

No. 38: Aanscherping Wav en ontbreken overgangsrecht

Rechtbank 's-Gravenhage (zittingsplaats Haarlem)
16 december 2014, nr. AWB 14/13925 (van de Ven,
van der Kluit, Beerse)

Art. 2 lid 1 en 4 lid 2, sub b Wav; art. 3.103 Vb 2000

De rechtbank stelt vast dat met de wijziging van de Wav (Staatsblad 2013, 556) geen overgangsrecht is vastgesteld, zodat de Wav (nieuw) onmiddellijke werking heeft. Ten tijde van de bestreden besluiten was de Wav (nieuw) in werking getreden, zodat de Wav (nieuw) op die besluiten van toepassing is. Dat eisers door de onmiddellijke werking van het nieuwe recht in een ongunstiger positie komen te verkeren, is een direct gevolg van het niet vaststellen van overgangsrecht door de wetgever en derhalve geen bijzondere omstandigheid die maakt dat de Wav (nieuw) in de zaken van eisers niet moet worden toegepast.

De rechtbank verwijst in dit kader naar de uitspraak van de Afdeling van 10 augustus 2006 (ECLI:NL:RVS:2006:AY6515), waarin de Afdeling overwoog dat in artikel 4, tweede lid, van de Wav en het daarop gebaseerde Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen uitputtend is geregeld aan welke vreemdelingen een aantekening wordt afgegeven zonder beperkingen voor het verrichten van arbeid en dat voor afgifte van zodanige aantekening aan een vreemdeling die niet tot een van de aangewezen categorieën behoort, de Wav geen ruimte biedt. Nu eisers niet vijf jaar ononderbroken hebben beschikt over een voor het verrichten van arbeid geldige verblijfsvergunning, hebben zij daarmee onder de Wav (nieuw) geen recht op een dergelijke aantekening en is er voor verweerder in de voorliggende gevallen geen ruimte om een individuele belangenafweging te maken.

Eisers
tegen
de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie

(...)

Procesverloop

In de primaire besluiten heeft verweerder de aanvragen van eisers tot het verlengen van de geldigheidsduur van de aan hen verleende verblijfsvergunningen regulier voor bepaalde tijd ingewilligd. De arbeidsmarktaantekening op de verblijfsvergunningen luidt 'arbeid toegestaan, mits een tewerkstellingsvergunning (twv) is verleend'.

In de besluiten op bezwaar (de bestreden besluiten) heeft verweerder het bezwaar van eisers tegen de afgegeven arbeidsmarktaantekening zoals geplaatst

op de verlengde verblijfsvergunningen ongegrond verklaard.

Eisers hebben tegen de bestreden besluiten beroep ingesteld.

Verweerder heeft op 19 september 2014 een verweerschrift en een aanvullend verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 25 september 2014, waarbij de beroepen van de in de bijlage 1 genoemde eisers gelijktijdig zijn behandeld. Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden.

Overwegingen

1. De rechtbank betreft bij het oordeel de volgende feiten en omstandigheden. Eisers hebben allen de Chinese nationaliteit, met uitzondering van eiser[eiser 2] (AWB 14/15076), die in het bezit is van de Maleisische nationaliteit. Eisers zijn werkzaam als kok in Aziatische restaurants.

2. Verweerder heeft zich in de bestreden besluiten op het standpunt gesteld dat ingevolge artikel 4, tweede lid, aanhef en onder b, van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) volgt dat eisers niet vrij zijn op de arbeidsmarkt. Ingevolge die bepaling, zoals die geldt na 1 januari 2014, wordt aan eisers pas een arbeidsmarktaantekening afgegeven waaruit blijkt dat aan de verblijfsvergunning geen beperkingen zijn verbonden voor het verrichten van arbeid, nadat zij een onafgebroken periode van vijf jaar hebben beschikt over een voor het verrichten van arbeid geldige verblijfsvergunning, aldus verweerder.

3. Ontvankelijkheid bezwaren van eisers genoemd in bijlage 2 (bijgevoegd):

De rechtbank zal zich eerst uitlaten over de vraag of verweerder deze bezwaren terecht ontvankelijk heeft geacht, nu verweerder zich in het verweerschrift op het standpunt heeft gesteld dat eisers hun bezwaren prematuur hebben ingediend.

3.1 De rechtbank overweegt dat, in aanmerking genomen dat verweerder ondanks de prematuur ingediende bezwaren niettemin de besluiten op bezwaar heeft genomen, het ervoor moet worden gehouden, dat verweerder de behandeling heeft aangehouden tot het begin van de bezwaartermijn, zoals is neergelegd in het tweede lid van artikel 6:10 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Dit leidt tot het oordeel dat verweerder de bezwaren terecht ontvankelijk heeft geacht. De rechtbank zal daarom ook ten aanzien van die beroepen overgaan tot een inhoudelijke beoordeling.

4. Ontvankelijkheid bezwaren van eisers genoemd in bijlage 3 (bijgevoegd):

De rechtbank zal zich vervolgens uitlaten over de vraag of verweerder deze bezwaren terecht ontvankelijk heeft geacht, nu verweerder zich in het verweerschrift op het standpunt heeft gesteld dat eisers de bezwaarschriften te laat hebben ingediend. Volgens verweerder zijn de primaire besluiten verzon-

den op 6 februari 2014 resp. 7 februari 2014, dateren de bezwaarschriften van 14 maart 2014 en zijn deze daarmee buiten de termijn ingediend.

4.1 Ingevolge artikel 6:8, eerste lid, Awb vangt de bezwaartermijn aan, met ingang van de dag na die waarop het besluit op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt.

4.2 Ingevolge artikel 3.104, eerste lid, Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb) wordt, onder meer, een beschikking tot verlenging van de geldigheidsduur van een verblijfsvergunning regulier bekendgemaakt door uitreiking van het document waaruit het rechtmatig verblijf blijkt.

4.3 De rechtbank stelt vast dat het in het onderhavige geval beschikkingen betreft als bedoeld in artikel 3.104, eerste lid, Vb en dat in de primaire besluiten ook staat vermeld dat bekendmaking van het besluit pas is geschied met uitreiking van het document. Voorts stelt de rechtbank vast dat bij brief van 25 februari resp. 18 februari 2014 verweerder aan eisers heeft meegegeeld dat zij hun verblijfsdocument persoonlijk kunnen ophalen. In aanmerking nemend dat op die datum op zijn vroegst de bekendmaking is geschied en de bezwaartermijn is gaan lopen, zijn de bezwaarschriften tijdig ingediend en heeft verweerder de bezwaren terecht ontvankelijk geacht. De rechtbank zal ook die beroepen inhoudelijk beoordelen.

Ten aanzien van alle eisers (bijlage 1):

5. Eisers voeren allereerst aan dat verweerder de bestreden besluiten niet heeft ondertekend, zodat aan die beslissingen geen rechtskracht kan worden verleend. Niet is gebleken dat de beslissingen namens verweerder zijn genomen. Derhalve zijn de bestreden besluiten in strijd met de rechtszekerheid en de zorgvuldigheid, aldus eisers.

5.1 Verweerder stelt zich in het verweerschrift op het standpunt dat de Awb geen bepaling kent die een bestuursorgaan verplicht een handtekening te plaatsen onder een besluit. Daarnaast is van belang dat uit de bestreden besluiten duidelijk blijkt dat deze zijn genomen door de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, waarbij de naam en functie van degenen die de besluiten namens de staatssecretaris hebben genomen kenbaar zijn gemaakt, waarmee is voldaan aan de eisen van de Awb.

5.2 De rechtbank volgt eisers niet in hun standpunt en verwijst hierbij naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) van 31 oktober 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BY1703). In deze uitspraak is geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat de ondertekening ontbreekt in het geval van een geautomatiseerd aangemaakte brief, aan die brief niet het besluitkarakter ontzegt. Het ontbreken van de ondertekening betekent naar het oordeel van de rechtbank dan ook niet dat de bestreden besluiten geen rechtskracht hebben gekregen. Gelet op hetgeen verweerder in het verweerschrift heeft toegelicht en

nu eisers voor het overige dienaangaande niets hebben gesteld, slaagt deze beroepsgrond niet.

6. Eisers beroepen zich er voorts, samengevat, op dat de aan hen toegekende arbeidsmarktaantekening 'arbeid toegestaan, mits twv is verleend' rechtens niet juist is. Zij stellen recht te hebben op de aantekening 'arbeid vrij toegestaan, geen twv vereist'.

6.1 Eisers voeren daartoe als eerste aan dat verweerder ten onrechte geen toepassing heeft gegeven aan de oude Wav, zoals die gold tot 1 januari 2014, op basis waarvan aan eisers een aantekening moest worden afgegeven waaruit blijkt dat aan de verlengde verblijfsvergunning geen beperkingen zijn verbonden voor het verrichten van arbeid. In de nieuwe Wav, zoals die geldt vanaf 1 januari 2014, ontbreekt overgangsrecht, zodat sprake is van eerbiedigende werking van de oude Wav. Eisers verwijzen voorts naar Kamerstukken II 2013/14, 33 749, nr. 2 en 3. Bovendien stellen eisers, onder verwijzing naar artikel 3.103 Vb, dat de datum van de aanvraag tot verlenging van de geldigheidsduur van de verblijfsvergunning bepalend is voor de vraag welk recht van toepassing is.

6.1.1 Ingevolge artikel 2, eerste lid, gelezen in samenhang met artikel 4, eerste lid, van zowel de Wav zoals die gold tot 1 januari 2014 (Wav oud) als de Wav, zoals die sinds 1 januari 2014 geldt (Wav nieuw), is het verbod voor een werkgever om een vreemdeling zonder twv arbeid te laten verrichten niet van toepassing, indien de desbetreffende vreemdeling krachtens de Vreemdelingenwet 2000 (Vw) een vergunning is verleend, voorzien van een aantekening van de Minister van Veiligheid en Justitie, waaruit blijkt dat aan de vergunning geen beperkingen zijn verbonden voor het verrichten van arbeid.

Ingevolge artikel 4, tweede lid, aanhef en onder b, Wav (oud) werd een zodanige aantekening afgegeven aan een vreemdeling die gedurende een ononderbroken tijdvak van drie jaar had beschikt over een voor het verrichten van arbeid geldige verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd en die nadien zijn hoofdverblijf niet buiten Nederland had gevestigd.

Ingevolge artikel 4, tweede lid, aanhef en onder b, Wav (nieuw) wordt een zodanige aantekening afgegeven aan een vreemdeling die gedurende een ononderbroken tijdvak van vijf jaar heeft beschikt over een voor het verrichten van arbeid geldige verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd en die nadien zijn hoofdverblijf niet buiten Nederland heeft gevestigd.

Ingevolge artikel 3.103 Vb wordt de aanvraag goetst aan het recht dat gold op het tijdstip waarop de aanvraag is ontvangen, tenzij uit de Wet anders voortvloeit of het recht ten tijde van het bestreden besluit gunstiger is.

6.1.2 Ten aanzien van de eisers genoemd in bijlage 4 (bijgevoegd):

De rechtbank stelt vast dat deze eisers ten tijde van de bestreden besluiten meer dan drie jaar ononderbroken hebben beschikt over een voor het verrichten van arbeid geldige verblijfsvergunning en dat dan ook de geldigheidsduur van de vergunning onder de Wav (oud) niet in de weg had gestaan aan afgifte van de arbeidsmarktaantekening 'arbeid toegestaan, geen twv vereist'. De rechtbank is echter van oordeel dat niet de Wav (oud), maar de per 1 januari 2014 geldende Wav (nieuw) van toepassing is. Daartoe is het volgende van belang.

Bij een heroverweging in bezwaar als bedoeld in artikel 7:11 van de Awb, is het uitgangspunt dat het recht moet worden toegepast zoals dat op dat moment geldt. Wel kan in bijzondere gevallen van dit uitgangspunt worden afgeweken. Dat eisers door toepassing van nieuw recht in een ongunstiger positie komen, is onvoldoende om van dit uitgangspunt af te wijken. De rechtbank stelt vast dat met de wijziging van de Wav (Staatsblad 2013, 556) geen overgangsrecht is vastgesteld, zodat de Wav (nieuw) onmiddellijke werking heeft. Ten tijde van de bestreden besluiten was de Wav (nieuw) in werking getreden, zodat de Wav (nieuw) op die besluiten van toepassing is. Dat eisers door de onmiddellijke werking van het nieuwe recht in een ongunstiger positie komen te verkeren, is een direct gevolg van het niet vaststellen van overgangsrecht door de wetgever en derhalve geen bijzondere omstandigheid die maakt dat de Wav (nieuw) in de zaken van eisers niet moet worden toegepast.

De Kamerstukken II met nr. 33 749 waarnaar eisers verwijzen, spreken weliswaar van eerbiedigende werking, maar betreffen de Wet tot wijziging van de Wav in verband met de implementatie van Richtlijn 2011/98/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 betreffende één enkele aanvraagprocedure voor een gecombineerde vergunning voor onderdanen van derde landen om te verblijven en te werken op het grondgebied van een lidstaat (de zogenaamde GVVVA-procedure), die op 1 april 2014 in werking is getreden, en niet de Wet tot wijziging van de Wav, die op 1 januari 2014 in werking is getreden en waarbij artikel 4, tweede lid, aanhef en onder b, van de Wav is gewijzigd.

Ook het beroep op artikel 3.103 Vb slaagt niet. Hoewel er in 3.103 Vb staat "het recht", strekt dit niet zover dat iedere wijziging van een wet die ongunstig kan uitvallen voor een vreemdeling, buiten beschouwing dient te blijven. Het Vb is alleen van toepassing ten aanzien van vreemdelingenwetgeving ingevolge de Vw over toelating, uitzetting van en toezicht op vreemdelingen die verblijf houden in Nederland en op grensbewaking. Het afgeven van een arbeidsmarktaantekening krachtens artikel 4, tweede lid, Wav valt daar niet onder. De Wav ziet op de tewerkstelling van vreemdelingen, waarbij een twv wordt verleend aan een werkgever en niet aan de werkne-

mer, houder van de verblijfsvergunning. De afgifte van een arbeidsmarktaantekening is slechts afgeleid van de verplichting van de werkgever om op grond van de Wav al dan niet te beschikken over een twv. Artikel 3.103 Vb staat aldus niet in de weg aan de onmiddellijke werking van de herziening van de Wav per 1 januari 2014.

6.1.3. Ten aanzien van eisers genoemd in bijlage 5 (bijgevoegd):

De rechtbank stelt vast dat eisers ten tijde van de bestreden besluiten nog geen drie jaar ononderbroken hebben beschikt over een voor het verrichten van arbeid geldige verblijfsvergunning. Ook bij toepassing van de Wav (oud) zou dus op de aan eisers verstrekte verblijfsvergunning de arbeidsmarktaantekening 'arbeid toegestaan, mits een twv is verleend' zijn geplaatst. Wat er ook zij van eisers beroepsgronden dienaangaande, zij kunnen eisers niet baten.

Ten aanzien van alle eisers (bijlage 1):

6.2 Voorts stellen eisers, zo begrijpt de rechtbank, dat het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel met zich brengt dat aan eisers alsnog de verlangde arbeidsmarktaantekening moet worden verleend. Zij verwijzen daartoe naar het zogenaamde Stappenplan Chinese Horeca (het Stappenplan) in samenhang met eerder genoemde kamerstukken, naar 11 met Awb nummer genoemde uitspraken van deze rechtbank en zittingsplaats (o.a. 13/21177) waaruit zou blijken dat het Stappenplan een doorslaggevend gewicht heeft in zaken ingediend vóór 1 januari 2014, en naar door eisers bijgevoegde brieven van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV), waaruit zou zijn af te leiden dat ook het UWV ervan uitging dat in zaken als de onderhavige ook na 1 januari 2014 geen twv was vereist na drie jaar.

6.2.1 Ten aanzien van eisers genoemd in bijlage 4: Ook deze beroepsgrond slaagt niet. De rechtbank begrijpt de stelling van eisers ten aanzien van het Stappenplan aldus, dat de verlangde arbeidsmarktaantekening moet worden verleend, omdat kennelijk onder de gelding van het Stappenplan, een convenant tussen het UWV en de Sector Chinees-Indische bedrijven van Koninklijke Horeca Nederland, het gebruikelijk was dat na het doorlopen van de stappen, na 36 maanden, een twv niet meer was vereist en een arbeidsmarktaantekening werd afgegeven waaruit bleek dat aan het verrichten van arbeid geen beperkingen waren verbonden. Niet valt echter in te zien hoe eisers aan het Stappenplan jegens verweerder het vertrouwen konden ontlenen dat na het verstrijken van 36 maanden die arbeidsmarktaantekening zou worden afgegeven, nu het Stappenplan niet door verweerder was afgesloten. Daar komt bij dat het feit dat na het doorlopen van het Stappenplan na 36 maanden een twv niet meer was vereist en de daarmee corresponderende arbeidsmarktaantekening werd afgegeven, was gebaseerd op artikel 4, tweede lid, aanhef en onder b, van de Wav (oud). Het Stappenplan kan

niet in de weg staan aan wijziging van de Wav, waardoor met ingang van 1 januari 2014 pas na vijf jaar een twv niet meer is vereist.

Met betrekking tot de 11 uitspraken van deze rechtbank overweegt de rechtbank dat deze (slechts) betrekking hebben op het Stappenplan in relatie tot het tegenwerpen door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de werkgever van het beschikbaar zijn van prioriteitgenietend aanbod, en niet op de door verweerder aan een vreemdeling afgegeven arbeidsmarktaantekening.

Ten aanzien van de door eisers overgelegde brieven van het UWV overweegt de rechtbank dat, reeds nu dit brieven betreffen van een ander bestuursorgaan dan verweerder, eisers hieraan geen vertrouwen konden ontnemen ten opzichte van verweerder. In die brieven wordt overigens slechts gesteld, dat mogelijk na drie jaar een verblijfsvergunning 'arbeid vrij' verkregen zal kunnen worden en bovendien dat de beoordeling daarvan ligt bij de IND.

6.2.2 Ten aanzien van eisers genoemd in bijlage 5: Ook deze beroepsgrond slaagt niet. Eisers argumenten hebben alle betrekking op de situatie dat eisers erop zouden mogen vertrouwen na drie jaar de door hen gewenste arbeidsmarktaantekening te krijgen. Zoals hiervoor in r.o. 6.1.3. reeds overwogen is deze situatie bij hen niet aan de orde, nu eisers ten tijde van het bestreden besluit niet aan de drie jaren termijn voldeden. Het is de rechtbank ook overigens niet gebleken dat uit het Stappenplan en de door eisers aangehaalde uitspraken of uit de brieven van het UWV valt af te leiden dat nog vóór ommekomst van de drie jaren van een dergelijke arbeidsmarktaantekening sprake zou kunnen zijn.

Ten aanzien van alle eisers (bijlage 1):

6.3 Verder voeren eisers aan dat in vele identieke zaken het twv-vereiste niet is gesteld en aan de desbetreffende vreemdelingen de daarmee corresponderende arbeidsmarktaantekening is afgegeven. Daartoe hebben zij een lijst met V-nummers en namen van acht personen overgelegd, die in een gelijke situatie de twv-vrije status zouden hebben gekregen.

6.3.1 Verweerder stelt zich in het verweerschrift op het standpunt dat de stelling van eisers dat in identieke zaken een verblijfsvergunning met de arbeidsmarktaantekening 'arbeid vrij toegestaan, twv niet vereist' is verleend, juist is. Deze inwilligingen hebben evenwel ten onrechte plaats gehad en zijn te kwalificeren als contra legem, gelet op artikel 4, tweede lid, aanhef en onder b, Wav (nieuw), aldus verweerder. Onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 16 april 2003 (ECLI:NL:RVS:2003:AF7387) stelt verweerder dat de werking van het gelijkheidsbeginsel niet zo ver strekt dat hij is gehouden om een besluit dat in strijd is met de wet te herhalen.

6.3.2 De rechtbank is van oordeel dat verweerder niet gehouden is om op grond van het gelijkheidsbeginsel een arbeidsmarktaantekening af te geven die in strijd

is met de Wav (nieuw). Naar vaste jurisprudentie van de Afdeling strekt de werking van het gelijkheidsbeginsel niet zo ver dat verweerder gehouden is in strijd te handelen met de wet. Verweerder heeft bovendien ter zitting desgevraagd verklaard dat in soortgelijke gevallen geen arbeidsmarktaantekening 'arbeid vrij toegestaan, twv niet vereist' meer wordt verleend.

6.4. Eisers hebben voorts aangevoerd dat verweerder in strijd heeft gehandeld met de artikelen 8, 13 en 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en artikel 26 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) door onderscheid te maken in cultuur.

Eisers wijzen in dat kader op het grote maatschappelijke belang voor de Chinese horeca, de massa-ontslagen en het verlies aan werkgelegenheid. Ook stellen zij in dat kader dat de Chinese minderheid recht heeft op behoud en uitoefening van de eigen cultuur, ook in Nederland. Daaronder vallen ook Chinese culinaire gerechten van gekwalificeerde Chinese koks, aldus eisers.

6.4.1 De rechtbank overweegt dat, nog afgezien van het feit dat niet alle genoemde artikelen zien op het onderscheid in cultuur en eisers hun beroep ook overigens onvoldoende hebben onderbouwd, het beroep op discriminatie niet opgaat, reeds nu de Wav (nieuw) geldt voor alle culturen en niet slechts voor (werkgevers en werknemers in) de Chinese horeca.

6.5. Vervolgens voeren eisers aan dat, gelet op de bijzondere omstandigheden waarin zij verkeren, verweerder ten onrechte heeft nagelaten in voorliggende zaken een individuele belangenafweging te maken. Derhalve zijn de bestreden besluiten op onzorgvuldige wijze tot stand gekomen en ontberen deze een deugdelijke motivering.

6.5.1 Verweerder heeft zich op het standpunt gesteld dat hij geen belangenafweging kan maken, aangezien het hier gaat om een wetswijziging en voorschriften uit een ministeriële regeling waarbij hem geen beoordelingsruimte toekomt en hij geen ruimte heeft voor een belangenafweging.

6.5.2 De rechtbank verwijst in dit kader naar de uitspraak van de Afdeling van 10 augustus 2006 (ECLI:NL:RVS:2006:AY6515), waarin de Afdeling overwoog dat in artikel 4, tweede lid, van de Wav en het daarop gebaseerde Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen uitputtend is geregeld aan welke vreemdelingen een aantekening wordt afgegeven zonder beperkingen voor het verrichten van arbeid en dat voor afgifte van zodanige aantekening aan een vreemdeling die niet tot een van de aangewezen categorieën behoort, de Wav geen ruimte biedt. Nu eisers niet vijf jaar ononderbroken hebben beschikt over een voor het verrichten van arbeid geldige verblijfsvergunning, hebben zij daarmee onder de Wav (nieuw) geen recht op een dergelijke aantekening en is er voor verweerder in de voorliggende gevallen

geen ruimte om een individuele belangenafweging te maken.

6.6. Tot slot hebben eisers een beroep gedaan op schending van de hoorplicht.

6.6.1 De rechtbank verwerpt deze beroepsgrond. Uit de bezwaarschriften, bezien in het licht van de primaire besluiten en de wettelijke voorschriften die daarop van toepassing zijn, heeft de staatssecretaris zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat er geen twijfel over mogelijk is dat de bezwaren ongegrond waren.

7. De beroepen zijn ongegrond.

8. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

(...)

Noot

1. Deze uitspraak gaat over de problematiek van de per 1 januari 2014 gewijzigde (Stb. 2013, 556) en aangescherpte Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Bij de aanscherping is geen overgangsrecht vastgesteld, waardoor veel werkgevers en werknemers met een aflopende tewerkstellingsvergunning in de problemen kwamen. In deze zaak betrof het een aantal Chinese koks en één Maleisische kok, die met aflopende tewerkstellingsvergunningen en een aangescherpte Wav te maken kregen.

2. Ingevolge artikel 4 lid 2 sub b Wav, zoals die geldt na 1 januari 2014, wordt aan vreemdelingen met een verblijfsvergunning pas een arbeidsmarkt-aantekening afgegeven waaruit blijkt dat aan de verblijfsvergunning geen beperkingen zijn verbonden, nadat zij een onafgebroken periode van vijf jaar hebben beschikt over een voor het verrichten van arbeid geldige verblijfsvergunning. Verder worden deze tewerkstellingsvergunningen vanaf 1 januari 2014 nog slechts voor maximaal één jaar afgegeven (in tegenstelling tot het maximum van drie jaar dat daarvoor gold). Dat betekent in de praktijk dat als de werkgever na uitgebreide wervingsinspanningen een tewerkstellingsvergunning krijgt voor een werknemer van buiten de EER, hij een jaar later opnieuw met actuele wervingsinspanningen moet aantonen dat er nog steeds geen werkzoekenden zijn die geschikt zijn voor de functie. De arbeidsplaats van de buitenlandse werknemer is zo ten minste vijf jaar onzeker, voor zowel de werknemer als de werkgever.

3. Voorheen konden tewerkstellingsvergunningen nog voor maximaal drie jaar worden verleend. Na die drie jaar kreeg de vreemdeling de mogelijkheid elders werk te zoeken (of bij dezelfde werkgever te blijven), zonder daarvoor nog een aparte tewerkstellingsvergunning nodig te hebben. Deze termijn, waarna een vreemdeling met een voor arbeid geldige vergunning vrij op de arbeidsmarkt werd, is echter

met de inwerkingtreding van de wet op 1 januari 2014 gewijzigd naar vijf jaar.

4. Een belangrijke wijziging betreft de aanscherping van de toets op prioriteitgenietend aanbod. Deze toets behelst kort gezegd de vraag die bij tewerkstellingsvergunningen speelt: zijn er andere werknemers in Nederland, dan wel de EU, die deze werkzaamheden zouden kunnen verrichten? Het kabinet achtte het – mede wegens de uitbreiding van de EU en het daardoor ontstane arbeidsaanbod – minder wenselijk om mensen van buiten de EU (anders dan kennismigranten of werknemers die binnen een concern worden overgeplaatst) – toe te staan in Nederland te werken voor laag- en ongeschoolde arbeid.

5. Waar de tewerkstellingsvergunning voorheen werd geweigerd als er werknemers beschikbaar waren, dient nu nog slechts te worden vastgesteld dat ze aanwezig zijn. Dat betekent dat als er nog voldoende werkzoekenden in de kaartenbak van het UWV zitten, ongeacht of zij daadwerkelijk in die functie zouden willen werken, de tewerkstellingsvergunning wordt geweigerd omdat prioriteitgenietend aanbod geacht wordt aanwezig te zijn.

6. Deze wetswijziging heeft direct grote gevolgen voor een deel van deze koks. Zij hadden een tewerkstellingsvergunning gekregen voor drie jaar, en de werkgevers rekenden erop dat deze koks daarna zonder nieuwe arbeidsmarkttoets in dienst konden worden gehouden, en daarbij in het bezit gesteld konden worden van een verblijfsvergunning voor arbeid in loondienst, met de arbeidsmarkt-aantekening 'arbeid vrij toegestaan, tewerkstellingsvergunning niet vereist'.

7. Echter, bij de invoering van de aanscherping van de Wav in 2014 is geen overgangsrecht vastgesteld. Dat betekent dat de werknemer die op 31 december 2013 drie jaar in het bezit van een tewerkstellingsvergunning was geweest vrij werd op de arbeidsmarkt, maar dat degene wiens tewerkstellingsvergunning op 1 januari 2014 afliep, plotseling nog twee keer een tewerkstellingsvergunning zou moeten aanvragen voordat hij vrij op de arbeidsmarkt zou worden, waarbij de kans op verlening inmiddels danig was afgenomen. De werkgever werd op die manier gedwongen opnieuw wervingsinspanningen te verrichten en dus eigenlijk zijn best te doen om de werknemer – die hij eigenlijk wil behouden – te vervangen.

8. Er is – m.i. terecht – in de literatuur veel kritiek geweest op het ontbreken van overgangsrecht. Ook vanuit wetgevingperspectief is het niet opnemen van overgangsrecht in een dergelijk geval dubieus. Wetgevingsjuristen dienen zich bij het opstellen van wetgeving altijd af te vragen of het opnemen van overgangsrecht noodzakelijk is (Aanwijzing 165 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving). Daarvoor wordt het toetsingskader uit de Notitie overgangsrecht in de sociale zekerheid als uitgangspunt genomen (zie daarvoor EK 1999-2000, 25 900, EK

87, nr. 87b). In deze notitie wordt gesteld dat bij een wijziging van een opbouwstelsel (van rechten) eerbiedigende werking van reeds opgebouwde rechten voor de hand ligt.

9. Was het vertrouwen van werkgevers immers niet gerechtvaardigd, dat zij – na zij zich de moeite te hebben getroost een tewerkstellingsvergunning voor hun werknemer(s) te verkrijgen – na drie jaar vrij waren de werknemer in dienst te houden? Dat eisers door de onmiddellijke werking van het nieuwe recht in een ongunstiger positie komen te verkeren, is echter volgens de rechtbank slechts het directe gevolg van het niet vaststellen van overgangsrecht door de wetgever en derhalve geen bijzondere omstandigheid die maakt dat de (nieuwe) Wav in deze zaak niet moet worden toegepast. Ook het beroep dat eisers doen op art. 3.103 Vb 2000 (toepassing gunstigste recht) slaagt niet nu het Vb 2000 alleen van toepassing is ten aanzien van vreemdelingenwetgeving, en de Wav geen vreemdelingenwetgeving is.

10. Ten slotte deden eisers een beroep op een aantal artikelen van het EVRM en IVBRP, dat zich eigenlijk niet anders laat lezen dan een beroep op het (grond) recht voor Chinese burgers in Nederland op behoud en uitoefening van de eigen cultuur, daaronder begrepen het eten van de eigen gerechten, bereid door daartoe gekwalificeerde Chinese koks, trof geen doel, al was het alleen al omdat de nieuwe Wav niet slechts op de Chinese horeca van toepassing is.

11. De combinatie van de kortere duur van de tewerkstellingsvergunningen, en de aanscherping van de criteria om deze ook daadwerkelijk te krijgen, heeft al vrij snel tot personele problemen geleid in de Aziatische horeca. De aanname van de wetgever was dat er voldoende prioriteit genietend aanbod aanwezig zou zijn (lees: werkzoekenden), maar in de praktijk konden de Aziatische restaurants gewoonweg geen gekwalificeerde koks meer vinden. De lobby van de Aziatische horeca heeft inmiddels effect gesorteerd. Op 1 oktober 2014 is een gezamenlijk convenant tussen werkgeversorganisatie s in de Aziatische horeca, het UWV en de IND ondertekend en in werking getreden (Stcr. 2014, 27559). Met dit convenant kan de komende twee jaar voor bepaalde functies een gelimiteerd aantal gecombineerde vergunning voor arbeid en verblijf worden verleend voor gekwalificeerde Aziatische koks, waarbij door het UWV niet wordt getoetst op de aanwezigheid van prioriteit genietend aanbod. De Aziatische horeca verplicht zich als wederdienst om een minimum aantal niet vergunningplichtige koks op te leiden en in dienst te nemen. In de overige bedrijfstakken vindt de nieuwe aangescherpte Wav onverminderd toepassing. Tegen de uitspraak is geen hoger beroep ingesteld.

Bram van Melle