

# Kroniek arbeidsmigratie

1. Inleiding
2. Europees arbeidsmigratierecht
3. Nationaal arbeidsmigratierecht
4. Rechtspositie van arbeidsmigranten

## 1. Inleiding

In deze vierde kroniek over de regulering van arbeidsmigratie<sup>1</sup> behandel ik een aantal ontwikkelingen vanaf oktober 2012 tot en met oktober 2014. In deze twee jaren is er zoveel gebeurd dat ik waar mogelijk zal volstaan met een korte duiding van de wijziging en verder zal verwijzen naar literatuur; ik pretendeer geen volledigheid.

Het overzicht van de Europese regulering van arbeidsmigratie begint met al geïmplementeerde richtlijnen. Daarna komen de richtlijnen die nog geïmplementeerd moeten worden aan de orde. Ik beperk mij geheel tot de Europese richtlijnen over arbeidsmigratie van derdelanders. Na het opengaan van de arbeidsmarkt voor Roemenen en Bulgaren per 1 januari 2014 hebben de overgangsmaatregelen voor werknemers uit nieuwe EU lidstaten enkel nog betekenis voor Kroaten; in de eerdere kronieken besteedde ik hier uitgebreid aandacht aan, nu laat ik dat onderwerp rusten.

Vanaf paragraaf 3 sta ik stil bij de Nederlandse ontwikkelingen, zoals de herziening van de Wet arbeid vreemdelingen per 1 januari 2014 en enkele wijzigingen in de toelatingsregels voor kennismigranten. De handhaving van de Wav kwam nooit in deze kroniek aan de orde; ook verscheen daarover onlangs een preadvies, daar verwijs ik kortheidshalve naar.<sup>2</sup>

Tot slot sta ik stil bij een aantal uitspraken over de (arbeidsrechtelijke) rechtspositie van arbeidsmigranten.

## 2. Europees arbeidsmigratierecht

### 2.1. Europese Blauwe kaart richtlijn<sup>3</sup>

De Europese Blauwe kaart richtlijn (Richtlijn 2009/50/EG) bepaalt de voorwaarden waaronder Europese lidstaten derdelanders en hun gezinsleden moeten toelaten voor het verrichten van hooggekwalificeerd werk. Deze richtlijn staat toe dat de lidstaten naast de Europese Blauwe kaart hun nationale toelatingsbeleid voor kennismigranten hanteren. In Nederland wordt de verblijfsvergunning op grond van deze Blauwe kaart richtlijn zelden aangevraagd. Vooral in Duitsland wordt veel gebruik gemaakt van de Europese Blauwe kaart: in 2013 werden 14.197 vergunningen verleend.<sup>4</sup> In Nederland is in 2012 slechts één zo'n Europese Blauwe kaart verleend, terwijl in dat jaar 6.343 vergunningen voor kennismigranten werden afgegeven.<sup>5</sup>

De Europese Blauwe kaart richtlijn stelt hogere eisen aan de buitenlandse werknemer en hanteert een hogere inkomensnorm dan de Nederlandse kennismigrantenregeling. Vanuit het perspectief van werkgevers is de Nederlandse kennismigrantenregeling dus 'voordeliger'. Op de langere termijn kan de Europese Blauwe kaart voor de arbeidsmigrant echter voordelen bieden die

1 Eerdere afleveringen van deze kronieken verschenen in *A&MR* 2010/8 (p. 421-428, van T. de Lange), *A&MR* 2011/9 (p. 426-433, van T. de Lange) en *A&MR* 2012/8 (p. 503-510, van T. de Lange).

2 M. van Emmerik & C. Saris, *Evenredige bestuurlijke boetes*, Preadvies voor de Vereniging voor Bestuursrecht (VAR), BJJU, Den Haag: 2014.

3 Richtlijn 2009/50/EG, *Pub. EU* 2009 L-152/17. Zie over de implementatie van deze richtlijn de kroniek *Arbeidsmigratie 2011*, *A&MR* 2011/9 (ve11002928).

4 COM(2014) 287 Communication on the implementation of Directive 2009/50/EC van 22 mei 2014.

5 Jaarverslag IND 2013, p. 6.

de Nederlandse kennismigrantenregeling niet kent. De richtlijn beoogt de mobiliteit van deze arbeidsmigranten binnen de EU te bevorderen. Op basis hiervan kunnen zij rechten opbouwen op de status van langdurig ingezetene als zij vijf jaar als houder van de Europese Blauwe kaart in verschillende lidstaten van de EU verblijven. Omdat het initiatief voor het aanvragen van de verblijfsvergunning bij migratie van hooggeschoolden vaak bij de werkgever ligt, veronderstel ik dat de werkgever voor de nationale regeling kiest en niet voor een Europese verblijfsvergunning die de mobiliteit van de werknemer bevordert: de werkgever wil de dure werknemer immers aan zich binden en niet zien vertrekken naar een mogelijke concurrent elders in Europa.

Ondanks het gebrek aan harmonisatie ten gevolge van de mogelijkheid om een nationale kennismigrantenregeling te hanteren, ziet de Europese Commissie geen aanleiding om de Europese Blauwe kaart richtlijn te wijzigen.<sup>6</sup> Wel zal deze richtlijn meer onder de aandacht worden gebracht van werkgevers en potentiële werknemers. Ik neem aan dat de Europese Commissie

*Op korte termijn is de Nederlandse regeling voordeliger voor kennismigranten, maar na vijf jaar de Europese Blauwe kaart.*

hiermee hoopt te bereiken dat arbeidsmigranten bij hun werkgevers aandringen op het aanvragen van deze status in plaats van de nationale variant, die hen in Europa geen bijzondere rechtspositie geeft.<sup>7</sup>

## 2.2 Werkgeverssanctierichtlijn<sup>8</sup>

De werkgeverssanctierichtlijn (2009/52/EG) bepaalt dat de lidstaten van de EU de werkgevers moeten bestraffen die derdelanders zonder rechtmatig verblijf tewerkstellen.<sup>9</sup> Daarnaast bepaalt de werkgeverssanctierichtlijn dat de lidstaten de illegaal tewerkgestelde vreemdelingen een zekere bescherming moeten bieden. De Europese Commissie concludeerde in haar evaluatie van de werkgeverssanctierichtlijn dat die bescherming in onder andere Nederland nog niet voldoende is.<sup>10</sup>

De bescherming waarin lidstaten, waaronder Nederland, tekort schieten bestaat uit het verschaffen van een verblijfsvergunning tijdens bestraffende procedures gericht tegen de werkgever (in Nederland geïmplementeerd in artikel 3:48, eerste lid sub g 4 Vb 2000; voor zover mij bekend is nooit op die grond een verblijfsvergunning verleend), het mogelijk maken dat de vreemdeling een loonvordering kan instellen tegen de werkgever (waarover meer in de laatste paragraaf van deze kroniek) of het systematisch verschaffen van objectieve informatie aan de illegaal tewerkgestelde vreemdeling over diens rechtspositie.

## 2.3 Eén-procedurerichtlijn<sup>11</sup>

Deze één-procedurerichtlijn (2011/98/EU) beoogt de toelating van arbeidsmigranten tot de lidstaten van de EU efficiënter te laten

verlopen en bepaalt daarom dat de lidstaten bij de toelating van arbeidsmigranten niet langer naast een verblijfsvergunning ook nog een tewerkstellingsvergunning mogen hanteren.<sup>12</sup> De één-procedurerichtlijn bepaalt niet de voorwaarden voor toelating. Wel regelt de één-procedurerichtlijn dat vreemdelingen die als arbeidsmigrant zijn toegelaten of die voor een ander doel zijn toegelaten maar arbeid verrichten, recht hebben op een behandeling die gelijk is aan die van de eigen onderdanen. In december 2013 moest deze richtlijn zijn geïmplementeerd. Op 1 april 2014 was dit in Nederland ook daadwerkelijk een feit.<sup>13</sup> Met deze implementatie is er een nieuwe figuur geïntroduceerd in de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: Wav), namelijk de 'gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid' (hierna: GVVA). Deze gecombineerde vergunning, die afgegeven wordt door de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, komt in de plaats van een afzonderlijke tewerkstellingsvergunning en een afzonderlijke verblijfsvergunning voor arbeid. De GVVA wordt aangevraagd bij de Staatssecretaris van V&J en wordt pas verleend na

een positief advies van het UWV. Die advisering is gebaseerd op dezelfde criteria als die gehanteerd worden bij de verlening van een tewerkstellingsvergunning; dat kan omdat de één-procedure-richtlijn immers niets regelt met betrekking tot de voorwaarden voor toelating van arbeidsmigranten. Inhoudelijk geen wijziging dus, maar procedureel wel. Ook is op de GVVA het vreemdelingenprocesrecht van toepassing, wat een aanzienlijke wijziging is ten opzichte van de procedure over een tewerkstellingsvergunning op grond van de Wav.

Opgemerkt zij dat de eerste geluiden uit de praktijk nog niet bemoedigend zijn.<sup>14</sup> Zo zou de IND niet direct bij binnenkomst van een aanvraag om een GVVA een verzoek om advies neerleggen bij het UWV. Na ontvangst van het positieve advies van het UWV zou er enige tijd overheen gaan voordat de werkgever geïnformeerd en de GVVA verleend wordt. Al die tijd kan de betrokken buitenlandse werknemer niet aan de slag, wat voor de werkgever kostbare verloren tijd kan zijn. Het doel van de Europese Commissie, een efficiënte procedure invoeren, is in Nederland (nog) niet bereikt, het tegendeel lijkt eerder waar.

## 2.4 Seizoenarbeidersrichtlijn<sup>15</sup>

Op 26 februari 2014 is de Seizoenarbeidersrichtlijn (Richtlijn 2014/36/EU) aangenomen. Deze richtlijn gaat over de voorwaarden voor toegang en verblijf van derdelanders met het oog op tewerkstelling als seizoenarbeider, maar regelt ook het een en ander over werkgeverssancties. Ratio is dat als de lidstaten een legale route hebben voor seizoenarbeid, er minder vreemdelingen illegaal naar de Europese Unie hoeven te komen om die arbeid te verrichten; dat was en is in veel lidstaten de praktijk. Veel van de bezwaren die bij de totstandkoming van de

6 COM(2014) 287 Communication on the implementation of Directive 2009/50/EC van 22 mei 2014.

7 Zie verder C. Grütters & T. Strik, *The Blue Card Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, WLP, Nijmegen: 2013.

8 Pb EU 2009, L-168/25. Zie over de implementatie van deze richtlijn de kroniek Arbeidsmigratie 2011, A&MR 2011, nr. 9 (ve11002928).

9 Zie over dit deel van de richtlijn P. J. Krop, *De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling (diss. UvA)* 2014, <http://dare.uva.nl/document/2/78115>.

10 COM(2014) 286 Communication on the application of Directive 2009/52/EC van 22 mei 2014.

11 Pb. EU L-343/1.

12 Zie ook T. de Lange, 'Kroniek arbeidsmigratie', in A&MR 2012, nr. 9 (ve12002339). Zie uitgebreid S. Gaastra & T. de Lange 'De implementatie van Richtlijn 2011/98/EU: naar een gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid', in *PS Documenta* 2014 (1), p. 33-49, [www.dare.uva.nl/auteur/lange.t.de](http://www.dare.uva.nl/auteur/lange.t.de)

13 Stb. 2014, 128.

14 Dit is gebaseerd op gesprekken met advocaten en met sleutelfiguren binnen het ministerie van SZW.

15 PbEU 2000, L-94/375. Zie over deze richtlijn ook T. de Lange & C. Rijken, 'Europese voorwaarden voor toegang en verblijf van derdelanders voor seizoenarbeid in de Nederlandse context', *Journal Nederlands Vreemdelingenrecht* (nog te verschijnen).

Seizoenarbeidersrichtlijn werden geuit zijn opgelost, zoals het recht op gelijke behandeling met eigen onderdanen (artikel 23) ten opzichte van de eerdere beperkte gelijkstelling; in die zin heeft de Seizoenarbeidersrichtlijn een sociaal gezicht gekregen dan in eerste instantie de opzet was. Nederland wilde niet dat de richtlijn ook seizoensarbeid voor korter dan drie maanden zou regelen, maar dat is er wel gekomen (artikel 5). Er is ook een bepaling die voorschrijft dat de lidstaten de hernieuwde binnenkomst van seizoenarbeiders moeten faciliteren (artikel 16, eerste lid). De lidstaten kunnen vervolgens zelf kiezen hoe ze dat doen, door niet opnieuw dezelfde stukken te vragen, in één besluit meerdere vergunningen af te geven (voor dezelfde vreemdeling), door een versnelde procedure open te stellen of door een volgende aanvraag met voorrang te behandelen (artikel 16, tweede lid). De lidstaten zijn bevoegd om een quotum in te stellen ter beperking van het aantal derdelanders dat seizoensarbeid kan komen verrichten. Met het aanwezige arbeidsaanbod uit de EU is het denkbaar dat Nederland voor zo'n quotum kiest. De lidstaten kunnen een arbeidsmarkttoets toepassen, in welk geval zij de vergunning *kunnen* afwijzen (artikel 8, derde lid). Bij de implementatie zal antwoord moeten worden gegeven op de

## 2.5. Richtlijn overplaatsing binnen een onderneming<sup>16</sup>

Tot slot is op 15 mei 2014 een nieuwe richtlijn aangenomen die bepaalt hoe de lidstaten de overplaatsing binnen een onderneming van derdelanders moeten regelen. Deze Intra corporate transfer (ICT) richtlijn (richtlijn 2014/66/EU) moet op 29 november 2016 geïmplementeerd zijn. De ICT-richtlijn regelt de toelatingsvoorwaarden in geval van overplaatsing binnen een onderneming van leidinggevenden, specialisten en 'stagiair-werknemers' (in het Engels: trainee employees) voor een periode langer dan 90 dagen. De richtlijn laat onverlet de bevoegdheid van de lidstaten om 'indien een onderdaan van een derde land niet binnen het toepassingsgebied van deze richtlijn valt, met het oog op het verrichten van werk andere vergunningen af te geven dan vergunningen voor een binnen een onderneming overgeplaatste persoon.' (preambule 9). In de Nederlandse context betekent dit denk ik dat de overgeplaatste leidinggevende ook als kennismigrant kan komen. Toelatingsvoorwaarden voor toepassing van de ICT-richtlijn (artikelen 5-8) houden onder meer in dat de werknemer al tenminste 3 tot maximaal 12 maanden onmiddellijk voorafgaand aan de aanvraag en onafgebroken in dienst is geweest bij het concern dat hem overplaatst. Stel dat Nederland

## *Het is de vraag of de Nederlandse arbeidsmarkttoets in het licht van de nieuwe Seizoenarbeidersrichtlijn niet te dwingend is geformuleerd.*

vraag of de dwingende formulering van de Nederlandse arbeidsmarkttoets de door de Seizoenarbeidersrichtlijn voorgeschreven beleidsvrijheid die volgt uit het woordje 'kunnen' niet te zeer inperkt. De Nederlandse arbeidsmarkttoets in artikel 8 Wav is immers dwingend geformuleerd: de vergunning *moet* worden geweigerd, waarbij geen sprake is van beleidsvrijheid.

Het inschakelen van arbeidsmigranten voor seizoensarbeid gebeurt in de praktijk via uitzendbureaus. Volgens het huidige Nederlandse systeem kunnen die alleen als erkend referent seizoenarbeiders voor langer dan vijf maanden naar Nederland halen. Het is de vraag of dit systeem van erkende referenten in overeenstemming is met de richtlijn; die rept in ieder geval niet over de mogelijkheid om erkenning vooraf te verplichten. Dat neemt niet weg dat de vergunning wel kan worden geweigerd als de werkgever niet deugt (artikel 8, vierde lid), wat dan blijkt uit eerder opgelegde boetes wegens illegale tewerkstelling bijvoorbeeld. De Seizoenarbeidersrichtlijn zelf verplicht de lidstaten ook tot het opleggen van sancties tegen werkgevers die hun verplichtingen krachtens deze richtlijn niet nakomen (artikel 17); de belangrijkste sanctie is uitsluiting van de mogelijkheid om vergunningen te krijgen op grond van de Seizoenarbeidersrichtlijn. Dat moet ook zo zijn voor hoofdaannemers en iedere intermediaire aannemer die niet de nodige zorgvuldigheid heeft betracht ter voorkoming van overtreding van de richtlijn (artikel 17, derde lid).

De arbeidsmigrant mag niet de dupe zijn van een slechte werkgever: de lidstaten moeten regelen dat de werkgever (en alle intermediairs naast of in de plaats van de werkgever) de vreemdeling een vergoeding toekennen die 'alle resterende verplichtingen die de werkgever had moeten nakomen indien de vergunning met het oog op seizoensarbeid niet was ingetrokken' dekt (artikel 17, tweede lid). Hiertoe zal wellicht artikel 23 Wav moeten worden uitgebreid. Ook het indienen van klachten door seizoenarbeiders over hun werkgever moet gefaciliteerd worden (artikel 25; net als ingevolge de werkgeverssanctierichtlijn), iets wat nu niet speciaal in Nederland geregeld is. De Seizoenarbeidersrichtlijn moet uiterlijk 30 september 2016 geïmplementeerd zijn.

kiest voor de termijn van drie maanden dan mag bijvoorbeeld de Indiase concernmedewerker na drie maanden in India voor het concern te hebben gewerkt op grond van de richtlijn naar Nederland. Als Duitsland een termijn van 12 maanden hanteert kan hij, zo neem ik aan, niet na 6 maanden al naar Duitsland overgeplaatst worden. Hier was voor de beoogde eenvoud van de regeling een eensluidende termijn overzichtelijker geweest.

Het bekend zijn met het concern maakt de werknemer geschikt voor overplaatsing (preambule 16), bij iemand van buiten het concern gaat het om het vervullen van een 'gewone' vacature en daar is deze richtlijn niet voor bedoeld. Ook moeten beroeps- en ervaringskwalificaties worden aangetoond. Quota kunnen worden tegengeworpen (artikel 6) en leges kunnen worden geheven, mits niet buitensporig (artikel 16). Ik kan mij voorstellen dat de huidige Nederlandse leges voor een verblijfsvergunning voor arbeid van € 870 door het Hof van Justitie van de EU als buitensporig worden gekwalificeerd, ook al gaat het hier om werkgevers die dat waarschijnlijk wel kunnen betalen.

Belangrijk punt is dat de geldigheidsduur van de vergunning moet worden beperkt tot drie jaar of één jaar voor de stagiair-werknemer (artikel 12). De maximumduur van drie jaar is inclusief verplaatsingen tussen de lidstaten en voordat een nieuwe vergunning kan worden aangevraagd moet de werknemer naar een derde land (terug)gaan. De lidstaten mogen zelf bepalen hoelang de werknemer de EU moet verlaten voordat zij hem weer opnieuw toelaten (preambule 18). Een concern met veel Europese vestigingen kan straks dus kiezen en - om een aantrekkelijk land voor multinationals te zijn - kunnen de lidstaten dus onderling concurreren met korte termijnen. Consequentie van dit verplichte verblijf buiten de EU is natuurlijk dat de werknemer geen rechten opbouwt op grond van de langdurig ingezetenen richtlijn.

De rechtspositie van deze arbeidsmigranten en hun gezinsleden wordt ook in de ICT-richtlijn geregeld (artikelen 17-19). De overgeplaatste werknemers krijgen niet zoals andere arbeidsmigranten

16 Pb. EU 2014 L-157/1.

het recht op gelijke behandeling met eigen onderdanen. Zij hebben wat betreft arbeidsvoorwaarden recht op een behandeling die tenminste dezelfde is als in geval van detachering op grond van de Detacheringsrichtlijn (richtlijn 96/71/EG). Dit betekent op grond van artikel 3 Detacheringsrichtlijn dat de multinational slechts een 'harde kern' van duidelijk omschreven beschermende bepalingen in acht moet nemen, ongeacht de duur van de terbeschikkingstelling van de werknemer (zie ook preambule 14 Detacheringsrichtlijn). Voor de Nederlandse implementatie van de Detacheringsrichtlijn moet gekeken worden naar de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (Waga).<sup>17</sup> Welke arbeidsvoorwaarden in Nederland precies tot die harde kern behoren, moet in de rechtspraak nog worden uitgekristalliseerd, maar een bij cao afgesproken basisuurloon hoort daar in ieder geval wel bij.<sup>18</sup>

Het grote voordeel van de ICT-richtlijn is dat met een verblijfsvergunning op grond van de ICT-richtlijn de vreemdelingen ook in een andere vestiging van het concern in een andere EU lidstaat kunnen werken (artikelen 20-22). Dit mobiliteitsregime geldt als een uitbreiding van het Schengenregime en aan afstemming tussen deze regimes, voor zover nodig, wordt nog gewerkt.<sup>19</sup>

Het mobiliteitsregime kent twee varianten, een korte-termijnregime van 90 dagen gedurende 180 dagen, gelijk aan het Schengenregime. Voor de tweede variant, het lange-termijnregime, zal een aparte vergunning aangevraagd moeten worden (artikel 11). Hoewel de ICT-richtlijn, net als de één-procedure-richtlijn, de procedures wil vereenvoudigen krijgen we er weer een nieuwe vergunning bij, te herkennen aan de tekst 'mobiele ICT' op het verblijfsdocument (artikel 22, vierde lid). Het verblijf in de tweede lidstaat bij een andere vestiging van het concern duurt in dit geval langer dan 90 dagen en wordt begrensd door de maximale verblijfsstermijn in de unie van 3 jaar. De tweede lidstaat waar de mobiele ICT'er naar toe wordt overgeplaatst kan de overplaatsing weer opnieuw beoordelen.

## *En weer verandert de regering op basis van ad hoc beslissingen de Wet arbeid vreemdelingen.*

Anders dan bij de richtlijnen over seizoensarbeid en illegale tewerkstelling bepaalt de ICT-richtlijn niet dat buitenlandse werknemers ergens moeten kunnen klagen over hun werkgever. Kennelijk worden deze meestal hoger opgeleide werknemers geacht zelf de weg naar bijvoorbeeld een advocaat te kunnen vinden als zij ontevreden zijn over hun werkgever. Of dat altijd reëel is betwijfel ik: juist de afhankelijkheid op meerdere vlakken van de multinational, die net als bij seizoenarbeiders vaak ook huisvesting en andere zaken voor de werknemer regelt, maakt dat deze werknemers nauwelijks zelf in contact zijn met het land waarin zij gestationeerd zijn en dus misschien net zo moeilijk de weg weten te vinden.

STRAMER: Hoewel de ICT-richtlijn de procedures wil vereenvoudigen, krijgen we er weer een nieuwe vergunning bij, te herkennen aan 'mobiele ICT' op het verblijfsdocument.

Tot slot kent de ICT-richtlijn een verplichting voor de lidstaten om doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties in te voeren om – kort gezegd – misbruik van de regeling (door een onderneming en/of de werknemer, dat wordt uit de tekst van de ICT-richtlijn niet duidelijk) tegen te gaan (artikelen 9 en 23).

Van misbruik kan sprake zijn als het een 'schijnvestiging' is, dus als de 'gastentiteit hoofdzakelijk is opgericht om de toegang van binnen een onderneming overgeplaatste personen te faciliteren en/of geen daadwerkelijke activiteit uitoefent.' (preambule 24).

### 3. Nationaal arbeidsmigratierecht

Nadat de regering eind 2012 *In betere banen* van de WRR had ontvangen, een toekomstperspectief op arbeidsmigratie,<sup>20</sup> heeft zij de Sociaal Economische Raad gevraagd te adviseren over arbeidsmigratie.<sup>21</sup> De WRR constateerde onder meer dat het 'arbeidsmigratiebeleid voornamelijk is overgelaten aan de ad-hocbeslissingen van werkgevers, terwijl demografische ontwikkelingen lijken te vragen om een beleid dat op een langetermijnvisie is gebaseerd'.<sup>22</sup> De SER zal met zo'n langetermijnvisie moeten komen, maar dat advies laat op zich wachten.

Ook zonder dat advies was er kennelijk voldoende aanleiding om de Wet arbeid vreemdelingen en lagere regelgeving ingrijpend te wijzigen, wijzigingen die in mijn optiek grotendeels als ad-hocbeslissingen van de regering na ad-hocverzoeken van werkgevers zijn te kwalificeren en dus geen blijk geven van de langetermijnvisie die de WRR vraagt. Zoals ik al weer zeven jaar geleden in mijn proefschrift beschreef is het al tachtig jaar de praktijk om adhocbeslissingen te nemen.<sup>23</sup> Het is ook al tachtig jaar de praktijk dat aanscherpingen overboord gezet worden als werkgevers serieuze(re) tekorten aan arbeidskrachten zeggen te hebben. Het hierna nog te bespreken convenant dat de Minister van SZW heeft gesloten met de Aziatische Horeca is daar een recent voorbeeld van.

De wet Momi, de aanpassing van de Vreemdelingenwet met belangrijke consequenties voor arbeidsmigranten, is vorig jaar al uitvoerig besproken in *A&MR*.<sup>24</sup>

Mede ten gevolge van de hierna kort te beschrijven wijzigingen in de Wav en lagere regelgeving, waarbij vooral de arbeidsmarkttoets nog verder is aangescherpt, zal het aantal verleende tewerkstellingsvergunningen in 2014 naar verwachting teruglopen, een trend die in 2013 al werd ingezet (8799 verleende vergunningen in 2013 tegen 10592 in 2012). Tegen deze trend in laten onderstaande cijfers wel een verdubbeling zien in 2013 van het aantal tewerkstellingsvergunningen verleend *zonder* arbeidsmarkttoets (714 in 2013 en 373 in 2012). Hier gaat het om bijvoorbeeld tewerkstellingsvergunningen voor stagiaires en buitenlandse studenten die tijdelijk en zonder dat wordt gekeken naar de aanwezigheid van zogenaamd prioriteit genietend aanbod op de Nederlandse of Europese arbeidsmarkt, mogen werken mist een tewerkstellingsvergunning is verleend.

<sup>17</sup> Stb. 1999/554, onlangs gewijzigd zie Stb. 2014, 274.

<sup>18</sup> Zie ook Rb Groningen 5 oktober 2012, ECLI:NL:RBGR0:2012:BX9234.

<sup>19</sup> Voorstel in eerste lezing 25 februari 2014, 2010/0209 (COD) doc. Nr. 6795/14, p. 2.

<sup>20</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *In betere banen*, 2012, te downloaden via: [www.wrr.nl/publicaties/publicatie/article/in-betere-banen/](http://www.wrr.nl/publicaties/publicatie/article/in-betere-banen/)

<sup>21</sup> *Kamerstukken II 2012-2013*, 29407 nr. 153.

<sup>22</sup> WRR, *In betere banen*, 2012 p. 9.

<sup>23</sup> T. de Lange, *Staat, markt en migrant. De regulering van arbeidsmigratie naar Nederland 1945-2006 (diss. Nijmegen)*, BJU, Den Haag: 2007.

<sup>24</sup> Zie daarover ook M.A.G. Reurs, *Modern migratiebeleid*, Tekst en toelichting, Sdu Uitgevers, Den Haag 2014.

Tabel I. Aangevraagde, geweigerde en verleende tewerkstellingsvergunningen

Tewerkstellingsvergunningen	2010	2011	2012	2013
Totaal aanvragen	16173	15457	12267	10898
Totaal geweigerd	1877	2028	1511	1312
Totaal verleend naar arbeidsmarkttoets <i>totaal</i>	13759	11972	10592	8799
Totaal verleend met volledige arbeidsmarkttoets	6274	4098	2430	1309
Totaal verleend met beperkte arbeidsmarkttoets	6274	7262	7771	6757
Totaal verleend zonder arbeidsmarkttoets	490	455	373	714
Totaal verleend <i>onbekend</i> *	X	141	18	19
Totaal ingetrokken door werkgever	861	1229	687	571
* Door het UWV is per 5-9-11 het nieuwe registratiesysteem VerA ingevoerd. Een aantal verleende twv's is niet naar soort toets geregistreerd.				

### 3.2 Herziening Wav

De invoering op 1 april 2014 van de GVVA is hiervoor al aan de orde gekomen. Daarvoor, op 1 januari 2014, is de Herziening Wav in werking getreden.<sup>25</sup> De GVVA-procedure is niet altijd van toepassing, zodat daarnaast de tewerkstellingsvergunning blijft bestaan. Erg overzichtelijk is dat niet. De meest in het oog springende wijzigingen per 1 januari 2014 hebben betrekking op de verlenging van de termijn waarna de arbeidsmigrant in aanmerking komt voor de aantekening 'arbeid vrij toegestaan'. Die termijn is van drie jaar naar vijf jaar gegaan. Verder is er een zogenoemde 'abstracte' arbeidsmarkttoets gekomen, waarbij het niet meer gaat om de vraag of prioriteit genietend aanbod *beschikbaar* is, maar of dit alternatieve arbeidsaanbod *aanwezig* is (hoewel eventueel niet beschikbaar). De tewerkstellingsvergunning kan nog maar een geldigheidsduur hebben van één jaar en verlenging is niet meer mogelijk. Bij een voortzetting van een dienstverband moet dus opnieuw een tewerkstellingsvergunning worden aangevraagd. Dan moet opnieuw aan alle voorwaarden worden voldaan. Op werkgevers is een verzwaarde bewijslast komen rusten om aan te tonen – zowel bij aanvang van een dienstverband met een vreemdeling als bij de herhaalde aanvragen – dat er niemand aanwezig is om het werk te doen, zodat de afgifte van een tewerkstellingsvergunning gerechtvaardigd is.

Problematisch is het ontbreken van overgangsrecht. Hierdoor is een groep arbeidsmigranten die voor 1 januari 2014 net niet voldeed aan de drie-jaren eis, het recht op de aantekening 'arbeid vrij toegestaan' ontnomen, terwijl zij bij aanvang van hun werkzaamheden er vanuit gingen dat zij daar na drie jaar arbeid aanspraak op konden maken. Zij moeten nu eerst de vijf jaar volmaken, waarbij het onzeker is of dat lukt omdat hun werkgever jaarlijks een nieuwe tewerkstellingsvergunning voor hen zal moeten aanvragen die door het UWV zal worden onderworpen aan de nieuwe en strengere arbeidsmarkttoets.

### Chinese horeca

Vooraf vanuit de Chinese horeca is er geklaagd over het ontbreken van overgangsrecht.<sup>26</sup> Hierdoor zouden Chinese restaurants zonder koks komen te zitten terwijl zij dachten dat hun koks binnen afzienbare tijd vrij zouden zijn op de arbeidsmarkt en geen tewerkstellingsvergunning meer nodig zou zijn. De consequentie van het ontbreken van overgangsrecht was dat deze restaurants opnieuw zouden moeten gaan werven en het UWV zich inmiddels op het standpunt stelde dat er 1000 Nederlandse koks aanwezig waren om in de restaurants te komen werken. Die Nederlandse koks voldeden volgens de Chinese restauranthouders niet, zij wilde dus hun Chinese koks houden of nieuwe kunnen aantrekken. Koks en restauranthouders hebben over de rechtmatigheid van het ontbreken van overgangsrecht, gelet op de rechtsonzekerheid die dit teweegbracht, verschillende procedures aangespannen. Het is nog wachten op de uitkomst daarvan. De discussie begon overigens al voor de invoering van deze herziene Wav. In 2011 werden voor Chinese koks nog ongeveer 1.700 tewerkstellingsvergunningen verleend. Dat werd onwenselijk gevonden door de regering zodat een project 'Aziatische Horeca' is opgezet.<sup>27</sup> Een zogenoemd 'Stappenplan' voor de Chinese horeca uit 2008 werd aangescherpt. Het UWV ging Nederlandse werkzoekende koks bemiddelen naar de Aziatische horeca en als toch een tewerkstellingsvergunning zou moeten worden verleend zou dat nog slechts voor 18 maanden zijn onder de voorwaarde dat de kok een Nederlander helpt opleiden. In de Eerste Kamer liet Asscher weten geen aanleiding te zien om een overgangsfase (bij de herziening van de Wav of het nieuwe 'stappenplan') te creëren voor de sector.<sup>28</sup>

Door aanscherping van dit beleid ten aanzien van Chinese koks werden er in 2013 al minder tewerkstellingsvergunningen verleend.<sup>29</sup> Zo werd een tewerkstellingsvergunning geweigerd voor de functie chef-kok/frituur kok voor een 'gewoon' Chinees restaurant.<sup>30</sup> Dat het een gewoon restaurant was bleek uit de overgelegde foto's waarop een reclamebord te zien was met 'Cafeteria

25 Deze wetswijziging is in de vorige kroniek Arbeidsmigratie al besproken: T. de Lange, 'Kroniek Arbeidsmigratie', A&MR 2012, nr. 9 (ve12002339). Zie hierover recenter T. de Lange 'De Wet arbeid vreemdelingen herzien: arbeidsmarktregulering in tijden van crisis', in *PS Documenta* 2013, nr. 11/12, te raadplegen via migratieweb (ve13002186) of [www.dare.uva.nl/auteur/lange,t.de](http://www.dare.uva.nl/auteur/lange,t.de). Zie ook A. Avci & N. Koene 'Wet arbeid vreemdelingen: Alert anno 2014!', in *ArbeidsRecht* 2014/32, p. 13-17.

26 Volkskrant 27 maart 2014, 'Chinese horeca onder druk door gebrek aan koks'.

27 *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 475 (nadere MvA dd 3 oktober 2013), p. 3-4.

28 *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 475 (nadere MvA 3 oktober 2013), p. 3-4.

29 Jaarverslag UWV 2013, p. 19.

30 ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2507.

en Chinese afhaal'. Uit een andere uitspraak blijkt dat het UWV niet altijd goed motiveert waarom een restaurant niet als Chinees specialiteitenrestaurant zou kunnen worden aangemerkt.<sup>31</sup>

Vertegenwoordigers van de Chinese horeca stapten eind 2013 naar de burgerlijke rechter om de rechtmatigheid van deze aanscherping van het Stappenplan te laten toetsen maar zij werden niet-ontvankelijk verklaard, omdat de individuele restauranthouders afwijzingen van tewerkstellingsvergunningen voor de bestuursrechter kunnen aanvechten en de belangenbehartigers geen eigen belang hadden bij een uitspraak van de burgerlijke rechter.<sup>32</sup>

Wat in rechte niet lukte, lukte wel met andere pressiemiddelen: de Chinese horeca demonstreerde op 1 april 2014 op het Binnenhof, de VVD stelde Kamervragen en een D66-motie werd aangenomen inhoudende dat er overleg moest komen.<sup>33</sup> Minister Asscher liet op 25 april 2014 weten met de sector in overleg te zijn.<sup>34</sup>

Op 25 september 2014 werd uiteindelijk het zogenoemde 'wokakkoord' gesloten door minister Asscher en de vertegenwoordigers van de Aziatische horeca.<sup>35</sup> Dit akkoord is in Paragraaf 19a van het Besluit Uitvoering Wav uitgewerkt. Het houdt een tijdelijke regeling in voor de duur van twee jaar. In die periode wordt een

*Het aantrekken van hooggekwalificeerde en gekwalificeerde arbeidsmigranten. Beleid en best practices in Nederland,*<sup>38</sup> Indiac kwam in juni 2013 met een kwantitatieve en in juni 2014 met een kwalitatieve analyse van de kennismigrantenregeling<sup>39</sup> en het WODC evalueerde de Regeling Hoogopgeleiden.<sup>40</sup>

Het kennismigrantenbeleid begint een nogal gefragmenteerd palet van regels te worden. Degenen die er dagelijks mee werken zullen de weg wel kennen, maar voor de minder ingevoerd kan het woud onoverzichtelijk zijn. Bovendien worden er verschillende instrumenten gekozen: de vrijstelling van de tewerkstellingsvergunning met of zonder melding bij het UWV; de betrokkenheid van het UWV en/of de IND of andere adviesinstellingen, zoals de Netherlands Foreign Investment Agency (NFIA), de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (voorheen Agentschap NL) of private partijen (zoals begeleiders van startende ondernemers). En de verschillende regelingen genieten ook nog eens wisselende populariteit onder de potentiële gebruikers. Met de hierna opgesomde wijzigingen pretendeer ik geen volledigheid.

*Inkomenseis kennismigranten: maand- in plaats van jaarnorm*

De enige aanscherping voor deze categorie gewilde arbeidsmigranten is waarschijnlijk de verandering van de inkomenseis

## *Zou het 'wokakkoord' van regering en Aziatische horeca de laatste tijdelijke uitzondering zijn op de eis van toetsing aan de aanwezigheid van prioriteit genietend aanbod?*

beperkt aantal tewerkstellingsvergunningen of GVVA's afgegeven voor Aziatische koks zonder dat getoetst wordt aan de aanwezigheid van prioriteit genietend aanbod. Wel moeten de deelnemende werkgevers allerlei inspanningen verrichten om prioriteit genietend aanbod beschikbaar te hebben na afloop van die twee jaar. Dit soort afspraken wordt al decennia lang gemaakt met de Chinese horeca en hebben nooit tot het afnemen van de behoefte aan Chinese koks geleid. In 2000 was sprake van een tekort van 2000 koks en gold een convenant dat die nood moest ledigen.<sup>36</sup> In 1994 werd het Chineko Convenant gesloten op grond waarvan vele Chinese koks naar Nederland kwamen terwijl ook prioriteit genietend aanbod opgeleid zou worden.<sup>37</sup> Het zal mij dus benieuwen of dit het laatste 'tijdelijke' akkoord over arbeidsmigratie en het opleiden van prioriteit genietend aanbod is met deze sector.

### 3.3 Kennismigranten

Terwijl de Herziening van de Wav en – voor Nederland – de invoering van de GVVA geen versoepeling van het arbeidsmigratieregime brengen, zien we op het gebied van de kennismigranten (en zelfstandigen, maar die blijven hier buiten beschouwing) de introductie van allerlei instrumenten om hun komst te vergemakkelijken. Er verscheen in de verslagperiode een aantal rapporten over kennismigratie naar Nederland. Het Europees Migratie Netwerk publiceerde in september 2013

bij kennismigranten naar een maandnorm in plaats van een jaarnorm.<sup>41</sup> Volgens de toelichting ontstaat hierdoor meer zekerheid dat de kennismigrant niet wordt onderbetaald. De waarde van loon in natura wordt door de IND niet meegeteld bij de beoordeling of de kennismigrant voldoet aan de inkomenseis.<sup>42</sup>

*Behoud hoofdverblijf kennismigranten en wetenschappers*

Vanaf 1 april 2014<sup>43</sup> respectievelijk 1 juli 2014<sup>44</sup> mogen kennismigranten en wetenschappelijk onderzoekers die op grond van de richtlijn 2005/71/EG een verblijfsvergunning hebben, hun hoofdverblijf niet hebben verplaatst als ze langer dan zes maanden buiten Nederland verblijven. Deze vreemdelingen behouden dus hun verblijfsvergunning, mits ze aan de voorwaarden ervan voldoen. Na een verblijf buiten Nederland van meer dan acht maanden worden zij wel geacht hun hoofdverblijf te hebben opgegeven.

*Pilot Kort verblijf Kennismigranten & kennisindustrie*

De pilot *Kort verblijf Kennismigranten* die op 1 januari 2012 van start ging is per 1 januari 2014 omgezet in een definitieve regeling.<sup>45</sup> Wat is aangepast ten opzichte van de in de vorige kroniek beschreven pilot is dat de inkomensnorm van de kennismigrant nu wel afhangt van zijn leeftijd, dus hoger is voor 30-plussers.

31 Rb. Den Haag 3 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:17608.

32 Rb. Den Haag 3 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:16569.

33 *Kamerstukken II* 2013-2014 29407 nr. 191.

34 *Kamerstukken II* 2013, 2014 Aanhangsel 1816.

35 [www.nrcq.nl/2014/09/30/chinese-koks-mogen-weer-komen-wokken-in-nederland](http://www.nrcq.nl/2014/09/30/chinese-koks-mogen-weer-komen-wokken-in-nederland).

36 [www.trouw.nl/tr/nl/5009/Archief/archief/article/detail/2507316/2000/06/27/Waarborgsom-of-vertrekbonus-voor-Chinese-koks.dhtml](http://www.trouw.nl/tr/nl/5009/Archief/archief/article/detail/2507316/2000/06/27/Waarborgsom-of-vertrekbonus-voor-Chinese-koks.dhtml).

37 Hiernaar wordt bijvoorbeeld verwezen in: Rb. Den Haag 12 november 1999, ECLI:NL:RBSGR:1999:AA6901.

38 <http://bit.ly/1tcvz9J>.

39 <http://bit.ly/1v3RTyM>, en <http://bit.ly/1DjJb3K>.

40 WODC Cahier 2014-4 'Gezocht: buitenlands toptalent', <https://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2313-evaluatie-regeling-hoogopgeleiden.aspx>.

41 Besluit van de Staatssecretaris van V&J van 11 december 2013, WBV 2013/25, *Stcrt.* 2013, 35617.

42 Paragraaf B6/2.3 Vreemdelingencirculaire 2000.

43 Besluit van de Staatssecretaris van V&J van 13 maart 2014, WBV 2014/9, *Stcrt.* 2014, 8489.

44 Besluit van de Staatssecretaris van V&J van 18 juni 2014, WBV 2014/19, *Stcrt.* 2014, 17424.

45 Par. 28 van de uitvoeringsregels behorende bij de regeling uitvoering Wav, *Stcrt.* 2013, 35848.

De pilot *Kennisindustrie* loopt nog tot 1 juli 2015; de voorwaarden zijn opgenomen in artikel 1k Besluit Uitvoering Wav. De pilot houdt in dat erkende bedrijven (met een jaaromzet vanaf € 50 miljoen) geen twv hoeven aan te vragen voor vreemdelingen die naar Nederland komen namens de buitenlandse afnemer van een product met een minimale waarde van het project van 5 miljoen euro. Het Nederlandse (producerende) bedrijf moet de vreemdelingen bij het UWV aanmelden op grond van artikel 2a van de Wav.

#### 4. Jurisprudentie over de rechtspositie van arbeidsmigranten

De jurisprudentie die hierna aan de orde komt raakt de (sociaalrechtelijke) rechtspositie en -bescherming van vreemdelingen op verschillende wijze. In paragraaf 4.1. komen drie zaken aan de orde over de vordering van een niet-rechtmatig verblijvende vreemdeling van loon dan wel een insolventie-uitkering. Ondanks het ontbreken van rechtmatig verblijf hebben vreemdelingen – in de huidige stand van deze procedures – wel aanspraak op loon en uitkering. Het kan nuttig zijn om in de vreemdelingenrechtpraktijk, waar verblijfsaanspraken in de regel centraal staan, ook te onderzoeken of de vreemdeling nog financiële aanspraken heeft en, mocht hij Nederland moeten verlaten, met wat extra middelen kan vertrekken. In par. 4.2 komt de rol van de

aanleiding van prejudiciële vragen van de Centrale Raad van Beroep, dat de Insolventierichtlijn inzake de bescherming van werknemers bij insolventie van de werkgever en het algemene beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie zo moeten worden uitgelegd dat ook een derdelander zonder rechtmatig verblijf aanspraak heeft op een insolventie-uitkering.<sup>47</sup> In het civiele recht wordt deze derdelander als werknemer gekwalificeerd; dan kun je het recht op zo'n insolventie-uitkering niet afhankelijk stellen van een verblijfsvergunning, aldus de A-G. De A-G voegt daaraan toe dat het uitsluiten van derdelanders in strijd zou zijn met de doelstellingen van het sociale beleid van de Unie, omdat 'deze uitsluiting de aanwerving van een buitenlandse arbeidskracht kan aanmoedigen om zo de loonkosten te verminderen' (r.o. 52). De boosdoener in het Nederlandse recht is het in 1998 met de Koppelingswet ingevoerde artikel 3, derde lid van de Werkloosheidswet.

Tümer, een Turkse man die in 1988 een verblijfsvergunning voor verblijf bij echtgenote kreeg, gescheiden was in 1996 en na 2005 geen rechtmatig verblijf meer had, werd in 2008 werkloos omdat zijn werkgever failliet ging. De procedure over zijn uitkering loopt dus al sinds 2005! Er zijn door werkgevers WW-premies afgedragen voor Tümer; iets wat werkgevers voor buitenlandse werknemers zonder rechtmatig verblijf nog wel kunnen doen, maar wat waarschijnlijk in de praktijk niet veel voorkomt na de invoering van de Koppelingswet.

Mocht het HvJEU de conclusie van de A-G volgen, dan scheidt dat

### *De enige aanscherping voor kennismigranten, gewilde arbeidsmigranten, is de veranderde inkomenseis: maandnorm in plaats van jaarnorm.*

Arbeidsinspectie bij de bescherming van illegaal tewerkgestelde vreemdelingen aan de orde. Ook de vakbonden hebben zich via een rechtszaak ingezet op dit terrein: niet ter bescherming van vreemdelingen maar met een verzoek om op te treden tegen illegale tewerkstelling, ter bescherming van Nederlandse werknemers. De vakbond had hierbij geen succes. Tot slot bespreek ik in par. 4.3. een uitspraak over de arbeidsmarktaantekening van een vreemdeling die voor gezinsmigratie was toegelaten en daarna om verblijf voor arbeid vroeg.

4.1. Vorderingen van niet-rechtmatig verblijvende vreemdelingen  
Voor zover mij bekend heeft de Rechtbank Amsterdam voor het eerst een loonvordering van een vreemdeling op grond van artikel 23 Wav toegewezen.<sup>46</sup> De casus betrof een man die in een souvenirwinkel in Amsterdam werkte en daarboven sliep. In 2010 deed hij aangifte van mensenhandel; op basis van de constatering van de politie dat hij achter de toonbank van de winkel aan het opruimen was en gezien de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak over het werkgeversbegrip van de Wav, concludeert de Amsterdamse Rechtbank dat sprake is van een werkgever in de zin van de Wav. Deze werkgever wordt vermoed de vreemdeling gedurende tenminste zes maanden tewerk te hebben gesteld tegen een beloning en een arbeidsduur die in de sector gebruikelijk is (artikel 23 Wav). De werkgever slaagt er niet in dit vermoeden te weerleggen, zodat aan de vreemdelingen zes maanden loon, vakantietoeslag en vakantiedagen toekomt.

Ook op Europees niveau is rechtspraak in ontwikkeling betreffende de rechten van illegaal tewerkgestelde vreemdelingen. Op 12 juni 2014 concludeerde A-G Bot in de zaak *Tümer*, naar

waarschijnlijk slechts voor een beperkte groep vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf rechten. Toch geeft de conclusie van de A-G wel te denken over de ratio van de Koppelingswet en roept het de vraag op of het koppelingsbeginsel niet averechts werkt: het verslechtert de sociaalrechtelijke rechtspositie van buitenlandse werknemers zonder rechtmatig verblijf en maakt hen 'goedkoper' en dus, aldus de redenering van de A-G, aantrekkelijker dan legaal verblijvende werknemers, terwijl bedoeld is het 'illegale' verblijf van vreemdelingen onaantrekkelijker te maken. Tot slot zij in deze context nog verwezen naar een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden waarin is overwogen dat 'het enkele feit dat een werknemer, die al geruime tijd voor een werkgever werkzaam is, illegaal in Nederland verblijft, geen ontslag op staande voet rechtvaardigt'.<sup>48</sup> Toch heeft de vreemdeling in deze zaak volgens het Hof, anders dan de rechtbank oordeelde in eerste aanleg, geen recht op doorbetaling van zijn loon tot de arbeids-overeenkomst is ontbonden, omdat de vreemdeling niet aanmerkelijk kon maken dat de werkgever wist dat de hij een afschrift had van een vervalst identiteitsdocument had en de werkgever dus ook niet 'willens en wetens verzuimd heeft een tewerkstellingsvergunning aan te vragen. In de omstandigheden van dit geval komt het ontbreken van de vergunning naar het oordeel van het hof dan ook voor rekening van [de vreemdeling].'<sup>49</sup>

47 Conclusie A-G Bot van 12 juni 2014 in *O. Tümer t. Raad van bestuur van het UWV*, zaak C-311/13; voor de verwijzingsuitspraak van de CRvB van 4 juni 2013 zie: ECLI:NL:CRVB:2013:CA0789.

48 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6966.

49 Dit was het hoger beroep van de uitspraak van de Rechtbank Lelystad besproken in de vorige kroniek Arbeidsmigratie, *A&MR* 2012/9, p. 509-510.

46 Rb Amsterdam Afdeling privaatrecht zaaknr. 1398938/CV EXPL 12-37560 van 13 mei 2014 (niet gepubliceerd).

## 4.2 Taak Inspectie SZW en vakbond

Een werkgever vroeg, zonder succes, de burgerlijke rechter in te grijpen in de manier waarop de Inspectie SZW onderzoek uitoeffende naar de eventuele overtreding van de Wav: de Inspectie zou de werknemers, laagopgeleid schoonmaakpersoneel, hebben bedreigd de politie erbij te halen en ze op het bureau te verhoren waardoor de werknemers van slag raakten en bang waren hun baan kwijt te raken.<sup>50</sup> De intimidatie werd onvoldoende aanneemelijk gemaakt, maar de Inspectie verklaarde wel dat het gebruik maken van een politiebureau voor verhoren in het kader van de Wav staande praktijk is.

Naar aanleiding van deze uitspraak merk ik op dat die praktijk van de Inspectie SZW (voorheen Arbeidsinspectie) mogelijk op gespannen voet staat met ILO-Verdrag nr. 81 betreffende de Arbeidsinspectie, opgesteld in 1947.<sup>51</sup> De Inspectie moet gericht zijn op de *bescherming* van de werknemer. De toezichtstaak van de Nederlandse Inspectie SZW is echter ruimer en vindt in nauwe samenwerking met de politie plaats, die een illegaal tewerkgestelde vreemdeling zonder rechtmatig verblijf in bewaring kan

juist handhavend op te treden tegen de illegale tewerkstelling van buitenlandse zeevarenden aan boord van zeeschepen. Op de tewerkstelling van buitenlandse zeevarenden, doorgaans van Filipijnse nationaliteit, is, aldus de verzoekende vakbond, zowel het bepaalde in de Wet Minimum Loon (WML) als de Wav van toepassing. Omdat er in strijd wordt gehandeld met het bepaalde in de WML en de Wav, heeft de vakbond aan de Inspectie SZW verzocht om handhavend op te treden door middel van het opleggen van administratieve boetes.

De rol van een vakbond bij het tegen gaan van illegale tewerkstelling kan volgens de Rechtbank Rotterdam niet zover gaan dat een vakbond om handhaving van de Wav en de WML kan verzoeken: bij zo'n handhavingsbesluit is de vakbond geen belanghebbende omdat zij het belang van voorkoming en beëindiging van onderbetaling en illegale tewerkstelling niet in het bijzonder behartigt.<sup>55</sup> Als deze vakbond de statuten wijzigt en ook activiteiten ontplooit gericht op het tegengaan van illegale tewerkstelling van vreemdelingen in Nederland, zouden zij in de toekomst wel belanghebbende kunnen zijn en om handhaving kunnen

## *De Koppelingswet verslechtert de rechtspositie van buitenlandse werknemers zonder rechtmatig verblijf en maakt hen onbedoeld 'aantrekkelijker' dan legaal verblijvende werknemers.*

stellen ter voorbereiding op diens uitzetting. Door die samenwerking draagt de Inspectie SZW in de praktijk bij aan de handhaving van het vreemdelingenrecht. Gesteld kan worden dat deze praktijk zoals die uit genoemde uitspraak blijkt, indruist tegen de beschermende taak die de Inspectie heeft op grond van dit ILO verdrag.<sup>52</sup>

De weergave van de feiten in dit geschil geeft niet de indruk dat er voor de buitenlandse werknemers een veilige omgeving is geschapen om eventueel aangifte te doen van mensenhandel. Voor zover het niet-rechtmatig verblijvende vreemdelingen betreft verplicht Richtlijn 2009/52/EG tot het inrichten van een klachtenprocedure, niet alleen in geval van mensenhandel, maar ook in geval van arbeidsuitbuiting; een 'delict' dat het Nederlandse strafrecht zelfs helemaal niet kent als zelfstandig delict naast mensenhandel. In dit verband noem ik ook artikel 1, eerste lid tweede alinea van de nog te implementeren Slachtofferrichtlijn, Richtlijn 2012/29/EU.<sup>53</sup> Deze richtlijn verplicht tot het inrichten van een veilige omgeving voor het doen van aangifte en voor ondersteuning en bescherming van slachtoffers, zonder onderscheid naar verblijfsstatus.<sup>54</sup> Wellicht hadden de schoonmakers in deze casus meer succes gehad als zij de Staat hadden gedaagd wegens onrechtmatig handelen jegens hen, gelet op deze normen.

Je zou je kunnen voorstellen dat een vakbond het schoonmaakpersoneel in bovenstaande zaak zou hebben bijgestaan. Maar uit de volgende uitspraak blijkt dat de vakbond een heel andere taakopvatting heeft. De vakbond verzocht de Inspectie SZW

vragen; solidariteit met de illegaal tewerkgestelde werknemers lijkt geheel te ontbreken.

## 4.3 Geschil over arbeidsmarktaantekening

De Rechtbank Den Haag deed eind 2013 uitspraak in de zaak van een Ghanese vreemdeling die op grond van gezinsmigratie bij dochter een verblijfsvergunning had met de aantekening 'arbeid vrij'.<sup>56</sup> Na zes jaar verblijf in Nederland werd de geldigheidsduur van de verblijfsvergunning niet verlengd omdat de dochter niet meer in Nederland woonde. De vreemdeling vroeg vervolgens een verblijfsvergunning voor arbeid in loondienst, maar die werd hem geweigerd op grond van artikel 3.31 Vb2000, omdat er sprake zou zijn van prioriteit genietend aanbod.

De vraag was of de vreemdeling de aanwezigheid van prioriteit genietend aanbod mocht worden tegengeworpen nu hij jarenlang een verblijfsvergunning met de aantekening 'arbeid vrij' had gehad. Tijdens de procedure werd artikel 3.31 Vb2000 gewijzigd<sup>57</sup> en de nieuwe tekst pakte gunstiger uit voor de Ghanese vreemdeling: het Vb2000 noch de Vc verlangden op het moment van het bestreden besluit een toets aan de aanwezigheid van prioriteit genietend aanbod. De aanvraag om een verblijfsvergunning voor arbeid mocht dus niet wegens het aanwezig zijn van dat aanbod worden afgewezen.

Inmiddels is artikel 3.31 Vb2000 – onder meer ter implementatie van de Eén-procedure richtlijn – weer gewijzigd en wordt expliciet verwezen naar de weigeringsgronden in de Wav.<sup>58</sup> Nu zal een vreemdeling met een verblijfsvergunning op grond van gezinsmigratie, waarbij de vreemdeling vrij is op de arbeidsmarkt en hij elke arbeid kan verrichten, die vrijheid kwijt zijn als de relatie eindigt en hij vraagt om wijziging van de beperking in verblijf voor arbeid in loondienst.

50 Rb Midden-NI 21 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:2056.

51 Nederland heeft ILO-Verdrag nr. 81 in 1951 geratificeerd (15 september 1951, *Trb.* 1951, 140).

52 Zie over dit verdrag ook J. Popma, 'Inkrimping Arbeidsinspectie in strijd met ILO Verdrag 81', in *Academie voor Arbeidsrecht, ARBAC*, oktober-december 2011, DOI: 10.5553/ARBAC/000003. Zie verder Working Document nr. 7, 'Labour inspection in Europe: undeclared work, migration, trafficking', in *Labour Administration and Inspection Programme*, January 2010, <http://bit.ly/1tAhdg>.

53 Richtlijn 2012/29/EU van 25 oktober 2012 tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten.

54 Zie overweging (9) en (10).

55 Rb Rotterdam 27 maart 2014 ECLI:NL:RBROT:2014:2324, *JAR* 2014/118.

56 Rb Den Haag 2 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19291.

57 Besluit van 24 juli 2012 (Besluit modern migratiebeleid, *Stb.* 2010, 307).

58 *Stb.* 2014, 124.