

‘Say yes!’

Commentaar bij de *Evaluatie Invoering bestuurlijke boete Wet arbeid vreemdelingen*

Arnout Klap en Pieter Krop¹

BIJ LEZING VAN HET EVALUATIERAPPORT OVER DE INVOERING VAN DE BESTUURLIJKE BOETE IN DE WET ARBEID VREEMDELINGEN DRINGT ZICH AL SNEL DE VRAAG OP OF DE BESTUURLIJKE BOETE IN DIT GEVAL WEL ZO EFFECTIEF IS ALS HET RAPPORT WIL DOEN GELOVEN. OP DE CONCLUSIE DAT DE NALEVING VAN DE WET IS VERBETERD DOOR DE INVOERING VAN DIE BESTUURLIJKE BOETE VALT NOGAL WAT AF TE DINGEN.

1. Inleiding

Op 18 januari 2010 heeft minister Donner het eindrapport *Evaluatie Invoering bestuurlijke boete Wet arbeid vreemdelingen* aangeboden aan de Tweede Kamer (*Kamerstukken II 2009/10, 17 050 en 29 523, nr. 396*). Met dit rapport, dat is opgesteld door M. Siesling en R. Pranger van IVA beleidsonderzoek en advies te Tilburg, wordt uitvoering gegeven aan de in de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen neergelegde opdracht om de wet binnen vijf jaar na haar inwerkingtreding op 1 januari 2005 te evalueren.

Naar de evaluatie zal ongetwijfeld door velen zijn uitgezien. De wet heeft de handhaving van de Wet arbeid vreemdelingen (WAV) immers ingrijpend gewijzigd. Waar de aan werkgevers opgelegde verplichtingen (zoals de vergunningplicht voor het tewerkstellen van vreemdelingen) tot 2005 strafrechtelijk werden gehandhaafd, worden overtredingen sindsdien via het opleggen van een bestuurlijke boete aangepakt. Alleen bij herhaalde overtredingen is nog in een strafrechtelijke aanpak voorzien. De vervanging van de strafrechtelijke door een vooral bestuursrechtelijke handhaving is in belangrijke mate ingegeven door onvrede met de strafrechtelijke aanpak van overtredingen. Met name de lage boetes waren de verantwoordelijke bewindslieden en Kamerleden een doorn in het oog.

De evaluatie is conform de onderzoeksopdracht van het Ministerie van SWZ op twee vragen toegespitst: 1) wat zijn de ervaringen met de bestuurlijke boete als instrument bij de bestrijding van illegale tewerkstelling, en 2) in hoeverre heeft de invoering van de bestuurlijke boete tot een effectievere handhaving van de WAV geleid? Deze tweeledige vraagstelling mist naar ons oordeel een duidelijke focus. Niet gepreciseerd wordt immers wiens (of wien) ervaringen in het onderzoek centraal dienen te staan, noch waarop de effectiviteit betrekking zou moeten hebben.

Ook het rapport zelf lijdt aan deze kwaal. De centrale vraagstelling wordt niet uitgewerkt of toegespitst, maar direct herleid tot deelvragen waarvan niet zonder meer duidelijk is hoe ze zich tot elkaar of tot de centrale vraagstelling verhouden. Daardoor staan ongelijksoortige vragen naast elkaar die steeds andere aspecten van de effectiviteit aan de orde stellen en ander onderzoek vergen, zoals de vraag of de boeteprocedure eenvoudiger en sneller is geworden en de vraag of de invoering van de bestuurlijke boete tot een betere naleving van de wet heeft geleid. Los van deze kritiek op de onderzoeksopzet en -aanpak hebben wij ook moeite met het aannemen van verbanden die niet direct uit de gehanteerde cijfers kunnen worden afgeleid, zoals die tussen de effectiviteit van de handhaving en de hoogte van de opgelegde boetes. Vooral, omdat dit veronderstelde verband er waarschijnlijk toe heeft geleid dat de boetehoogte in het rapport niet ter discussie wordt gesteld. Ook het gelijkstellen van effectievere handhaving met betere naleving vindt geen (directe) steun in de in het rapport gepresenteerde cijfers. Zo stijgt zowel het aantal bezwaar- en beroepschriften dat tegen boetebesluiten wordt ingediend, als het aantal gegrond verklaarde beroepen. Deze stijging doet niet alleen afbreuk aan de effectiviteit van de handhaving, maar is tevens een signaal dat de legitimiteit van het boetestelsel van de WAV ter discussie staat. De legitimiteit daarvan wordt echter in het rapport niet ter discussie gesteld. Naar onze mening ten onrechte.

Hierna zullen de belangrijkste bevindingen van het rapport van commentaar worden voorzien. Tevens zal worden ingegaan op de legitimiteit van het boetestelsel.

2. Effectievere handhaving?

Volgens het evaluatierapport heeft de invoering van de bestuurlijke boete tot een effectievere handhaving geleid.

Maar in welk opzicht en ten opzichte van wat? Verschillende antwoorden zijn daarbij denkbaar. Zo zou bedoeld kunnen zijn dat de boeteprocedure effectiever is geworden doordat overtredingen van de WAV sinds 2005 door één gespecialiseerde organisatie (de Arbeidsinspectie) worden afgehandeld en er uniforme boetes worden opgelegd. De claim van de onderzoekers blijkt echter aanzienlijk pretentiever, nu de effectiviteit van de handhaving in het rapport in de sleutel van de naleving van de wet wordt gezet. Effectievere handhaving wordt in de conclusies min of meer gelijkgesteld met een betere naleving. De naleving is dus in de visie van de onderzoekers verbeterd door de invoering van de bestuurlijke boete, en dat betekent dat deze boete als effectiever dan de strafrechtelijke boete wordt gezien. Ter verklaring van deze conclusie(s) worden met name het zogenaamde lik-op-stukbeleid dat inherent zou zijn aan de oplegging van een bestuurlijke boete, en de stijging van de gemiddelde boete per boetebesluit van € 984 (strafrechtelijke boete) tot € 15 342 (bestuurlijke boete) opgevoerd.

2.1 Betere naleving?

Dat de wet sinds 2005 beter wordt nageleefd, leiden de onderzoekers af uit de gestage daling van het percentage controles dat sindsdien in een boeterapport resulteert. Maar kan een betere naleving zonder meer uit deze daling worden verklaard? En wordt dan niet uit het oog verloren dat het constateren van overtredingen tot op zekere hoogte een kwestie van toeval en geluk is? Als de controles van de Arbeidsinspectie op een iets andere wijze (bijvoorbeeld op andere tijdstippen) plaatsvinden, kan dat een daling van het aantal boetes tot gevolg hebben zonder dat van een verbeterde naleving sprake is. Mogelijk is ook dat de werkgevers beter op de hoogte zijn van de controles en inventiever zijn geworden in het ontduiken daarvan. Ook dan hoeft een dalend aantal boeterapporten niet te wijzen op een betere naleving van de wet. Er is kortom geen direct of onweerlegbaar causaal verband tussen de bedoelde daling en de naleving van de WAV.

Daar komt bij dat de onderzoekers zelf al een verklaring geven voor de relatief sterke daling van het aantal geconstateerde overtredingen in 2007. Die is namelijk grotendeels toe te schrijven aan de openstelling van de Nederlandse arbeidsmarkt in dat jaar voor onderdanen van nieuwe EU-lidstaten (zoals Polen), waar voordien veel van de illegale werknemers vandaan kwamen. De daling over 2007 heeft dan ook weinig met een betere naleving van doen. Opvallend is echter dat de onderzoekers de (geringe) verdere daling over 2008 en 2009 wel als indicatie voor een betere naleving zien, en deze ook onmiddellijk aan de invoering van de bestuurlijke boete toeschrijven. De veronderstelling daarbij is dat werkgevers uit zouden zijn op vervanging van (de inmiddels) legale werknemers door werknemers uit landen waarvoor nog wel een vergunning vereist is, omdat illegale werknemers minder eisen (kunnen) stellen aan hun arbeidsvoorwaarden, maar dat ze niet tot vervanging zouden zijn overgegaan uit angst voor een hoge (bestuurlijke) boete. Daarmee gaan de onderzoekers ervan uit dat financieel gewin de reden is om illegale werknemers in dienst nemen en dat deze werknemers worden uitgebuit. Maar is het niet mogelijk dat werkgevers illegale werknemers in dienst hebben genomen, omdat ze

Er is geen causaal verband tussen de bedoelde daling en de naleving van de WAV

geen andere werknemers konden strikken voor bepaalde werkzaamheden? En is het, zeker wanneer van uitbuiting geen sprake is, niet evenzeer mogelijk dat deze werknemers nog steeds werkzaam zijn in de bedoelde sectoren van de arbeidsmarkt? In dat geval zou er geen behoefte aan vervanging zijn en kan de geringe daling in 2008 en 2009 niet als indicatie van een betere naleving worden gezien, laat staan dat ze als gevolg van de invoering van de bestuurlijke boete kan worden gepresenteerd. Bovendien zou het percentage over 2008 en 2009, indien er geen vervanging heeft plaatsgevonden, veel sterker gedaald moeten zijn dan nu het geval is.

Ten slotte is het ook mogelijk dat de daling in 2008 en 2009 het gevolg is van de financiële crisis die toen de kop opstak. Het staat immers vast dat deze crisis tot ontslag van veel werknemers heeft geleid, en dan lijkt het geen boude veronderstelling dat de illegale werknemers als eerste ontslagen zijn. In de praktijk zullen zij immers van de arbeidsrechtelijke bescherming die ze juridisch gezien hebben, geen gebruik maken. Ook vanuit dit perspectief bezien, hoeft de daling van het aantal boeterapporten niet op een betere naleving te wijzen.

2.2 De bestuurlijke boete als verklarende factor?

Ook indien er sinds 2005 wel van een betere naleving sprake zou zijn (wat niet valt uit te sluiten), is het nog maar de vraag of deze het gevolg is van de invoering van de bestuurlijke boete, zoals het rapport wil doen geloven. Voor de onderzoekers lijkt met name de hoogte van de bestuurlijke boete daarbij een factor van betekenis. Die is – vergeleken met de periode van voor 2005 – gestegen van € 984 tot ruim € 15 000 per boetebesluit.

Hoewel het op het eerste oog aannemelijk is dat de aanzienlijke stijging van de boetehoogte een afschrikwekkende werking heeft gehad en zodoende tot een betere naleving van de wet heeft geleid, gaat deze veronderstelling niet zonder meer op. Doordat de boetes in de beleidsregel op vaste bedragen zijn vastgesteld (tarifiering), staat de boetehoogte namelijk los van het economische gewin dat een overtreder bij zijn overtreding heeft. Het is daarom niet uitgesloten dat kleine overtredingen waarbij van economisch gewin geen sprake is, zeer zwaar beboet worden, terwijl de boetes bij grove overtredingen in het niet vallen bij de daaruit behaalde winst. In zulke situaties zullen malafide ondernemers niet of nauwelijks door de hoogte van de op te leggen boetes tot naleving geneigd zijn.

Wat dat betreft, lijkt de forse capaciteitsuitbreiding van de Arbeidsinspectie die de afgelopen jaren heeft plaatsgevonden, een veel belangrijker verklaring. Doordat

Auteurs

Mr. A.P. Klap is universitair hoofddocent bij de leerstoelgroep Bestuursrecht van de Universiteit van Amsterdam. Mr. P.J. Krop is aio bij deze leerstoelgroep.



Het westland interventie team spoort illegale arbeiders op. © ANP PHOTO/SUZANNE VAN DE KERK

het aantal inspecteurs is uitgebreid, kon er meer en effectiever gecontroleerd worden op de naleving van de WAV. Deze controles hebben de kans om betrapt en beboet te worden (kortweg: de pakkans) aanzienlijk vergroot, zoals ook blijkt uit de stijging van het aantal opgelegde boetes. En van een hogere pakkans gaat vaak ook weer een preventief effect uit. Opmerkelijk is echter dat de capaciteitsuitbreiding van de Arbeidsinspectie en de daarmee gepaard gaande pakkans in het rapport niet als zelfstandige factor wordt opgevoerd, maar slechts in combinatie met de boetehoogte.

Ook een derde in het rapport genoemde ontwikkeling zou een betere naleving kunnen verklaren. Gewezen wordt op de informatievoorziening over de WAV vanuit het ministerie en de koepelorganisaties van werkgevers, die de onbekendheid met de daarin opgenomen normen zou hebben verminderd. Dat de onbekendheid met (de systematiek van) de WAV een reëel probleem vormde bij de naleving, heeft vooral te maken met het feitelijke werkgeversbegrip dat in deze wet centraal staat. Dit begrip is volstrekt van zijn juridische betekenis ontdaan, waardoor ook vriendendiensten om niet en diensten in familieverband verricht beboetbaar zijn. In de jurisprudentie zijn daarvan voorbeelden te over (zie Arnout Klap en Tesseltje de Lange, 'Marktordening via het werkgeversbegrip van de Wet arbeid vreemdelingen', *SMA* 2008, p. 390-395). Vanuit dit perspectief zou een betere naleving heel goed het gevolg

van een betere informatievoorziening kunnen zijn. Ook de in het rapport vermelde zelfregulering die in verschillende branches bestaat, kan de naleving hebben verbeterd.

Ten slotte is ook de suggestie dat de bestuurlijke boete tot een betere naleving zou leiden dan de strafrechtelijke boete discutabel. De gegevens waarop het rapport gebaseerd is, dateren namelijk vrijwel allemaal van na 2005. Dat betekent dat er geen vergelijking met de periode van de strafrechtelijke boete heeft plaatsgevonden. In ieder geval zijn geen gegevens gebruikt over de naleving van de WAV voor 2005. Het enige dat in het rapport over de periode voor 2005 wordt opgemerkt, is dat de hoogte van de opgelegde boetes een stuk lager was, terwijl de boeteoplegging doorgaans later plaatsvindt. De invloed van de boetehoogte kan echter makkelijk worden overschat, terwijl het maar de vraag is of het moment van boeteoplegging veelzeggend is.

2.3 Het lik-op-stukbeleid als verklarende factor?

De veronderstelde betere naleving zou volgens de onderzoekers ook samenhangen met het in het kader van de bestuurlijke boete gevoerde lik-op-stukbeleid. Dit beleid houdt in dat overtredingen zo snel mogelijk worden bestraft. Maar ligt het aannemen van een causaal verband tussen een dergelijk beleid en de naleving voor de hand? Men kan zich wellicht nog voorstellen dat een lik-op-stukaanpak z'n vruchten afwerpt bij jeugdcriminaliteit,

De suggestie dat de bestuurlijke boete tot een betere naleving zou leiden dan de strafrechtelijke is discutabel

Het 'lik-op-stukargument' lijkt er met de haren bijgesleept

maar werkt deze aanpak ook bij overtredingen van de WAV? Ten aanzien van werkgevers zal het enkele feit dat er een boete wordt opgelegd waarschijnlijk al effect hebben, en maakt het niet veel uit of die onmiddellijk na de overtreding wordt opgelegd. Uit een rapport van het Sociaal Planbureau uit 2008 (L. van Noije en K. Witteman, *Sociale veiligheid ontsleuteld*) blijkt overigens dat lik-op-stukmaatregelen überhaupt weinig effect hebben.

Maar los hiervan is de vraag eigenlijk of er bij het opleggen van een bestuurlijke boete wel van een lik-op-stukbeleid kan worden gesproken. Uit het rapport blijkt namelijk dat het moment van boeteoplegging bij de bestuurlijke boete gemiddeld 30 tot 32 weken na de overtreding is gelegen. Weliswaar is dat sneller dan bij de strafrechtelijke boete die doorgaans pas een jaar na de overtreding werd opgelegd, maar veel te traag om van een lik-op-stukbeleid te kunnen spreken. In ieder geval gaat het te ver om bij de bestuurlijke boete wel een lik-op-stuk-aanpak aan te nemen, maar bij de strafrechtelijke boete niet. Het 'lik-op-stukargument' lijkt dus, voor zover het al hout snijdt, er met de haren bijgesleept.

4. De legitimiteit van het boetestelsel

Het aanhoudend grote aantal bezwaar- en beroepschriften wordt in het rapport als een 'neveneffect' van de invoering van de bestuurlijke boete afgedaan. Maar had dit gegeven geen aanleiding moeten geven tot nader onderzoek van het boetestelsel? Als boetebesluiten onophoudelijk worden aangevochten, terwijl de jurisprudentie op de belangrijkste punten uitgekristalliseerd is, staat de legitimiteit van het boetestelsel blijkbaar ter discussie. Zeker, als ook het relatief grote aantal gegrond verklaarde beroepen daarbij in ogenschouw wordt genomen. Bij de legitimiteit rijzen twee vragen: 1) kunnen de opgelegde boetes evenredig worden genoemd, en 2) doet het boetestelsel wel voldoende recht aan de doelstellingen van de WAV?

4.1 De boetehoogte in relatie tot de doelstellingen van de WAV

Het boetestelsel van de WAV wordt in het rapport vrij eenzijdig vanuit het perspectief van de bescherming van de arbeidsmarkt gezien. In feite fungeert de boete in de visie van de onderzoekers vooral als instrument om verdringing van legaal arbeidsaanbod op de arbeidsmarkt en concurrentievervalsing tegen te gaan.

In de toelichting op de wet wordt echter nog een andere doelstelling genoemd: het tegengaan van uitbuiting van illegale werknemers, bijvoorbeeld door het niet uitbetalen van het normale cao-loon of door het schenden van bepalingen die gericht zijn op verbetering van arbeidsomstandigheden. Daarbij zij bedacht dat het gevaar van uitbuiting juist bij illegale arbeid op de loer ligt, omdat illegale werknemers niet snel juridische procedures zullen starten om misstanden waarvan ze de dupe zijn geworden, aan de kaak te stellen. Om deze uitbuiting effectief te kunnen bestrijden, is het daarom raadzaam de hoogte van

boetes te relateren aan het economische gewin bij niet-naleving. Uitbuiting zal immers doorgaans gepaard gaan met of ingegeven zijn door economisch gewin.

In zijn aanbiedingsbrief geeft minister Donner echter aan de boetehoogte niet te willen relateren aan het economisch gewin per overtreding, hoewel hij hiertoe in een door de Tweede Kamer aangenomen motie is opgeroepen. Volgens de minister vergt het vaststellen daarvan (te) veel onderzoek. Maar is dat een overtuigend argument als een relatie met het economische gewin tot een afschrikwekkender boete zou leiden en uitbuiting zou voorkomen? Ook het argument van de minister dat het economische gewin mogelijkster lager uitvalt dan de gehanteerde boete, zodat de boetehoogte geen recht zou doen aan de ernst van het betreffende geval, overtuigt niet. Ten eerste niet, omdat het argument er per saldo op neerkomt dat elke overtreding van de WAV even ernstig is. Dat lijkt – gelet op de hiervoor weergegeven doelstelling – niet houdbaar. Bovendien wordt het criterium van 'economisch gewin' niet voorgesteld als matigingsfactor, maar als boeteverhogende factor. Juist daardoor kan recht worden gedaan aan de ernst van het concrete geval. Ten slotte lijkt ook de stelling van de minister dat het economische gewin al op geabstraheerde wijze in de WAV-boete verdisconteerd is, discutabel. Economisch gewin laat zich immers niet goed in abstracto vaststellen, dat blijkt in het concrete geval.

4.2 De evenredigheid van opgelegde boetes

Dat het economische gewin geen factor is bij het bepalen van de boetehoogte, heeft niet alleen tot gevolg dat een opgelegde boete soms lager uitvalt dan wenselijk is met het oog op haar afschrikwekkende werking, maar ook dat boetes vaak onevenredig hoog zijn. Het niet meewegen van economisch gewin betekent immers dat kleine onopzettelijke overtredingen, waarbij van economisch gewin geen sprake is, even zwaar beboet worden als grove en langdurige overtredingen die door winstbejag zijn ingegeven. Dat dit niet als evenredig wordt ervaren, zal geen verwondering wekken.

Daar komt nog bij dat de wet en de daarop gebaseerde beleidsregel ten aanzien van de boeteoplegging vrijwel geen differentiaties kennen die recht doen aan de daarbij in acht te nemen evenredigheid. Wat de boetehoogte betreft, wordt slechts onderscheid gemaakt tussen natuurlijke personen en rechtspersonen. Waar natuurlijke personen bij overtreding van het verbod om vreemdelingen zonder vergunning arbeid te laten verrichten, een boete van € 4000 wordt opgelegd, krijgen rechtspersonen bij dezelfde overtreding een boete van € 8000. Deze verhouding van 1 staat tot 2 kan snel tot niet te rechtvaardigen verschillen tussen bedrijven en particulieren leiden. Zeker, als daarbij nog bedacht wordt

Economisch gewin laat zich niet goed in abstracto vaststellen, dat blijkt in het concrete geval

dat de grootte van bedrijven er niet toe doet. Daardoor is ook de verhouding tussen bedrijven onderling soms zoek. Een eenmansbedrijf dat de WAV overtreedt, wordt immers net zo zwaar beboet als een bedrijf met meer dan honderd werknemers.

Gelet op de mogelijke onevenredigheid van opgelegde boetes is het van belang om te beseffen dat de arbeidsinspecteurs zowel bij het opmaken van boeterapporten als bij het opleggen van boetes over enige discretionaire ruimte beschikken. Dat betekent dat ze bij constatering van een overtreding van het opmaken van een rapport of het opleggen van een boete kunnen afzien en eventueel met een waarschuwing zouden kunnen volstaan. Ook in het rapport wordt van dergelijke discretionaire ruimte uitgegaan. Tevens wordt daar gewag gemaakt van de bij verschillende inspecteurs levende wens om bij lichte overtredingen met een waarschuwing te kunnen volstaan. Toch vormen deze constatering geen aanleiding om de mogelijke onevenredigheid van het boetestelsel aan de orde te stellen. Er wordt slechts opgemerkt dat deze inspecteurs beseffen dat het ministerie een strenge handhaving voorstaat waarin voor waarschuwingen geen plaats is.

5. Balans

Bij lezing van het evaluatierapport dringt zich al snel de vraag op of de bestuurlijke boete wel zo effectief is als het

rapport de lezer wil doen geloven. De conclusie dat de naleving van de wet verbeterd is, lijkt in ieder geval niet direct uit de gepresenteerde cijfers te kunnen worden afgeleid. En voor zover de cijfers geen uitsluitel bieden, wordt vaak van hypothesen uitgegaan waarop het nodige valt af te dingen. Daarom kan de conclusie van het rapport dat sprake is van een effectievere handhaving die tot uitdrukking komt in een betere naleving en dat deze betere naleving het gevolg is van de invoering van de bestuurlijke boete, niet worden gevolgd. Bovendien gaat het rapport niet op de legitimiteit van het boetestelsel in, terwijl de cijfers over het aantal ingediende bezwaren beroepschriften en het aantal gegrond verklaarde beroepen hiertoe alle aanleiding geeft. Deze cijfers doen immers afbreuk aan de effectiviteit van de handhaving en wijzen erop dat degenen die met de bestuurlijke boete geconfronteerd worden slechte ervaringen met het boetestelsel hebben.

Door de weinig kritische inslag van het onderzoek en de vele omissies lijkt het rapport op een reclamespotje van de Postbank van enkele jaren geleden. In het bewuste spotje interviewde John Cleese mensen op straat over hun ervaringen met deze bank. Op de vraag of ze de Postbank kenden en tevreden waren over deze bank dreigde hij mensen die aarzelden op de tenen te trappen en siste hij hen toe: 'say yes!' •