

No.W12.12.0244/III

's-Gravenhage, 30 augustus 2012

Bij Kabinetsmissive van 10 juli 2012, no.12.001569, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende herziening van de Wet arbeid vreemdelingen, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel bevat de uitwerking van de voorstellen die in de notitie "Arbeidsmigratie van buiten de EU" voor de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) zijn gedaan, voor zover zij aanpassing van de wet behoeven.¹ Daarnaast bevat het wetsvoorstel een aanscherping van de toets op prioriteitgenietend aanbod, een mogelijkheid om quota vast te stellen voor het aantal tewerkstellingsvergunningen voor bepaalde sectoren dan wel voor categorieën vreemdelingen en een vereenvoudiging van de verificatieplicht voor inleners.

De duur van de plicht van de werkgever om over een tewerkstellingsvergunning te beschikken wordt verlengd van drie naar vijf jaar. De geldigheidsduur van een tewerkstellingsvergunning wordt teruggebracht naar één jaar. De mogelijkheid tot verlenging van de geldigheidsduur van tewerkstellingsvergunningen wordt geschrapt, evenals de 'schorsende werking' hangende het bezwaar of beroep tegen de beslissing tot intrekking van een tewerkstellingsvergunning. Voorts wordt de mogelijkheid geschapen een tewerkstellingvergunning te weigeren of in te trekken wanneer een bestuurlijke boete is opgelegd voor een arbeidsgerelateerde overtreding of een onherroepelijke veroordeling is uitgesproken voor een arbeidsgerelateerd delict.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt een aantal opmerkingen met betrekking tot de wijziging van de toetsing aan het prioriteitgenietend aanbod en het Associatierecht van de Europese Unie. Zij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

1. Wijziging van de toetsing van het prioriteitgenietend aanbod

Voordat een vacature kan worden vervuld, wordt thans door het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) getoetst of er geschikt arbeidsaanbod beschikbaar is, het zogenoemde prioriteitgenietend aanbod (PGA-toets). Dat komt er op neer dat een aspirant-werknemer uit een derde land (buiten de EU, de EER of Zwitserland) pas voor een vacature in aanmerking komt, wanneer daarvoor geen geschikt aanbod bestaat in de vorm van werknemers uit de lidstaten van de EU, de EER dan wel Zwitserland, of van hier verblijvende derdelanders die een verblijfsvergunning hebben en een aantekening dat zij vrije toegang hebben tot de arbeidsmarkt.

De huidige PGA-toets gaat uit van beschikbaarheid voor de arbeidsmarkt. Het wetsvoorstel voorziet erin dat de 'beschikbaarheid' wordt vervangen door

¹ Kamerstukken II 2009/10, 32 144 nr. 1.

'aanwezigheid'. De verandering van beschikbaarheid naar aanwezigheid heeft te maken met de stelregel van het kabinet dat 'voor wie een uitkering heeft en kan werken, werk geen keuze is maar een verplichting'.²

a. Actoren op de arbeidsmarkt

De Afdeling wijst erop dat op de arbeidsmarkt rollen zijn weggelegd voor zowel werkgevers als voor werknemers en uitkeringsinstanties (gemeenten/UWV).

De voorgestelde wijziging, gecombineerd met het voorstel de geldigheidsduur van een tewerkstellingsvergunning (TWV) te beperken tot één jaar³ en de mogelijkheid tot verlenging van de geldigheidsduur van een TWV te schrappen,⁴ kan nadelige effecten hebben voor ondernemers. Zij worden immers verplicht een vacature te melden en krijgen vervolgens een overzicht van kandidaten die blijkens het register van het UWV 'aanwezig' zijn op de arbeidsmarkt. Daarbij staat niet vast in hoeverre die kandidaten ook daadwerkelijk beschikbaar zijn en geschikt voor de functie.

Voorts stelt de Afdeling vast dat de wervingsinspanning van de werkgever⁵ in het voorstel van een facultatieve bepaling wordt gewijzigd in een imperatieve bepaling.⁶ Dat betekent dat afwijking niet mogelijk is.

De Afdeling constateert dat het voorstel de stimulans tot het zoeken van werknemers eenzijdig bij de werkgever legt. Zij heeft in de toelichting een beschrijving van de rol van werkzoekenden en gemeenten en het UWV gemist. Daarmee worden de verplichting van uitkeringsgerechtigden om werk te zoeken en daadwerkelijk te aanvaarden en de verantwoordelijkheid van gemeenten en UWV om uitkeringsgerechtigden te stimuleren aan het werk te gaan miskend.

De Afdeling adviseert naar aanleiding van het voorgaande de toelichting aan te vullen.

b. Lastenverzwaring werkgevers

De Afdeling voorziet dat het geheel van de voorgestelde maatregelen tot een lastenverzwaring zal leiden voor werkgevers, met name in het midden- en kleinbedrijf (MKB), wat betreft het vervullen van vacatures voor werkzaamheden voor een langere periode dan een jaar. Voor de vervulling van vacatures bij seizoenarbeid geldt dit bezwaar niet.

Voorts merkt de Afdeling op dat de verlenging van de TWV-plicht van drie naar vijf jaar, de beperking van de geldigheidsduur van een TWV tot één jaar en het schrappen van de mogelijkheid van verlenging daarvan, ertoe zullen kunnen leiden dat de werkgever wordt geconfronteerd met een jaarlijkse vernieuwing van de lijst van PGA-kandidaten. Dit leidt ertoe dat ieder jaar opnieuw tijd en middelen moeten worden gestoken in het melden van vacatures die moeilijk en pas na enige tijd - en mogelijk slechts tijdelijk - kunnen worden vervuld. Deze lastenverzwaring wordt, anders dan de toelichting stelt, onvoldoende gecompenseerd door het wegvallen

² Zie paragraaf 1 van de toelichting.

³ Artikel I, onderdeel G, van het voorstel (artikel 11, eerste lid Wav).

⁴ Artikel I, onderdeel B, van het voorstel (artikel 5 Wav).

⁵ Het huidige artikel 9, eerste lid, onder a, van de Wav ('kan worden').

⁶ Artikel I, onderdeel D, van het voorstel (artikel 8, eerste lid, onder c, 'wordt').

van andere administratieve verplichtingen, aangezien die, gelet op hun aard en omvang, niet opwegen tegen de voorgestelde verzwaring.

De Afdeling adviseert in de toelichting aandacht te besteden aan de lastenverzwaringen voor werkgevers, met name in het MKB.

2. Verblijfsrechtelijke aspecten

Het voorstel zal gevolgen hebben voor het verblijfsrecht van vreemdelingen voor wie op grond van de Wav een TWV moet worden aangevraagd. Gelet op de koppeling tussen de af te geven verblijfsvergunning en de geldigheidsduur van de TWV⁷ betekent het voorstel dat een verblijfsvergunning onder de beperking 'voor het verrichten van arbeid' geen langere geldigheidsduur kan hebben dan één jaar en niet kan worden verlengd. Dat zal spanning opleveren, met name in die gevallen waarin de vreemdeling op termijn vrije toegang krijgt tot de arbeidsmarkt. In die gevallen waarin stand still-bepalingen zich verzetten tegen het invoeren van nieuwe belemmeringen, kunnen die bepalingen uit het voorstel, die direct of indirect het effect hebben van een belemmering, geen toepassing vinden.

De toelichting⁸ vermeldt dat aan Bulgaren, Roemenen en Turken geen strengere eisen mogen worden gesteld voor toetreding tot de arbeidsmarkt. Voor Bulgaren en Roemenen geldt de voorwaardelijke toelating tot de arbeidsmarkt tot 1 januari 2014, de datum waarop de overgangsbepalingen uit de Toetreding tot de Europese Unie (EU) aflopen. Daarna zullen Bulgaarse en Roemeense werknemers vrije toegang hebben tot de arbeidsmarkt van de EU.⁹ Voor de Turken is dat evenwel niet het geval. Voor hen blijven de stand still-bepalingen in het kader van de Associatie EU (EEG)-Turkije onverminderd van kracht.

Met het oog op de uitvoering van de Wav merkt de Afdeling het volgende op. Op grond van artikel 6 van het Associatiebesluit 1/80 hebben rechtmatig verblijvende Turkse werknemers die legaal op de arbeidsmarkt zijn, na één jaar recht op verlenging van de geldigheidsduur van hun 'arbeidsvergunning' (en daarmee van hun verblijfstitel) bij dezelfde werkgever, wanneer die nog werk heeft (eerste streepje). Na drie jaar mogen zij van werkgever wisselen, mits zij binnen dezelfde bedrijfstak blijven (tweede streepje). Na vier jaar hebben zij vrije toegang tot de arbeidsmarkt (derde streepje).

Kinderen van een Turkse werknemer (die drie jaar in Nederland legaal op de arbeidsmarkt actief is geweest, ook al was dat in het verleden) die in Nederland een beroepsopleiding (waaronder een studie) hebben afgerond, hebben ingevolge artikel 7 van het Associatiebesluit 1/80 vrije toegang tot de arbeidsmarkt.¹⁰ Dat kan al na één examenjaar het geval zijn, wanneer zij hun opleiding in Turkije zijn begonnen en in Nederland mogen afsluiten.

Dat betekent dat het voorstel om de TWV-plicht van drie jaar naar vijf jaar te verlengen voor Turkse werknemers en hun kinderen in strijd is met de artikelen 6

⁷ Artikel 16, eerste lid, onder f, van de Vw 2000.

⁸ Paragraaf 5 van de toelichting.

⁹ Mogelijk herleeft dit probleem bij de toetreding van nieuwe lidstaten, wanneer dat gepaard gaat met maatregelen die voorzien in uitstel van het vrij verkeer van werknemers, zoals bij de toetreding van Kroatië in 2013.

¹⁰ Artikel 7, 2^e alinea, van Associatiebesluit 1/80. Zie Akman, HvJ EG 19 november 1998, zaak C-210/97, ov. 47.

en 7 van Besluit 1/80. Daarnaast is het invoeren van een geldigheidsduur van één jaar voor een TWV en het schrappen van de mogelijkheid tot verlenging daarvan een verslechtering van de toegang tot de arbeidsmarkt, hetgeen in strijd is met de stand still-bepaling van artikel 13 van Besluit 1/80. Volgens het Hof van Justitie EU geldt de stand still-bepaling van artikel 13 met name daar waar nog geen rechten kunnen worden ontleend aan artikel 6 of 7 van Besluit 1/80.¹¹

Een bijzondere categorie wordt gevormd door de Turkse geestelijke voorgangers en godsdienstleraren. Op grond van het Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb 2000)¹² wordt een uitzondering gemaakt op de verlening van een tijdelijke verblijfsvergunning voor diegenen die een verblijfsaanspraak ontleen aan Associatiebesluit 1/80. Dat betekent dat voor hen de beperking van het verblijf voor de duur van de werkzaamheden¹³ niet geldt. Het voorstel voorziet evenwel in een wettelijke beperking van de geldigheidsduur van een TWV voor drie jaren voor – onder meer – deze categorie.¹⁴ Dat betekent dat deze bepaling niet kan worden toegepast op Turkse geestelijke voorgangers en godsdienstleraren die zich in hun hoedanigheid van werknemer kunnen beroepen op de bepalingen van het Associatiebesluit 1/80.

In het geval zij kunnen worden aangemerkt als zelfstandige of dienstverlener, verzet de stand still-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol bij de Associatieovereenkomst EEG-Turkije zich tegen deze wettelijke beperking, omdat zij is aan te merken als een verslechtering.¹⁵

Naar het oordeel van de Afdeling verzetten de genoemde stand still-bepalingen zich evenzeer tegen de invoering van de mogelijkheid tot het instellen van quota, ongeacht of dit betrekking heeft op categorieën werknemers dan wel op categorieën arbeid.¹⁶

Voorts is de Afdeling van oordeel dat de invoering van de mogelijkheid tot weigering of intrekking van een TWV, wanneer aan de werkgever een bestuurlijke boete is opgelegd voor een arbeidsgerelateerde overtreding of wanneer hij bij onherroepelijk besluit is veroordeeld voor een arbeidsgerelateerd delict,¹⁷ eveneens in strijd is met de genoemde stand still-bepalingen.

De Afdeling adviseert in het voorstel in een specifieke clause duidelijk tot uitdrukking te brengen dat Turken die aanspraken ontleen aan het Associatierecht EEG (EU)-Turkije, zijn uitgezonderd van de voorgestelde wijzigingen waar die direct of indirect de toegang tot de arbeidsmarkt belemmeren.

3. Voor een redactionele kanttekening verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.

¹¹ Abatay e.a., HvJ EG 21 oktober 2003, gevoegde zaken C-317/01 en C-369/01, ov. 78-80.

¹² Artikel 3.5, tweede lid, onder d, van het Vb 2000.

¹³ Artikel 3.33, eerste lid, van het Vb 2000.

¹⁴ Artikel 11, derde lid van het voorstel, dat terugverwijst naar artikel 8, derde lid, onder 2°, van het voorstel.

¹⁵ Zie ook Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 2 februari 2011, nr. 201002877/1/V6.

¹⁶ Artikel I, onderdeel C (het voorgestelde artikel 5a Wav).

¹⁷ Artikel I, onderdeel E, van het voorstel (artikel 9, derde lid, onder i en j, van de Wav) en artikel I, onderdeel H, van het voorstel (artikel 12b van de Wav).

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De waarnemend vice-president van de Raad van State,

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W12.12.0244/III met een redactionele kanttekening die de Afdeling in overweging geeft.

- **Verordening (EEG) 1612/68 (..) in artikel J van het voorstel (artikel 15, het nieuwe derde lid, van de Wav) vervangen door Verordening (EU) Nr. 492/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende het vrij verkeer van werknemers binnen de Unie (PB L 141).**