

Wet modern migratiebeleid

Sander Groen¹

De toelatingsprocedure wordt veel eenvoudiger voor erkende referenten. Werkgevers krijgen onder Momi nieuwe verplichtingen. Voldoen zij hier niet aan dan kunnen sancties volgen.

De op handen zijnde wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 door de Wet modern migratiebeleid (Momi) betekent een ingrijpende verandering voor reguliere migranten en hun referent.² Momi zorgt voor een vereenvoudiging van de toelatingsprocedure met een nadruk op controle achteraf door de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND). Bedrijven gaan onder Momi zelf beoordelen of aan de voorwaarden voor afgifte van een verblijfsvergunning wordt voldaan. Een enkele e-mail met dit bericht aan de IND zal volstaan. Daartegenover staat dat er ook nieuwe verplichtingen komen te rusten op de werkgever. In deze bijdrage zal ik in vogelvlucht beschrijven welke gevolgen Momi heeft voor bedrijven die arbeidsmigranten willen aantrekken.

Erkende referenten

Om betrouwbare referenten te krijgen, gaat Momi uit van 'erkende' referenten. Dit zijn bedrijven die door de IND zijn erkend als referent. Om voor erkenning in aanmerking te komen, moeten een onderneming en haar bestuurders voldoen aan een aantal vereisten. Zo moet de solvabiliteit en de continuïteit van de onderneming gewaarborgd zijn en vormen eerdere overtredingen van fiscale, arbeids- en immigratiewetgeving een contra-indicatie.³ Met deze betrouwbaarheidsbeoordeling wil de

IND vaststellen of op de juistheid van de eigen verklaringen van de onderneming kan worden afgegaan.⁴ Deze eigen verklaringen vormen namelijk de basis voor de versnelde toelatingsprocedure.

In de huidige situatie kunnen alleen bedrijven die een convenant met de IND hebben afgesloten en zijn toegelaten tot de Kennismigrantenregeling kennismigranten aantrekken.⁵ Bij het afsluiten van het convenant wordt niet getoetst aan de bovengenoemde criteria. Feitelijk komt het erop neer dat de onderneming verklaart zich als goed werkgever te gedragen en de IND te informeren over relevante wijzigingen. Momi betekent derhalve een zwaardere toets wat, gelet op het gewicht dat aan de eigen verklaring wordt gegeven, redelijk is te noemen.

Onder Momi kunnen alleen nog bedrijven die door de IND zijn aangemerkt als 'erkende' referent kennismigranten in dienst nemen.⁶ Dit is feitelijk geen wijziging ten opzichte van de huidige situatie. Erkenning als referent voor werkgevers die reguliere arbeidsmigranten in dienst willen nemen, is echter geen voorwaarde voor het verlenen van een verblijfsvergunning voor arbeid in loondienst. Erkende referenten hebben daarentegen toegang tot de versnelde toelatingsprocedure. Dit betekent dat de IND – net als thans – een streeftermijn van twee weken hanteert om te beslissen op de aanvraag.

Auteur

1. Mr. S. Groen is advocaat te Amsterdam.

Noten

2. Stb. 2010, 290. Het Besluit modern migratiebeleid is gepubliceerd in Stb. 2010, 307. De inwerkingtreding van Momi was beoogd op 1 januari 2011. De minister heeft de Tweede Kamer bij brief van 12 november 2010 geïnformeerd dat de inwerkingtreding voorlopig wordt uitgesteld omdat het ICT-systeem van de IND, volgens de minister een randvoorwaarde voor Momi, op die datum nog niet zal zijn geïmplementeerd, *Kamerstukken II* 2010/11, 30 573, nr. 57.

3. Art. 2f Momi jo. art. 1.18 en 1.19 Besluit Momi en Stb. 2010, 307, p. 99-100; *Kamerstukken II* 2008/09, 32 052, nr. 3, p. 41.

4. *Kamerstukken II* 2008/09, 32 052, nr. 3, p. 75-77; *Kamerstukken I* 2007/08, 30 573, nr. 10, p. 8; *Kamerstukken I* 2009/10, 32 053, D, p. 18.

5. Een kennismigrant is een vreemdeling die gaat werken bij een onderneming die is toegelaten tot de Kennismigrantenregeling. De kennismigrant moet € 50 183 bruto per jaar verdienen als hij ouder is dan 30 jaar en € 36 801 indien hij jonger is dan 30 jaar. Voor deze groep is de werkgever vrijgesteld van het vereiste om te beschikken over een werkvergunning. Dit in tegenstelling tot de

reguliere arbeidsmigrant, waarvoor wel een tewerkstellingsvergunning is vereist.

6. Ondernemingen die in 2010 minimaal eenmaal één aanvraag voor een verblijfsvergunning als kennismigrant hebben ingediend en die tevens is ingewilligd, worden op 1 januari 2011 van rechtswege aangemerkt als een erkende referent, zie art. XI Momi; *Kamerstukken II* 2008/09, 32 052, nr. 3, p. 29. Voor werkgevers van (toekomstige) Turkse kennismigranten geldt niet de eis dat zij een erkende referent moeten zijn. Ook rust op hen geen informatie- en administratieve verplichting zoals vastgelegd in Momi. Deze eisen zouden volgens de minister in strijd zijn met de standstillbepaling

van art. 13 Besluit 1/80 en de uitspraak van het HvJ EU van 29 april 2010, nr. C-92/07.

Bij deze kwestie is uitvoerig stilgestaan, zie *Kamerstukken II* 2008/09, 32 052, nr. 3, p. 54-56, *Kamerstukken I* 2009/10, 32 052, D, p. 50-55, Stb. 2010, 307, p. 79-81. Als deze werkgever echter gebruik wil maken van de versnelde toelatingsprocedure, zal hij zich vrijwillig als erkende referent moeten stellen, waardoor ook de verplichtingen op hem zullen gaan rusten.

Met name de zorgverplichting blinkt niet uit in concreetheid

Toelatingsprocedure

De toelatingsprocedure wordt onder Momi eenvoudiger. De werkgever – als erkende referent – geeft met een eigen verklaring aan, die per e-mail kan worden verzonden, dat de kennismigrant of reguliere arbeidsmigrant voldoet aan de voorwaarden. De IND zal afgaan op de juistheid van deze verklaring en hoeft de onderliggende stukken niet te ontvangen. Op basis hiervan zal de machtiging tot voorlopig verblijf (MVV) en verblijfsvergunning worden verleend.⁷

De toelatingsprocedure wordt ook teruggebracht tot één procedure. Dit betekent dat nadat de MVV is verleend, de IND de vreemdeling na inreis ambtshalve de verblijfsvergunning zal verstrekken.⁸ Voor niet-visumplichtige vreemdelingen kan een onverplichte MVV-aanvraag worden ingediend. Nadat het positieve advies is verstrekt, kan de vreemdeling in Nederland zijn verblijfsvergunning afhalen.

Verplichtingen

Erkende en niet-erkende referenten hebben onder Momi drie nieuwe verplichtingen: de informatie-, administratie- en zorgplicht. Niet-naleving van deze verplichtingen kan leiden tot het opleggen van sancties. Voor de erkende referent kan daarbovenop nog worden besloten tot schorsing of intrekking van het referentschap.

De zorgplicht voor werkgevers van arbeidsmigranten betekent dat de werkgever verantwoordelijk is voor een goede selectie en werving van dit personeel.⁹ Hiermee wil de regering aangeven dat voorkomen moet worden dat vreemdelingen, die niet blijken te voldoen, in de illegaliteit belanden.

De informatieplicht betekent dat de werkgever binnen vier weken alle relevante wijzigingen aan de IND moet melden.¹⁰ Hierbij moet gedacht worden aan uitdientsttreding van de migrant, maar ook indien de onderneming niet meer voldoet aan de voorwaarden voor het zijn van erkende referent.

De administratieplicht houdt in dat de werkgever allerlei gegevens van de arbeidsmigrant in zijn administratie moet bewaren. Denk hierbij aan een kopie van het paspoort, arbeidsovereenkomst, loonstroken en adresgegevens. Deze gegevens dient de werkgever tot vijf jaar na het eindigen van de arbeidsrelatie te bewaren.¹¹ Ook moeten bedrijfsgegevens die relevant zijn voor de erkenning worden bewaard. De administratie moet daarbij zo zijn ingericht dat controle door een bevoegde ambtenaar binnen een redelijke termijn mogelijk is.¹²

Met name de zorgverplichting blinkt niet uit in concreetheid. In het Vb 2000 is enkel neergelegd dat de werkgever verantwoordelijk is voor een goede selectie en werving van de kennis- en arbeidsmigranten. Voor werkgevers is thans geheel niet voldoende kenbaar wanneer deze norm is overtreden. Deze verplichting zal zeker nader moeten worden geconcretiseerd in het Vv 2000 voordat, mijns inziens, een bestuurlijke boete vanwege overtreding van deze norm kan worden opgelegd.¹³ De bestuurlijke boete is immers aan te merken als een punitieve sanctie.¹⁴

Sancties

Niet-naleving van een van deze drie verplichtingen kan leiden tot het opleggen van een sanctie door de IND aan de werkgever. Het boetebeleid ziet er als volgt uit.¹⁵ Bij een eerste overtreding volgt in de regel eerst een waarschuwing en geen boete. Bij een tweede overtreding wordt een boete opgelegd van € 3 000 per overtreding en bij recidive wordt het boetebedrag verhoogd tot € 4 500.¹⁶ Bij ernstige overtredingen zal direct tot boeteoplegging worden overgegaan en bij zeer ernstige overtredingen zal de IND meteen aangifte doen bij het Openbaar Ministerie. Hierbij moet gedacht worden aan bewust misbruik van verblijfsrechtelijke procedures, aan grootschalige overtredingen, of aan overtredingen die leiden tot uitbuiting van vreemdelingen.¹⁷

Schorsing van het referentschap zal plaatsvinden in die gevallen waarbij de IND ernstige vermoedens heeft om te twifelen aan de betrouwbaarheid van de eigen verklaringen van de erkende referent.¹⁸ Schorsing kan voor een maximale periode van drie maanden, waarna een besluit moet worden genomen. De IND zal het referentschap intrekken als de referent niet betrouwbaar is gebleken. De intrekking kan voor de duur van vijf jaar. Een geringe misstap van de erkende referent zal een schorsing of intrekking niet kunnen rechtvaardigen.¹⁹

Schorsing of intrekking van het erkende referentschap heeft enorme gevolgen voor ondernemingen die kennismigranten willen aantrekken en in dienst hebben. Het betekent dat een onderneming geen aanvragen voor kennismigranten meer kan indienen, of kennismigranten voor zich mag laten werken. De schorsing of intrekking van de erkenning als referent van de werkgever heeft ook gevolgen



© Barret & MacKay/All Canada Photos/Corbis

voor de verblijfspositie van de vreemdeling. Deze heeft, indien hij te goeder trouw is geweest, een periode van drie maanden om een andere werkgever te vinden, die is aangemerkt als erkende referent. Slaagt hij niet, dan zal hij moeten terugkeren naar zijn land van herkomst.

Het besluit tot schorsing of intrekking wordt aangemerkt als een appellabel besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).²⁰ Uit art. 6:16 Awb volgt dat het maken van bezwaar geen schorsende werking heeft. Om deze sancties te schorsen, zal een voorlopige voorziening moeten worden ingediend. De onderneming zal zeker rechtsmiddelen mogen aanwenden tegen de schorsing of intrekking van de erkenning. De vraag rijst of de vreemdeling ook als belanghebbende in de zin van art. 1:2 lid 1 Awb kan worden aangemerkt. Hiervoor pleit een uitspraak van de Afdeling, die in navolging van het EHRM heeft geoordeeld dat een werknemer, naast zijn werkgever, die de tewerkstellingsvergunning aanvraagt, als belanghebbende kan worden aangemerkt.²¹

Uit de parlementaire behandeling blijkt dat in het geheel niet stil is gestaan bij de vraag wat de schorsing of intrekking van het 'erkende' referentschap van een onderneming betekent voor de arbeidsovereenkomst die is afgesloten met de kennismigrant. In ieder geval dient de werkgever de vreemdeling op non-actief te stellen. De vreemdeling mag immers feitelijk geen werk meer verrichten. De vreemdeling blijft in dat geval nog wel op de loonlijst staan en de loondoorbetalingsverplichting blijft bestaan.

Europese richtlijnen

De regering staat ook stil bij de vraag wat het (erkende) referentschap betekent in het licht van de verschillende Europese richtlijnen. Ik zal hier slechts ingaan op de betekenis voor de EU Blue Card Richtlijn.²² Vanaf 1 januari 2011 kunnen aanvragen voor een EU Blue Card worden ingediend. De regering is zich ervan bewust dat het referentschap van de werkgever geen voorwaarde is voor toelating van de hoogopgeleide vreemdeling onder de richtlijn. Dit zal dan ook geen weigeringsgrond vormen. Indien een werkgever weigert om zich te stellen als referent, dan wordt de werkgever echter wel ambtshalve aangewezen

De intrekking van de erkenning als referent van de werkgever heeft gevolgen voor de verblijfspositie van de vreemdeling

als referent. Hierdoor komen de verplichtingen onder Momi, zoals die hiervoor zijn beschreven, ook te rusten op de werkgever van de EU-bluecardhouder. Ook zal niet-naleving van de verplichtingen worden gesanctioneerd volgens het beschreven boetestelsel. Volgens de regering is de ambtshalve aanwijzing als referent niet in strijd met de richtlijn, omdat de aanwijzing als referent de uitoefening van de in de richtlijn toegekende rechten niet onmogelijk of buitengewoon moeilijk zou maken. Ook zou het nuttig effect van de richtlijn niet worden aangetast.²³ Het valt echter te bezien of het Hof van Justitie van de Europese Unie deze mening zal delen. Tegengeworpen kan namelijk worden dat op werkgevers extra verplichtingen komen te rusten, die daarenboven bij niet-naleving ervan met een bestuurlijke boete kunnen worden gesanctioneerd. Dit kan een belemmerend effect hebben op werkgevers om hoogopgeleide vreemdelingen op grond van deze richtlijn aan te trekken. Hierdoor zal afbreuk worden gedaan aan het doel van de richtlijn en het nuttig effect ervan.

Conclusie

De toelatingsprocedure wordt veel eenvoudiger voor erkende referenten. Werkgevers krijgen onder Momi nieuwe verplichtingen. Voldoen zij hier niet aan dan kunnen sancties volgen. Het valt echter nog te bezien of boetes mogen worden opgelegd bij overtreding van normen die niet voldoende kenbaar en duidelijk zijn. Evenmin moet worden uitgesloten dat het HvJ EU de ambtshalve aanwijzing en het opleggen van boetes in strijd zal vinden met het doel en nuttig effect van de EU Blue Card Richtlijn. •

7. Kamerstukken II 2008-09, 32 052, nr. 3, p. 86.

8. Art. 14b Besluit Momi. Indien na twee weken geen afgifte van het verblijfsdocument heeft plaatsgevonden, kan bezwaar worden gemaakt.

9. Art. 1.16 jo. 1.17 Besluit Momi.

10. Art. 4.44a Besluit Momi, Kamerstukken II 2008-09, 32 052, nr. 3, p. 89-90.

11. Art. 4.53 Besluit Momi.

12. Kamerstukken II 2009/10, 32 052, nr. 6, p. 104.

13. In de Eerste Kamer zijn veel vragen gesteld over het opleggen van een boete bij het overtreden van de zorgplichten, die niet voldoende kenbaar zouden zijn. De minister heeft hierop geantwoord dat de uitwerking van de zorgplichten zo helder en concreet

mogelijk zouden worden geformuleerd en bekend worden gemaakt bij algemene maatregel van bestuur (Vb 2000) of bij ministeriële regeling (Vv 2000), zie Kamerstukken I 2009/10, 32 052, D, p. 22-24.

Ook nieuwe aanvullende zorgplichten zullen bij AMvB worden bekendgemaakt, zie Kamerstukken I 2009/10, F, p. 3.

14. Zie ook art. 5:4 lid 2 Awb. In dit verband is nog van belang de uitspraak van de ABRvS van 21 januari 2009, nr. 200804157/1, r.o. 2.4.1, waarin de Afde-

ling heeft geoordeeld dat de uitgangspunten die aan de strafrechtelijke handhaving ten grondslag liggen, niet zonder betekenis zijn bij de bestuursrechtelijke handhaving.

15. Zie voor een uitgebreide behandeling over de bestuurlijke boete in Momi: Jansen,

'De referent als boeteling. Bestuursrechtelijke sanctionering in de Wet modern migratiebeleid', JNVR 2010, nr. 1, p. 41-52. Naast het opleggen van een boete worden de directe kosten van uitzetting van een vreemdeling die illegaal in Nederland wordt aangetroffen, verhaald op de werkgever die de referent is geweest van een migrant. Deze kosten kunnen worden verhaald tot één jaar nadat de werkgever de IND heeft geïnformeerd dat hij niet meer is aan te merken als referent van de betreffende vreemdeling, zie art. 66 Momi.

16. Kamerstukken II 2009/10, 32 052, nr. 10, 11 en 12. Strik stelde in een amendement een verhoging naar € 4 000 per overtreding voor. Albayrak heeft naar aanleiding van deze motie het boetebedrag verhoogd naar € 3 000.

17. Kamerstukken I 2009/10, 32 052, D, p. 36; Kamerstukken I 2009/10, 32 052, nr. 7, p. 4; Kamerstukken II 2009/10, 32 052, nr. 11, p. 2.

18. Kamerstukken II 2008/09, 32 052, nr. 3, p. 77. Als advies van derden moet worden ingewonnen, kan deze termijn worden verlengd, zie art. 2f jo. art. 2g Momi.

19. Kamerstukken II 2008/09, 32 052, nr. 3, p. 77; Kamerstukken II 2009/10, 32 052, nr. 9, p. 42.

20. Kamerstukken II 2008/09, 32 052, nr. 3, p. 69.

21. ABRvS 5 september 2007, JV 2007/495 m.nt. T. Barkhuysen.

22. Richtlijn 2009/50/EG (PbEU L 155).

23. Kamerstukken II 2008/09, 32 052, nr. 3, p. 48..