



GRENSOVERSCHRIJDEND WERKEN

Vakblad over werken en wonen over de grens

Nr. 22, april 2019

Boetebeleid IND goedgekeurd door de Raad van State

Auteur: **Sander Groen**

Partner bij Kroes Advocaten Immigration Lawyers (groen@kroesadvocaten.nl)

Aanleiding voor deze bijdrage is de uitspraak van de Raad van State van 26 november 2018¹. Deze uitspraak is interessant omdat het de eerste keer is dat de hoogste rechter oordeelt over het boetebeleid van de Immigratie- en Naturalisatiedienst.

Waar gaat het in deze uitspraak over? Het betreft een au pair-bureau dat zich bezighoudt met het bemiddelen en plaatsen van au pairs bij gastgezinnen. Het au pair-bureau heeft volgens de IND de zorg- en informatieplicht overtreden en heeft daarvoor boetes gekregen.² Het bureau zou het gastgezin niet op zorgvuldige wijze hebben geselecteerd en zich niet op de hoogte hebben gehouden van het welbevinden en welzijn van de au pair. Ook heeft het au pair-bureau volgens de IND niet tijdig gemeld dat de gastmoeder niet langer woonachtig was op het gezinsadres.

Deze uitspraak is relevant voor werkgevers die gebruik maken van het erkend referentschap voor het aanvragen van een verblijfsvergunning voor kennismigranten, overplaatsing binnen een onderneming en Europese blauwe kaarten. De informatie- en zorgplicht geldt immers ook voor deze werkgevers.

Plichten op grond van de Vreemdelingenwet

Hoe zat het ook alweer met die plichten? Werkgevers die gebruik willen maken van de versnelde toelatingsprocedure moeten door de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) worden erkend als referent. Op de erkend referent rusten op grond van de Vreemdelingenwet drie verplichtingen: een administratie-, informatie- en zorgplicht. In een recente eerdere editie van dit blad is al ingegaan op de plichten.³ Ik zal dat kort herhalen.

De administratieplicht komt erop neer dat de erkend referent in haar administratie alle relevante informatie en stukken van de werknemer moet hebben.

De informatieplicht betekent dat de erkend referent binnen 28 dagen elke relevante wijziging in de positie van de vreemdeling aan de IND meldt. Relevante wijzigingen die zien op de erkend referent zelf, zoals een wijziging van het adres van de onderneming, moet zelfs binnen 14 dagen worden gemeld. De zorgplicht, tenslotte, ziet erop dat de erkend referent de vreemdeling op een zorgvuldige wijze heeft geselecteerd en geworven, én de vreemdeling heeft geïnformeerd over zijn rechten en plichten in Nederland.

Niet-naleving van deze plichten kan worden beboet door de IND.

IND Boetebeleid

De IND hanteert een gedifferentieerd boetebeleid. Hoofddregel is dat de erkend referent eerst een waarschuwing krijgt en daarna pas een boete. De boetes kunnen tussen de € 750 en € 4.500 per overtreding per vreemdeling bedragen,

afhankelijk van de ernst en soort overtreding. Als het een ernstige overtreding is, dan wordt meteen een boete opgelegd. Ernstig is in ieder geval een overtreding van de zorgplicht en een overtreding van de informatieplicht die tot intrekking van de verblijfsvergunning zou hebben geleid.⁴ Per vreemdeling kunnen meerdere overtredingen van de verschillende verplichtingen worden begaan. Voor elke afzonderlijke overtreding legt de IND een boete op.

De Raad van State oordeelt nu in deze uitspraak dat het IND-boetebeleid niet onredelijk is. Daar dienen we dus in de praktijk vanuit te gaan. Wel geeft de Raad van State ook meteen aan dat altijd moet worden beoordeeld of de (hoogte) van de opgelegde boete wel evenredig is. Hier ligt dan ook meteen een taak voor de praktijk: voer omstandigheden aan waarom een volledige boete in dit specifieke geval niet proportioneel is.

De IND kan besluiten om een waarschuwing op te leggen. Leg deze waarschuwing niet te lichtzinnig terzijde. Er kan bezwaar gemaakt worden tegen het opleggen van de sanctie 'waarschuwing'. En bezwaar maken kan zinvol zijn: blijft de 'waarschuwing' namelijk staan, dan volgt bij eenzelfde nieuwe overtreding binnen 24 maanden na het opleggen van de waarschuwing meteen een boete. Is de eerdere overtreding door het aanwenden van rechtsmiddelen wel van tafel, dan volgt weer een waarschuwing en geen boete.

Inspanningsverplichting versus resultaatsverplichting

Interessant in deze uitspraak is verder dat de Raad van State een onderscheid maakt tussen de inspannings- en resultaatsverplichting die op de erkend referent rust. De zorgplicht beschouwt de Raad van State als een inspanningsverplichting. Uit het karakter van de inspanningsverplichting volgt dat de erkend referent moet aantonen dat hij zijn 'best' heeft gedaan om aan die verplichting te voldoen. Voor de werkgever van bijvoorbeeld kennismigranten betekent dit dat in het kader van de werving zijn CV en diploma moeten zijn opgevraagd en een sollicitatiegesprek is gevoerd. Ook moet de kennismigrant daarna zijn geïnformeerd over zijn rechten en plichten in Nederland. Als een werkgever kan aantonen dat hij deze 'inspanningen' heeft verricht, heeft hij aan zijn verplichting voldaan en kan in de regel geen boete worden opgelegd.

De Raad van State ziet de informatieplicht als een resultaatsverplichting. Dit betekent, dat wanneer de werkgever niet tijdig een wijziging doorgeeft er sprake is van een overtreding. Er zal in dit soort gevallen ook niet snel sprake zijn van omstandigheden waardoor het opleggen van een volledige boete niet evenredig zal zijn. Er zal sprake moeten zijn van zeer bijzondere situaties waardoor een werkgever niet binnen 28 dagen een melding aan de IND heeft kunnen doen.

Inspecties IND

Naar aanleiding van een onderzoeksrapport van de Inspectie Veiligheid en Justitie, heeft de IND begin 2018 aangegeven dat er lange tijd te weinig aandacht is geweest voor de handhaving van de Vreemdelingenwet.⁵ In het afgelopen jaar heb ik in mijn praktijk inderdaad gezien dat de IND strenger is gaan optreden. Bij enkele cliënten - werkgevers van kennismigranten - hebben IND-inspecteurs ook een bezoek gebracht ter controle van naleving van de plichten op grond van de Vreemdelingenwet. Daarbij wensen de inspecteurs altijd, enkele weken voorafgaand aan de inspectie, de gehele administratie met betrekking tot de kennismigranten te zien. Uiteraard wordt dan door de IND-inspecteur gekeken of de salarissen giraal en conform de kennismigrantennorm zijn betaald. Dat is natuurlijk vaak geen probleem. Tijdens de IND-inspectie op kantoor van de onderneming wordt de persoon die bevoegd is om de werkgever te vertegenwoordigen met betrekking tot het erkend referentschap gehoord. Daarbij wordt vooraf de cautie gegeven en medegedeeld dat deze persoon niet verplicht is tot antwoorden. Er wordt door de IND-inspecteurs flink doorgevraagd over hoe de werkgever het proces inzake de werving van kennismigranten heeft ingericht, hoe de werving verloopt, hoe de administratie is ingericht, en of de verantwoordelijke bekend is met de zorgplicht en hoe daar binnen het bedrijfsproces uitvoering aan is gegeven. Deze gehoren werden door mijn cliënten als behoorlijk intensief en lang beschouwd. Wees daar dus op voorbereid.

In deze uitspraak van de Raad van State komt tot uiting dat de IND-inspecteurs nog de nodige ervaring moesten opdoen bij het uitvoeren van inspecties ter naleving van de Vreemdelingenwet. In deze zaak hebben de inspecteurs het au pair-bureau, gastgezin en de au pair niet gehoord en geen op ambtseed of -belofte opgemaakt proces-verbaal gemaakt. De Raad van State verbindt daar in dit geval geen consequenties aan, omdat het au pair-bureau in de bezwaarfase is gehoord. Ook volgt uit de uitspraak dat de IND-inspecteurs geen ontlastend bewijsmateriaal bij het boeterapport hebben gevoegd. De IND bevestigde ter zitting dat de werkwijze van

het opmaken van boeterapporten nog verbetering behoeft, en dat dit ook in de toekomst zal worden gerealiseerd. Dit boeterapport was opgemaakt in december 2015. We zijn nu ruim vier jaar verder. Uit de IND-inspecties die zijn uitgevoerd bij mijn cliënten blijkt wel dat de IND inderdaad meer ervaring heeft opgedaan.

Advies blijft om scherp te zijn op mogelijke formele gebreken die kleven aan het boeterapport en de gevolgde procedure. Indien er formele gebreken zijn aan het onderzoek en het boeterapport dan kan dit er uiteindelijk toe leiden dat de opgelegde boete niet kan worden gehandhaafd.

Let op

Ik verwacht dat we dit jaar meer rechtspraak zullen zien over boetes die door de IND zijn opgelegd. Dan zal meer duidelijk worden welke omstandigheden kunnen leiden tot matiging en in welke gevallen nog meer sprake is van een ernstige overtreding. Wees dus alert op de laatste ontwikkelingen. De IND zegt de te inspecteren bedrijven zonder onderscheid te selecteren. U kunt dus ook aan de beurt komen.

1 ECLI:NL:RVS:2018:4108.

2 In eerste instantie is door de IND boetes opgelegd ter hoogte van in totaal € 10.500 vanwege overtreding van de informatie-, administratie- en zorgplicht. In bezwaar is de overtreding van de administratieplicht niet langer gehandhaafd en is de boete vastgesteld op € 7.500. De boete van € 3.000 is opgelegd voor overtreding van de informatieplicht, en de boete van € 4.500 voor overtreding van de zorgplicht. Deze boete van € 3.000 is verhoogd met 50 procent omdat het de tweede keer is dat de zorgplicht is overtreden.

3 Edith de Bourgraaf, Vakblad Grensoverschrijdend Werken nr. 15, juni 2018.

4 Paragraaf B1/9 Vreemdelingencirculaire en IND Werkinstructie 2013/19.

5 Dominique Coenen heeft over strengere toetsing en handhaving op erkend referenten geschreven in Vakblad Grensoverschrijdend Werken nr. 17, september 2018.