

Minikroniek arbeidsmigratie

Arbeidsmigratie als rechtsgebied is sterk in beweging.
De nieuwste ontwikkelingen op een rij.

Bram van Melle¹

Doordat arbeidsmigratie een sterke politieke lading heeft, is het rechtsgebied altijd in beweging. Beleidswijzigingen volgen elkaar in rap tempo op en in elk regeerakkoord verschijnt wel weer een plan voor verdere aanscherping van het beleid, terwijl het landsbestuur toch ook graag wil blijven inzetten op het naar Nederland halen en houden van hooggeschoolde werknemers. Daarbij komt dat de wetgevende ambities van de lidstaten van de Europese Unie worden beteugeld door de grenzen van het communautaire vrije verkeer en Europese en andere internationale grondrechten.

Als het gaat om interpretatie en omzetting van Europese richtlijnen of de uitvoering van uitspraken van de Europese hoven in Luxemburg en Straatsburg kiest Nederland in het huidige politieke klimaat voor een koers aan de wind, waarbij de grenzen van het recht worden gezocht. Dit heeft interessante rechtsvormende Europese jurisprudentie tot gevolg. Interessant, omdat Nederland weer eens aan het kortste eind bleek te hebben getrokken.

Zo oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU) twee jaar geleden nog negatief over het Nederlandse beleid om voorgangers en

kloosterlingen, die in de ogen van de wetgever de Nederlandse arbeidsmarkt betreden, nooit in aanmerking te laten komen voor een permanente verblijfsvergunning. Dit beleid was volgens het HvJ-EU namelijk in strijd met de richtlijn voor langdurig ingezetenen derdelanders (Richtlijn 2003/109/EG). Het hof had in eerdere uitspraken al een dikke streep getrokken door de excessieve leges die de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) voor allerlei aanvragen in rekening bracht. En in september van dit jaar wees het HvJ-EU na vragen van de Nederlandse Raad van State een baanbrekend arrest over de vrijheid om legale buitenlandse werknemers in de Unie ter beschikking te stellen.

Hoewel slechts een klein deel van de advocaten het migratierecht actief beoefent, komen veel advocaten er in hun praktijk regelmatig mee in aanraking. Neem het strafrecht, waar bij de straftoemeting de vraag kan rijzen of de rechter rekening mag houden met de consequenties van een bepaalde strafmaat voor het recht op verblijf. Of het arbeidsrecht, waar de terminologie van een vaststellingsovereenkomst directe invloed heeft op de vraag of iemand nog enige tijd in Nederland op zoek mag naar een andere baan. En bij reorganisaties realiseren partijen zich niet dat bij een overgang van onderneming in

de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW het referentschap voor buitenlandse werknemers niet automatisch overgaat op de verkrijgende werkgever. Als de werkgever niet tijdig de juiste maatregelen neemt, dan heeft dat tot gevolg dat hij na de overgang werknemers illegaal tewerkstelt, wat forse boetes oplevert.

In deze bijdrage staan centraal de op 1 juni 2013 in werking getreden Wet modern migratiebeleid, de recente aanscherping van de Wet arbeid vreemdelingen, de implementatie van Richtlijn 2011/98/EC (die de zogeheten gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid (GVVA) in het leven heeft geroepen), en het recente al genoemde belangwekkende arrest van het HvJ-EU over grensoverschrijdende dienstverrichting.

Wet modern migratiebeleid

Op 1 juni 2013 is de Wet modern migratiebeleid (hierna: MoMi) in werking getreden (*Stb.* 2013, 290). De wet was overigens al in 2010 aangenomen, maar de inwerkingtreding van wet en gedelegeerde wetgeving werd ernstig vertraagd doordat het nieuwe speciaal hiervoor ontwikkelde IT-systeem (INDiGO) nog niet gereed was.

De wet rust op twee belangrijke pijlers. In de eerste plaats beoogt het de reguliere toelatingsprocedures te versnellen. Voor deze wetswijziging

¹ Bram van Melle is advocaat bij Everaert Advocaten in Amsterdam.

startte een vreemdeling in de meeste gevallen een procedure in het land van herkomst voor het verkrijgen van een inreisvisum ('machtiging tot voorlopig verblijf'/'mvv'). Na aankomst in Nederland moest hij of zij nog een procedure doorlopen voor de afgifte van een verblijfsvergunning. Eigenlijk werd in die tweede procedure de eerste nog eens dunnetjes overgedaan.

Onder MoMi zijn deze twee aparte procedures samengevoegd tot een procedure die zowel de toegang als het verblijf in Nederland regelt. De bedoeling is dat de toelatingsprocedure zo efficiënter wordt en sneller is afgerond. Een bijkomend voordeel is dat migranten in de nieuwe procedure direct of kort na aankomst een verblijfsdocument krijgen uitgereikt. Daar moesten ze vóór MoMi, door de dubbele procedure, vaak nog drie maanden op wachten. Alleen de speciale procedure voor kennismigranten verliep sneller.

De tweede pijler van het wetsvoorstel is het wettelijk verankeren van de positie van degene bij wie de vreemdeling in Nederland gaat verblijven, de zogeheten referent. Het was voor MoMi al zo dat een 'verblijfsgever' optrad voor de vreemdeling, bijvoorbeeld de werkgever, echtgenoot of onderwijsinstelling, maar dit referentschap was niet geregeld.

Onder MoMi heeft de referent bovendien zelfstandige rechten en plichten. Zo kan de referent zelf een aanvraag doen en bestaat er voor bedrijven, onderwijsinstellingen, au pair bureaus en religieuze congregaties de mogelijkheid om 'erkend referent' te worden. Voor door een erkend referent ingediende aanvragen om verblijf sneller te behandelen en voor sommige verblijfsdoelen, waaronder verblijf als kennismigrant, is het noodzakelijk dat een erkende referent optreedt.

Verder geldt voor referenten dat er geen rechten zijn zonder plichten. Zo hebben referenten een administratie- en informatieplicht jegens de IND. Erkende

referenten hebben bovendien een zorgplicht jegens de migrant voor wie zij zich als referent stellen. De schending van deze plichten zal – zeker bij zakelijke referenten – strenger gehandhaafd worden. Zo worden overtredingen beboet en kan een referent bij overtredingen ook zijn status als 'erkend referent' verliezen, waardoor hij bijvoorbeeld niet meer via de snelle procedure kennismigranten dan wel au pairs of talentvolle studenten naar Nederland kan laten komen.

Het monitoren van *compliance* zal daardoor de komende jaren een belangrijkere rol gaan spelen in deze nieuwe systematiek, waarbij het overheidstoezicht op naleving veelal op afstand en achteraf plaatsvindt.

Nederland kiest in het huidige politieke klimaat voor een koers aan de wind

Een aantal werkgevers heeft direct bij de inwerkingtreding van MoMi de status van erkend referent verkregen (het overgangsrecht schetste de voorwaarden hiervoor). Andere werkgevers kunnen sinds 1 juni 2013 een apart verzoek indienen om deze status te verkrijgen. Voor het in behandeling nemen van een dergelijk verzoek brengt de IND overigens wel kosten in rekening. Momenteel bedragen de leges voor een aanvraag om de status van erkend referent te verkrijgen 5.065 euro, voorheen was inschrijving in de kennismigrantenregeling gratis.

Wijzigingen Wet arbeid vreemdelingen

De Wet inzake herziening van de Wet arbeid vreemdelingen is op 1 januari

2014 (*Stb.* 2013, 499) in werking getreden en brengt een aantal flinke aanscherpingen aan in de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Een belangrijke wijziging betreft de aanscherping van de toets op prioriteitgenietend aanbod. Deze toets behelst kort gezegd de vraag die bij tewerkstellingsvergunningen speelt: zijn er andere werknemers in Nederland, dan wel de EU, die deze werkzaamheden zouden kunnen verrichten?

Het kabinet achtte het – mede wegens de uitbreiding van de EU en het daardoor ontstane arbeidsaanbod – minder wenselijk om mensen van buiten de EU (anders dan kennismigranten of werknemers die binnen een concern worden overgeplaatst) – toe te staan in Nederland te werken voor laag- en ongeschoolde arbeid. Waar de tewerkstellingsvergunning voorheen werd geweigerd als er werknemers beschikbaar waren, dient nu slechts te worden vastgesteld dat ze aanwezig zijn. Dit wil zeggen dat als er nog voldoende werkzoekenden in de kaartenbak van het UWV zitten, ongeacht of zij daadwerkelijk in die functie zouden willen werken, de tewerkstellingsvergunning wordt geweigerd omdat prioriteitgenietend aanbod geacht wordt aanwezig te zijn.

Ook is het ontbreken van voldoende wervingsinspanningen door de werkgever een verplichte afwijzingsgrond geworden – voorheen was dit een facultatieve. Als een werkgever niet kan aantonen voldoende inspanningen geleverd te hebben om werkzoekenden in de Europese Economische Ruimte (EER) te vinden, moet het UWV een aanvraag om een tewerkstellingsvergunning afwijzen. Ook bevat de wet nu de bevoegdheid om in bepaalde sectoren met quota te gaan werken. Er wordt dan een maximum gesteld aan het aantal te vergeven tewerkstellingsvergunningen indien de sector onvoldoende heeft gezorgd voor geschikte (en daarvoor opgeleide) arbeidskrachten. Het niet-betalen van een marktconform salaris is ook een

dwingende afwijzingsgrond, waar dit voorheen een facultatieve afwijzingsgrond was.

Wat in de praktijk als problematisch wordt ervaren, is dat tewerkstellingsvergunningen, die na een toets aan prioriteitgenietend aanbod zijn verleend, maar voor één jaar kunnen worden verleend. Dit betekent dat als de werkgever na uitgebreide wervingsinspanningen een tewerkstellingsvergunning krijgt voor een werknemer van buiten de EER, hij een jaar later opnieuw met actuele wervingsinspanningen moet aantonen dat er nog steeds geen werkzoekenden zijn die geschikt zijn voor de functie. De arbeidsplaats van de buitenlandse werknemer is zo ten minste vijf jaar onzeker, voor zowel de werknemer als de werkgever.

Voorheen konden tewerkstellingsvergunningen nog voor maximaal drie jaar worden verleend. Na die drie jaar kreeg de vreemdeling de mogelijkheid om werk te zoeken (of bij dezelfde werkgever te blijven) zonder daarvoor nog een tewerkstellingsvergunning nodig te hebben. Deze termijn, waarna een vreemdeling met een voor arbeid geldige vergunning vrij op de arbeidsmarkt werd, is echter met de inwerkingtreding van de wet op 1 januari 2014 veranderd naar vijf jaar.

Het wetsvoorstel kende op het punt van deze wijziging van de termijn geen overgangsrecht, hetgeen de facto betekende dat er voor werknemers die een aflopende tewerkstellingsvergunning hadden – er daarbij op rekenend daarna vrij te zijn andere arbeid te kunnen aanvaarden – alsnog twee keer een getoetste tewerkstellingsvergunning aangevraagd moest worden, waarbij de kans op verlening inmiddels danig was afgenomen.

De combinatie van de kortere duur van de tewerkstellingsvergunningen, en de aanscherping van de criteria om deze ook daadwerkelijk te krijgen, heeft al vrij snel tot personele problemen geleid in de Aziatische horeca. De aanname van de wetgever was dat er voldoende

prioriteitgenietend aanbod aanwezig zou zijn (lees: werkzoekenden), maar in de praktijk konden de Aziatische restaurants gewoonweg geen gekwalificeerde koks meer vinden.

De lobby van de Aziatische horeca heeft inmiddels effect gesorteerd. Op 1 oktober is een gezamenlijk convenant tussen werkgeversorganisaties in de Aziatische horeca, het UWV en de IND ondertekend en in werking getreden (*Strt.* 2014, 27559). Met dit convenant kan de komende twee jaar voor bepaalde functies een gelimiteerd aantal gecombineerde vergunningen voor

De lobby van de Aziatische horeca heeft inmiddels effect gesorteerd

arbeid en verblijf worden verleend voor gekwalificeerde Aziatische koks, waarbij door het UWV niet wordt getoetst op de aanwezigheid van 'prioriteitgenietend aanbod'. De Aziatische horeca verplicht zich als wederdienst om een minimum aantal niet-vergunningsplichtige koks op te leiden en in dienst te nemen.

Wet Gecombineerde vergunning voor arbeid en verblijf (Wet GVA)

Op 1 april 2014 is de Wet GVVA in werking getreden (*Stb.* 2014, 128). De wet dient ter implementatie van Richtlijn 2011/98/EU (de Single Permit Directive). De GVVA combineert de verblijfsvergunning en de huidige tewerkstellingsvergunning in één vergunning. Zodoende hoeft er niet apart een tewerkstellingsvergunning bij het UWV en een verblijfsvergunning bij de IND aangevraagd te worden en worden beide gevat in één procedure. Het is voor-

namelijk een procedurele wijziging, aangezien de materiële voorwaarden voor verlening niet veranderen. Enkele categorieën vreemdelingen zijn uitgezonderd van de GVVA, zoals seizoenwerkers en *intra corporate transferees*. Voor hen blijft het huidige systeem bestaan waarbij bij het UWV een tewerkstellingsvergunning en bij de IND een verblijfsvergunning moet worden aangevraagd.

Alle pogingen tot stroomlijning van procedures ten spijt, de systematiek waarin de IND na indiening van de aanvraag advies vraagt aan het UWV, leidt er wel toe dat de gebruikelijke termijn voor afgifte van werkautorisatie niet altijd meer gehaald wordt. Voorheen was dat bij rechtstreekse aanvragen om tewerkstellingsvergunningen binnen vijf weken, en ontving men de tewerkstellingsvergunning gewoonlijk binnen drie weken, maar nu is dat laatste binnen vijf weken nadat het verzoek om advies is ontvangen door het UWV. Daardoor kan het voorkomen dat er vertraging wordt opgelopen omdat de IND de stukken niet direct aan het UWV voorlegt.

EU: grensoverschrijdende dienstverlening

Op 11 september 2014 heeft het HvJ-EU een belangrijke uitspraak gedaan naar aanleiding van prejudiciële vragen die waren gesteld door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De uitspraak heeft belangrijke gevolgen voor de dienstensector in de EU. In zaak C-91/13 heeft het hof beslist dat een onderneming in de EU met legale werknemers uit een niet-EU-land diensten mag verrichten in een andere lidstaat.

Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Lodewijk Asscher (PvdA) heeft reeds zijn ongenoegen over deze uitspraak uitgesproken, omdat met deze uitspraak een eind zal moeten komen aan de praktijk van de minister van SZW dat Nederlandse bedrijven

werkvergunningen moeten aanvragen voor het tijdelijk beschikbaar stellen van buitenlandse arbeidskrachten door bedrijven uit andere lidstaten. Nu nog lopen Nederlandse bedrijven tegen zeer forse boetes op als zij buitenlands personeel uit een andere lidstaat tijdelijk laten werken zonder Nederlandse werkvergunning.

De aanleiding tot het arrest was dat energiebedrijf Essent een Nederlands bouwbedrijf opdracht had gegeven om groot onderhoud te plegen aan één van zijn centrales. Deze aannemer leende voor het bouwen van de benodigde steigers buitenlandse werknemers in van een gespecialiseerd Duits bedrijf.

Essent incasseerde hiervoor een hoge boete omdat het volgens de Inspectie SZW aansprakelijk was voor het ter

beschikking stellen van buitenlandse arbeidskrachten, voor wie volgens de Inspectie een tewerkstellingsvergunning nodig is. Het HvJ-EU oordeelt echter dat Nederland hiervoor geen werkvergunning mag vragen en zet daarmee een streep door het Nederlandse standpunt dat het over de grens ter beschikking stellen van arbeidskrachten als 'onzuivere dienstverrichting' te kwalificeren is.

De Nederlandse vergunningsplicht vormt een ongeoorloofde belemmering van de vrijheid van dienstverrichting. Door dit arrest worden Nederland en alle andere lidstaten van de Unie gedwongen de vergunningsplicht voor grensoverschrijdende dienstverlening met buitenlandse werknemers af te schaffen en om te zetten in een meld-

plicht. Dit kan er ook toe leiden dat boetes die in situaties als deze in het verleden op grond van de Wav ten onrechte zijn opgelegd, door de minister van SZW moeten worden terugbetaald.

De uitspraak betekent overigens geen vrijbrief voor de massale instroom van werknemers of uitzendkrachten van buiten de EU via een lidstaat met een gunstiger immigratiewetgeving. Zo dienen ze hun hoofdactiviteit in de EU-lidstaat van herkomst te hebben en moet het om een tijdelijke overplaatsing gaan. Uiteraard moet grondig gecontroleerd worden (door alle betrokken partijen in de keten) of die vreemdelingen wel legaal mogen werken en wonen in die andere EU-lidstaat. De werkzaamheden moeten vervolgens vooraf worden genotificeerd aan het UWV. <<

advertentie



**KEEP
CALM
AND
GET A
MEDIATOR**



Advocaat én Mediator?

Soms lenen conflicten zich niet voor de puur juridische aanpak. Wilt u een andere aanpak in conflicten leren? Wilt u leren hoe partijen zelf tot een oplossing kunnen komen? Met u als begeleider?

The Lime Tree organiseert al jaren mediationopleidingen. Ook advocaten zitten vaak in onze groepen. Wilt u meer informatie over onze opleidingen kijk dan op www.thelimetree.nl of neem contact met ons op voor een persoonlijk gesprek.

The Lime Tree B.V. | 030 - 2255910 | info@thelimetree.nl