor strafrechtelijke sancties niet doorslaggevend is voor de handhaving in de onderzochte lidstaten. Dat betekent dat er

[1379] HvJ EG 13 september 2005, *AB* 2005, 435, m.nt. De Moor – Van Vugt, r.o. 48.

kan worden volstaan met andere instrumenten. Uit die conclusie volgt dat de strafrechtelijke sancties niet onontbeerlijk zijn voor de volledige doeltreffendheid van de door de EU vastgestelde normen. In dat geval is het dus de vraag of er überhaupt wel een grondslag voor het opnemen van strafrechtelijke sancties bestond. Uiteraard is het in principe mogelijk dat de onontbeerlijkheid is gebaseerd op redenen die mij niet bekend zijn geworden. Dat neemt niet weg dat de Commissie de onontbeerlijkheid op geen enkele wijze heeft onderbouwd. Gelet op de zojuist genoemde jurisprudentie van het HvJ EU had de Commissie dat wel moeten doen. De meest waarschijnlijke verklaring voor het gebrek aan onderbouwing is dat deze er simpelweg niet is; uit de eerste versie van het voorbereidende rapport bleek immers dat strafrechtelijke sancties niet noodzakelijk zijn voor een succesvolle handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling.[1380]

7.6.2 KEUZE VOOR STRAFRECHT

De bevindingen in dit proefschrift geven aanleiding de keuze om strafrechtelijke sancties op te nemen in de richtlijn kritisch te beoordelen. Daarbij speelt een aantal overwegingen een rol, die ook breder toepasbaar zijn dan enkel bij de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling.

De tegengestelde opvattingen over de rol en effectiviteit van strafrecht, zoals beschreven in paragraaf 7.3.3 van dit hoofdstuk, levert problemen op nu de Commissie een inhoudelijke norm (effectieve handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling) per definitie verbindt aan een specifiek instrument (strafrechtelijke sancties). In Nederland lopen deze inhoudelijke norm en het specifieke instrument niet synchroon. Daardoor ontstaat de situatie dat in Nederland ter implementatie moet worden gekozen om ófwel aan de inhoudelijke norm te voldoen óf aan het voorgeschreven instrument. Nederland heeft er in dit geval voor gekozen aan de inhoudelijke norm te voldoen en voor wat betreft de implementatie van de strafrechtelijke sancties te volstaan met nauwelijks gebruikte bepaling in het Wetboek van Strafrecht.[1381] Bovendien blijkt uit de rechtsvergelijking dat de juridische ordening van instrumenten per lidstaat danig kan verschillen. Het Duitse, bestuursrechtelijke, *Ordnungswidrigkeitenverfahren* vertoont grote gelijkenis met de Nederlandse strafbeschikking, die tot het strafrecht wordt gerekend. Dit zou er theoretisch toe kunnen leiden dat bij implementatie van de richtlijn de ene lidstaat zijn handhaving moet aanpassen terwijl een andere lidstaat hetzelfde instrument kan blijven gebruiken, omdat dat instrument daar anders wordt gekwalificeerd. Dat maakt de uitwerking van het voorschrijven van strafrechtelijke sancties onvoorspelbaar. Een ander aspect van de verschillen tussen Nederland en Duitsland is de straf-

[1380] Zie hoofdstuk 2, par. 2.4.2.
[1381] Zie hoofdstuk 3, par. 3.3.3.

rechtelijke vervolging van rechtspersonen. Omdat het in Duitsland niet mogelijk is rechtspersonen strafrechtelijk te vervolgen, is de verplichting illegale tewerkstelling onder bepaalde omstandigheden strafrechtelijk te vervolgen beperkt tot natuurlijke personen.[1382] Hoewel er geen exacte cijfers over bekend zijn, leert een blik op de Nederlandse boetejurisprudentie dat een overgroot deel van de bestuurlijke boetes in het kader van de Wav (en zeker de boetes voor overtredingen die op basis van de richtlijn strafrechtelijke vervolgd zouden moeten worden) wordt opgelegd aan rechtspersonen. Ook dit voorbeeld laat zien dat het effect van het voorschrijven van strafrechtelijke sancties erg afhankelijk is van de nationale rechtsstelsels.

Deze overwegingen leiden tot de conclusie dat de Commissie er goed aan zou doen de keuze voor de sanctie-instrumenten over te laten aan de lidstaten, die op basis van de nationale situatie het juiste instrument kunnen kiezen. De uitwerking van het voorschrijven van strafrechtelijke sancties in een richtlijn is immers onvoorspelbaar. Kortom, een terugkeer naar de traditionele rol van de richtlijn waarin de Commissie de te behalen doelen stelt, maar de uitvoering daarvan aan de lidstaten overlaat. Dit is in de Werkgeverssanctierichtlijn wel gedaan ten aanzien van de op te leggen financiële sancties. Het was beter geweest in zijn algemeenheid vast te houden aan gebruikelijke beschrijving van de toe te passen sancties, namelijk: doeltreffend, proportioneel en afschrikwekkend.[1383]

7.6.3 CAPACITEIT EN PRIORITEIT VOOR DE HANDHAVING

Uit de rechtsvergelijking is gebleken dat het gebruik van strafrechtelijke sancties niet doorslaggevend is voor een intensieve handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. Uit de uitgebreide reorganisaties van de handhaving en uitbreiding van de inspectiecapaciteit in de lidstaten blijkt de aanwezigheid van capaciteit en prioriteit voor de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. Het soort instrument waarmee de handhaving plaatsvindt, is ondergeschikt aan het feit dat er daadwerkelijke geïnspecteerd en gehandhaafd wordt. Overigens blijkt ook uit het voorbereidende GHK rapport dat de lidstaten al beschikken over voldoende handhavingsinstrumenten maar dat het vaak schort aan de daadwerkelijke inspecties en handhaving. Het EESC benadrukte in haar advies bij de totstandkoming van de richtlijn dat het gebrek aan capaciteit bij toezichthouders in verhouding met het grote aantal te controleren bedrijven zal zorgen voor problemen bij de uitvoering van de richtlijn.[1384] Ook volgens het Comité van de Regio's zijn extra inspecties nodig om illegale tewerkstelling te

[1382] Art. 11 en 12 Richtlijn 2009/52/EG. Er is sprake van minimumharmonisatie dus het staat de lidstaten vrij rechtspersonen wel strafrechtelijk te vervolgen.
[1383] Art. 5 Richtlijn 2009/52/EG.
[1384] EESC, SOC/278, par. 1.8.

voorkomen.[1385] Op het laatste moment heeft de Commissie in de richtlijn een kwantitatieve inspectienorm opgenomen waarbij jaarlijks 10% van de bedrijven in een lidstaat gecontroleerd moest worden. Met deze inspectienorm is bij de onderhandelingen onmiddellijk korte metten gemaakt door de lidstaten. Dat past in de houding van de lidstaten bij de onderhandelingen, die bij elke bepaling probeerden de verplichtingen voor de lidstaten in te perken.[1386] Toch valt het op basis van de informatie uit het GHK rapport, dat wordt bevestigd door mijn onderzoek, moeilijk te begrijpen dat de Commissie, tegen de zin van veel lidstaten, standvastig heeft vastgehouden aan de strafrechtelijke sancties (die eigenlijk niet noodzakelijk waren) en tegelijkertijd niet veel moeite lijkt te hebben gedaan voor de inspectienorm. Daarbij moet worden gezegd dat de inspectienorm zonder enige vorm van voorafgaand onderzoek is vastgesteld op 10%. Het blijft dus gissen hoe realistisch en effectief deze norm was geweest.

Voor bereiken van de doelstelling van de richtlijn is naar mijn mening, ondanks het schrappen van de kwantitatieve inspectienorm, artikel 14 van de richtlijn, dat betrekking heeft op de inspecties door de lidstaten, doorslaggevend. Dit artikel verplicht de lidstaten doeltreffende en adequate inspecties uit te voeren.[1387] De inspecties moeten gebaseerd zijn op risicoprofielen van verschillende bedrijfstakken. Elk jaar dienen de lidstaten aan de Commissie te rapporteren over de uitgevoerde inspecties. Dit artikel is voor de Commissie de sleutel om lidstaten te dwingen daadwerkelijk op te treden tegen illegale tewerkstelling. Hoewel niet zo absoluut geformuleerd als de 10% norm, kan de eis van doeltreffende en adequate handhaving wel voldoende zijn. Het succes van deze bepaling is uiteraard in grote mate afhankelijk van de inspanningen van de Commissie.

Voor een succesvolle toepassing van de richtlijn zal de Commissie een uitgebreide rapportage van de lidstaten moeten eisen en, belangrijker nog, actie moeten ondernemen tegen lidstaten waar de inspecties niet aan de eis van 'doeltreffend en adequaat' lijken te voldoen. Op basis van artikel 16 van de richtlijn dient de Commissie in juli 2014, en vervolgens om de drie jaar, verslag uit te brengen aan de Raad en het EP. De lidstaten zijn verplicht de Commissie de informatie te verstrekken die noodzakelijk is voor het opstellen van het verslag. De richtlijn specificeert niet waar het verslag over moet gaan, maar de informatie van de lidstaten moet in ieder geval betrekking hebben op de facilitering van klachten, de inspecties,[1388] de nabetaling door werkgevers en de maatregelen uit artikel 7 van de richtlijn.[1389] Gelet op de bevindingen in dit proefschrift zou het een goede zaak zijn wanneer de Commissie bij de verslaglegging niet enkel

[1385] Advies Comité van de Regio's, ovw. 40 en 46.
[1386] Zie hoofdstuk 2, par. 2.5.3.
[1387] Art. 14, eerste lid, Richtlijn 2009/52/EG.
[1388] Die verplichting bestaat ook al op grond van art. 14, tweede lid, Richtlijn 2009/52/EG.
[1389] Art. 16, tweede lid, Richtlijn 2009/52/EG.

kijkt naar de aanwezigheid en precieze juridische indeling van sancties en maatregelen maar de nadruk legt op de daadwerkelijke handhaving.

7.6.4 DE ACADEMISCHE DISCUSSIE OVER DE VERHOUDING TUSSEN STRAF- EN BESTUURSRECHT

De beschrijving van de crimmigration literatuur in dit proefschrift laat zien dat de verschuiving en veranderde verhouding tussen straf- en bestuursrecht gepaard kan gaan met verminderde rechtsbescherming. Zowel wat betreft de crimmigration literatuur als het voorschrijven van specifieke sancties in de richtlijn is de conclusie van dit proefschrift dat in beide gevallen de vervaging van het onderscheid tussen strafrechtelijke en bestraffende, bestuursrechtelijke sancties niet wordt onderkend. Het is daarom belangrijk in de academische discussie niet enkel naar één van de twee soorten instrumenten te kijken, maar beide rechtsgebieden gezamenlijk in ogenschouw te nemen. Gebaseerd op het werk van Sklansky zou de rechtsbescherming daarbij het belangrijkste punt van aandacht in de literatuur moeten zijn: wordt de rechtsbescherming gewaarborgd of wordt de rechtsbescherming juist als een obstakel gezien voor effectieve handhaving? De staat heeft de neiging te kiezen voor het instrument waarmee het hardst en effectiefst opgetreden kan worden. Dat betekent dat vaak wordt gekozen voor het instrument met de minste rechtsbescherming. Daarbij speelt de keuze voor het soort rechter een belangrijke rol. Rechtsbescherming, en met name de intensievere toets die de strafrechter ten aanzien van de evenredigheid en verwijtbaarheid in het geval van de Wav toepast, wordt meer en meer gezien als een beperking van effectief handhaven in plaats van een noodzakelijke beperking op de macht van de staat ter bescherming van haar burgers. Nu de staat de juridische ordeningen los laat bij de keuze voor een instrument zou ook de wetenschap zich voor wat betreft de verhouding tussen het strafrecht en het bestraffend bestuursrecht niet al te veel bezig moeten houden met twisten over de vraag of de bestuurlijke boete eigenlijk strafrecht is of de strafbeschikking eigenlijk bestuursrecht. Net als bij crimmigration kan de vervaging van het onderscheid tussen het strafrecht en het bestraffend bestuursrecht gepaard gaan met vermindering van de waarborgen. De academische discussie over de verschillen en verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving zou zich daarom moeten richten op de vraag wat de minimumwaarborgen moeten zijn wanneer de staat bestraffend optreedt.

Naar mijn mening is de rol van de Afdeling ten aanzien van de Wav-boetes te terughoudend. Hoewel de noodzaak tot strenger straffen vanuit het standpunt van het kabinet valt te begrijpen, leiden de grofmazige beleidsregels in combinatie met de zeer strikte toepassing van deze beleidsregels door de Afdeling in sommige gevallen tot onevenredige sancties. Het gebrek aan differentiatie in de beleidsregels naar het soort overtreder en het soort overtreding leiden ertoe dat kleinschalige, onbewuste overtredingen waarbij geen concurrentievoordelen zijn

behaald onevenredige boetes tot gevolg kunnen hebben. Volgens het kabinet zijn de hoge boetes noodzakelijk om overtreders bij te brengen dat illegale tewerkstelling niet is toegestaan. Naar mijn mening kan bij minder ernstige overtredingen echter worden volstaan met een lagere boete (zoals die in het strafrecht werden opgelegd) om de boodschap dat illegale tewerkstelling niet is toegestaan bij de overtreder in te prenten.

BIJLAGE 1 – Methodologie en uitkomsten veldonderzoek

In deze bijlage is de methodologische verantwoording opgenomen (paragraaf 1). Daarnaast is uiteengezet hoe de data afkomstig uit het onderzoek is verwerkt en heeft geleid tot de conclusies van hoofdstuk 4 (paragraaf 2).

1. METHODOLOGISCHE VERANTWOORDING

Het onderzoek naar de feitelijke handhaving door gemeenten is breder dan het klassieke juridische onderzoek, waarvan de methodologie is besproken in hoofdstuk één. Daarom volgt hier eerst een methodologische verantwoording, alvorens de ruwe uitkomsten van het onderzoek naar de feitelijke handhaving aan bod komen. De conclusies van dit onderzoek zijn opgenomen in hoofdstuk 4.

1.1 ONDERZOEKSVRAGEN

De onderzoeksvragen voor dit deelonderzoek zijn de volgende:

1. Hoe gebruiken verschillende gemeenten de huidige handhavingsmogelijkheden met betrekking tot het verbod op illegale tewerkstelling in de praktijk?
2. Hoe zijn eventuele verschillen tussen de gemeenten op het gebied van de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling te verklaren?

Onderzoeksvraag 1 is explorerend en dient om een beeld te krijgen van de handhaving van de Wav in verschillende gemeenten. Onderzoeksvraag 2 is de basis voor een analyse van de overeenkomsten en verschillen tussen de verschillende onderzochte gemeenten. Vanwege de wijze van selectie van gemeenten is het mogelijk de conclusies over de onderzochte gemeenten uit te breiden naar conclusies over een grotere groep Nederlandse gemeenten.[1390]

Onderzoeksvraag 1 (hoe gebruiken gemeenten hun handhavingsbevoegdheden?) valt uiteen in twee te onderzoeken eigenschappen van de gemeenten (de *onderzoekseigenschappen*). De eerste onderzoekseigenschap is de beleidsmatige kant. Hierbij wordt onderzocht of de gemeente beschikt over specifiek beleid, gericht op het voorkomen of sanctioneren van overtredingen van de Wav. Het kan voorkomen dat de handhaving van de Wav onderdeel is van een ander beleid, bijvoorbeeld het prostitutiebeleid. Ook eventueel aanwezige APV-bepalingen worden in dit onderzoek tot specifiek beleid gerekend indien deze een uitbreiding zijn van de naar de Wav verwijzende prostitutiebepalingen uit de modelverordening van de Vereniging van Nederlandse

[1390] Zie par. 1.3 van deze bijlage.

Gemeenten.[1391] Ik onderzoek of de gemeente specifieke bepalingen heeft opgenomen die kunnen worden gebruikt ter sanctionering van overtredingen van de Wav. De tweede onderzoekseigenschap is het feitelijk handhavend optreden door de gemeente ten aanzien van overtredingen van de Wav. Hieronder moet niet alleen het sanctioneren van overtredingen worden verstaan maar ook preventieve maatregelen, inspecties en waarschuwingen. Het onderzoek bekijkt in welke gevallen de gemeente optreedt en op basis van welke bevoegdheden. Hiertoe heb ik de samenwerking binnen institutionele samenwerkingsverbanden, met de Inspectie SZW, met andere gemeenten en met andere instanties (zoals de (vreemdelingen)politie, SIOD, UWV, Belastingdienst etc.) onderzocht.

Zoals gezegd dient de tweede vraag in eerste instantie als basis voor een verklaring van de verschillen en overeenkomsten tussen de onderzochte gemeenten. Deze verklaring probeer ik te vinden aan de hand van een aantal eigenschappen waarvan ik vermoed dat deze de aanwezigheid van specifiek beleid en de daadwerkelijke van handhaving van de Wav kunnen beïnvloeden.[1392] Indien het mogelijk blijkt te zijn aan de hand van deze eigenschappen een verklaring te kunnen geven met betrekking tot de verschillen in de handhavingspraktijk worden deze verklaringen uitgebreid tot een grotere groep Nederlandse gemeenten.

1.2 ONTWERP VAN HET ONDERZOEK

Het doel van het onderzoek is na te gaan waarom een gemeente wel of niet specifiek beleid voert ten aanzien van illegale tewerkstelling en wanneer de gemeente overgaat tot daadwerkelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. Dit deel van het onderzoek heeft een inductief karakter; op grond van de case studies (de onderzochte gemeenten) trek ik bredere conclusies ten aanzien van een grotere groep gemeenten. Het onderzoek omvat als hiervoor uiteengezet twee variabelen (aanwezigheid specifiek beleid en daadwerkelijke handhaving, de *onderzoekseigenschappen*). Om de aanwezigheid van specifiek beleid en het gebruik van handhavingsinstrumenten te kunnen verklaren ben ik als volgt te werk gegaan: ik heb een aantal gemeentelijke eigenschappen geselecteerd (de *verklarende eigenschappen)* die mogelijk de aanwezigheid van specifiek beleid en de daadwerkelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling (de twee *onderzoekseigenschappen*) kunnen verklaren. Door vervolgens gemeenten te kiezen waarbij deze verklarende eigenschappen in

[1391] Uit het onderzoek blijkt dat gemeenten regelmatig de prostitutiebepaling met betrekking tot de Wav uit de modelverordening hebben overgenomen terwijl er geen prostitutie in de gemeente aanwezig is. Van Mourik 2006, p. 474 schrijft: *'het landelijk beleid is erop gericht gemeenten actief prostitutiebeleid (in) te laten voeren, zelfs voor gemeenten waar geen prostitutie voorkomt.'* Vandaar dat ik pas van 'specifiek beleid' spreek als er uitgebreidere APV-bepalingen aanwezig zijn.

[1392] Zie hiervoor uitgebreid par. 2.2 van deze bijlage.

verschillende combinaties voorkomen is het mogelijk te analyseren welke verklarende eigenschappen doorslaggevend zijn voor de aanwezigheid van specifiek beleid ten aanzien van illegale tewerkstelling en daadwerkelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. Hieronder volgen de verklarende eigenschappen, daarna bespreek ik de selectie van gemeenten en de methode van analyse.

1.2.1. VERKLARENDE EIGENSCHAPPEN

De volgende eigenschappen kunnen de feitelijke handhaving mogelijk verklaren: *Inwoneraantal, typering omgeving, sectoren, aanwezigheid geïnstitutionaliseerd samenwerkingsverband.*

Inwoneraantal: het aantal ambtenaren is voor een groot deel afhankelijk van het aantal inwoners van de gemeente. Dit heeft gevolgen voor de opbouw van de gemeentelijke organisatie en de mate van specialisatie die daarbinnen mogelijk is. Bij grote gemeenten kan de handhavingsafdeling bestaan uit een beleidsstaf, een juridische staf en toezichthouders. Bij een kleine gemeente worden deze taken soms door dezelfde persoon uitgevoerd. Deze gemeentelijke eigenschap is onderverdeeld in drie categorieën: klein (< 25.000 inwoners), gemiddeld (25.000 – 250.000) en groot (> 250.000 inwoners). De verwachting is dat in gemeenten met een grotere ambtenarencapaciteit een grotere kans is op specifiek beleid en handhavend optreden bestaat.

Typering omgeving gemeente: uit de jurisprudentie blijkt dat stedelijke gemeenten oververtegenwoordigd zijn als procespartij in beroep en hoger beroep in procedures met betrekking tot de sluiting van bedrijven wegens illegale tewerkstelling. Het is redelijkerwijs te verwachten dat stedelijke gemeenten dus ook vaker handhavend optreden. Dit hangt deels samen met de hierna te bespreken aanwezige sectoren. Deze eigenschap is onderverdeeld in drie categorieën: landelijk, stedelijk en stedelijk/landelijk (gemeente die een stad en landelijke gebieden omvat).

Sectoren: Uit een aantal onderzoeken en publicaties over dit onderwerp blijkt dat in de land- en tuinbouw-, bouw-, horeca- en schoonmaakbranche de meeste illegale tewerkstelling voorkomt.[1393] In de jurisprudentie is de prostitutiebranche veruit het meest vertegenwoordigd.[1394] De overige jurisprudentie heeft betrekking op de horeca. Dit heeft te maken met de vergunningsverplichtingen die in verschillende sectoren gelden. De prostitutie en horeca zijn vaker afhan-

[1393] Zie onder andere Frouws, de Ruig en Grijpstra 2010, p. 71 en de jaarverslagen van de Inspectie SZW, onder andere 2012.
[1394] 37 van de 47 gepubliceerde zaken oftewel 79% (peildatum: juli 2012).

kelijk van (exploitatie)vergunningen dan de land- en tuinbouw, schoonmaak en de bouw. Aangezien de schoonmaakbranche en bouw in elke gemeente aanwezig zijn heb ik deze niet meegenomen in de gemeentelijke eigenschappen die gebruikt zijn voor de selectie van gemeenten. Voor een compleet beeld is wel naar de handhaving in deze branches gevraagd. Ook de horeca is in alle gemeenten aanwezig, maar vanwege de aanwezigheid in de jurisprudentie heb ik deze wel opgenomen in de gemeentelijke eigenschappen ter selectie van de gemeenten. Aanwezigheid in de jurisprudentie is een indicator voor gemeentelijke handhaving. De andere zijn prostitutie en land- en tuinbouw. De verwachting is dat er in gemeenten met meer vergunningsafhankelijke sectoren meer aandacht is voor de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling aangezien het voor gemeenten in die sectoren makkelijker is om op te treden.[1395]

Geïnstitutionaliseerde samenwerking: sommige gemeenten zijn betrokken bij speciale geïnstitutionaliseerde samenwerkingsverbanden (de zogenaamde interventieteams). Deze samenwerkingsverbanden bestaan uit een combinatie van verschillende instanties (Inspectie SZW, politie, belastingdienst, UWV, gemeente, SIOD etc.) die in één of meer gemeenten handhavend optreden bij onder andere overtreding van de Wav. Inherent aan een dergelijk samenwerkingsverband is dat er bij de gemeente aandacht is voor de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. De verwachting is daarom dat er in deze gemeenten vaker specifiek beleid en handhavend optreden voorkomt. Deze vorm van geïnstitutionaliseerde samenwerking wordt overigens onderscheiden van normale samenwerking met instanties. Deze eigenschap heeft twee categorieën: ja en nee.

1.2.2. HYPOTHESE

Uit het voorgaande volgt de volgende hypothese: in de grotere, stedelijke gemeenten met meer vergunningsafhankelijke sectoren en een geïnstitutionaliseerd samenwerkingsverband is er vaker specifiek beleid ten aanzien van de Wav en wordt er tegen illegale tewerkstelling vaker handhavend opgetreden door de gemeente dan in kleinere, landelijke gemeenten met minder vergunning afhankelijke sectoren en zonder geïnstitutionaliseerd samenwerkingsverband.

1.3 SELECTIE GEMEENTEN

Bij de selectie van de te onderzoeken gemeenten is het van belang dat de verklarende eigenschappen meermalen in verschillende combinaties voorkomen. Er zijn verschillende manieren om deze selectie te maken. De keuze voor de selectiemethode is van belang om iets te kunnen zeggen over gemeentelijke handhaving in het algemeen. Een mogelijke methode is het opstellen van de

[1395] Zie hoofdstuk 4, par. 4.2.

gewenste combinaties van eigenschappen, waarbij alle variabelen regelmatig voorkomen in verschillende combinaties. Vervolgens kan per gewenste combinatie een lijst opgesteld worden van gemeenten die aan de eigenschappen voldoen en kan hieruit aselect een gemeente gekozen worden. Aan deze methode kleven een aantal nadelen. Het is een zeer arbeidsintensieve methode, waarbij van elke gemeente in Nederland de verklarende eigenschappen beschreven moeten worden. Belangrijker is dat vermoedelijk een groot deel van de Nederlandse gemeenten geen aandacht besteedt aan de handhaving van de Wav.[1396] Het zou kunnen voorkomen dat de selectie, behalve de gemeente die geselecteerd zijn op de aanwezigheid van een geïnstitutionaliseerde samenwerking,[1397] volledig bestaat uit gemeenten die geen specifiek beleid ten aanzien van de Wav hebben noch handhavend optreden. In plaats daarvan is er voor gekozen de selectie te baseren op een lijst met voorgeselecteerde gemeenten. Deze gemeenten zitten in de voorselectie omdat ze handhavend optreden[1398] of omdat er illegale tewerkstelling voorkomt en dit is opgespoord door een andere instantie.[1399] Het gaat dus niet enkel om gemeenten die daadwerkelijk optreden. Deze selectie is niet optimaal maar, zolang men zich scherp bewust is van de beperkingen, wel te gebruiken om conclusies te trekken. Een *bias* van deze methodologie is dat de focus ligt op gemeenten waar het probleem zich voordoet. Daarbij moet wel beseft worden dat elke gemeente hiermee te maken *kan* krijgen. Uiteindelijk heeft de selectie geleid tot de volgende gemeenten:

[1396] Er zijn slechts 16 gemeenten vertegenwoordigd (waarvan inmiddels twee zijn samengevoegd) in de jurisprudentie met betrekking tot gemeentelijke handhaving, terwijl de jurisprudentie naar aanleiding van de door de minister van SZW opgelegde boetes laat zien dat illegale tewerkstelling wijdverbreid is.

[1397] Alhoewel ook die gemeenten niet allemaal handhavend bleken op te treden, zie hoofdstuk 4, par. 4.4.

[1398] Deze gemeenten zijn vertegenwoordigd in de jurisprudentie.

[1399] Meestal de Inspectie SZW. Deze gemeenten zijn geselecteerd op basis van jurisprudentie naar aanleiding van door de minister van SZW opgelegde boetes en krantenberichten in landelijke en lokale kranten die zijn gevonden via de krantendatabank LexisNexis.

	OMVANG NAAR AANTAL INWONERS	TYPERING STEDELIJK / LANDELIJK	SECTOREN	GEÏNSTITU-TIONALISEERDE SAMENWERKING
A	Klein	Landelijk	Land- en tuinbouw	Nee
B	Klein	Landelijk	Prostitutie/ Land- en tuinbouw	Nee
C	Klein	Landelijk	Land- en tuinbouw	Nee
D	Middel	Stedelijk / Landelijk	Prostitutie / Land- en tuinbouw	Nee
E	Middel	Stedelijk	Prostitutie	Nee
F	Middel	Landelijk	Land – en tuinbouw	Ja
G	Middel	Stedelijk / Landelijk	Prostitutie / Land- en tuinbouw	Nee
H	Groot	Stedelijk	Prostitutie	Ja
I	Groot	Stedelijk	Prostitutie / Horeca	Nee
J	Groot	Stedelijk	Prostitutie / Horeca	Ja

Tabel B1.1: Overzicht eigenschappen onderzochte gemeenten.

Twee van de geselecteerde gemeenten waren enkel bereid mee te doen op basis van anonimiteit, drie gemeenten spraken daar een voorkeur voor uit. Alle gemeenten konden zich vinden in de afspraak om de onderzochte gemeenten niet expliciet te noemen maar wel te beschrijven aan de hand van de onderzochte eigenschappen.

1.4 INTERVIEWTECHNIEK

Bij dit onderzoek was er veel informatie te vinden in documentatie (wet- en regelgeving, beleidsstukken, besluiten, jurisprudentie etc.). Het was zodoende goed mogelijk om vooraf een beeld te krijgen van het onderzoeksveld. Ik heb daarom gewerkt met een semigestructureerd interview. Het onderzoek richt zich expliciet niet enkel op de ‘juridische werkelijkheid’, ook de daadwerkelijke uitvoeringspraktijk is van groot belang. Daar is in het interviewprotocol rekening mee gehouden. De interviews zijn, behalve het eerste, niet opgenomen. Op basis van aantekeningen heb ik onmiddellijk na elk interview een verslag opgemaakt. Dit verslag is ter versterking van de interne validiteit opgestuurd

naar de geïnterviewde ambtenaren die de mogelijk kregen om opmerkingen te plaatsen. Zeven gemeenten hebben hier gebruik van gemaakt, dit leidde enkele malen tot verduidelijking of uitleg, de inhoud van de verslagen is niet betwist.

1.4.1 INTERVIEWPROTOCOL

Openingsvragen

- Kunt u in het algemeen iets vertellen over het handhavend optreden van de Gemeente?
- Wat is uw functie en hoe bent u hier terecht gekomen?

Capaciteit

Handhaving algemeen

- Kunt u beschrijven hoe de afdeling waar u werkt georganiseerd is?
- Is er een speciale afdeling voor beleid en een voor uitvoering?

Handhaving Wav

- Valt de handhaving van de Wav binnen een groter beleid? Zo ja, welk beleidsterrein is dat?

Sector

- In welke branches komt er in uw gemeente illegale tewerkstelling voor? Cijfermateriaal?
- In welke branches treedt de gemeente het meeste op tegen illegale tewerkstelling? Waarom?

Samenwerking

- Op welke wijze verneemt de gemeente van overtredingen van de Wav?
- Wordt er structureel samengewerkt met bepaalde instanties? Op welke wijze?
- Is de gemeente op de hoogte van het werk van de Inspectie SZW binnen de gemeente?

Juridisch

- Welke instrumenten gebruikt de gemeente?
- Hoe worden deze toegepast?
- Zijn dit algemene handhavingsinstrumenten of specifiek op de Wav toegesneden handhavingsinstrumenten?
- Cijfermateriaal handhaving Wav? Handhaving algemeen? Jaarverslag?

Algemeen

- Nog andere vragen/opmerkingen?

1.5 DATAVERWERKING EN ANALYSE

De data afkomstig van de gespreksverslagen is verwerkt in een tabel, geordend naar de eigenschappen die ik *wil* verklaren (specifiek beleid Wav (Ja/Nee), handhavend optreden Wav (Ja/Nee)) en op de gemeentelijke eigenschappen die dit mogelijk *kunnen* verklaren (typering omvang (Klein, Middel, Groot), Stedelijk/Landelijk (Stedelijk, Landelijk, Stedelijk/Landelijk), Sectoren, geïnstitutionaliseerde samenwerking (Ja/Nee)). De eerste twee eigenschappen (*onderzoekseigenschappen*) zijn de eigenschappen die ik probeer te verklaren vanuit de geselecteerde eigenschappen (*verklarende eigenschappen*). Daaraan zijn enkele verklarende eigenschappen toegevoegd: Samenwerking arbeidsinspectie (Ja/Nee), Samenwerking andere gemeenten (Ja/Nee), Focus op mensenhandel (Ja/Nee), Focus op legale arbeidsmigratie (Ja/Nee). De inhoud van deze verklarende eigenschappen wordt hierna toegelicht. Daarna wordt verklaard waarom zij zijn toegevoegd.

Samenwerking arbeidsinspectie: dit gaat om samenwerking, hetzij incidenteel hetzij structureel, tussen de gemeente en de arbeidsinspectie buiten een eventueel aanwezig geïnstitutionaliseerd samenwerkingsverband om. De mogelijke categorieën zijn: Ja en Nee.

Samenwerking andere gemeenten: samenwerking met andere gemeenten, buiten geïnstitutionaliseerde samenwerkingsverbanden om, op het gebied van beleid of handhaving. Deze eigenschap bevat ook twee categorieën: Ja en Nee.

Focus op mensenhandel: bij enkele gemeenten bleek de handhaving van de Wav nauw verweven te zijn met de aanpak van mensenhandel, via deze eigenschappen kan dat worden meegenomen in de analyse. Tijdens het onderzoek bleek dat aandacht voor mensenhandel, in de onderzochte gemeenten, altijd gericht is op prostitutie. Dit is opvallend nu in 2010 slechts 50% van de uitbuiting plaatsvond in de seksindustrie.[1400] Categorieën: Ja of Nee.

Focus op legale arbeidsmigratie: bij enkele gemeenten leidde de introductie van mijn onderzoek en het interview vooral of uitsluitend tot informatie over problematiek rond legale migratie (huisvesting, parkeerproblemen, overlast etc.). Dit is opvallend nu in mijn uitnodiging om mee te werken aan het onderzoek en de uitleg voorafgaand aan de interviews helder is uitgelegd dat het onderzoek gaat over *illegale* tewerkstelling. Deze gemeenten bleken geen aandacht voor illegale arbeidsmigratie te hebben. Via deze eigenschap kan dat worden meegenomen in de analyse. Categorieën: Ja of Nee.

[1400] Nationaal Rapporteur mensenhandel 2010, p. 105. Recentere cijfers van de Nationaal Rapporteur Mensenhandel zijn niet beschikbaar.

De eerste twee toegevoegde verklarende eigenschappen met betrekking tot samenwerking zijn toegevoegd omdat er in het originele onderzoeksontwerp enkel gekozen kon worden voor wel of geen geïnstitutionaliseerde samenwerking. Dit onderscheid was niet subtiel genoeg om de praktijk in de verschillende gemeenten te kunnen beschrijven. De overige twee aanvulling zijn toegevoegd na bestudering van de gespreksverslagen omdat op basis van die verslagen vermoed kon worden dat deze eigenschappen een deel van de aanwezigheid van specifiek beleid en daadwerkelijke handhaving kunnen verklaren. De tabel met informatie is vervolgens op verschillende manieren gesorteerd waarbij is gezocht naar verschillen en overeenkomsten tussen de gemeenten. Ten eerste zijn de gemeenten gesorteerd in vier groepen, op basis van de onderzoekseigenschappen: Groep 1: Geen specifiek beleid, wel handhaving, groep 2: Wel specifiek beleid, wel handhaving, groep 3: geen specifiek beleid, niet handhaven en groep 4: wel specifiek beleid, niet handhaven. De gemeenten zijn verdeeld in deze groepen en vervolgens zijn de verschillen en overeenkomsten onderzocht.

Hierna zijn de gemeenten gesorteerd naar de categorieën die bij de verklarende eigenschap horen (dus alle kleine gemeenten bij elkaar, alle gemeente met tuinbouw bij elkaar etc.). Ook hier zijn de verschillen en overeenkomsten beschreven. Op basis van de beschrijvingen van de verschillende groepen die op deze wijze ontstaan zijn, zijn conclusies getrokken over de gemeentelijke handhaving.

Tot slot zijn de conclusies ten aanzien van de onderzochte gemeenten losgelaten op de niet-onderzochte gemeenten die in de jurisprudentie vertegenwoordigd zijn. Onderzocht is of de eigenschappen die zijn toegeschreven aan gemeenten met specifiek beleid en feitelijke handhaving overeen komen met de gemeenten uit de jurisprudentie (die dus tenminste feitelijk hebben gehandhaafd).

2. UITKOMSTEN VELDONDERZOEK: DE HANDHAVING IN PRAKTIJK

In deze bijlage worden de resultaten het veldonderzoek naar gemeentelijke handhaving stap voor stap besproken. Op deze analyse zijn de conclusies die zijn opgenomen in hoofdstuk vier gebaseerd.

2.1 ANALYSE PER ONDERZOEKSEIGENSCHAP

Het eerste deel van de analyse bestaat uit het beschrijven van de gemeenten gegroepeerd naar de onderzoekseigenschappen (specifiek beleid en handhavend optreden).

Specifiek beleid: De groep gemeenten met specifiek beleid ter bestrijding van illegale tewerkstelling bestaat uit vier gemeenten (E, H, I, J) en is een zeer homogene groep. Deze gemeenten hebben een gemiddeld tot hoog inwonersaantal. Daarnaast is in al deze gemeenten prostitutie aanwezig. Het specifieke Wav-beleid maakt bij de meeste gemeenten deel uit van het beleid ter voorkoming en bestrijding van mensenhandel. De groep gemeenten zonder specifiek beleid ter bestrijding van illegale tewerkstelling (A, B, C, D, F, G) is meer divers. Dit zijn landelijke gemeenten, waarvan sommigen met een stedelijke kern, met een laag tot gemiddeld inwonersaantal. In sommigen van deze gemeenten is prostitutie aanwezig, maar altijd op kleine schaal. Geen van deze gemeenten heeft aandacht voor de bestrijding van mensenhandel en de gemeenten zonder prostitutie focussen volledig op problemen met *legale* arbeidsmigratie. Eén van deze gemeenten maakt overigens wel deel uit van een geïnstitutionaliseerd samenwerkingsverband.[1401]

Handhavend optreden: De gemene deler van de gemeenten die handhavend optreden (B, D, E, G, H, I, J) is dat bij allen prostitutie plaatsvindt binnen de gemeentegrenzen. Dit is de enige overeenkomst, het is een diverse groep gemeenten. Er zitten kleine, gemiddelde en grote gemeente bij die zowel landelijk als stedelijk van karakter zijn. Ook bij de overige eigenschappen is geen verband te vinden.

De gemeenten (A, C, F), die niet handhavend optreden ten aanzien van overtredingen van de Wav, zijn landelijke gemeente van kleine of gemiddelde omvang. Deze gemeenten leggen de nadruk op de handhaving ten aanzien van problemen met legale arbeidsmigratie. De onderzochte gemeenten die niet handhavend optreden hebben ook geen specifiek beleid ten aanzien van de Wav. Theoretisch gezien kunnen er gemeenten zijn die wel specifiek beleid hebben en niet handhavend optreden, maar dit is uiteraard niet erg waarschijnlijk.[1402] Het gebrek aan handhavend optreden wordt overigens niet veroorzaakt doordat er binnen de gemeenten geen illegale tewerkstelling plaatsvindt, in alle onderzochte gemeente zijn door de minister van SZW bestuurlijke boetes opgelegd wegens overtreding van de Wav.[1403] Een van deze gemeenten maakt zelfs deel uit van een geïnstitutionaliseerd samenwerkingsverband. De deelname van deze gemeente in dit samenwerkingsverband bestaat echter voornamelijk op papier, daadwerkelijke controle of handhaving is niet aan de orde.[1404]

[1401] Deze gemeente treedt overigens ook niet handhavend op (zie onder *Handhavend optreden*).
[1402] De selectiemethode sluit deze gemeenten niet uit.
[1403] Dit is af te leiden uit de boetejurisprudentie.
[1404] De gemeente liet tijdens het interview weten voornemens te zijn dit vanaf 2012 wel te gaan doen. Aanwijzingen dat dit ook is gebeurd heb ik niet gevonden.

2.2 ANALYSE COMBINATIE ONDERZOEKSEIGENSCHAPPEN

De gemeenten kunnen tevens worden onderverdeeld op basis van een combinatie van de beide onderzoekseigenschappen. Er zijn dan vier groepen te onderscheiden:
Groep 1: geen specifiek Wav-beleid aanwezig, maar wel handhavend optreden.
Groep 2: wel specifiek Wav-beleid aanwezig en daarnaast handhavend optreden.
Groep 3: geen specifiek Wav-beleid aanwezig en geen handhavend optreden.
Groep 4: wel specifiek Wav-beleid aanwezig, maar geen handhavend optreden.

HANDHAVEN / BELEID	WEL SPECIFIEK BELEID	GEEN SPECIFIEK BELEID
Wel handhavend optreden	J,E, I en H	B, G en D
Geen handhavend optreden	-	C, A en F

Tabel B1.2: Overzicht verschillende gemeenten gerangschikt naar de combinatie specifiek beleid en handhavend optreden.

Groep 1: geen specifiek Wav-beleid aanwezig maar wel handhavend optreden (drie gemeenten). Deze groep bestaat uit 3 gemeenten (B, D en G). B is een landelijke gemeente, D en G bestaan uit een stad plus omringende landelijke gebieden. Alle drie de gemeenten kennen een combinatie van tuinbouw en kleinschalige prostitutie. Geen van de gemeenten werkt samen in institutionele samenwerkingsverbanden of met de Inspectie SZW, alleen B werkt bij handhaving van het prostitutiebeleid samen met omringende gemeente. Bij de gemeenten D en G ligt de focus voornamelijk op de handhaving van problemen die samenhangen met *legale arbeidsmigratie*. In D heeft de illegale tewerkstelling van vreemdelingen meegewogen in een BIBOB advies. In alle drie de gemeenten is de inspectie van seksinrichtingen een taak voor de politie. De gemeente treedt op op basis van politie-informatie. In D heeft dit tot nu toe enkel de vorm van waarschuwingen. B heeft eenmaal een inrichting gesloten.[1405]

Groep 2: wel specifiek Wav-beleid aanwezig en daarnaast handhavend optreden (vier gemeenten. Deze groep bestaat uit 4 gemeenten (E, H, I, J). Alle vier de gemeenten zijn stedelijk. E is gemiddeld qua inwoneraantal, H, I en J zijn groot. Alle vier de steden hebben te maken met prostitutie, in I en J is er ook sprake van beleid en handhaving op illegale tewerkstelling in de horeca. H is de enige gemeente met een preventief systeem ter voorkoming van illegale tewerkstelling in de prostitutiebranche (registratieplicht prostitutie). H en J zijn gefocust op bestrijding van mensenhandel, I voor wat betreft de prostitutie ook. E heeft de bestrijding van mensenhandel niet specifiek als speerpunt.

[1405] ABRvS 26 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW3969.

Groep 3: geen specifiek Wav-beleid aanwezig en geen handhavend optreden (drie gemeenten). Deze groep bestaat uit 3 landelijke gemeenten (A, C, F). Deze gemeenten hebben geen beleid met betrekking tot de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling. Ze treden ook niet op vanwege illegale tewerkstelling. Ze zijn volledig gericht op legale arbeidsmigratie in de agrarische sector: bestemmingsplannen, huisvesting, brandveiligheid etc. In geen van deze drie gemeenten bestaat vergunde prostitutie. De gemeenten hebben geen beleid of prioriteit voor het bestrijden van mensenhandel. A en C maken geen deel uit van een institutioneel samenwerkingsverband. Gemeente F maakt onderdeel uit van een geïnstitutionaliseerde samenwerking, maar doet (nog) niet actief mee met de controles. De gemeente gebruikt informatie afkomstig van het samenwerkingsverband, maar enkel ter regulering van de problemen die samenhangen met legale arbeidsmigratie (bestemmingsplan, bouw- en woningtoezicht etc.). Er is bij F geen belangstelling voor bestrijding van illegale tewerkstelling. Al deze gemeenten hebben te maken met illegale tewerkstelling binnen de gemeente (De minister van SZW heeft boetes opgelegd). Theoretisch kunnen er ook gemeenten zijn die geen beleid hebben, niet handhaven en waar illegale tewerkstelling niet/bijna niet voorkomt. Vanwege het doel van het onderzoek en de selectiemethode vallen deze gemeenten buiten het onderzoek.

Groep 4: wel specifiek Wav-beleid aanwezig, maar geen handhavend optreden
Geen enkele van de onderzochte gemeenten valt binnen deze groep. Daarvoor zijn verschillende verklaringen te geven. Ten eerste is het doel van het onderzoek weer te geven hoe gemeenten omgaan met illegale tewerkstelling. Vanwege dit doel heb ik voor de populatie gezocht naar gemeenten waar illegale tewerkstelling voorkomt. Omdat het inherent is aan illegale tewerkstelling dat deze niet geregistreerd wordt, is gezocht via jurisprudentie en krantenarchieven. Dit heeft als gevolg dat enkel zaken zijn gevonden waarbij de gemeente heeft opgetreden of waar de arbeidsinspectie hoge boetes heeft opgelegd. Het is niet mogelijk te zoeken op specifiek beleid omdat er geen database is die de nodige informatie bevat.

2.3 ANALYSE PER VERKLARENDE EIGENSCHAP

Verdeeld naar verklarende eigenschappen.

2.3.1. OMVANG GEMEENTE

Klein (drie gemeenten): Er zijn drie kleine gemeenten onderzocht (A, B en C). Alle drie de kleine gemeenten zijn landelijk en de dominante sector is land- en tuinbouw. In B komt ook prostitutie voor. Geen van de gemeenten kent institutionele samenwerking. B werkt met betrekking tot de prostitutie samen

met omringende gemeenten. Geen van de gemeenten heeft specifiek beleid, B treedt wel eens handhavend op vanwege illegale tewerkstelling (in de prostitutie). In C en A ligt de focus op legale arbeidsmigratie. Er is geen aandacht voor mensenhandel.

Gemiddeld (vier gemeenten): Er zijn vier gemiddelde gemeenten onderzocht (D, E, F, G). Deze gemeenten zijn zowel landelijke (F), stedelijk (E) en een combinatie (D, G). In twee gemeenten zijn prostitutie en tuinbouw de dominante sector (D, G), in één prostitutie (E) en in één tuinbouw (F). Eén gemeente maakt onderdeel uit van een institutionele samenwerking (F). Drie gemeenten (D, F, G) focussen op legale migratie. Eén gemeente heeft specifiek beleid (E), de andere drie niet. Drie gemeenten (D, E, G) treden handhavend op. Geen van de gemeenten werkt samen met de Inspectie SZW of met andere gemeenten. Geen van de gemeenten heeft specifieke aandacht voor mensenhandel. Eén gemeente onderscheidt zich door een zeer omvangrijk ander handhavingsprobleem (D, drugstoerisme).

Groot (drie gemeenten): Er zijn drie grote gemeenten onderzocht (H, I, J). Deze gemeenten zijn alle drie stedelijk. Alle drie werken samen met andere instanties en hebben een specifieke focus op mensenhandel (voor wat betreft prostitutie) en niet op legale migranten (er is wel controle op bestemmingsplannen etc. maar niet specifiek in relatie tot arbeidsmigranten). In alle drie de gemeente is de prostitutie een omvangrijke sector. In twee gemeenten (I, J) krijgt ook de horeca veel aandacht. Alle drie de gemeenten hebben specifiek beleid en treden handhavend op. Twee gemeenten (H, J) maken deel uit van een institutioneel samenwerkingsverband. Eén gemeente (J) werkt daarin samen met de Inspectie SZW en andere gemeenten. De andere gemeente (H) werkt binnen het institutionele samenwerkingsverband niet met de Inspectie SZW samen, wel met andere gemeenten. De andere gemeente (I) werkt niet samen met de Inspectie SZW of andere gemeenten. De twee gemeenten met prostitutie/horeca (I, J) leggen regelmatig sancties op (inclusief waarschuwingen). De gemeente met alleen prostitutie (H) legt vrijwel nooit sancties op. Dit kan verklaard worden door de nadruk op preventie (registratieplicht).

2.3.2. TYPERING OMGEVING

Landelijk (vier gemeenten): Er zijn vier landelijke gemeenten onderzocht (A, B, C, F). Eén gemeente heeft prostitutie/land- en tuinbouw (B), de andere gemeenten alleen land- en tuinbouw (A, C, F) als sector. Eén gemeente werkt samen binnen een institutioneel samenwerkingsverband (F). Een andere gemeente (B) werkt samen met andere gemeenten. Alleen de gemeente B (de enige gemeente met een prostitutiesector) richt zich niet op legale migratie.

Geen van de gemeenten werkt samen met de Inspectie SZW, alle gemeenten werken samen met andere instanties. Geen van de gemeenten richt zich op de bestrijding van mensenhandel.

Stedelijk (vier gemeenten): Er zijn vier stedelijke gemeenten onderzocht (E, H, I, J). Alle vier de gemeenten hebben prostitutie, twee gemeenten (I en J) focussen ook op horeca. Twee gemeenten (H, J) werken samen binnen een institutioneel samenwerkingsverband. Eén gemeente (J) werkt zowel samen met de Inspectie SZW als met andere gemeenten. De andere gemeenten werken niet samen met de Inspectie SZW of andere gemeenten. Alle gemeenten werken samen met andere instanties. Drie gemeenten (H, I voor wat betreft prostitutie, J) focussen op mensenhandel, één gemeente (E) niet. Geen van deze gemeenten is enkel gericht op de handhaving van problemen rond legale arbeidsmigratie.

Stedelijk/landelijk (twee gemeenten): Twee van de onderzochte gemeenten bestaan uit een omvangrijke stedelijke kern omgeven door landelijk gebieden (D, G). Er zijn geen verschillen aan te wijzen tussen deze gemeenten, ondanks het feit dat één gemeente een omvangrijk ander probleem heeft (D, drugstoerisme).

2.3.3. SECTOR

Sector: Land- en tuinbouw. Er zijn drie gemeenten onderzocht waarbij land- en tuinbouw de dominante sector is (A, C, F). Geen van deze gemeenten heeft specifiek beleid of wel eens handhavend opgetreden. Twee gemeenten zijn klein (A, C), één is middelgroot (F). Eén gemeente maakt onderdeel uit van een institutioneel samenwerkingsverband (F). Geen van de gemeenten werkt samen met de Inspectie SZW of met andere gemeenten, wel werken alle gemeenten samen met andere instanties. Alle drie de gemeenten focussen op legale arbeidsmigratie en niet op mensenhandel.

Sector: Prostitutie/Land- en tuinbouw. In drie gemeenten komt zowel prostitutie als land- en tuinbouw voor (B, D, G). Eén gemeente is landelijk en klein (B), de andere twee zijn middelgrote stedelijke kernen met landelijke gebieden (D, G). De kleine landelijke gemeente werkt samen met andere gemeenten (B), de anderen niet (D, G). Geen van de gemeenten werkt samen met de Inspectie SZW, allen werken samen met andere instanties. Geen van de gemeenten richt zich op mensenhandel. De twee middelgrote stedelijk/landelijke gemeenten (D, G) focussen op legale arbeidsmigratie. De kleine, landelijke gemeente (B) niet.

Sector: Prostitutie. Bij twee gemeenten is prostitutie de belangrijkste sector (E, H). Eén gemeente is groot (H), de ander middelgroot (E). Beide gemeenten zijn

stedelijk, werken niet samen met de Inspectie SZW of andere gemeenten maar wel met andere instanties. Eén gemeente werkt in een institutioneel samenwerkingsverband (H). Bij deze gemeente (H) ligt de focus op mensenhandel, bij de andere (E) niet.

Sector: Prostitutie/Horeca. In twee gemeenten ligt de focus op prostitutie en de horeca (I, J). Beiden zijn grote, stedelijke gemeenten die focussen op mensenhandel en niet op legale arbeidsmigratie. Eén gemeente werkt samen in een institutioneel samenwerkingsverband, met de Inspectie SZW en een andere gemeente (I), de andere gemeente niet (J).

Sector: prostitutie/geen prostitutie. De eerste beschouwing per sector geeft aanknopingspunten om een onderverdeling te maken tussen gemeenten met en zonder prostitutie.

Sector: prostitutie. Zeven onderzochte gemeenten hebben in meer of mindere mate te maken met prostitutie (B, D, E, G, H, I, J). Al deze gemeenten treden handhavend op, maar de gemeenten met prostitutie zijn desondanks onder te verdelen in twee groepen:

Groep 1: E, H, I, J.
De gemeenten in deze groep hebben allen specifiek beleid ten aanzien van de Wav en treden handhavend op. Deze gemeenten zijn stedelijk en hebben een gemiddeld of hoog inwonersaantal. Drie (H, I en J) van de vier focussen op mensenhandel. Twee gemeenten werken samen in een geïnstitutionaliseerd samenwerkingsverband (H en J), de andere twee (E, I) niet.

Groep 2: B, D, G.
De gemeenten in deze groep treden wel handhavend op, maar hebben geen specifiek beleid en zijn van gemiddelde of kleine omvang. Deze gemeenten zijn landelijk of hebben landelijke gebieden, land- en tuinbouw is de belangrijkste sector, de prostitutie is van geringe omvang. Twee van de drie (D en G) focussen op legale arbeidsmigratie. Deze gemeenten werken niet samen met de Inspectie SZW of in geïnstitutionaliseerde samenwerkingsverbanden.

Het verschil tussen groep 1 en groep 2 is duidelijk. In groep 1 zijn de grotere, stedelijke gemeenten verzameld die met omvangrijke prostitutie te maken hebben. Deze gemeenten hebben specifiek beleid om illegale tewerkstelling tegen te gaan en de meeste focussen op de bestrijding van mensenhandel. De gemeente in groep 2 zijn gemeenten van kleinere omvang waar prostitutie in geringe mate voorkomt. De overheersende sector in deze gemeenten is de land- en tuinbouw. Deze gemeenten treden wel handhavend op,

maar hebben hier geen specifiek beleid voor. De omvang van prostitutie lijkt maatgevend voor de aanwezigheid van specifiek beleid.

Sector: geen prostitutie. Drie onderzochte gemeenten hebben geen enkele vorm van prostitutie (A, C, F). Geen van deze gemeenten heeft specifiek beleid of wel eens handhavend opgetreden. Twee gemeenten zijn klein (A, C), één is middelgroot (F). Eén gemeente maakt onderdeel uit van een institutioneel samenwerkingsverband (F). Geen van de gemeenten werkt samen met de Inspectie SZW of met andere gemeenten, wel werken alle gemeenten samen met andere instanties. Alle drie de gemeenten focussen op legale arbeidsmigratie en niet op mensenhandel.

2.3.4. GEÏNSTITUTIONALISEERDE SAMENWERKING

Er zijn drie gemeenten die samenwerken in institutionele samenwerkingsverbanden (F, H, J). De enige andere overeenkomst is samenwerking met andere instanties (maar dat is inherent aan het selectiecriterium). Verder verschillen ze op alle punten. De twee grote gemeente in de selectie (H, J) hebben specifiek beleid en treden handhavend op. De middelgrote gemeente (F) geen van beide. Er zitten geen kleine gemeente bij. De zeven gemeenten zonder institutionele samenwerking (A, B, C, D, E, G, I) vertonen grote verschillen. Twee (E, I) hebben specifiek beleid en handhaven dit ook. Drie andere handhaven zonder specifiek beleid (B, D, G), twee gemeenten hebben geen beleid en handhaven niet (A, C). Geen van de gemeenten werkt samen met de Inspectie SZW. Eén gemeente (B) werkt samen met andere gemeenten, alle werken samen met andere instanties. Twee van de gemeenten (E, I) focussen niet op legale migratie, de overige wel. Eén, grote, gemeente richt zich op de bestrijding van mensenhandel (I).

Summary

This summary gives an overview of the main findings of this dissertation. First these findings will be briefly presented to give an outline of the topics of this dissertation. After that, the content of the chapters that form the basis for the main findings will be discussed. Finally the main findings will be discussed in more detail.

This dissertation deals with the enforcement against employers who employ third-country nationals who do not have the right to reside in the EU. This dissertation shows that the ideas about the relationship between criminal and administrative sanctions underlying the enforcement in Directive 2009/52/EC (the Employer Sanctions Directive), in the Netherlands and in Germany differ from one another. The conclusions of this dissertation consist of four main points. The first point is the question whether or not there was a legal basis for prescribing criminal sanctions in the Employer Sanctions Directive. Connected to the first point is the second point: the decision to opt for criminal sanctions in the Directive, given the enforcement practice in the Netherlands and Germany. The third point is the role of capacity and priority for the enforcement of illegal employment as a condition for successful enforcement in the Netherlands and Germany and the consequences for European legislation. The fourth point is the relationship between criminal and administrative sanctions in the academic discourse in the Netherlands, based on lessons that can be learned from the *crimmigration* literature.[1406]

These main findings, that will be discussed more elaborately at the end of this summary, are based on the chapters of this dissertation. The first chapter consists of the research question and the design of the dissertation and also discusses the methodology and terminology used in this dissertation. The second chapter describes the content, legal basis, realization and policy background of the Employer Sanctions Directive. The third chapter deals with the criminal and administrative enforcement of illegal employment in the Netherlands, followed by chapter four containing the conclusions on the enforcement of illegal employment by Dutch municipalities. Chapter five describes the enforcement of illegal employment in Germany. The next chapter, chapter six, analyses the crimmigration literature and the question whether employer sanctions can be seen as a part of crimmigration. Chapter seven contains the main findings and conclusion of this dissertation.

Chapter two describes the legal basis, realization and policy background of the Employer Sanctions Directive. This Directive contains minimum common

[1406] The crimmigration literature analyses the ongoing convergence between criminal law and migration law, mostly in the United States.

standards and a general prohibition of employment of third-country nationals without legal residence in the EU. Besides certain preventive measures, the Directive compels Member States to enforce this prohibition with administrative, financial and, under certain severe circumstances, criminal sanctions. Furthermore, the Directive grants certain social rights to the illegally employed third-country nationals. The Member States also have to make sure effective and adequate sanctions are being implemented.

According to article 1 of the Directive, the main aim of the Directive is to 'fight illegal immigration', by reducing the possibility of obtaining work without legal residence. The Directive is part of the comprehensive European migration policy. This policy mainly consists of instrument to control the access of migrants to the EU. A few other instrument, like this Directive, aim to close the non-official routes to the EU. The Directive bears a great resemblance to a proposed Directive from 1976 (redrafted in 1978, but never adopted). At the time there was no legal basis for instruments concerning migration. The proposed Directive was part of the social policy of the EC, the aim of which was to improve the social circumstances of employers and the prevention of labour exploitation. Under the current Directive the improvement of social circumstances is merely an instrument to discourage employers, by making illegal employment more expensive. Certain academics and stakeholder are of the opinion that the current Directive should also, partly, have been based on the social legal basis in the EC Treaty.[1407] The effects of the social rights incorporated in the Directive have never been researched, while these effects on the level of Member States can be extensive. Besides the social rights for employees the Directive also contains measures and sanctions. An important aspect of the Directive in this dissertation is the introduction of criminal sanctions for private employers. Private employers should be liable to criminal sanctions if the infringement of the general prohibition is committed intentionally and the employment: is continuous or repeated, concerns a significant number of employees without permits, is accompanied by particularly exploitative working conditions, is carried while the employer knows the employee is a victim of human trafficking or concerns a minor. Based on case law by the ECJ criminal sanctions under the former First Pillar are only allowed if criminal sanctions are an essential measure in order to ensure full effectiveness of the Community legislation.[1408] According to the Commission criminal sanctions are necessary since *'administrative sanctions alone are likely not to be enough to deter certain unscrupulous employers'*.[1409] However the need for criminal sanctions does not show from the preliminary research that has been commissioned by the Com-

[1407] Carrera & Guild 2007, Dewhurst 2011 and the labour organization ETUC.
[1408] ECJ, 13 september 2005, C-176/03, under 48.
[1409] Preambule Directive 2009/52/EG, under (21).

mission. The Commission states that research by GHK shows the effectiveness of criminal sanctions in the Member States. Analysis of the report and research material of GHK contradicts these findings. It turned out that the Commission found the criminal sanctions so important that they let GHK rewrite their findings in order to support the need for criminal sanctions. The conclusion therefore must be that the need for criminal sanctions is not proven by the Commission. Therefore the legal basis for criminal sanctions is questionable. The GHK report showed that inspections are one of the most important elements for successful enforcement, since almost every single Member States has enough instruments but lacks inspections. The Commission added a 10% inspection norm in the final version of the draft Directive. This norm was immediately disposed by the Member States, who tried to tone down every single article in the Directive containing obligations for the Member States.

As shown in chapter three, the enforcement of illegal employment in The Netherlands (AEA) was reorganized in 1995. Until 2005 the enforcement took place using criminal prosecution, based on the AEA or article 197b of the criminal code. During the first years of the AEA the administrative fine became more and more important as an enforcement instrument in the Netherlands. In 2005 administrative fines were introduced to enforce the AEA. Only after the third infringement in two years' time would the employer still be subject to criminal charges. According to the Dutch government administrative sanctions are necessary to intensify the enforcement. The criminal sanctions were replaced by administrative fines because of the discontent with the efficiency and the amount of the criminal fines.

As a result of the success of the administrative fine the Netherlands introduced the so called *strafbeschikking*. This legal instrument gives the public prosecutor the authority to directly impose criminal sanctions to suspects, bypassing an independent court. The suspects (or rather the offender) should appeal within two weeks in order to have his or her case reviewed by an independent court. This development is important for the comparison with Germany as we will see later on.

The Directive was implemented in a formal way: article 197b of the criminal code makes criminal prosecution theoretically possible; however the actual enforcement is still done via administrative fines. The Netherlands does however comply with the conditions that, according to the preliminary research by the Commission, are decisive for a high level of enforcement: capacity and priority for the enforcement. In 2013 the enforcement of a third infringement in two years was also transferred to administrative sanctions. The enforcement had to be stricter and tougher to emphasize the moral disapproval of these sorts of infringements.

Because of the rise of administrative fines and the introduction of the *strafbeschikking* the difference between criminal and administrative sanctions is becoming less and less clear. Traditionally the criminal sanctions were used as a last resort, the *ultimum remedium*, for infringements that were morally disapproved. The moral disapproval is no longer just connected to criminal sanctions. The only way to show moral disapproval is by introducing higher fines and tougher sanctions. In the Netherlands this is easier to achieve by introducing administrative fines than by toughening the criminal sanctions. This is connected to the fact that the premise that underlies the *ultimum remedium*, namely the fact that criminal sanctions are more severe than administrative sanctions, is no longer valid. Criminal sanctions are no longer viewed by the government as being the toughest sanction available.

Chapter four describes the outcomes of a research into the enforcement by municipalities in the Netherlands. Included in this research was the actual application of sanctions on a municipality level. Municipalities have several different options to temporarily or permanently close businesses where illegal employment takes place or to withdraw licenses to conduct a business in the case of illegal employment. These sanctions are prescribed by article seven of the Directive. The chapter shows that the enforcement varies greatly from one municipality to another. This depends on the size of the municipality and the dominant sector. The municipality only has the competence to close a business or to withdraw a license in certain sectors. The actual application of sanction also varies, however the presence of prostitution is a main indicator. No matter the size of the municipality, illegal employment in the prostitution sector will lead to a sanction from the municipality. In the smaller municipalities this is mainly due to the attention that the police has for these sectors. The larger municipalities have their own departments dealing with the enforcement. In 2013 a general, national competence to close businesses was introduced because of discontent with the criminal options that were never used. The enforcement by municipalities was not taken into regard when introducing the general competence. Just as with the general criminal sanctions the government was not content with the severity of the measures and decided to create a competence for the Minister of Social Affairs. Based on the general competence the enforcement is no longer limited to certain sectors.

Chapter five describes the enforcement of illegal employment in Germany. Just like in the Netherlands the enforcement has been reorganized in the past decade. In Germany the decentralized enforcement was centralized. Germany uses a system of sanctions similar to the system of the Directive: administrative fines for simple infringements and criminal sanctions for more severe infringements. Legal entities cannot be subject to criminal sanctions in Germany, so legal entities can only be held responsible via administrative sanctions. Different

from the Netherlands and the Directive is that in Germany the employee can also be liable to incur administrative and criminal sanctions. Also worth noting is the fact that the administrative fines in Germany, after an appeal, invoke a normal *criminal* procedure, just like the *strafbeschikking* in the Netherlands. The administrative fines explicitly do not belong to the criminal law, whereas the *strafbeschikking* is part of the criminal law. These highly comparable instruments are placed in different fields of law in the Netherlands and Germany, based on national principles.

The amount of the administrative fine in Germany depends on the circumstances of the specific case. There is almost no information available on the average amount of the fines. The average amount of the fines for undeclared work (of which illegal employment is a part) was € 2.142 in 2005 and € 1.499 in 2006. In these two years around 1600 persons were sentenced to serve a term in prison, averaging around eight months. Again these sanctions were imposed for all sorts of undeclared work. The enforcement in Germany used to be characterized by decentralization and fragmentation on the one hand (because of the federal character of the German state) and cooperation and the use of central databases on the other hand. With the establishment of the *Finanzkontrolle Schwarzarbeit* (FKS) in 2004 the local labour inspections and the customs division that worked on illegal employment were combined in a federal organization. This has reduced the problems of decentralization and fragmentation. Junkert en Kreienbrink conclude that Germany has a broad range of instruments for combating illegal employment.[1410] This is due to a combination of facts in which the criminal sanctions play only a small role. The Directive did not add much to the existing enforcement of illegal employment in Germany. Just like in the Netherlands the accomplished reorganization, and the link with priority and capacity for the enforcement, seem to be more important for the current level of enforcement than the Directive.

Chapter six deals with the crimmigration literature. Crimmigration, a combination of *criminal law* and *migration law*, is a theory describing the convergence between criminal and migration law. Criminal infringements get more and more migration consequences and at the same time infringements of migration law get more and more criminal consequences. This process started in the United States with the introduction of criminal employer sanction in 1986 and rapidly developed after the attacks of september 11th. Not only migrants themselves, but also their facilitators (like employers) can be subject to this development. The main point of the literature describing crimmigration is the loss of rights for migrants and the 'ad hoc instrumentalization'.[1411] Sklansky describes this as a way of thinking about the law and legal institutions of the

[1410] Junkert & Kreienbrink 2008, p. 76.
[1411] Sklansky 2012.

government which is only aimed at imposing the most vigorous sanctions available on migrants. In each specific case the government uses the sanctions that are most convenient. Legal categories and protection of migrants' rights are only relevant as to make sure they don't interfere with the enforcement. When introducing the crimmigration literature to the European debate it is important to let go of the connection with criminal law. This connection is important in the US debate given matters of competence between the federal civil migration law and criminal law enforcement on state level. This connection however, is too narrow to be of use in the European debate. Important aspects of European enforcement, like administrative enforcement in the Netherlands, fall beyond the scope of the crimmigration literature if this literature is restricted to the merger between migration law and criminal law, while at the same the process that Sklansky describes is actually going on in Europe as well. Tougher enforcement, combined with fewer rights for the involved individuals in the Netherlands is coupled with the abolishment of criminal law, instead of the introduction of criminal law. The defendants' rights in a criminal procedure are seen in the Netherlands as a nuisance for the state, interfering with tough enforcement.

The Employer Sanctions Directive has a double hybrid character.[1412] One the one hand the employers are the ally of the government, checking documents to prevent illegal employment. On the other hand they face tough sanctions when infringing the prohibition of illegal employment. The same goes for the illegally staying migrants themselves. The aim of the Directive is to prevent their presence on EU soil. On the other hand they are given social rights, acknowledging the fact that often these migrants are victims of harsh or even abusive working conditions. This hybrid character makes it hard to clearly acknowledge the Employer Sanctions Directive as a part of crimmigration, mainly due to the fact that the migrants' rights are actually improved instead of worsened.

The findings in these chapters form the basis for the main conclusion of this dissertation which has been briefly discussed at the beginning of this summary. The main conclusion consists of four, related, points: the legal basis for criminal sanctions in the Directive, the decision to include criminal sanctions in the Directive, the role of capacity and priority concerning the enforcement of illegal employment and the academic consequences of the relationship between administrative and criminal sanctions and the crimmigration literature.

1. As already described in this summary neither the preliminary research nor the impact assessment provide arguments for the necessity of criminal sanctions to combat illegal employment. The comparison between the Netherlands and Germany, as carried out in this dissertation, is also unable to provide evidence of the necessity of criminal sanctions. In these Member States the crim-

[1412] Mitsilegas 2012, p. 97.

inal sanctions are not decisive for the high level of enforcement. Since criminal sanctions under the former First Pillar are only allowed if these sanctions are necessary, the Commission has a certain duty to justify why the adoption of criminal sanctions is necessary. Because of the lack of justification it's questionable if there actually was a legal basis for adopting criminal sanctions.[1413] Of course it is possible that I've overlooked an important reason for adopting criminal sanctions. However, as long as the Commission doesn't argue the need for criminal sanctions, the legal basis is questionable. The most likely reason for the lack of justification would be that this justification is not available. Especially given the fact that the preliminary research in first instance showed that there was no need to adopt criminal sanctions.

2. The findings in this dissertation give reason to critically review the choice to adopt criminal sanctions in the Directive. These findings have a broader relevance than just illegal employment. The ideas of the Commission on the role and effectiveness of criminal law are not shared by the examined Member States. This causes problems since the Commission connects a material goal (effective enforcement of illegal employment) to a specific instrument (criminal sanctions). In the Netherlands this connection is not necessarily present. Therefore the Netherlands has to choose between either the correct implementation of the material goal or implementation of the prescribed instrument. Concerning the Directive the Netherlands choose to opt for implantation of the material goal. The specific instrument has only been formally implemented; the criminal sanctions are almost never used.

The comparison between the Netherlands and Germany also shows that the juridical classification of instruments can vary between Member States. The German administrative fine show great resemblance with the Dutch *strafbeschikking* and would thus be considered as an instrument of criminal law in the Netherlands. This could lead to the situation that if two Member States deploy the same instruments (the German administrative fine and the Dutch *strafbeschikking*), one Member State has to change their instruments (since it is not considered criminal law), while the other Member State can continue to use the same instrument (since it is considered criminal law). This makes the outcome of adopting criminal law in a Directive unpredictable. Also the fact that the Employer Sanctions Directive accounts for the German doctrine that legal entities cannot be held criminally responsibly is interesting when compared to the Dutch practice. A big majority of illegal employment fines in the Netherlands are handed out to legal entities. So, on the one hand criminal sanctions are, according to the Commission, necessary to deter employers while on the other hand legal entities don't have to be sanctioned with criminal penalties, meaning that criminal sanctions would hardly be used in the Netherlands. This underlines

[1413] This is also the reason that two Member States did not vote in favor of this Directive.

the finding that the effects of prescribing criminal law are highly dependent on the national legislation. Therefore the Commission should have prescribed *effective, proportionate and dissuasive* sanctions, like it traditionally does in Directives (and also in article 5 of the Employer Sanctions Directive).

3. The comparison showed that criminal sanctions are not decisive for the level of enforcement. Capacity and priority are more important factors. The legal classification of the instrument used is less important that the actual deployment of any sanctions. At the very last moment the Commission added a 10% inspection norm to the proposal for the Directive, meaning that each Member State should inspect 10% of all businesses each year. The Member States immediately discarded this obligation during the negotiations. It's hard to understand why the Commission clung to the criminal sanctions but didn't really try to get the inspection norm into the Directive (it of course remains the question whether 10% would have been proportionate or effective, since the effects of this norm have not been researched). However, article 14 of the Directive still contains a different sort of norm. Member States are obliged to ensure that effective and adequate inspections are being carried out. Based on the findings in the preliminary research and this dissertation this article could be the key to success for this Directive. Therefore the Commission should ask the Member States for an elaborate report on the inspections carried out and should take action if these inspections are not effective and adequate. The Commission should focus on the actual inspections and enforcement, and not on the legal classification of the instruments that are being used.

4. The chapter on crimmigration shows that the changed relationship and fading differences between administrative and criminal law often results in decreasing legal protection for the people concerned. According to both the crimmigration literature and the adoption of criminal sanctions in the Directive the conclusion of this dissertation is that the fading difference between administrative and criminal sanctions are not acknowledged. Therefore it's important that the academic discussion does not just focus on one single instrument, but looks at developments of the whole body of sanctions. Based on the work of Sklansky the basic rights and legal protection should be the main focus. The state shows a tendency to opt for the toughest sanctions, disregarding legal classification and only regarding legal protection as a nuisance. The academic discussion should not focus on the exact differences between criminal and administrative law, but on the central question: what should be the minimum amount of legal protection when the state uses punitive sanctions against persons?

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

Albers 2001
Albers, C.L.G.F.H., '"Etikettenschwindel" in het administratieve sanctierecht?', *NJB* 2001-25, 2001, p. 1157.

Albers 2009
C.L.G.F.H. Albers, 'De intrekking van een begunstigende beschikking bij wijze van sanctie', *NTB* 2009, 24.

Arbeidsinspectie 2005
Arbeidsinspectie, *'Jaarverslag 2005'*; bijlage bij *Kamerstukken II* 25 883, nr. 76.

Arbeidsinspectie 2006
Arbeidsinspectie, *'Jaarverslag 2006'*; bijlage bij *Kamerstukken II* 25 883, nr. 111.

Arbeidsinspectie 2007
Arbeidsinspectie, *'Jaarverslag 2007'*; bijlage bij *Kamerstukken II* 25 883, nr. 133.

Arbeidsinspectie 2008
Arbeidsinspectie, *'Jaarverslag 2008: Veilig, gezond en legaal aan het werk'*; bijlage bij *Kamerstukken II* 25 883, nr. 111.

Arbeidsinspectie 2009
Arbeidsinspectie, *'Jaarverslag 2009'*; bijlage bij *Kamerstukken II* 25 883, nr. 170.

Arbeidsinspectie 2010
Arbeidsinspectie, *'Jaarverslag 2010'*; bijlage bij *Kamerstukken II* 25 883, nr. 182.

Basse, Burbaum & Richard 2011
S. Basse, A.M. Burbaum, C. Richard, 'Das >>zweite Richtlinienumsetzungsgesetz<< im Überblick', *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2011-31.

Bast 2012
J. Bast, 'Illegaler Aufenhalt und europarechtliche Gesetzgebung', *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 2012-1.

Van de Berg & Heinen 2007
A.E.M. van der Berg en P.C.M. Heinen, 'Wet Bibob en wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid: te kort door de Straatsburgse bocht?', *De Gemeentestem* 2007, p. 617

BFD West 2013
Bundesfinanzdirektion West, schriftelijk antwoord op verzoek om informatie.

Van den Biggelaar 1994
G.J.M. van den Biggelaar, *De buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten door het openbaar ministerie* (diss. Rijksuniversiteit Limburg) Arnhem: Gouda Quint 1994.

Blomberg 2001
A.B. Blomberg, 'Cumulatie van sancties', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, 2001, p. 138 – 147.

Blomberg 2005
A.B. Blomberg, 'Toezicht en "opsporing" in het punitieve bestuursrecht', *Strafblad*, 2005-4.

Blomberg 2013
A.B. Blomberg, 'Methoden en technieken van handhaving', in: D.R. Doornbos & M.J.C. Somsen (red.), *Onderneming en sanctierecht. Handhaving van financieel toezichtrecht, in het bijzonder onder de Wft en Pw* (Serie Onderneming en Recht, 76), Deventer: Kluwer 2013, p. 127-155.

Boeles e.a. 2009
P. Boeles, M. den Heijer, G. Lodder & K. Wouters, *European Migration Law*, Antwerpen: Intersentia 2009.

Boer & Kok 2009
P.W.S. Boer en D.R.P. Kok, 'Nieuwe keuzes tussen strafrechtelijke en bestuurlijke sancties', *NJB* 2009-11.

Bolhander 2009
M. Bolhander, *Principles of German Criminal Law*, Oxford: Hart Publishing 2009.

Borgers & Kooijmans 2008
M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'De reikwijdte van de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijke terrein', DD 2008-5.

Bovend'Eert & Burkens 2012
P.P.T. Bovend'Eert, M.C. Burkens, 'De Bondsrepubliek Duitsland', in: L.F.M. Besselink et al (red.), *Staatsrecht van landen van de Europese Unie*, 8ste druk, Deventer: Kluwer 2012.

Bröring 2005
H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Studiepockets Staats- en Bestuursrecht, Deventer: Kluwer 2005.

Brouwer en Schilder 2004
A.E. Schilder en J.G. Brouwer, *Gemeentelijke verordeningen*, 3de druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

Brownell 2005
P. Brownell, 'The Declining Enforcement of Employer Sanctions'*, Migration Information Source*, 1 September, 2005

Bundesministerium der Finanzen 2001 – 2011
Bundesministerium der Finanzen, *Die Bundeszollverwaltung Jahrestatistik*, Berlin. Jaarverslagen 2001-2011 geraadpleegd.

Bundesministerium der Finanzen 2009
Bundesministerium der Finanzen, *The Federal Customs Administration*, Bonn 2009.

Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung 1998
Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, *Illegale Beschaftigung und Schwarzarbeit und Schwarzarbeit schaden uns allen*, Bonn, 1998.

Bundesrechnungshof 2008
Bundesrechnungshof, *Bericht nach §99 BHO über die Organisation und Arbeitsweise der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS)*, Bonn 2008.

Cammelbeeck en Kummeling 2009
T.D. Cammelbeeck en H.R.B.M. Kummeling, *Tekst en Commentaar Gemeentewet, Provinciewet, Wet gemeenschappelijke regelingen'*, Deventer: Kluwer 2009.

Carrera & Guild 2007
S. Carrera, E. Guild, 'An EU Framework on Sanctions against of Employers of Irregular Immigrants. Some Reflections on the Scope, Features & Added Value', *CEPS Policy brief*, 2007-140.

Chácon 2009
J.M. Chácon, 'Managing Migration Through Crime', *Columbia Law Review Sidebar*, 2009-109, p. 135.

Chácon 2012
J.M. Chácon, 'Overcriminalizing immigration', *Legal Studies Research Paper Series*, 2013-91.

Chalmers, Davies & Monti 2010
D. Chalmers, G. Davies & G. Monti, *European Union Law*, 2de editie, New York: Cambridge University Press 2010.

Coeppicus 1996
R. Coeppicus, 'Eine weitere Reform des OWiG 1968', *Z.R.P.* 1996.

Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving 1998
Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, *Handhaven op niveau*, Deventer: Tjeenk Willink 1998.

Commissie Toetsing Wetgevingsprojecten 1994
Commissie Toetsing Wetgevingsprojecten, *Handhaven door bestuurlijke boeten*, Advies aan de minister van Justitie, 94/1, 1994.

Commissioner for Human Rights 2010
Commissioner for Human Rights, *Criminalisation of migration in Europe: human rights implications*, Strasbourg 2010.

Crijns 2006
Crijns, J.H., 'Rationaliteiten achter de Wet OM-afdoening', in: C.P.M. Cleiren, M.J. Dubelaar, J.M. Voorde, J.L. ten, Wijkerslooth & M.A.H. van der Woude (red.), *Op zoek naar samenhang. Het Algemeen kader herziening strafvordering nader beschouwd,* Deventer: Kluwer 2006.

Crijns 2010
J.H. Crijns, 'Strafrecht als ultimum remedium', AA 2010, p. 11.

Da Cunha Piacesi 2012
D. Da Cunha Piacesi, 'Crime and Immigration: The Discourses of Fear As A Theoretical Approach To Critical Evaluation', in: M. J. Guia, M. A. H. Van der Woude & J.P. Van der Leun (red.), *Social Control and Justice*, The Hague: Eleven publishing 2012.

Van Daele 2000
D. Van Daele, *Het openbaar ministerie en de afhandeling van strafzaken in Duitsland*, Samenleving Criminaliteit & Strafrechtspleging deel 21b, Leuven: Universitaire Pers 2000.

Damen 2009
L.J.A. Damen et al, *Bestuursrecht*, Deel 1, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Dannecker 2013
G. Dannecker, 'VI. Country analysis – Germany', in: O.J.D.M.L. Jansen (red.), *Administrative Sanctions in the European Union*, Intersentia 2013.

Dewhurst 2011
E. Dewhurst, 'The Right of Irregular Immigrants to Outstanding Remuneration under the EU Sanctions Directive: Rethinking Domestic Labour Policy in a Globalised World', E*uropean Journal of Migration and Law* 2011, nr. 4, p. 389.

Dölle en Elzinga 2004
A.H.M. Dölle & D.J. Elzinga, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Doorenbos 2003
D.R. Doorenbos, 'Schandpaal en onschuldpresumtie', *NJB* 2003-42.

Doorenbos 2007
D.R. Doorenbos, *Naming & Shaming*, Deventer: Kluwer 2007.

Van Drongelen & Van Rijs 2007
J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs, *'De bestuursrechtelijke handhaving van de Wet arbeid vreemdelingen'*, *Arbeid Integraal* 2007-2.

Duff 2007
R.A. Duff, 'Crimes, Regulatory Offences and Criminal Trails', in: Müller-Dietz Hein et al (red.), *Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23 april 2007*, Baden-Baden: Nomos 2007.

Eijsbouts, Jans & Vogelaar 2006
W.T. Eijsbouts, J.H. Jans & F.O.W. Vogelaar, *Europees Recht; Algemeen Deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2006.

Franssen 2013
E.J.A. Franssen, *Wet arbeid vreemdelingen*, Monografieën sociaal recht 52, Deventer: Kluwer 2013.

Franssen 2011
K. Franssen, *Tijdelijke bescherming van asielzoekers in de EU* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Franssen & Groeneweg 2013
E.J.A. Franssen & H.W. Groeneweg, 'Wet arbeid vreemdelingen', in: E.J.A. Franssen & H.W. Groeneweg (red.), *Wet arbeid vreemdelingen*, Sdu Commentaar, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Frouws, De Ruig & Grijpstra 2010
B. Frouws, L. de Ruig & D. Grijpstra, *Illegaal aan de slag. Onderzoek naar illegale tewerkstelling in Nederland*, Research voor Beleid, Zoetermeer, 2010.

GHK Consultancy 2007
GHK Consultancy, *IA on a Community instrument laying down sanctions for employers of illegally staying third-country nationals*, Contract nr. JLS/2006/B4/05, 2007.

Goldschmidt 1902
J. Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht. Einde untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und Rechtsvergleichender Grundlage*, Berlijn: Carl Heymans Verlag 1902.

Van den Griend 2003
B.J. van den Griend, *Het oogmerk als ijkpunt*, Raad van State 2003.

Groen et al 2013a
S.M. Groen, T. De Lange, K. Grootfaam, N. Kruidenberg, G. Leeuwis, 'Wet Modern Migratiebeleid: De gevolgen voor de vreemdeling' in: *Asiel & Migrantenrecht* 2013, p. 192.

Groen et al 2013b
S.M. Groen, T. De Lange, K. Grootfaam, N. Kruidenberg, G. Leeuwis, 'Wet Modern Migratiebeleid: Overheid en referent' in: *Asiel & Migrantenrecht* 2013, p. 184.

Groen & De Lange 2010
S.M. Groen & T. De Lange, 'De Europese 'Blue Card' verblijfsvergunning voor hooggeschoolde arbeidsmigranten' in: *Asiel & Migratierecht* 2010, p. 338.

Groenewoud & Van Rij 2005
M. Groenewoud & C. van Rij, *Naleving van de wet arbeid vreemdelingen, een eerste onderzoek onder werkgevers*, Regioplan Beleidsonderzoek, nr. 352, 2005.

Groenewoud & Van Rij 2007
M. Groenewoud, C. van Rij, *Naleving van de wet arbeid vreemdelingen in 2006, onderzoek onder werkgevers*, Regioplan publicatienr. 1518, Amsterdam: Regioplan Beleidsonderzoek 2007.

Guia, Van der Woude & Van der Leun 2012
M.J. Guia, M. Van der Woude & J. Van der Leun (red.), *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear*, Eleven International Publishing 2012.

Guild & Minderhoud 2012
E. Guild, P. Minderhoud (red.), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2012.

Guild 1996
E. Guild, *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union*, Den Haag: Kluwer Law International 1996.

Hartmann & Van Russen Groen 1998
A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1998.

Hartmann 2011
A.R. Hartmann, *Over de grenzen van de dogmatiek en into fuzzy law*, Apeldoorn: Maklu 2011.

Hill & Pearce 1990
J.K. Hill & J.E. Pearce, 'The incidence of Sanctions Against Employers of Illegal Aliens', *The Journal of Political Economy* 1990-1.

Hörich & Bergmann 2012
C. Hörich & M. Bergmann, '§§ 98 b, 98 c AufenthG – Ein Beispiel misslungener 1:1-Umsetzung von Richtlinien!', in *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 2012, 327.

Inspectie SZW 2011
Inspectie SZW, *'Jaarverslag 2011'*, bijlage bij *Kamerstukken II* 33 000-XV, nr. 73.

Inspectie SZW 2012
Inspectie SZW, *'Jaarverslag 2012'*, bijlage bij *Kamerstukken II* 33 400-XV, nr. 102.

Interdepartementale Commissie Europees Recht 2006
Interdepartementale Commissie Europees Recht, *'Rapport Strafrecht en eerste Pijler II',* 2006.

Jansen 2010
O.J.D.M.L. Jansen, 'De referent als boeteling. Bestuursrechtelijke sanctionering in de Wet modern migratiebeleid', *Journaal Vreemdelingenrecht* 2010, nr. 1/5.

Junkert & Kreienbrink 2008

C. Junkert & A. Kreienbrink, 'Irregular Employment of Migrant Workers in Germany – Legal Situation and Approaches to Tackling the Phenomenon', in: M. Kupiszewski & H. Mattila (red.), *Addressing the Irregular Employment of Immigrants in the European Union: Between Sanctions and Rights*, IOM Regional Mission for Central and South Eastern Europe, 2008.

Kanstroom 2004

Kanstroom, D., 'Criminalizing the Undocumented: Ironic Boundaries of the Post-September 11th 'Pale of Law'', *Boston College Law School School Faculty Papers*, 2004-152.

Kerwin & Yi-Ying Lin 2009

D. Kerwin and S. Yi-Ying Lin, *Immigration Detention: can ICE meet its legal imperatives and case management responsibilities?*, Migration Policy Institute, September 2009.

Kessler & Keulen

M. Kessler, B.F., Keulen, *De strafbeschikking*, Deventer: Kluwer 2008.

Klap 2005

Klap, A.P., 'Bestuursrechtelijke handhaving', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Klap & De Lange 2008

A.P. Klap & T. De Lange, 'Marktordening via het werkgeversbegrip van de Wet arbeid vreemdelingen', SMA 2008, p. 390

Klap & Krop 2010

A. Klap & P.J Krop, ''Say yes!' Commentaar bij de Evaluatie Invoering bestuurlijke boete Wet arbeid vreemdelingen', *NJB* 2010, p. 1470.

Knigge 2000

Knigge, G., 'De verkalking voorbij. Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht', *RM Themis* 2000, p. 83.

Kooijmans & Borgers 2008

T. Kooijmans & M.J. Borgers, 'De reikwijdte van de bevoegdheid van de gemeenschap op strafrechtelijk terrein', *DD* 2008, 38(5), p. 547.

Kortmann 2009

C. A. J. M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'Etat*, Kluwer: Deventer, 2009.

Krop & De Lange 2013

P.J. Krop & T. De Lange, 'Richtlijn 2009/52/EG (Werkgeverssanctierichtlijn)'. In E.J.A. Franssen & H.W. Groeneweg 2013, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Krop, De Lange & Tjebbes 2009

P.J. Krop, T. De Lange & M. Tjebbes, 'Richtlijn 2009/52: Sancties tegen werkgevers van illegaal verblijvende derdelanders', *Migrantenrecht* 2009, nr. 8.

Kwakman 2006

N.J.M., Kwakman, 'De bestuurlijke boete: publiekrechtelijke eigenrichting', *NTB* 2006, 47.

De Lange 2007

T. de Lange, *Staat, markt en migrant* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

De Lange 2011

T. De Lange, T., 'De verborgen schat in artikel 23 Wav', *JNVR* 2011-1.

De Lange 2011
T. de Lange, 'The privatization of control over labour migration in the Netherlands: in whose interest?', *European Journal of Migration and Law* 2011-2, p. 185.

Larsson 2011
F.F. Larsson, *De EU-richtlijn over opvang van asielzoekers. Opvangvoorzieningen in Nederland en Frankrijk en de rechtsbescherming tegen het onthouden van opvang* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011.

Legomsky 2007
S.H. Legomsky, *The New Path of Immigration Law: Asymetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, *Washington and Lee Law Review* 2007-2.

Van der Leun 2010
J.P. van der Leun, *Crimmigratie* (oratie Leiden), Apeldoorn: Maklu, 2010.

Van der Leun 2013
J.P. van der Leun & S. De Ridder, 'Het cumulatief punitief karakter van het migratierecht', *Orde van de Dag* 2013-61.

Van der Leun, Van der Woude & De Ridder 2013
J.P. van der Leun, M.A.H. van der Woude & S. De Ridder, 'Crimmigratie in de lage landen: smeltende grenzen?', *Strafblad* 2013, p. 221.

De Mangeleer, De Meulenaer & Asjadi 2002
K. De Mangeleer, T. De Meulenaer en L. El Asjadi, 'Illegale migratie en mensensmokkel', in: G. Vermeulen (red.), *Aspecten van Europees materieel strafrecht*, Apeldoorn: Maklu 2002.

Merkx 2006
C.J.A.M. Merkx, 'Horeca en coffeeshops', in: Michiels & Muller (red.), *Handhaving*, Deventer: Kluwer 2006.

Meuwese 2008
A.C.M. Meuwese, *Impact assessment in EU lawmaking* (diss. Leiden), Leiden: 2008.

Mevis 2004
P.A.M. Mevis, 'Strafbeschikking openbaar ministerie, WAHV en 'kleine ergernissen'', *DD* 2004-4.

Michiels 2007
F.C.M.A. Michiels, '"Naming and shaming" in het markttoezicht', *NTB* 2007-3.

Michiels 2009
F.C.M.A. Michiels, 'Bestraffende bestuurlijke handhaving onder de Awb-IV', *Trema* 2009, p. 288

Michiels & Muller 2006
F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller, *Handhaving*, Deventer: Kluwer 2006.

Michiels & De Waard 2007
F.C.M.A. Michiels & B.W.N. De Waard, *Rechtelijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Miller 2003
T.A. Miller, 'Citizenship & Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology', *Georgetown Immigration Law Journal* 2003.

Miller 2005
T.A. Miller, 'Blurring the Boundaries Between Immigration and Crime Control After September 11th', *Boston College Third World Law Journal* 2005-1.

Mitsilegas 2009
V. Mitsilegas, *EU Criminal Law*, Oxford: Hart publishing 2009.

Mitsilegas 2012
V. Mitsilegas, 'The changing landscape of the criminalisation of migration in Europe: the protective function of European Union law', in: Guia, Van der Woude & Van der Leun 2012.

De Moor – van Vugt 1995
A.J.C. de Moor – van Vugt, *Maten en gewichten, het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief*, Schoordijk Instituut 1995.

De Moor – Van Vugt 2012
A.J.C. De Moor – Van Vugt, 'Administrative sanctions in EU law', *Review of European administrative law* 2012, p. 5.

Van Mourik 2006
M.J. van Mourik, 'Prostitutie, gemeentelijk beleid en handhaving', in: Michiels & Muller 2006, Deventer: Kluwer 2006.

Nationaal rapporteur mensenhandel 2010
Nationaal rapporteur mensenhandel, *Mensenhandel – 10 jaar Nationaal Rapporteur Mensenhandel in Nederland – Achtste rapportage van de nationaal rapporteur*, Den Haag: BNRM 2010.

Nijland 2012.
J.A. Nijland, 'Vreemdelingenbewaring in crimmigratieperspectief', *PROCES* 2012, p. 456.

Olde Olthof 2007
C.W. Olde Olthof, 'De bestuurlijke boete in de Wet arbeid vreemdelingen', *Journaal Vreemdelingenrecht*, 2007-8, p. 176.

Peers 2009
S. Peers, 'Legislative Update: EC immigration and Asylum Law Attracting and Deterring Labour Migration: The Blue Card and Employer Sanctions Directives', *European Journal of Migration and Law* 2009, p. 387.

Peers 2011
S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Peers et al 2012
S. Peers, E. Guild, D. A. Arcarazo, K. Groenendijk & V. Moreno-Lax (red.), *EU Immigration and Asylum Law (Tex tand Commentary). Volume 2: EU Immigration Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2012.

Peers & Rogers 2006
S. Peers & N. Rogers (red.), *EU Immigration and Asylum law. Text and Commentary*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2006.

Plender 1988
R. Plender, *International Migration Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht.

Reuveny 2010
J.J. Reuveny, 'Actieve openbaarmaking: de grondslag in de Wob', in: J.J. Reuveny, A.C. Beijering-Beck, B.R.J. de Haan & M.C.T.M. Sonderegger, *Genoemd en gedoemd? Overactieve openbaarmaking door bestuursorganen*, Jonge-VAR reeks 10, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Rogier 2000
L.J.J. Rogier, 'Una via', in: L.J.J. Rogier (red.), *Commentaren op het voorontwerp algemene wet bestuursrecht Vierde tranche*, Si-EUR-reeks nr. 22, Arnhem: Gouda Quint 2000.

Rogier 2006
L.J.J. Rogier, 'Handhaving en sancties', in: Michiels & Muller 2006, Kluwer: Deventer 2006.

Rogier 2010
Rogier, L.J.J., 'Bestraffende sancties in de Awb', in: Barkhuysen, Den Ouden & Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Rogier & Hartmann 1993
L.J.J. Rogier & A.R. Hartmann, 'Verschillen en overeenkomsten tussen strafrecht en bestuursrecht', *DD* 1993, p. 1042.

Ruigrok 2012
L.D. Ruigrok, *Onmiddelijke handhaving van de openbare orde of bestuursdwang? Het bevel en de last in historisch en rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Ryan 2007
B. Ryan, 'Revisiting Employer Sanctions in the United States and Europe', Institute for the Study of International Migration, Walsh School of Foreign Service, Georgetown University, July 2007

Saris 2012
C.M. Saris, '*De bestuurlijke boete en de evenredigheidstoets, een lege huls? De Wet arbeid vreemdelingen: van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving*', *NTB* 2012-4.

Schierle 2010
F. Schierle, 'Directive 2009/52/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals' in: K. Hailbronner (red.)*, EU immigration and asylum law: commentary on EU regulations and directives*, München: Beck 2010.

Schlössels & Zijlstra 2010
R.J.N. Schössels & S.E. Zeilstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010.

Schlössels 1998
R.J.N. Schössels, *Het specialiteitsbeginsel, over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1998.

Schössels 2008
R.J.N. Schössels, 'Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2008, p. 100.

Schneider 2012
J. Schneider, 'Practical Measures for Reducing Irregular Migration', *Federal Office for Migration and Refugees* 2012-41.

Siesling & Pranger 2009
M. Siesling & R. Pranger, *Evaluatie invoering bestuurlijke boete Wet arbeid vreemdelingen*, Tilburg: IVA beleidsonderzoek en advies 2009.

Sinn et al 2005

A. Sinn, A. Kreienbrink, H. Von Loeffelholz & M. Wolf, *Illegally resident third-country nationals in Germany. Policy approaches, profile and social situation*, Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, 2005.

SIOD 2008

Jaarverslag 2008, te raadplegen via https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-18010.html

Van Selm

J. van Selm, 'Immigration and asylum or foreign policy: The EU's approach to migrants and their countries of origin', in: S. Lavenex & E.M. Ucarer (red.), *Migration and the Externalities of European Integration*, Oxford: Lexington Books 2002.

Sklansky 2012

D.A. Sklansky, 'Crime, Immigration, and Ad Hoc Intrumentalism', *New Criminal Law Review* 2012-157.

Stijnen 2011

R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht. Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief*, Kluwer, 2011.

Stobbe 2004

H. Stobbe, *Undokumentierte Migranten in Deutschland und der Vereinigten Staaten. Interne Migrationskontrollen und die Handlungsspielräume von Sans Papiers*, Universitätsverlag Göttingen 2004.

Strik 2011

T. Strik, *Besluitvorming over asiel- en migratierichtlijnen. De wisselwerking tussen nationaal en Europees niveau*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2011.

Stumpf 2006

J. Stumpf, 'The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime and Sovereign Power', *American University Law Review* 2006, p. 367.

Stumpf 2008

J. Stumpf, 'States of Confusion: The Rise of State and Local Power over Immigration', *North Carolina Law Review* 2008, p. 1557.

Teunissen 2007

J.M.H.F. Teunissen, 'De strafbeschikking: geen noviteit', *De Gemeentestem* 2007.

Tjebbes 2008

M. Tjebbes, 'De kruistocht tegen werkgevers van illegalen. De boete bij overtreding van de Wet arbeid vreemdelingen', *Migrantenrecht*, 2008-08, p. 274.

Verboom 2007

J.J. Verboom, *Wet arbeid vreemdelingen*, Nijmegen: Kluwer 2007.

Verheij 1999

N. Verheij, 'Het wetgevingsbeleid inzake bestuurlijke boeten', in: H. de Doelder et al (red), *De bestuurlijke boete in perspectief*, Arnhem: Gouda Quint 1999.

Vogel 2001

D. Vogel, 'Identifying Unauthorized Foreign Workers in the German Labor Market', in: Caplan & Torpey (red), *Documenting Individual Identity: The Development of State Practices in the Modern World*, Princeton: Princeton University Press 2001.

Wacquant 2005

L. Wacquant, 'Enemies of the Wholesome Part of the Nation', in: *Sociologie* 2005, p. 31.

Wacquant 2008

L. Wacquant, 'Extirpate and Expel: On the Penal Management of Postcolonial Migrants in the European Union', *Race/Ethnicity: Multidisciplinary Global Contexts* 2008, p. 45.

Wacquant 2010

L. Wacquant, *Straf de Armen*, Berchem: EPO, 2010.

Weigend 1994

T. Weigend, 'Federal Republic of Germany. The system of administrative and penal sanctions', in: *The system of administrative and penal sanctions in the Member States of the European Communities*, Volume 1 National Reports, Commission of the European Communities, Luxemburg 1994.

Yin 2011

R. Yin, *Qualitative Research from Start to Finish*, New York: The Guilford Press 2011.

Jurisprudentieregister

Rechtbank

Rb. Roermon, 31 juli 2000, ECLI:NL:RBROE:2000:AA6876.
Rb. Alkmaar 27 juli 2001, ECLI:NL:RBALK:2001:AB2766.
Rb. Utrecht 19 maart 2002, ECLI:NL:RBUTR:2002:AE0308.
Rb. Utrecht 19 maart 2002, ECLI:NL:RBUTR:2002:AE0317.
Rb. Assen 1 april 2003, ECLI:NL:RBASS:2003:AF6619.
Rb. Rotterdam 8 mei 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AX2053.
Rb. 's-Gravenhage 23 november 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ4579.
Rb. Almelo 10 april 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BI0944.
Rb. Rotterdam 23 november 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY4062.

Gerechtshof

Hof Den Bosch 5 december 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU8558.

ABRvS

ABRvS 23 mei 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AN4389, *AB* 1995, 475 m.nt. Rogier.
ABRvS 4 juni 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2229, *JB* 1996, 172.
ABRvS 10 februari 2000, *AB* 2000, 145, m.nt. MSV.
ABRvS 15 februari 2001, *JB* 2001, 188, m.nt. C.L.G.F.H.A.
ABRvS 30 maart 2001, *JB* 2001/129, m.nt. C.L.G.F.H.A.
ABRvS 25 juni 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH8657.
ABRvS 2 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU5402, *AB* 2006, 20, m.nt. F.C.M.A. Michiels.
ABRvS 26 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW3969.
ABRvS 8 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX2053.
ABRvS 31 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX6362, *JB* 2006, 218, n. nt. M.O-V.
ABRvS 14 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ8487, *AB* 2007, 135 m.nt. Vermeer.
ABRvS 11 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9310, *AB* 2007, 310 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en *JV* 2007, 385, m.nt. M. Tjebbes.
ABRvS 18 juli 2007, *AB* 2007, 349, m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden.
ABRvS 1 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB0791, *AB*, 2008, 27 m.nt. Brouwer en Vermeer.
ABRvS 29 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB2699, *AB* 2009, 353, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, *JV* 2007, 469, m.nt. M. Tjebbes.
ABRvS 26 september 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB4344, *AB* 2007, 401 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.
ABRvS 10 oktober 2007, ECLI:RVS:2007:BB5237, *JV* 2007, 506.
ABRvS 16 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC2312, *AB* 2008, 50 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.
ABRvS 2 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC8519, *JV* 2008, 205.
ABRvS 23 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD0371.
ABRvS 10 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF0331, *AB* 2009, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.
ABRvS 15 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF8951.

ABRvS 3 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI6078, *JV* 2009, 344 m.nt. T. De Lange.
ABRvS 17 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI8488, *AB* 2009, 350 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.
ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3433.
ABRvS 12 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ5106.
ABRvS 16 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ7797, *AB* 2009, 362, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, *AB* 2010, 7, m.nt. F.R.Vermeer.
ABRvS 16 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK6783, *JB* 2010, 32, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.
ABRvS 20 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK9944, *JV* 2010, 125.
ABRvS 10 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL3335, *RV* 2011, 46 m.nt. De Lange.
ABRvS 3 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL6243, *AB* 2010, 161, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.
ABRvS 4 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM3258, *JV* 2010-9, 248, m.nt. P.J. Krop.
ABRvS 18 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4956, *AB* 2011, 313, m.nt. C.M. Saris.
ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4656, *RV* 2011, 49, m.nt. Klap, *AB* 2011, 262, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.
ABRvS 4 april 2012, *JV* 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0784, 276 & 277, m.nt. De Lange.
ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4427.
ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7772, *AB* 2013/223, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.
ABRvS 3 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:159.

HR

HR 13 februari 1922, *NJ* 1922, 473 (*Wilnisser Visser*).
HR 14 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4172, *NJ* 2004, 626, *JV* 2004, 424.
HR 20 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV6196.
HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, *AB* 2011, 225, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, *JB* 2011, 56, m.nt. D. van Tilborg, *NJ* 2011, 394, m.nt. Y. Buruma, *NTFR* 2011, 523, m.nt. Efstratiades.

CBB

CBB 99/407 WW, ECLI:NL:CRVB:2001:AB0469, *JB* 2001, 80 m.nt. C.L.G.F.H.A., *USZ* 2001, 75 m.nt. Redactie.

EHRM

EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978, 223 (*Engel*).
EHRM 10 februari 1983, *NJ* 1987, 315 (*Andre en Le Compte t. België*).
EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937 (*Özturk*).
EHRM 24 februari 1994, *NJ* 1994, 496 (*Bendenoun t. France*).
EHRM 24 september 1997, *JB* 1997, 281 (*Garyfallou AEBE t. Griekenland*).
EHRM 13 december 2005, *AB* 2006, 285, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.
EHRM 28 juni 2011, *AB* 2012, 15, m.nt. Stijnen.

HvJ EU

HvJ EU 20 november 2001, C-268/99, *AB* 2001, 413 (*Jany*).

HvJ EG 12 juli 2005, C-304/02, *AB* 2006, 345 (*Commissie/Frankrijk*).
HvJ EG 13 september 2005, C-176/03, *AB* 2005, 435, m.nt. De Moor – Van Vugt.
HvJ EG 4 juli 2006, nr. C-212/04, *NJ 2006, 593* (*Adeneler*).
HvJ EG 23 oktober 2007, C-440/05, *AB* 2008, 47, m.nt. De Moor – Van Vugt.

US Supreme Court
US Supreme Court, Fong Yue Ting v. United States, 149 U.S. 698, 730 (1893).
US Supreme Court, Miranda vs. Arizona, 384, U.S. 436 (1966).
US Supreme Court, Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982).
US Supreme Court, Flores-Figueroa v. United States, 129 S. Ct. 1886, 1888 (2009).

De Europese Werkgeverssanctierichtlijn (2009/52/EG) draagt de lidstaten van de Europese Unie op om illegale tewerkstelling onder bepaalde omstandigheden strafrechtelijk te bestraffen. Bestuursrechtelijke sancties zijn volgens de Europese Commissie onvoldoende om 'gewetenloze werkgevers' af te schrikken. In Nederland is daarentegen in 2005 de handhaving van de Wet arbeid vreemdelingen juist overgeheveld van het strafrecht naar het bestuursrecht. Volgens het Nederlandse kabinet is het strafrecht te 'soft' en inflexibel om effectief te kunnen optreden tegen illegale tewerkstelling. Deze tegengestelde opvattingen over de rol en effectiviteit van het straf- en bestuursrecht ten aanzien van de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling vormen de kern van dit proefschrift. Deze tegenstelling kan niet los worden gezien van de vervaging van het onderscheid tussen strafrecht en bestuursrecht, zowel binnen lidstaten als tussen lidstaten onderling. Aan bod komen de inhoud, context, totstandkoming en juridische grondslag van de Europese richtlijn, de opkomst van de bestuurlijke boete in Nederland en de bestuursrechtelijke handhaving van de Wet arbeid vreemdelingen. Ook de gemeentelijke handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling is onderzocht en beschreven. Aan de hand van een rechtsvergelijking tussen Nederland en Duitsland (waar net als in de richtlijn in bepaalde gevallen het strafrecht wordt gebruikt ter handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling) wordt de noodzaak van het opnemen van strafrechtelijke sancties in de richtlijn beoordeeld. Daarnaast wordt de richtlijn geanalyseerd in het kader van de Amerikaanse *crimmigration* literatuur die een verregaande convergentie tussen het strafrecht en het migratierecht beschrijft.

ISBN 978-90-8974-869-0

9 789089 748690

BJu

Boom Juridische uitgevers