

De sancties bij toelating en verblijf van kennismigranten

Hoe worden de regelingen voor erkenning van referenten en de toelating van kennismigranten gehandhaafd? Tesseltje de Lange bespreekt de juridische voorwaarden en zocht naar praktijkvoorbeelden. De IND blijkt nog zoekende te zijn.

Twee jaar geleden is met de inwerkingtreding van de Wet Modern Migratiebeleid (hierna: wet Momi) het Nederlandse vreemdelingenrecht ‘verrijkt’ met een groot aantal sancties op het niet naleven van het vreemdelingenrecht.¹ Onder vreemdelingenrecht versta ik in dit kader niet alleen de Vreemdelingenwet en lagere regelgeving, maar ook de Wet arbeid vreemdelingen (hierna Wav) en de daarbij behorende lagere regelgeving. Handhaving van dit deel van vreemdelingenrecht vindt niet alleen jegens vreemdelingen plaats, maar ook en voornamelijk, jegens hun referenten, vaak werkgevers.²

Werkgevers hebben, als (erkend) referent van de vreemdeling die verblijf in Nederland beoogt, met de wet Momi een versterkte rechtspositie verkregen. Wat die versterkte rechtspositie precies inhoudt, is eerder al in A&MR uiteen gezet.³ Met die versterkte rechtspositie kan een erkend referent aanspraak maken op snelle en versimpelde procedures. Daar staat tegenover dat er ook meer verplichtingen voor de (erkende) referent zijn bijgekomen en dat brengt ons bij de handhaving daarvan. Want als die verplichtingen niet worden nageleefd, is dat een overtreding waarop een sanctie staat.⁴

Handhaving van de wet Momi rond de toelating van kennismigranten vindt in grote lijnen plaats ten aanzien van twee besluiten en op twee momenten. Het eerste besluit betreft de erkenning van de referent. Daarbij wordt vooraf getoetst of er geen sprake is van zodanige misstanden dat de aanvrager niet als referent erkend mag worden. De status van erkend referent kan weer worden ingetrokken als blijkt dat de referent niet meer voldoet aan de voorwaarden.

Het tweede besluit betreft de toelating van een vreemdeling voor verblijf bij de erkende referent. Het voordeel voor de referent is dat hijzelf – en niet de IND – beoordeelt of de vreemdeling

voldoet aan de voorwaarden voor toelating. Daarbij kan de erkend referent ook gebruik maken van een versnelde procedure. Als de vreemdeling eenmaal is toegelaten kan de verblijfsvergunning worden ingetrokken als blijkt dat de vreemdeling toch niet (meer) aan te voorwaarden voldoet.

In dit artikel bespreek ik de juridische voorwaarden voor handhaving ten aanzien van deze twee besluiten en hoe daarvan de afgelopen twee jaar in de praktijk gebruik is gemaakt.⁵

1. Achtergrond

De rol van de erkend referent in de toelatingsprocedure van de vreemdeling betreft een interessante privatisering van een belangrijke overheidstaak: het bepalen wie er in het land mag verblijven wordt overgelaten aan private partijen. De erkend referent krijgt die rol omdat vooraf is beoordeeld dat het een betrouwbare partner van de overheid zal zijn. Hierna zullen we zien dat als zo’n potentieel erkend referent fiscale vergrijpboetes heeft moeten betalen, hij onvoldoende betrouwbaar is.

Hier dringt zich een vergelijking op met andere betrouwbaarheidstoetsen, zoals die in het financiële recht. De Autoriteit Financiële Markten (AFM) toetst of bestuurders van financiële instellingen betrouwbaar zijn. Die bestuurders dragen immers een verantwoordelijkheid ten aanzien van de financiële stabiliteit van het land. Ook deze bestuurders zijn mogelijk niet betrouwbaar als zij fiscale vergrijpboetes hebben moeten betalen. De Rotterdamse rechtbank tikte onlangs de AFM op de vingers omdat zij een fiscale amnestieregeling voor zwartsparenders niet mag laten meewegen in het oordeel over de betrouwbaarheid van de bestuurder.⁶ Dat had de IND, bij de beoordeling van de betrouwbaarheid van een referent namens de Minister van Veiligheid en Justitie (hierna minister of gemakshalve de uitvoerder ‘IND’), ook kunnen overkomen.

In het vreemdelingenrecht zijn (evenals in andere rechtsgebieden, waarschijnlijk) de consequenties voor een onderneming

1 Wet van 7 juli 2010 tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 en enkele andere wetten in verband met de versterking van de positie van de referent in het reguliere vreemdelingenrecht en versnelling van de vreemdelingenrechtelijke procedure (Wet modern migratiebeleid), *Stb.* 2010, 290, op 1 juni 2013 in werking getreden, *Stb.* 2013, 165.

2 Buiten beschouwing blijft hier de handhaving van verplichtingen van referenten van vreemdelingen die in het kader van bijvoorbeeld gezinsmigratie in Nederland verblijven. Ook daar nemen de handhavingsactiviteiten toe zodat dat een onderwerp is dat zelfstandig aandacht behoeft.

3 S.M. Groen, T. de Lange e.a. ‘Wet Modern Migratiebeleid: Overheid en referent’, *A&MR* 2013, nr. 4, p. 184-191; Zie ook Reurs e.a. *Tekst en toelichting Modern Migratiebeleid*, SDU 2014.

4 Zie voor de algemene definitie van overtreding artikel 5:1 Awb.

5 Voor het onderzoeken van die praktijk ben ik dank verschuldigd aan enkele gespecialiseerde advocaten die mij per email enkele voorbeelden hebben opgestuurd. Daarnaast is er een beperkt aantal uitspraken gepubliceerd en heb ik gebruik kunnen maken van enkele onderzoeksrapporten.

6 *Rb.* Rotterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3894.

groot als de status van betrouwbare partner van de overheid niet wordt verkregen of wordt ingetrokken. Het betekent dat die onderneming geen werknemers van buiten de EU (meer) kan inschakelen. Internationaal opererende bedrijven zijn dan ook gefocust op 'compliance' en zullen er alles aan doen om zich aan de regels te houden. Dat is waarschijnlijk ook meteen een verklaring voor het geringe aantal praktijkvoorbeelden van overtredingen van de wet Momi.

Opgemerkt zij verder dat overtreding van de wet Momi verschillende oorzaken kan hebben. Behalve onbekendheid met de regels kan overtreding ook betekenen dat een (verkeerde) afweging is gemaakt op basis van een ingeschatte pakkans, of dat er een behoefte is aan arbeidsmigranten terwijl bestaande regels niet in hun komst voorzien. Dat hoeft geen onwenselijke vorm van migratie of arbeid te zijn vanuit Nederlands perspectief. Bij een evaluatie van de wet Momi zou hier zeker rekening mee moeten worden gehouden.

Ik geef een voorbeeld: buitenlandse studenten die, met een tewerkstellingsvergunning, 12 uur in plaats van de toegestane 10 uur per week werken, overtreden vreemdelingenrechtelijke regelgeving. Daartegen wordt handhavend opgetreden.⁷ Toch hoeft de behoefte van deze vreemdelingen en hun werkgevers om meer te werken niet als een bedreiging van de nationale arbeidsmarkt (of de studievoortgang) te worden gezien. In zo'n situatie ligt het voor de hand de regels aan te passen zodat deze praktijk niet langer als een overtreding kwalificeert. De Europese Commissie heeft geprobeerd het aantal uren dat studenten mogen werken uit te breiden, maar dat lijkt niet te zijn gelukt.⁸ De vele uitzonderingen in de Wet arbeid vreemdelingen getuigen ervan dat het heel gebruikelijk is bestaande praktijken te legaliseren.

Internationaal opererende bedrijven doen er alles aan om zich aan de regels te houden — een verklaring voor het geringe aantal praktijkvoorbeelden van Momi-overtredingen.

Het zou interessant zijn om te weten hoe andere EU lidstaten de naleving van het nationale vreemdelingenrecht omtrent arbeidsmigratie controleren. Dit is niet de plek voor zo'n rechtsvergelijking. In de toekomst zullen we die vergelijking vaker kunnen en moeten maken. Op 29 november 2016 moet een nieuwe arbeidsmigratierichtlijn, namelijk die inzake intra-corporate overplaatsingen (hierna: ICT-richtlijn), geïmplementeerd zijn.⁹ Deze richtlijn kent ook de mogelijkheid om multinationals eerst te erkennen als betrouwbare partner en daarna, via versimpelde procedures, over de toelating van een individuele vreemdeling te beslissen.¹⁰ De ICT-richtlijn schrijft de lidstaten voor die erkenning regelmatig te controleren en sancties, waaronder de intrekking van de erkenning, en maatregelen op te leggen als de voorschriften niet worden nageleefd.¹¹

Iets anders vormgegeven geldt hetzelfde voor de nieuwe Seizoenarbeidersrichtlijn.¹² Daar staat onder het kopje 'Sancties

tegen werkgevers' dat de lidstaten een werkgever die niet heeft voldaan aan de in die richtlijn neergelegde voorschriften, kunnen uitsluiten van het aanstellen van seizoenarbeiders onder de werking van de richtlijn.¹³ Die uitsluiting moet – het is immers een sanctie, zo blijkt uit het kopje boven het artikel – doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. Het zal tegen die tijd voor Nederland een vertrouwde manier van werken zijn.

2. De erkenning van een referent

Voor bepaalde verblijfsdoelen kunnen vreemdelingen uitsluitend met behulp van een erkend referent toelating tot Nederland krijgen. Dit geldt voor kennismigranten, studenten en praktikanten en au pairs. Op grond van de ICT-richtlijn zal dit in de toekomst ook kunnen gaan gelden voor overplaatsingen in concernverband. Voor erkende referenten is die erkenning soms van levensbelang. Een au-pairbureau dat alleen au-pairs van buiten de EU bemiddelt, kan de deuren sluiten als het geen erkend referent is. En de universiteiten en hogescholen zijn blij met de komst van buitenlandse studenten die forse collegegelden betalen en zouden die studenten en de internationale goede reputatie kwijt zijn als de erkenning zou worden ingetrokken. Internationaal opererende bedrijven willen referent kunnen zijn en blijven van (hun) kennismigranten, ze willen ook internationaal kunnen werven. Als de instelling of werkgever waarbij de vreemdeling verblijft niet langer erkend is, heeft dat ook gevolgen voor de verblijfspositie van de vreemdeling.

2.1. Toetsing vooraf

Betrouwbaarheid

De aanvraag om als referent erkend te worden, kan ingevolge artikel 2e Vw onder meer worden afgewezen als de betrouwbaarheid van de aanvrager of van de direct of indirect bij die onderneming, rechtspersoon of organisatie betrokken natuurlijke of rechtspersonen of ondernemingen onvoldoende vaststaat.¹⁴ De aanvrager moet betrouwbaar zijn omdat hij, eenmaal erkend, in feite de beslissing over de toelating van een vreemdeling 'overneemt' van de overheid. Dit doet hij, in een versnelde procedure, met de 'eigen verklaring' dat de vreemdeling aan alle voorwaarden voldoet. Er moet op vertrouwd kunnen worden dat die verklaring klopt.¹⁵

Wat in ieder geval, maar niet uitsluitend, wordt betrokken bij de beoordeling van de 'betrouwbaarheid' van de referent staat in artikel 1.19 Vb: strafrechtelijke veroordelingen, aanvaarde transacties en uitgevaardigde strafbeschikkingen ter zake van nader genoemde misdrijven. Ook opgelegde boetes wegens overtreding van bepaalde fiscale en sociale normen (waaronder ook eerdere overtredingen van de Vw en de Wav) en het moeten doen van

7 Zie bijvoorbeeld recentelijk ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1745.

8 Voorstel van 25 maart 2013, COM (2013) 151 voor een Richtlijn inzake de voorwaarden voor toelating en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op onderzoek, studie, scholierenuitwisseling, betaalde en onbetaalde stage, vrijwilligerswerk en au pairs.

9 Richtlijn 2014/66/EU van 15 mei 2014 betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen in het kader van een overplaatsing binnen een onderneming, *PbEU* 27 mei 2014, L-157/1.

10 Overweging (31) en art. 11 lid 6 Ri 2014/66/EU. Voor de sancties zie: art. 9, 11 lid 9 en 23 lid 7 Ri 2014/66/EU.

11 Art. 9, 11 lid 9 en 23 lid 7 Ri 2014/66/EU.

12 Richtlijn 2014/36/EU van 26 februari 2014 betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op

tewerkstelling als seizoenarbeider, *PbEU* 28 maart 2014, L-94/375.

13 Art. 17 Ri 2014/36/EU.

14 Artikel 2^e, eerste lid sub c Vw.

15 *Stb.* 2010, 307, p. 100. Zie ook Tekst en Toelichting Modern Migratiebeleid, art. 1.19 Vb.

een eerstedagsmelding op grond van artikel 28 Wet op de loonbelasting 1964, moeten bij de beoordeling van de betrouwbaarheid worden betrokken. In de Vc B1/2.1 staat voorts dat de IND de aanvraag afwijst (kennelijk zonder nadere beoordeling van de omstandigheden van het geval) als deze feiten zich binnen vier jaar voorafgaand aan de aanvraag hebben voorgedaan.

Er is mij één uitspraak bekend over de beoordeling van de betrouwbaarheid van een werkgever in het kader van een aanvraag om erkenning als referent.¹⁶ Het betrof het verzoek om erkenning van Ajax N.V., dat de IND namens de minister (als ik het goed zie conform de net genoemde beleidsregel) afwees omdat de Belastingdienst aan Ajax enkele fiscale boetes had opgelegd. De rechter oordeelde dat de minister niet bevoegd was om de aanvraag af te wijzen omdat de rechtbank zelf, gelet op alle omstandigheden, tot het oordeel kwam dat de betrouwbaarheid van Ajax, ondanks die fiscale boetes, niet daarom in twijfel getrokken kon worden. Er lag onder andere een verklaring van de Belastingdienst waarin die dienst schreef dat zij Ajax wel betrouwbaar vond; Ajax had de fiscale overtredingen zelf gemeld bij de Belastingdienst en had daarna op dit vlak niets meer verkeerd gedaan. De rechter oordeelde dat hij met dit eigen oordeel komen kon omdat de vraag of de werkgever betrouwbaar is vol getoetst moet worden; uit artikel 1:19 Vb volgt immers geen beleids- of beoordelingsvrijheid voor het bestuur, aldus de rechtbank.¹⁷

Waarschuwing en bestuurlijke boete

Ingevolge artikel 55a Vw kan een bestuurlijke boete worden opgelegd van ten hoogste € 3000 voor ondernemingen, rechtspersonen en andere organisaties en € 1500 voor natuurlijke personen. Deze boete kan worden opgelegd in geval van overtreding van de zorgverplichtingen jegens de vreemdeling die op grond van artikel 2a Vw op zowel gewone als erkende referenten rusten. Ook beboet wordt de overtreding van artikel 2t tweede en derde lid Vw: de eigenverklaring niet naar waarheid invullen en niet alsnog gegeven en bescheiden verstrekken die van belang zijn voor de beoordeling van de aanvraag, en artikel 24e tweede en derde lid, die nagenoeg van dezelfde strekking zijn. Tot slot staat in artikel 54 Vw eerste lid sub a t/m e een aantal informatie verplichtingen opgesomd waarvan de niet-nakoming een overtreding is. Die verplichtingen zijn weer verder uitgewerkt in artikel 4.44a Vb, waarin de termijn van vier weken voor het verschaffen van inlichtingen, is opgenomen. Uit de artt. 4.17 t/m 4.26 Vv volgt welke inlichtingen precies moeten worden verschaft. Een werkgever van een kennismigrant moet bijvoorbeeld inlichtingen verstrekken als de vreemdeling niet meer aan de inkomenseis voldoet.

Op rechtspraak.nl en migratieweb zijn nog geen uitspraken te vinden over een bestuurlijke boete op grond van artikel 55a Vw.²⁰ Wel heb ik van advocaten begrepen dat werkgevers een waarschuwing hebben gekregen als bleek dat zij niet tijdig bepaalde wijzigingen hadden doorgegeven. De waarschuwing wordt niet

De minister wilde Ajax N.V. niet erkennen als referent, maar de rechter oordeelde dat de betrouwbaarheid van Ajax niet wegens fiscale boetes betwijfeld kon worden.

Uitsluiting van het erkend referentschap

Op grond van artikel 2e, eerste lid onder d Vw kan een nieuwe aanvraag tot erkenning ook worden afgewezen als de eerdere erkenning van de aanvrager, of direct betrokkenen, binnen vijf jaar voorafgaand aan de aanvraag ten gevolge van een overtreding is ingetrokken.¹⁸ Deze uitsluiting is ook te kwalificeren als een bestuurlijke sanctie.¹⁹ Die kwalificatie heeft het in ieder geval in het Europese recht, zo bleek al uit de Seizoenarbeidersrichtlijn. De vrees niet langer erkend te kunnen zijn en dus geen vreemdelingen meer naar Nederland te kunnen laten overkomen, is waarschijnlijk afschrikwekkend en doeltreffend om naleving van de wet Momi af te dwingen. Of deze uitsluiting altijd evenredig is hangt van het geval af en er zal dus ook een belangenbeoordeling aan vooraf moeten gaan.

Er zijn mij nog geen zaken bekend waarin vanwege de eerdere intrekking van het erkend referentschap een nieuwe aanvraag om erkenning werd afgewezen.

2.2. Toetsing achteraf

Eenmaal erkend kan de referent worden geconfronteerd met een aantal sancties, waaronder bestuurlijke boetes en schorsing en intrekking van het erkend referentschap.

genoemd in de Vw, het Vb of het VV maar wel in de beleidsregels.²¹ Daar staat dat de referent bij de eerste keer dat hij een wettelijke verplichting overtreedt, een waarschuwing krijgt van de IND. Het is begrijpelijk dat er nog niet veel boetezaken zijn, want zo'n waarschuwing blijft gedurende 24 maanden van kracht. Pas als de referent binnen die 24 maanden opnieuw in de fout gaat, volgt een bestuurlijke boete.

De handhavingsstijl waarvoor is gekozen, is die van 'opvoeden' en niet van bestraffen, en dat is wel zo sympathiek.²² Wel zit hier nog een addertje onder het gras, want volgens de beleidsregel geldt ook dat 'Wanneer door de ernst van een overtreding een waarschuwing niet op zijn plaats is, (...) de IND zonder eerst te waarschuwen, een bestuurlijke boete op[legt].' Wanneer de overtreding zo ernstig is, wordt nader uitgewerkt in IND Werkinstructie 2013/19.²³ Zo is overtreding van de zorgplicht altijd ernstig en overtreding van de administratieplicht niet. Ook een overtreding van de informatieplicht die tot intrekking van de verblijfsvergunning van de vreemdeling zou hebben geleid, wordt als ernstig gekwalificeerd.

Waarschijnlijk is de verplichting tot betaling van de boete nog het lichtste aspect van oplegging van de boete; de toekomstige uitsluiting van de mogelijkheid voor de overtreder om een twv of gvva te verkrijgen of de mogelijke schorsing of intrekking van de erkenning, zijn veel zwaardere sancties. Overigens moet de

16 Rb. Den Haag, 5 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2530.

17 Zie over deze begrippen en de rol tussen rechter en bestuur A.P. Klap, 'Rechter en bestuur: communicerende vaten of concurrerende machten?', *NTB* 2007, p. 183-194 (afl. 6).

18 De erkenning kan immers ook worden ingetrokken op verzoek van het erkend referent, art. 2g sub d Vw.

19 Zie voor de definitie van een bestuurlijke sanctie art. 5:2 Awb: het moet gaan om een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak.

20 Laatste check vond plaats op 3 mei 2015.

21 Hoofdstuk B1/9.1.2 Vc.

22 In het financiële bestuursrecht wordt ook wel gebruik gemaakt van het zogenaamde 'normoverdragende gesprek', waarbij de overtreder te horen krijgt hoe hij het beter kan doen (zie daarover bijvoorbeeld CBB 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:260). Zo'n gesprek zou voor erkend referenten ook nuttig kunnen zijn.

23 WI 2013/19 van 14 november 2013 van de Afdeling Handhaving werkt 'extern' en is dus een vaste gedragslijn, zie migratieweb ve13002313.

minister eerst weer een waarschuwing geven als binnen de 24 maanden geen tweede overtreding wordt geconstateerd maar daarna weer wel.²⁴

Strafrechtelijke vervolging

Ingevolge artikel 108 Vw kan in geval van overtreding van dezelfde en nog enkele andere voorschriften ook strafrechtelijk worden gehandhaafd. Hechtenis van ten hoogste zes maanden of een geldboete van de tweede categorie kan gevorderd worden. Een bestuurlijke boete mag niet samen met strafvervolging worden opgelegd. Gezien de toelichting op de beleidsregels zal in principe pas contact worden opgenomen met het openbaar ministerie bij een vierde overtreding.²⁵ Ingevolge artikel 5:44 Awb moet bij het opleggen van een bestuurlijke boete in principe altijd het OM geïnformeerd worden, tenzij daarover andere afspraken zijn gemaakt met het OM. Uit werkinstructie 2013/19 volgt dat kennelijk met het OM is afgesproken dat alleen bij zeer ernstige overtredingen de zaak aan het OM wordt doorgestuurd. Bij zeer ernstige overtredingen moet gedacht worden aan een overtreding gericht op het bewust misbruiken van (verblijfsrechtelijke) procedures of als er sprake is van uitbuiting in het kader van mensenhandel.

Van drie referenten is de erkenning ingetrokken, in één geval betrof het een concern dat bij herhaling niet aan de administratieve verplichtingen voldeed.

Schorsing en intrekking

De minister is op grond van artikel 2c, eerste lid sub b Vw bevoegd de erkenning, die geldt voor onbepaalde tijd, te schorsen of in te trekken. Artikel 2f, eerste lid Vw bepaalt dat schorsing van de erkenning als referent kan plaatsvinden indien er 'ernstige redenen zijn om te vermoeden dat de erkenning als referent zal worden ingetrokken'.²⁶ De schorsing van de erkenning houdt dus verband met het onderzoek naar de eventuele intrekking van de erkenning als referent. Hoewel tijdens de schorsing de referent nog wel gebruik kan maken van de gewone procedure, is de naleving hiervan wel onderwerp van verscherpt toezicht.²⁷ Een schorsingsbesluit eindigt met de bekendmaking van de intrekking, of na drie maanden,²⁸ of na verlenging van die termijn als onderzoek van derden nodig is.²⁹ De bevoegdheid om de erkenning te schorsen, is nader uitgewerkt in artikel 1.22 Vb en hoofdstuk B1/2.2. Vc. De omstandigheden waaronder de IND tot schorsing overgaat hebben te maken met onderzoek naar fraude door de inspectie SZW of opsporingsonderzoek door het OM dan wel een eigen ernstig vermoeden van de IND dat de referent niet meer voldoet aan de voorwaarden voor erkenning.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat van intrekking van de status van erkend referent sprake kan zijn als de erkende referent het in hem gestelde vertrouwen heeft geschonden 'uit overwegingen van eigen gewin', waarvan in ieder geval sprake zal zijn in gevallen van uitbuiting, mensensmokkel, of tewerkstelling van vreemdelingen in strijd met de Wav.³⁰ In artikel 2g Vw staan de gronden voor intrekking van de erkenning, onder meer als de erkenning op onjuiste of onvolledige gegevens is gebaseerd, de

referent niet langer voldoet aan de voorwaarden voor erkenning (bijvoorbeeld omdat hij zich schuldig heeft gemaakt aan illegale tewerkstelling of mensenhandel) of als de erkende referent zich niet heeft gehouden aan zijn verplichtingen als referent. Op grond van de beleidsregels zal dan de status van erkend referent pas worden ingetrokken als de referent voor de derde keer beboet is wegens het niet naleven van de zorg- of informatieplicht en de overtreding door de IND als ernstig is gekwalificeerd. Die status kan ook worden ingetrokken als blijkt dat de referent het geschonken vertrouwen niet waard is omdat hij niet zorgvuldig toetst of de vreemdeling wiens overkomst hij wenst aan de verblijfsvoorwaarden voldoet of als de referent kennis of vermoedens van misstanden heeft waarin de vreemdeling verblijft. In dat laatste geval kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een au-pairbureau dat misstanden in een gastgezin niet aanpakt.

Er zijn inmiddels enkele erkende referenten geschorst – of de erkenning is ingetrokken.³¹ Ik weet van in ieder geval drie intrekkingen, waarbij het in één geval ging om een Japans concern dat bij herhaling niet aan de administratieve verplichtingen voldeed.³² Hoewel de intrekking in eerste instantie werd aangevochten heeft het bedrijf de procedure gestaakt omdat

hun Japanse medewerkers sinds december 2014 vrij zijn op de Nederlandse arbeidsmarkt en ze de erkenning niet meer nodig hebben.³³

In een tweede zaak is de erkenning onder andere ingetrokken omdat er minder dan de salarisnorm werd uitbetaald aan de kennismigrant, waarbij de IND geen rekening heeft willen houden met de door de werkgever als looncomponent meegetelde waarde van privégebruik van een auto.³⁴ In deze zaak was volgens de IND ook sprake van een niet op orde zijnde salarisadministratie en de referent had de IND niet over deze misstanden geïnformeerd. Een voorgenomen intrekking, waar sprake was van een onzorgvuldige loonadministratie maar volgens de advocaat niets 'ernstigs', is na een zienswijze niet doorgezet.³⁵ Het lijkt voor de IND nog zoeken naar het juiste instrument per overtreding. Overigens staan alle erkende referenten op de website van de IND. Daarbij staat niets over een eventuele schorsing en of bedrijven van de lijst geschrapt zijn.³⁶

24 Dat het op die manier niet snel tot het opleggen van een boete komt, is niet in strijd met de beginselplicht tot handhaving, zie ABRvS 5 oktober 2011, AB 2011, 307 m.nt. F.R. Vermeer.

25 Stcrt. 1 juni 2013, 8389.

26 Kamerstukken II 2008-2009, 32 052, nr. 3, p. 77.

27 Ibid, p. 78.

28 Art. 2f, tweede lid, Vw.

29 Art. 2f, derde lid, Vw.

30 Kamerstukken II 2009-2010, 32 052, nr. 7, p. 42. Zie verder Groen e.a. A&MR 2013.

31 Uit jurisprudentie is ook informatie te halen over intrekkingen van voor de invoering van de Wet Momi, zie bijv. ABRvS 26 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4237, JV 2015/14 waar het ging om een intrekking omdat niet conform het looncriterium was betaald.

32 Emailcorrespondentie met advocaat 1 d.d. 28 april 2015. Advocaten en bedrijven zijn niet scheutig met het geven van informatie over een schorsing of intrekking. Naast de juridische consequenties is er ook reputatieschade om rekening mee te houden.

33 ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4701, JV 2015/45, nt S.J. van der Woude.

34 Beschikking van 3 juni 2015 ter inzage gegeven door advocaat 3 in emailcorrespondentie d.d. 12 juni 2015.

35 Emailcorrespondentie met advocaat 2 d.d. 12 juni 2015.

36 <https://ind.nl/zakelijk/openbaar-register>, geraadpleegd op 4 juni 2015. De lijst bestaat, geprint, uit 126 pagina's en heel veel werkgevers. De bekendmaking van de intrekking van de status van erkend referent zou op zich zelf een sanctie zijn: naming and shaming.

3. Toelating van de vreemdeling

In de volgende paragrafen beperk ik mij tot de toelating van één specifieke groep migranten die een erkend referent nodig hebben, de kennismigranten.³⁷

3.1. Toetsing vooraf

De verblijfsvergunning onder de beperking 'arbeid als kennismigrant' kan worden verleend aan een vreemdeling voor het verrichten van arbeid bij een erkend referent, als hij voldoet aan de criteria neergelegd in artikel 1d Besluit uitvoering Wav (hierna BuWav), tenzij naar het oordeel van de minister het overeengekomen loon sterk afwijkt van het loon dat voor de te verrichten werkzaamheden in overeenkomstige functies gebruikelijk is.³⁸ In artikel 1d BuWav staan de inkomensnormen voor verschillende kennismigranten afhankelijk van leeftijd en eerder verblijf als student.³⁹

Uit de Vc blijkt niet wanneer de Minister van V&J van oordeel is dat het loon *sterk afwijkt* van wat gebruikelijk is. Wel is beschreven hoe wordt nagegaan of het loon *marktconform* is. De Afdeling vindt dit – net als ik – niet helemaal hetzelfde.⁴⁰ Een extra marktconformiteitstoets, die in de praktijk regelmatig plaatsvindt, valt te kwalificeren als een vorm van preventieve controle van de aanvraag van de eerder wel als betrouwbaar gekwalificeerde werkgever. Er is in deze zaken nog geen sprake van een overtreding, de marktconformiteitstoets is dus geen sanctie, hoewel de langere behandelingsduur door erkende referenten waarschijnlijk wel als een 'straf' wordt ervaren. De IND ziet in de combinatie van de functie en het geboden loon kennelijk aanleiding voor zo'n extra controle vooraf om mogelijk misbruik van de kennismigrantenregeling (en toekomstige overtredingen van de vreemdelingrechtelijke regelgeving) te voorkomen.

Door vooraf een aanvraag om toelating van een individuele vreemdeling te controleren volgt de IND het eigen betrouwbaarheidsoordeel over de referent dus niet blind. De IND zal nadere stukken opvragen met daarin informatie over de aard van het bedrijf en het totale personeelsbestand van het bedrijf (deels informatie die ook moet blijken uit het dossier inzake de erkenning), de opleiding van de kennismigrant⁴¹ en de functie die de kennismigrant gaat vervullen (dat moet ook op de eigen verklaring staan). Behalve de functie moet de werkgever ook vermelden welke taken de kennismigrant binnen deze functie gaat vervullen; en aantonen welke speciale deskundigheid op het gebied van opleiding en werkervaring nodig is om deze functie te doen vervullen door een kennismigrant. Tot slot zal de werkgever alsnog aannemelijk moeten maken dat het loon en andere arbeidsvoorwaarden (inclusief de overige vergoedingen die aan de kennismigrant betaald gaan worden), overeenkomen met de laatst overeengekomen cao of overeenkomt met vergelijkbare functies.⁴²

In deze marktconformiteitstoets zijn veel gelijkenissen te herkennen met de imperatieve en facultatieve weigeringsgronden van artikel 8 en 9 Wav. Het zal dan ook niet verbazen dat in de praktijk het UWV gevraagd wordt te adviseren over de marktconformiteit van het loon van een kennismigrant.⁴³ Bij toepassing van deze toets wordt niet meer binnen de streeftermijn van twee weken beslist.⁴⁴ Wannéér dit nadere onderzoek nodig is, staat niet in de Vc en wordt niet elders uitgewerkt.

Goldberg heeft onderzocht of hierbij risicoprofielen worden gebruikt, zoals in de parlementaire geschiedenis te lezen valt.⁴⁵ Daarvan is haar niet gebleken. Welke omstandigheden wel aanleiding zijn voor een controle van het loon vooraf, is voor zover mij bekend niet in beleidsregels of een werkinstructie vastgelegd. Vanuit de advocatuur wordt wel opgemerkt dat Chinese kennismigranten bij de IND extra in de belangstelling staan.⁴⁶

De Afdeling overwoog onlangs dat het advies over de marktconformiteit van het loon van het UWV een deskundigenadvies aan de minister is voor de uitoefening van diens bevoegdheden.⁴⁷ Dat betekent, aldus vaste jurisprudentie van de Afdeling, dat de minister zich ervan moet vergewissen dat het advies op een zorgvuldige wijze tot stand is gekomen en inhoudelijk inzichtelijk en concludent is.⁴⁸ Anders mag de IND zich er niet op baseren. Als het advies wel deugdelijk is kan een vreemdeling, of diens werkgever, hier nog een eigen deskundigenadvies tegenover zetten.

3.2. Toetsing achteraf

De eenmaal toegelaten kennismigrant kan in ieder geval met twee vormen van handhaving worden geconfronteerd. Ten eerste kan de minister via Suwinet en aanvullende gegevens controleren of aan het looncriterium wordt voldaan, wat tot sancties op grond van de Vw kan leiden, zoals intrekking van de verblijfsvergunning van de vreemdeling. Ten tweede legt de Inspectie SZW op grond van de Wav aan de werkgever een bestuurlijke boete op wegens illegale tewerkstelling als achteraf blijkt dat niet aan de voorwaarden voor verblijf als kennismigrant wordt voldaan.

Handhaving looncriterium door IND

Sinds 1 januari 2014 is het looncriterium van de kennismigrant aangepast van een jaarloon, naar een maandloon. Dat maakt het voor de IND, namens de minister, eenvoudiger om in Suwinet te controleren of per maand aan de inkomensnorm is voldaan. Als één maand minder dan de norm wordt ontvangen, ook al ontvangt de vreemdeling een maand later een nabetaling die dit herstelt, dan is in die eerste maand toch niet aan het looncriterium voldaan. Dat zou genoeg kunnen zijn voor de IND om handhavend op te treden. Die handhaving bestaat uit het intrekken van de verblijfsvergunning van de vreemdeling en het waarschuwen of beboeten van de werkgever. Ook als de Minister van V&J de werkgever louter zou waarschuwen, loopt de werkgever nog het risico van de Minister van SZW een Wav-boete te krijgen. Een boete op grond van de Wav is dan weer aanleiding om te concluderen dat de werkgever niet meer voldoet aan

37 Buitenlandse studenten en au pairs en de handhaving ten aanzien van hen worden bijvoorbeeld niet besproken.

38 Art. 3.30a Vb.

39 Jonger dan dertig jaar: ten minste € 3.071,- per maand en ouder dan dertig jaar ten minste € 4.189,- per maand of onafhankelijk van leeftijd als binnen een jaar voorafgaand aan de tewerkstelling een geaccrediteerde opleiding aan een hoger onderwijsinstelling in Nederland is afgerond, ten minste € 2.201,- per maand. In alle gevallen wordt te betalen vakantiebijslag niet meegerekend.

40 ABRvS 15 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4692, *JV* 2015/84 m.nt. Bex-Reimert. Een vergelijkbare uitspraak deed Rb. Den Haag zp. Amsterdam 19 december 2014 AWB 14/17976, niet gepubliceerd, waartegen geen hoger beroep is aangegetekend door de IND, emailcorrespondentie 15 juni 2015 met advocaat 4.

41 De wereldwijd geprezen eenvoud van de kennismigrantenregeling, waarbij alleen naar het loon zou worden gekeken en niet naar kwalificaties, is nu niet zo eenvoudig meer...

42 Hoofdstuk B1/3.4.1.4.

43 WBV 2015/6 van 4 mei 2015, *Start*. 2015, Nr. 13033. Hier staat overigens dat dit advies gevraagd wordt aan de minister van SZW en dat die beoordelingsvrijheid heeft ten aanzien van de marktconformiteit van het loon. De samenwerking tussen V&J en SZW en/of IND en UWV levert een steeds moeilijker te ontwarren bevoegdheidsstructuur op.

44 Hoofdstuk B1/3.4.1.4.

45 S. Goldberg, masterscriptie UvA juni 2015 (in bezit van de auteur).

46 Emailcorrespondentie advocaat 4 d.d. 15 juni 2015. Zie over discriminatie door de Inspectie SZW bij de handhaving van de Wav ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1723.

47 ABRvS 15 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4692, *JV* 2015/84 m. nt. dr. V.M. Bex-Reimert.

48 ABRvS 18 december 2009 in zaak nr. 200901087/1/V1.

de voorwaarden voor erkenning en dat is weer een reden voor intrekking van de erkenning.⁴⁹

Uit twee dossiers heb ik de brief gelezen waarin de werkgever werd gevraagd om binnen 14 dagen uitleg te geven over de betaling onder de norm. In de ene brief stond niet toegelicht hoe de werkgever een en ander zou moeten aantonen, anders dan door 'feiten en omstandigheden naar voren te brengen die naar uw mening bij de besluitvorming moeten worden betrokken'.⁵⁰ In de andere brief is onder acht bullets in detail opgenomen welke informatie verschaft moet worden, inclusief een actuele loonstaat van al het personeel dat bij dat bedrijf in dienst was in 2014.⁵¹

Het nut van door de IND gevraagde informatie ter beoordeling van het voldoen aan de inkomensnorm is niet altijd te herleiden tot het looncriterium in de regelgeving.

Ook uit het eerder genoemde onderzoek van Goldberg, komt naar voren dat geregeld om andere informatie wordt gevraagd om te beoordelen of de kennismigrant voldoet aan de inkomensnorm en dat het nut van de gevraagde informatie niet altijd te herleiden is tot het looncriterium zoals vervat in artikel 3.30a Vb jo 1d Buwav. De Minister van V&J komt beoordelingsvrijheid toe met betrekking tot de marktconformiteit van het loon, maar dat neemt niet weg dat hij het verbod op willekeur in acht moet nemen bij de uitvoering van het toezicht op de looneis.

Er is geen (gepubliceerde) jurisprudentie over de intrekking van de kennismigrantenverblijfsvergunning, van na de invoering van de Wet Momi, wegens het niet voldoen aan het inkomenscriterium. De intrekkingen die het meest in het oog springen, vonden plaats in het kader van het Bugibba-project.⁵² In dit project is, zo begrijp ik uit de jurisprudentie, onderzoek gedaan naar verondersteld misbruik van de verblijfsvergunning 'Arbeid in Loondienst', 'Kennismigranten' en 'Gezinsherenigers' in de periode van 1 januari 2006 tot en met 11 januari 2011.⁵³ De Chinese arbeidsmigranten waren tewerkgesteld bij, zo zou uit het onderzoek blijken, niet-bestaande ondernemingen en verbleven vaak ook helemaal niet in Nederland maar vroegen wel na vijf jaar om een verblijfsvergunning als langdurig ingezetene op grond van Richtlijn 2003/109/EG. Het OM onderzocht of de bemiddelaars van deze Chinese migranten zich schuldig hadden gemaakt aan valsheid in geschifte ten behoeve van het verkrijgen van die verblijfsvergunningen, wat volgens de Rotterdamse rechtbank niet het geval was.⁵⁴

In één Bugibba-zaak heeft een kennismigrantengezin met succes in beroep betoogd dat het wel in Nederland heeft gewoond en gewerkt bij een bestaand bedrijf, zodat er volgens de rechtbank onvoldoende grond was om de vergunning in te trekken.⁵⁵ Een belangrijk punt voor de rechtbank om het beroep gegrond te verklaren was dat er te weinig informatie is verstrekt door de IND over het Bugibba-onderzoek waarop de intrekking gebaseerd was.

Dat brengt mij bij een aantal andere Bugibba-zaken waarop advocaat E.T.P. Scheers mij attendeerde, waarin de beroepen niet gegrond waren verklaard en de vreemdelingen hoger beroep hebben aangetekend. In enkele gevallen ging het om de intrekking van de inmiddels verkregen status als langdurig ingezetene op grond van richtlijn 2003/109/EG. Die hoger beroepen heeft de Afdeling met toepassing van artikel 91, tweede lid Vw afgedaan en de uitspraken van de rechtbanken zijn bevestigd. De consequentie van deze manier van afdoen is dat de uitspraken nauwelijks gemotiveerd worden en ook niet gepubliceerd worden.⁵⁶ Scheers heeft zich in een klacht bij de Europese Commissie

afgevraagd of, gelet op het gebrekkige bewijs, wel aangenomen mocht worden dat de verblijfsvergunningen frauduleus waren verkregen, zodat de intrekkinggrond van artikel 9, eerste lid sub a Richtlijn 2003/109/EG zich hier mogelijk niet voordoet. De Afdeling was door Scheers gevraagd prejudiciële vragen te stellen, maar heeft daar ongemotiveerd van afgezien.⁵⁷

Samenloop met handhaving illegale tewerkstelling Inspectie SZW

Bram van Melle bespreekt in deze aflevering van A&MR de evenredigheid van de bestuurlijke boetes op grond van de Wav ingeval van illegale tewerkstelling. Wat over de grens altijd uitleg behoeft, is dat in Nederland de Inspectie SZW ook handhaaft op illegale tewerkstelling van (nog) legaal verblijvende vreemdelingen, zoals buitenlandse studenten en kennismigranten. Richtlijn 2009/52/EG inzake werkgeverssancties bij illegale tewerkstelling betreft immers juist niet legaal verblijvende vreemdelingen. De Inspectie SZW werkt samen met de IND en het UWV 'op het gebied van risicogerichte inspecties en handhaving naar specifieke groepen of sectoren, bij werkgevers van buitenlandse studenten of kennismigranten'.⁵⁸

Uit informatie van de Inspectie SZW blijkt dat in 2014 84 inspecties werden uitgevoerd ten aanzien van de kennismigrantenregeling, waarbij 32 kennismigranten illegaal tewerkgesteld (dus niet conform de eisen van de Wav) zouden zijn aangetroffen.⁵⁹ Of in die 32 gevallen ook de verblijfsvergunning is ingetrokken, kan ik niet achterhalen. Dat is denkbaar, maar de IND kan ook hebben volstaan met een waarschuwing.

In de jurisprudentie van de Wav-boetes vinden we de kennismigrantenzaken soms wat makkelijker terug, maar ook daar slechts sporadisch.⁶⁰ Het gaat in wezen om twee soorten zaken. In de meeste zaken gaat de discussie over het looncriterium: dit was voor de invoering van de Wet Momi in ieder geval al de meest voorkomende reden om handhavend op te treden op grond

49 Art. 2g eerste zinsnede en onder b Vw jo 2^e, eerste lid onder c Vw jo. 1.19 Vb.

50 Brief IND aan werkgever van augustus 2014 (in het bezit van de auteur).

51 Brief IND aan werkgever van februari 2015 (in het bezit van de auteur).

52 De Bugibba-zaken dateren van voor de invoering van de Wet Momi. Die zaken betroffen wel ook de kennismigrantenregeling.

53 Rb Zeeland-West-Brabant 30 mei 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:CA1902 (intrekking vv arbeid bij niet bestaand bedrijf).

54 Rb. Rotterdam 22 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1248 (hier wordt het mega-zaak Bugibba genoemd).

55 Rb. Den Haag zp. Amsterdam 25 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16403. De minister heeft geen hoger beroep ingesteld en de intrekking herroepen, emailcorrespondentie advocaat 3 d.d. 12 juni 2015.

56 Over deze wijze van afdoening heeft advocaat E. T.P. Scheers een klacht ingediend bij de Europese Commissie. Deze klacht van 20 oktober 2014 is, geanonimiseerd, in bezit van de auteur.

57 Zie over ongemotiveerd afdoen van een verzoek om prejudiciële vragen te stellen ABRvS 5 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:785, JV 2015/139 m. nt. C.A. Groenendijk waarbij Groenendijk kanttekeningen plaatst bij de praktijk om een expliciet verzoek om prejudiciële vragen te stellen ongemotiveerd wordt afgewezen met toepassing van art. 91 lid 2 Vw 2000.

58 Jaarverslag Inspectie SZW 2014, p. 23.

59 Jaarverslag Inspectie SZW 2014, p. 51.

60 Op rechtspraak.nl verschijnen vanaf 2010 uitspraken in beeld op de zoektermen 'wav', 'boete' en 'kennismigrant'.

van de Wav.⁶¹ Het feit dat uitgegaan werd van een jaarloon en niet van maandloon maakte de handhaving lastiger, maar zoals gezegd is dat aangepast. In de eerder aangehaalde intrekking van de erkenning van een referent van een kennismigrant is ook de verblijfsvergunning ingetrokken en een Wav-boete opgelegd aan de werkgever.⁶² De beboeting op grond van de Wav was er niet gekomen als de verblijfsvergunning van de kennismigrant niet, met terugwerkende kracht, was ingetrokken. Maar ten tijde van de gedraging die nu op grond van de Wav beboet wordt was die gedraging nog geen overtreding. Dat roept de vraag op of deze Wav-boete wellicht strijdig is met verbod op terugwerkende kracht van strafbaarstelling.

De handhaving van het vreemdelingenrecht bij de toelating van arbeidsmigranten is nog een nationale aangelegenheid, maar er zijn verschillende aanknopingspunten met het Unierecht.

Een tweede terugkerende kwestie betreft de kennismigrant die vóór afgifte van de vergunning al aan de slag was gegaan.⁶³ In het verlengde daarvan ligt een Wav-boetezaak over de tewerkstelling van Turkse kennismigranten die even uit dienst waren geweest en daarna weer in dienst traden bij dezelfde werkgever voor dezelfde arbeid. Hun verblijfsvergunning als kennismigrant was nog geldig. De Minister van SZW probeerde toch een Wav-boete op te leggen omdat de kennismigrantenvergunning volgens hem niet meer 'werkte' na de onderbreking, waarvan de werkgever melding had moeten maken. De werkgever had die melding nagelaten zodat de kennismigrantenvergunningen ook niet ingetrokken waren. De rechtbank concludeerde dat het feit dat 'de vreemdelingen en de werkgever zich niet hebben gehouden aan de meldingsplicht (), betekent weliswaar dat zij zich niet aan de voorwaarden voor de kennismigrantenregeling hebben gehouden, maar betekent niet dat hiermee automatisch een einde is gekomen aan hun verblijfsrechtelijke status. Deze status kan immers alleen van rechtswege (door afloop van de geldigheidsdatum van de verblijfsvergunning) of intrekking

beëindigd worden.⁶⁴ Omdat de verblijfsvergunning niet was ingetrokken, was er geen grondslag voor een Wav-boete, aldus de rechtbank. Maar zoals hiervoor aangegeven kun je je afvragen of die grondslag er met terugwerkende kracht kan komen wanneer de verblijfsvergunning wel wordt ingetrokken. Onder de huidige wet was er in ieder geval wel een reden geweest voor een waarschuwing of eventueel een boete van de IND voor het niet naleven van de verplichtingen van de erkend referent. Die bevoegdheid had de IND destijds nog niet.

4. Afsluitend

In deze bijdrage ben ik nagegaan hoe de IND gebruik maakt van een aantal van de sancties die met de Wet Momi in het vreemdelingenrecht zijn ingevoerd. De handhaving van de erkenning van referenten en de handhaving van de toelating van kennismigranten stond centraal. Er is nog niet veel gepubliceerde jurisprudentie maar enkele praktijkvoorbeelden laten zien dat de IND nog zoekende is: hoe zal hij van de nieuwe bevoegdheden gebruik maken?

Voor de advocatuur is het een interessant nieuw deelgebied om over te adviseren en te procederen. Voor (erkende) referenten is een sanctie een behoorlijk zure appel, of dat nou een waarschuwing of een, bestuurlijke boete is, de intrekking van een erkenning of van een verblijfsvergunning na een overtreding of de uitsluiting van toekomstige vergunningverlening.

Hoewel de handhaving van het vreemdelingenrecht rond de toelating van arbeidsmigranten zoals hier beschreven nog een zeer nationaal vreemdelingenrechtelijke aangelegenheid is, zijn er verschillende aanknopingspunten met het Unierecht en kunnen we uitkijken naar een verdere Europeanisering van ook dit deelgebied van het vreemdelingenrecht.

61 ABRvS 26 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8308; ook ABRvS 16 mei 2012 ECLI:NL:RVS:2012:BW5983 en

62 Emailcorrespondentie advocaat 3 d.d. 12 juni 2015.

63 ABRvS 1 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9075; zie in de zelfde zin Rb. Arnhem 14 september 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN6909.

64 Rb Den Haag 12 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2867.