

1. Deze klip en klare uitspraak van de Afdeling bestuursrecht van de Raad van State (hierna: de Afdeling) biedt eindelijk wat welkome duiding over de aard en omvang van de zorgplicht voor erkend referenten. Hopelijk leidt deze correctie en terugkoppeling aan de wetgever uiteindelijk ook tot betere en vooral heldere regelgeving op dit terrein. Daar zijn zowel erkend referenten als de IND, als toezichthouder, bij gebaat.

2. Ik bespreek hieronder eerst de feiten en het procesverloop voor de nodige context. Daarna bespreek ik de juridische inbedding van de zorgplicht (en de problemen die in de praktijk al langer spelen met betrekking tot deze plicht) om vervolgens voorzichtig vooruit te blikken wat na deze uitspraak de mogelijkheden zijn.

Feiten en procedureverloop

3. Appellant in deze zaak was een payrollbedrijf. Als dienstverlener treedt zij op als formeel werkgever voor een aantal (derdelander)werknemers, waarbij die werknemers hun feitelijke werkzaamheden bij een ander bedrijf verrichten. Het payrollbedrijf factureert bij deze opdrachtgevers vervolgens voor de inzet van deze werknemers. Het payrollbedrijf is erkend referent en kan zodoende optreden als referent voor kennismigranten (en maakt als zodanig hun (verdere) verblijf in Nederland mogelijk).

4. Voor erkende referenten geldt een zorgplicht. Deze zorgplicht is tweeledig en houdt in dat de erkend referent zorgdraagt voor een zorgvuldige selectie en werving van de vreemdeling, en dat de erkend referent de vreemdelingen informeert over hun rechten en plichten in Nederland. Dat laatste had appellant gedaan, en zodoende speelde in deze zaak alleen het eerste deel van deze plicht (de zorgvuldige werving en selectie van de vreemdeling). Daarbij was de vraag in hoeverre deze plicht aan het payrollbedrijf kon worden opgelegd, omdat de verantwoordelijkheid voor werving en selectie in het geval van een payrollbedrijf juist bij de opdrachtgever ligt.

5. In 2019 hadden inspecteurs van de Nationale arbeidsinspectie (NLA) en de IND samen onderzoek gedaan bij appellant naar de wijze waarop deze de zorgplicht invult. Hoewel de IND – blijkens de rechtbankuitspraak – aanvankelijk de conclusie leek te trekken dat er sprake zou zijn van een schijnconstructie (de kennismigranten zouden eigenlijk geen echte werknemers, maar zelfstandigen zijn), werd uiteindelijk een bestuurlijke boete opgelegd van €60,075 wegens 22 overtredingen van de zorgplicht.

6. De vraag was echter of de zorgplicht voldoende concreet is omschreven om de overtreding ervan te mogen beboeten (en dus of de boete strijd met *lex certa* beginsel oplevert). De Rechtbank wees¹ het beroep op het *lex certa* beginsel weliswaar af, maar matigde de boete wel naar €30,000. De Afdeling zet in deze uitspraak vervolgens een streep door de hele boete voor schending van de zorgplicht. Een boete van €675 voor schending van de informatieplicht was door de rechtbank abusievelijk vernietigd en wordt na incidenteel hoger beroep van de staatssecretaris in ere hersteld.

7. Curieus procedureel detail is nog dat de staatssecretaris na de matiging in beroep een voorlopige voorziening had aangevraagd om het geld als gevolg van de matiging van de boete nog niet terug te hoeven betalen aan appellant totdat op het hoger beroep is beslist.² Het hele boetebedrag was immers al betaald en met de voorlopige voorziening wilde de staatssecretaris voorkomen dat hij een bedrag moest terugbetalen dat later eventueel weer ingevorderd zou moeten worden. De enkele stelling van de staatssecretaris dat dit een '*onevenredige inspanning*' aan de zijde van de staatssecretaris zou opleveren, achtte de Afdeling daartoe onvoldoende, waarbij de Afdeling meewoog dat de staatssecretaris ook niet aannemelijk had gemaakt dat de financiële situatie van appellant dusdanig slecht was dat hij bij een eventueel succesvol hoger beroep, niet alsnog het oorspronkelijke boetebedrag zou kunnen invorderen.

Zorgplicht juridisch kader en praktijk

8. De zorgplicht van erkende referenten is gebaseerd op artikel 2a lid 2 sub b Vw, dat bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur wordt voorzien in zorgplichten. Uit de wetsgeschiedenis van artikel 2a lid 2 sub b Vw blijkt dat de gedachte van de wetgever was dat dit een flexibel instrument zou zijn en de referenten ervan bewust zou maken dat zij een verantwoordelijkheid hebben richting de vreemdeling. Daarbij werd ervan uitgegaan dat referenten al een zeker kennisniveau hebben en inzicht in de juiste

¹ Rb Den Haag z.p. Utrecht, 22 juni 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:6643 (ve22001914).

² ABRvS 22 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2422 (ve22001914).

middelen om daaraan invulling te geven. Maar die flexibiliteit was niet onbegrensd, want: *‘Voorwaarde is uiteraard dat de zorgplichten in de lagere regelgeving voldoende helder zijn geformuleerd, zodat de referenten hun gedrag jegens de vreemdeling daarop kunnen afstemmen en de juiste middelen kunnen kiezen om aan de zorgplichten te voldoen.’*³ De wetgever zette destijds in op het gebruik van zelfregulering door middel van gedragscodes, waarop zou kunnen worden gehandhaafd als de daarin vervatte normen niet zouden worden nageleefd. Die zijn er voor kennismigratie alleen nooit gekomen.

9. Dat zou misschien niet zo problematisch zijn geweest als de zorgplicht inmiddels wel beter – en in voldoende heldere formulering - uitgewerkt zou zijn in lagere regelgeving. Ook dat is nooit gebeurd. In artikel 1.16 lid 2 Vb is slechts bepaald dat *‘de referent van een vreemdeling die in Nederland verblijft of wil verblijven in het kader van uitwisseling, voor arbeid als kennismigrant of voor studie, [zorgdraagt] voor een zorgvuldige selectie en werving van de vreemdeling.’* Via de delegatiebepaling in het derde lid van dat artikel, is dit nader uitgewerkt in artikel 1.4 VV, waarin is bepaald *‘dat de erkend referent de vreemdeling bij de werving en selectie op de hoogte stelt van de relevante regelgeving’*. De Afdeling stelt in deze uitspraak dan ook allereerst droogjes vast dat de norm vaag is (de IND betwist dat overigens ook niet).

10. In de praktijk leest de IND uit deze bestaande regelgeving twee losse plichten: a) de plicht tot zorgvuldige werving en selectie van de vreemdeling, en b) de plicht de vreemdeling te informeren over de voorwaarden voor toelating en verblijf. Voor die laatste verplichting is al langer duidelijk dat dit onder andere kan door de vreemdeling een IND-brochure ter hand te stellen waarin die rechten en plichten staan opgesomd (mondeling mag ook, mits je daar dan wel een verslag of ander bewijs van in je personeelsadministratie opneemt).

11. Over de wijze waarop aan die eerste verplichting zou kunnen worden voldaan wilde de IND zich lange tijd niet concreet (schriftelijk) uitlaten. Hoe dat precies moest, kon de erkend referent zelf het beste inschatten, was de opvatting van de IND (die opstelling zie je ook terug in r.o. 3.3 van de uitspraak). De IND liet zich uiteindelijk voor het eerst concreet uit over deze verplichting in de Nieuwsbrief Zakelijk⁴ van mei 2023, waarin het volgende was opgenomen: *‘u kunt als onderbouwing voor de werving en selectie bijvoorbeeld stukken gebruiken waaruit blijkt dat de werknemer (nog steeds) geschikt is voor de functie.’* Documenten dus die de geschiktheid van de werknemer voor de functie aantonen. Heel erg concreet is dat nog steeds niet, maar duidelijk was dat hier stukken als een cv, diploma's en/of getuigschriften worden bedoeld waarmee kan worden aangetoond dat de werknemer de juiste papieren heeft voor de functie. Bij het schrijven van deze noot viel me op dat deze nieuwsbrief inmiddels weer offline is gehaald door de IND, mogelijk als gevolg van deze uitspraak want de overige nieuwsbrieven van dit jaar staan nog wel gewoon online.

12. In deze zaak lijkt de IND voor het eerst rechtstreeks een boete op te leggen voor schending van de zorgplicht. Over het algemeen vindt de handhaving plaats via een andere erkend referentplicht: de administratieplicht (artikel 4.35 lid 2 Vv). Dat artikel verplicht de erkend referent stukken op te nemen in de administratie *‘omtrent de wijze waarop hij invulling heeft gegeven aan de zorgplicht’*. Welke documenten moeten worden opgenomen in de administratie wordt ook in dit artikel niet nader toegelicht.

13. In zowel de rechtbank uitspraak als de Afdelingsuitspraak wordt het evaluatierapport uit 2019 van de Wet MoMi aangehaald.⁵ Uit dat onderzoek volgt duidelijk dat volgens alle partijen de zorgplicht nog niet voldoende helder is omschreven. De Afdeling haalt het deel van het rapport aan waarin de specifieke knelpunten wordt aangekaart die voor payrollbedrijven spelen. In het rapport worden door de geïnterviewde IND-medewerkers echter ook algemenere zorgen uitgesproken over de reikwijdte en handhaafbaarheid van de zorgplicht:

‘De zorgplicht is volgens de IND en enkele referenten in de wet onvoldoende uitgewerkt.

(...)

³ Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 en enkele andere wetten in verband met de versterking van de positie van de referent in het reguliere vreemdelingenrecht en versnelling van de vreemdelingenrechtelijke procedure (Wet modern migratiebeleid, hierna: “Wet MoMi”), Memorie van Toelichting, *Tweede Kamer*, vergaderjaar 2008–2009, 32 052, nr. 3, p. 13.

⁴ <https://ind.nl/nl/nieuwsbrief-zakelijk> (geraadpleegd op 14 december 2023).

⁵ Mr. drs. Gerrie Lodder, *Selectief naast restrictief. Evaluatie van de Wet modern migratiebeleid*, Universiteit Leiden, Instituut voor Immigratierecht, juni 2019.

Enkele voorbeelden die de IND geeft zijn: *wat houdt de zorgplicht precies in en wanneer is deze geschonden*; wat is een proportioneel boetebedrag voor de overtreding van een administratieve verplichting en mag bij het opleggen van een boete rekening gehouden worden met de draagkracht van de betreffende referent.

(...)

Neem in de wet ook een zorgplicht op voor onderzoek. *De zorgplicht zoals deze nu is geformuleerd voor de verblijfsdoelen kennismigratie en studie is onduidelijk en zou verder moeten worden uitgewerkt*. Onduidelijk is op welke terreinen de zorgplicht geldt (alleen ten aanzien van de toelating en het verblijfsrecht of ook op andere gebieden) en op welke wijze invulling aan de zorgplicht dient te worden gegeven.⁶

14. Met andere woorden, het was in elk geval in 2019 - en regelgeving en beleid zijn daarna niet aangepast - ook voor de geïnterviewde IND-medewerkers niet helder wat de reikwijdte van de zorgplicht was. Ook het in februari van 2020 jaar ingevoerde en zorgvuldig uitgewerkte IND-boetebeleid⁷ zegt weinig tot niets inhoudelijks over de inhoud van de zorgplicht. In het onderdeel van de Vc, waarin mogelijke beboeting voor het overtreden van de wettelijke verplichtingen wordt uitgewerkt staat slechts het volgende (Vc B1/9.7.1):

“Er is voor de IND in ieder geval geen aanleiding om de bestuurlijke boete te matigen als een erkend referent aan verschillende elementen van een op hem rustende zorgplicht heeft voldaan, maar hij ten aanzien van andere elementen van de op hem rustende zorgplicht geen serieus te nemen inspanningen heeft verricht. Deze situatie doet zich in ieder geval voor als een erkend referent zich houdt aan een deel van zijn zorgplicht, maar aan ander deel niet.”

15. Het is dus niet genoeg om aan het ene deel wel te voldoen en het andere niet. Bij de beoordeling of sprake is van serieus te nemen inspanningen aan de zijde van de referent betreft de IND volgens deze beleidsregel verder ‘*alle wettelijke verplichtingen die de referent heeft op grond van de zorgplicht*.’ Wat ‘*al die wettelijke verplichtingen*’ zijn en hoe daaraan kan worden voldaan wordt ook hier niet nader omschreven.

Schending lex certa beginsel

16. De Afdeling is het eens met de rechtbank dat het lex certa beginsel van de wetgever verlangt dat hij met het oog op de rechtszekerheid op een zo duidelijk mogelijke wijze de verboden gedragingen omschrijft, maar dat een zekere vaagheid van normen soms toegestaan kan zijn. Niet altijd kan immers worden voorzien op welke wijze de te beschermen belangen in de toekomst zullen worden geschonden en mocht dit al wel te voorzien zijn, kan een hele uitgebreide catalogus aan gedragingen als gevolg hebben dat de overzichtelijkheid wegvalt en daarmee zou het belang van de algemene duidelijkheid van wetgeving schade lijden.

17. De grens aan deze vaagheid is voor de Afdeling in dit geval duidelijk wel bereikt. Bij payrollbedrijven verzorgt de inlener de werving en selectie van de kandidaten, dat stond ook verder niet ter discussie. Op geen enkele manier blijkt uit regelgeving wat er in een dergelijk geval nog van de erkend referent wordt verwacht; of en zo ja hoe die op de werving en selectie zou moeten toezien, en hoe die dus alsnog aan de zorgplicht zou kunnen voldoen. Gelet op die omstandigheden acht de Afdeling het lex certa beginsel geschonden. Daarbij kent de Afdeling m.i. terecht ook waarde toe aan het feit dat de staatssecretaris sinds het eerdergenoemde MoMi evaluatierapport uit 2019 al bekend was met de deels algemeen afwijkende positie die referent-payrollbedrijven innemen in met name het wervings- en selectietraject van kennismigranten. Als hij van oordeel was dat er voor payrollbedrijven een specifieke vergewisplicht of toezichtsverplichting dient te gelden op de zorgvuldige werving en selectie, dan had hij specifiek daarop gerichte algemene regels of aanwijzingen moeten opstellen.

Zorgplicht: hoe nu verder

18. De Afdeling maakt al in de inleiding van de uitspraak duidelijk dat deze uitspraak alleen gaat over payrollbedrijven die optreden als erkend referent. De staatssecretaris moet, wil het de zorgplicht in die gevallen met boetes kunnen blijven handhaven, dus aan de slag moeten met concrete regelgeving. De uitspraak bevat daartoe in r.o. 5 een concrete terugkoppeling aan de wetgever.

⁶ Idem, p. 33, p. 34, p. 56, p. 81 en p. 88.

⁷ *Stcrt.* 2020, 11649, WBV 2020/5.

19. De vraag is of deze rechtspraak ook betekenis krijgt buiten de specifieke situatie van de payrollbedrijven. Het zou kunnen dat de weinig concrete zorgplicht in het geval van een 'gewone' erkend referent wel wordt geaccepteerd, omdat deze in elk geval zelf over de werving en selectie van de vreemdelingen gaat. Aan de andere kant bleek in 2019 al dat bij zowel de IND als toezichthouder als bij de erkend referenten veel onduidelijkheid bestaat over de precieze invulling en reikwijdte van de zorgplicht (bij kennismigratie). Die onduidelijkheid is nooit weggenomen.

20. Het problematisch karakter van die onduidelijkheid wordt nog eens versterkt door de wijze waarop deze regels doorgaans gehandhaafd worden. Een erkend referent kan op elk moment aan een steekproefsgewijze controle worden onderworpen, waarbij doorgaans voor een aantal vreemdelingen wordt verzocht alle documenten aan te leveren die de referent op grond van de administratieplicht wordt geacht onder zich te hebben. Die plicht omvat ook zoals eerder beschreven ook de verplichting om stukken in de administratie op te nemen '*omtrent de wijze waarop hij invulling heeft gegeven aan de zorgplicht*' (art. 4.35 lid 2 VV), en de IND vraagt de erkend referent dan ook om de stukken te sturen die aantonen dat aan deze verplichting is voldaan. De erkend referent moet de stukken dus uit zichzelf kunnen aanleveren per vreemdeling, hetgeen bij werkgevers de vraag oproept welke stukken ze dan toch in elk geval moeten bewaren.

21. Het gebrek aan specificiteit in deze wettelijke verplichting levert nog een ander probleem op: hoe verhoudt die bewaarplicht zich tot de verplichtingen op grond van de AVG. Op grond van artikel 4.53 lid 4 Vb dient de erkend referent de gegevens die onder de administratieplicht vallen te bewaren tot maar liefst vijf jaar nadat het erkend referentschap is beëindigd. Als je denkt aan de werving en selectie van een werknemer, dan denk je al snel aan de sollicitatie (dan wel gespreksverslagen uit deze procedure), of de uitslag van een assessment als nuttige documenten om te onderbouwen dat zorgvuldig is geworven en geselecteerd. Deze documenten mogen echter zelfs met toestemming van de werknemer maar maximaal een jaar bewaard worden⁸ en zijn dus vaak niet meer voorhanden op het moment dat de IND de erkend referent controleert. Deze problematiek en de consequenties van een naar de opvatting van de staatsecretaris onjuiste afweging daarin worden nu volledig bij de erkend referent gelegd, zonder nadere duiding hoe het dan wel moet. Dat lijkt me ook buiten het domein van de payroll bedrijven juridisch niet houdbaar.

22. De Afdeling laat in de uitspraak in het midden of je de vaagheid in een wettelijke norm nader zou kunnen invullen met informatie die alleen in de vorm van nieuwsbrieven en incidentele presentaties met belanghebbenden wordt gedeeld. Hoewel begrijpelijk, is het jammer dat de Afdeling hier niet meer aandacht aan besteedt, omdat er voor erkend referenten helaas best wat materieel beleid is dat slechts in nieuwsbrieven aan hen bekendgemaakt wordt. Een pregnant voorbeeld hiervan zijn de regels rondom (wettelijk) ouderschaps- of zorgverlof voor kennismigranten (dit gaat over de vraag in welk gevallen de kennismigrant tijdelijk onder het salariscriterium voor kennismigranten mag vallen zonder dat het leidt tot intrekking van de verblijfsvergunning). Nog altijd is dit beleid alleen in de IND Nieuwsbrieven Zakelijk te vinden en niet in de Vreemdelingencirculaire, noch in enig algemeen verbindend voorschrift, terwijl het niet voldoen aan deze regels tot intrekking van de verblijfsvergunning voor de kennismigrant kan leiden en tot bestuurlijke boetes (of bij herhaling intrekking van het erkend referentschap) voor schending van de informatieplicht van de erkend referent. Dit lijkt me vanuit rechtstatelijk perspectief zeer dubieus. De nieuwsbrieven hebben immers geen enkele wettelijke verankering terwijl ze dus wel rechtens relevant beleid voor erkend referenten en hun werknemers kunnen bevatten. Ook kunnen ze op elk moment (zoals de eerdergenoemde nieuwsbrief uit mei 2023) weer offline worden gehaald zonder dat duidelijk was wanneer en zonder dat je dus kunt nagaan van wanneer tot wanneer dat beleid dan gold.

23. Het valt dan ook te hopen dat de wetgever de terugkoppeling van de Afdeling niet alleen aangrijpt om de zorgplicht voor payrollbedrijven verder uit te werken, maar dat de wetgever ook de zorgplicht voor 'gewone' erkend referenten eindelijk eens nader – en niet in een nieuwsbrief – concretiseert. Het mes snijdt daarbij aan twee kanten: het biedt de gewenste helderheid voor de erkend referenten die de norm moeten naleven, en het biedt concrete handvatten voor de IND die deze norm als toezichthouder moet handhaven.

Mr. B. van Melle, Everaert advocaten, Amsterdam

⁸ <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/themas/werk-en-uitkering/sollicitaties> (geraadpleegd 18 december 2023).