Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
http://dare.uva.nl/document/66814

File ID	66814
Filename	Inleiding tot het onderzoek

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	Dissertation
Title	Wezenlijk Nederlands Belang en Economische Migratie : nationaal toelatingsbeleid ten aanzien van buitenlandse werknemers en zelfstandigen
Author	E.R. Koopman
Faculty	Faculty of Law
Year	2002
Pages	269

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://dare.uva.nl/record/93689

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other then for strictly personal, individual use.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (http://dare.uva.nl)

INLEIDING TOT HET ONDERZOEK

a. Economische migratie: afbakening

In het algemeen denkt men bij het lezen van de term economische migratie aan illegale werknemers, vluchtelingen en gastarbeiders. Het onderwerp van deze studie is echter het recht dat geldt met betrekking tot de eerste toelating van vreemdelingen met als verblijfsdoel 'arbeid als werknemer' of 'zelfstandige'[1] in het Europese deel van het Koninkrijk der Nederlanden (Nederland). Ik noem dit 'economische migratie'. Beide verblijfsdoelen breng ik onder één noemer omdat ik een onderscheid tussen toelating als zelfstandige of als werknemer vrij arbitrair vind. Beide rechtsfiguren worden in het onderzoek betrokken omdat er niet echt een verschil in de te verrichten activiteit bestaat. Dezelfde arbeid kan zowel als werknemer of als zelfstandige worden verricht. Bovendien wordt in veel gevallen het opereren als zelfstandige gebruikt als verbloeming van een arbeidsrelatie.

De samenhang tussen de toelating als werknemer en die als zelfstandige blijkt verder uit het feit dat de beleidsnorm wezenlijk Nederlands belang wordt gebruikt bij de beantwoording van de vraag of één van de drie uitzonderingen op het in Nederland geldende restrictieve toelatingsbeleid van toepassing is. Deze uitzonderingen zijn: (1) klemmende reden van humanitaire aard; (2) internationale verplichtingen; (3) wezenlijk Nederlands belang. In deze studie richt ik mij slechts op laatstgenoemde uitzondering. De norm wezenlijk Nederlands belang wordt in de Vreemdelingencirculaire 1994 (verder: Vc. 1994) zowel gebezigd in het deel betreffende buitenlandse werknemers (onderdeel B11) als het deel aangaande zelfstandigen (onderdeel B12).

Ik beperk mij in dit onderzoek tot betaalde arbeid en ga niet in op onbetaalde arbeid als vrijwilligerswerk of huishoudelijke arbeid, al noem ik het hier en daar in verband met de vraag waar de grens ligt tussen betaalde en onbetaalde arbeid. Als er geen sprake is van betaalde arbeid, wordt er in het Nederlandse beleid niet gesproken van een economische activiteit.

Deze studie betreft primair de eerste toelating van vreemdelingen en dus niet het voortgezet verblijf van vreemdelingen. Ik heb voor deze restrictie gekozen omdat bij de beoordeling van voortgezet verblijf wellicht ook andere redenen zullen gaan meespelen. Men denke bijvoorbeeld aan redenen die samenhangen met integratiebeleid ('migrantenbeleid') en 'psychologische' bezwaren om een reeds in Nederland verblijvende vreemdeling uit te zetten. Mijn uitgangspunt is dat bij de eerste toelating de beoordeling van het 'economisch belang' bij de beoordeling van het verzoek tot verblijf van een vreemdeling nog 'los' is te zien van redenen van integratiebeleid en bovengenoemde psychologische bezwaren en daar is het mij in deze studie om te doen. Volledigheidshalve zal ik hier en daar de regelingen omtrent voortgezet verblijf vermelden indien zij deel uitmaken van een groter geheel waarin eerste toelating wel een rol speelt.

Daar ik mij in deze studie richt op verblijf wegens voorgenomen economische activiteiten, valt het verblijf met de volgende verblijfsdoelen buiten het bestek van dit onderzoek: gezinshereniging en gezinsvorming, secundaire migranten, buitenlandse

---

[1] Het gaat hier om zowel zelfstandige beroepen zoals advocaat of fysiotherapeut als wel zelfstandig bedrijf zoals een restaurant of expeditiebedrijf. In deze studie wordt echter steeds de term zelfstandige gebezigd.

pleegkinderen, vreemdelingen die een beroep doen op het Europees Verdrag betreffende sociale en medische bijstand, asielzoekers en vluchtelingen, staatlozen, studenten, familiebezoekers, vreemdelingen die een medische behandeling dienen te ondergaan, slachtoffers van vrouwenhandel, ex-Nederlanders en Molukkers. Zie voor genoemde categorieën Vc. 1994 deel B. Anderzijds betreft deze studie een wat breder onderwerp. Ik bespreek namelijk stage en practica omdat naast het 'leeraspect' van genoemde werkzaamheden tevens een economische activiteit is beoogd en stagiaires c.q. practicanten ook onder het kopje werknemers in Vc. 1994 worden besproken. Au pair-schap behandel ik eveneens in deze studie in verband met de werkzaamheden die vreemdelingen in dat kader veelal verrichten. In de praktijk blijkt au pair-schap steeds vaker verkapte arbeid te zijn. In deze studie wordt illegaal verblijf waaronder illegale arbeid, niet besproken. Slechts in het geval de behandeling ervan noodzakelijk is om de maatschappelijke context te schetsen, wordt hieraan enkele woorden gewijd. Evenmin wordt hier arbeid door studenten besproken omdat aan studie in beginsel niet inherent is dat er werkzaamheden worden verricht. Met betrekking tot practica en stage is dit wel het geval.

De laatste beperking die ik in dit onderzoek hanteer, is die van een beoogd verblijf van drie maanden of langer. Deze beperking hangt samen met de definitie van internationale migratie. Een immigrant kan gedefinieerd worden als 'a person who migrates to a country and then actually resides there longer than a short period of time, i.e. for more than three months'.[2] In tegenstelling tot genoemde definitie richt ik mij in deze studie op het beoogd (intentioneel) verblijf in plaats van het feitelijk verblijf. Dit is in overeenstemming met het in Nederland geldende recht. Men dient immers als vreemdeling aan de grensbewakingsambtenaar op diens verzoek inlichtingen te verschaffen over de duur van het *voorgenomen verblijf* (art. 23, tweede lid Vb). Daarnaast kunnen bepaalde vreemdelingen *met het oog op* kort verblijf drie maanden in Nederland vrijelijk circuleren (art. 8, tweede lid Vw j° 46 Vb).

In schema wil ik de randvoorwaarden (beperkingen) in deze studie als volgt samenvatten:

1.	Economische migratie: arbeid als (1) werknemer of (2) zelfstandige (zowel beroepen als bedrijven), geen onbetaalde arbeid zoals vrijwilligerswerk of huishoudelijke arbeid, maar wel economisch relevant aangemerkte activiteiten als stage, au pair-schap en practica
2.	Het Europese deel van het Koninkrijk der Nederlanden (Nederland, met uitzondering van Aruba en de Nederlandse Antillen)
3.	Geen illegaal verblijf
4.	Eerste toelating: geen voortgezet verblijf
5.	Beoogd (intentioneel) verblijf van drie maanden of langer

b. Wettelijke grondslag

Het 'wezenlijk Nederlands belang' en, als uitwerking daarvan, 'prioriteitgenietend

---

[2] Hammar, T. (ed.) (1985) *European immigration policy. A comparative study.* Cambridge University Press: Cambridge, p. 11.

aanbod' vormen de spil in het toelatingsbeleid betreffende buitenlandse werknemers en zelfstandigen (oftewel aanvragen met als verblijfsdoel 'arbeid in loondienst' respectievelijk 'arbeid als zelfstandige'). Het wezenlijk Nederlands belang heeft als wettelijke grondslag artikel 11, vijfde lid Vreemdelingenwet (Vw). Het in dit artikel genoemde algemeen belang is door het bestuur uitgewerkt in beleidsuitgangspunten en criteria in de Vreemdelingencirculaire (Vc. 1994). Laatstgenoemde norm kent zijn grondslag in art. 1 sub 2 onder g juncto art. 8 e.v. Wet arbeid vreemdelingen (Wav) en in de drie voorlopers van deze wet. Uiteindelijk is het beleidsmatige wezenlijk Nederlands belang vastgelegd in artikel 13 Vw 2000.

c. Wezenlijk Nederlands belang

Het 'wezenlijk Nederlands belang' wordt in vrijwel alle beslissingen op de aanvraag tot verblijf in Nederland als motivering gebezigd, maar speelt in de praktijk met name een rol voor diegenen die als werknemer of als zelfstandige (dan wel als ondernemer) arbeid in Nederland gaan verrichten. Voor laatstgenoemde categorieën is het 'wezenlijk Nederlands belang' (en terminologische variaties hierop) in concrete criteria en beleidsuitgangspunten (in Vc. 1994, beleidsbrieven, etcetera) uitgewerkt.

De vreemdeling die toelating als zelfstandige beoogt en die geen recht op toelating heeft op grond van de Nederlandse nationaliteit of op grond van een relevant verdrag dient een verblijfsvergunning aan te vragen. Deze vergunning wordt hem verleend tenzij het 'algemeen belang' van artikel 11, vijfde lid Vreemdelingenwet zich daartegen verzet. In verband met in Nederland geldend restrictief toelatingsbeleid is bepaald dat zijn aanvraag wordt geweigerd indien er geen 'positief wezenlijk Nederlands belang' is aan te wijzen dat met zijn verblijf in Nederland wordt gediend. De Minister van Justitie beslist hier over. Het vraagt in concrete gevallen advies aan het Ministerie van Economische Zaken. De Minister van Justitie neemt het besluit en blijft daarover zelf verantwoordelijk (art. 3:9 Awb) omdat het advies van EZ geen besluit is in de zin van art. 1:3 Awb. Uiteraard wordt bezien of de aanvraag eventueel op justitiële gronden geweigerd dient te worden. Tegen een besluit waarin de aanvraag wordt afgewezen, staat beroep open bij de bestuursrechter (art. 33a Vw).

Voor de toelating van buitenlandse werknemers is de norm 'wezenlijk Nederlands belang' nog steeds relevant ondanks dat voor de toelating van buitenlandse werknemers wordt getoetst aan het criterium prioriteitgenietend aanbod. In de memorie van toelichting op de Wav wordt nog steeds melding gemaakt van het wezenlijk Nederlands belang als beleidsuitgangspunt. Bovendien wordt in art. 8 lid 1 sub e Wav gesteld dat bepaalde werkzaamheden (zoals prostitutie) kan worden uitgesloten van de verlening van een tewerkstellingsvergunning op grond van een AMvB. Ook hier speelt het wezenlijk Nederlands belang een belangrijke rol.

Ik zal beschrijven hoe het beleidsmatige en sedert jaar en dag gebezigde 'wezenlijk Nederlands belang' voor de toelating van buitenlandse werknemers als het ware is 'vertaald' in het wettelijke criterium 'prioriteitgenietend aanbod'.

d. Prioriteitgenietend aanbod

Het 'prioriteitgenietend aanbod' speelt een belangrijke rol in de toelating van buitenlandse werknemers in die zin dat een vreemdeling van buiten de Europese Economische Ruimte (EER) slechts in Nederland arbeid in loondienst mag gaan verrichten als zijn werkgever beschikt over een tewerkstellingsvergunning. Deze tewerkstellingsvergunning wordt geweigerd indien binnen de EER 'prioriteitgenietend aanbod' aanwezig is.

'Prioriteitgenietend aanbod' zijn grofweg de EER-onderdanen die in de openstaande vacature zouden kunnen voorzien en voorrang krijgen.

De Arbeidsvoorziening (Ministerie van SZW) verleent deze tewerkstellingsvergunning en wel aan de werkgever van de vreemdeling. In beginsel betreft dit een bevoegdheid van de Minister van SZW. Doorgaans wordt daarna de verblijfsvergunning bijna standaard verleend aan de vreemdeling zelf door de Minister van Justitie. Dit is slechts anders indien op andere justitiële gronden de verblijfsvergunning alsnog wordt geweigerd, bijvoorbeeld omdat de vreemdeling ongewenst is verklaard of niet beschikt over voldoende middelen van bestaan. De tewerkstellingsvergunning wordt dan door Arbeidsvoorziening ingetrokken. Weigering van de tewerkstellingsvergunning door de Arbeidsvoorziening leidt overigens niet in alle gevallen tot een weigering van een verblijfsvergunning. Verblijf kan immers ook om andere redenen dan voortvloeiende uit de Wav worden toegestaan.

e. Overzicht toelating buitenlandse werknemers en zelfstandigen

De regeling omtrent de toelating van buitenlandse werknemers en zelfstandigen is als volgt in een schema samen te vatten:

1. Buitenlandse werknemers:

vereiste vergunning:	wettelijke grondslag:	verleend door:	verleend aan:	criteria:
twv	Wav	Minister van Sociale Zaken en Werk-gelegenheid	werkgever van de werknemer	Prioriteitgenietend aanbod (wezenlijk Nederlands belang)
vtv	Vw	Minister van Justitie	werknemer	justitiële gronden

2. Zelfstandigen:

vereiste vergunning:	wettelijke grondslag:	verleend door:	verleend aan:	criteria:
vtv	Vw	Minister van Justitie (advies: Minister van Economische Zaken)	zelfstandige	wezenlijk Nederlands belang en justitiële gronden

f. Vraagstelling

De normen 'wezenlijk Nederlands belang' en 'prioriteitgenietend aanbod' vormen het uitgangspunt in het toelatingsbeleid aangaande buitenlandse werknemers en zelfstandigen. Een studie naar de rol van genoemde termen in het toelatingsbeleid aangaande

buitenlandse werknemers en zelfstandigen leidt tot de volgende vraagstelling:

I Welke algemene belangen had de Nederlandse wetgever voor ogen toen deze de toelating van buitenlandse werknemers en zelfstandigen in wetten regelde met het oog op economische activiteiten?

II Hoe zijn deze algemene belangen uitgewerkt in het toelatingsbeleid aangaande buitenlandse werknemers en zelfstandigen?

III Op welke wijze toetst de Nederlandse rechter de afwijzing van toelating van een buitenlandse werknemer of zelfstandige aan het algemeen belang (wezenlijk Nederlands belang)?

g. Aanpak

In hoofdstuk één inventariseer ik de internationale verdragen waarbij Nederland verdragspartij is en die de toelating en het verblijf van buitenlandse werknemers en zelfstandigen in Nederland regelen. Krachtens genoemde verdragen heeft de Nederlandse overheid geen bevoegdheid (meer) om de toelating van buitenlandse werknemers en zelfstandigen (uit de landen waarmee Nederland de desbetreffende verdragen heeft gesloten) te toetsen aan het wezenlijk Nederlands belang. Het doel van dit hoofdstuk is dus niet alleen de weergave van het positieve recht omtrent de toelating van verdragrechtelijk geprivilegieerde buitenlandse werknemers en zelfstandigen, maar is tevens de weergave van de randvoorwaarden van het wezenlijk Nederlands belang als mogelijk toetsingscriterium.

In hoofdstuk twee beschrijf ik hoe de nationale wetgever in het verleden omging met het belang (het wezenlijk Nederlands belang) van economische migratie in de totstandkoming van wetten aangaande economische migratie. Ik geef een wetshistorisch overzicht van de overwegingen, doelstellingen en (deel-)belangen zoals die in de parlementaire totstandkoming van zeven wetten naar voren zijn gekomen. Deze wetten zijn: (a) de Vreemdelingenwet van 1849, (b) de oude Wet tot regeling van het verrichten van arbeid door vreemdelingen van 1934, (c) de oude Wet arbeidsvergunning vreemdelingen 1964, (d) de huidige Vreemdelingenwet 1965, (e) de oude Wet arbeid buitenlandse werknemers 1979, (f) de huidige Wet arbeid vreemdelingen 1995, (g) de toekomstige Vreemdelingenwet 2000. De bespreking van de parlementaire totstandkoming van bovengenoemde wetten wordt voorafgegaan door een bespreking van de maatschappelijke context waarin de desbetreffende wet tot stand kwam. Hierdoor wordt het positieve recht in zowel een rechtshistorische alswel een wetshistorische context geplaatst zodat de wil van de wetgever als reactie op maatschappelijke en economische gebeurtenissen duidelijk wordt.

In hoofdstuk drie geef ik een overzicht van het huidig recht omtrent de toelating en het verblijf van buitenlandse werknemers en zelfstandigen. Daar voor de toelating en het verblijf van buitenlandse werknemers andere regels gelden dan voor buitenlandse zelfstandigen, behandel ik beide categorieën afzonderlijk. Om praktische redenen behandel ik allereerst de buitenlandse zelfstandigen en vervolgens de buitenlandse werknemers. Ik beschrijf verder hoe de verlening van een tewerkstellingsvergunning conform de Wet arbeid vreemdelingen (aan de werkgever) samenhangt met de verlening van de verblijfsvergunning ex Vreemdelingenwet (aan de vreemdeling). Grofweg komt het beleid er op neer dat Justitie nog geen verblijfsvergunning aan de werknemer verleent zolang de werkgever nog geen tewerkstellingsvergunning van Arbeidsvoorziening heeft ontvangen.

Hoofdstuk vier staat in het teken van de wijze waarop het algemeen belang van

artikel 11, vijfde lid Vreemdelingenwet zich ontwikkelde tot het wezenlijk Nederlands belang als beleidsnorm voor de toelating van buitenlandse werknemers en zelfstandigen. Aan bod komen het algemeen restrictief toelatingsbeleid, de uitzonderingsposities op dit beleid en de bevolkingspolitieke en economische doeleinden van het wezenlijk Nederlands belang. In dit hoofdstuk wordt uitgelegd hoe een belangrijke wettelijke norm door het bestuur werd uitgewerkt in concrete criteria en hoe de rechter hieraan toetst.

De rest van dit onderzoek staat in het teken van de bespreking van het recht dat geldt met betrekking tot buitenlandse werknemers en zelfstandigen. Het onderscheid tussen beide categorieën is echter niet eenduidig. In hoofdstuk vijf wordt het onderscheid tussen buitenlands werknemer en zelfstandige in verband met de toepasselijkheid van de Wet arbeid vreemdelingen behandeld. Zoals ik hierboven reeds aangaf hoeft slechts de werkgever van een buitenlands werknemer een tewerkstellingsvergunning aan te vragen. Eveneens komen schijnconstructies aan bod die worden gebezigd ter ontduiking van de tewerkstellingsvergunningsplicht.

Ten aanzien van buitenlandse werknemers is de norm prioriteitgenietend aanbod een wettelijk uitgangspunt. Zie hiervoor hoofdstuk zes. De hoofdvragen die in dit hoofdstuk aan de orde komen, zijn: (a) Welke inspanningen dient de werkgever te verrichten om prioriteitgenietend aanbod te werven?; (b) Is prioriteitgenietend aanbod daadwerkelijk inzetbaar?; (c) Beschikt het prioriteitgenietend aanbod wel over voldoende kwaliteiten?; (d) Zijn er andere omstandigheden te noemen waardoor de werkgever de werving van prioriteitgenietend aanbod bemoeilijkt? Tenslotte komt de vraag aan de orde wie het laatste woord heeft als er verschil van opvatting bestaat tussen werkgever en de Arbeidsvoorziening. In dit hoofdstuk geef ik een overzicht van bovengenoemde aspecten *onafhankelijk van de soort arbeid.*

In hoofdstuk zeven komen (sommige van) deze vragen opnieuw aan bod, maar dan *gedifferentieerd per arbeidssector.* Ik heb voor zo'n 'algemeen versus bijzonder'-aanpak gekozen omdat een zuiver 'algemene'-aanpak de heterogeniteit van 'de' arbeidsmarkt geweld aandoet. De inspanningen die een werkgever moet getroosten voor de werving van een bloembollenpeller is niet gelijk aan die van een IT-er, lasser of OETC-leraar. De gewenste eigenschappen van horecapersoneel verschilt wezenlijk van die van een hoogleraar aan een universiteit en hetzelfde kan worden gezegd van de 'inzetbaarheid' van bijvoorbeeld aspergeplukkers, dan wel directeur-aandeelhouders.

In hoofdstuk acht beschrijf ik het toelatingsbeleid ten aanzien van zelfstandigen. Het wezenlijk Nederlands belang vormt daarbij het uitgangspunt, terwijl adviseringsbeleid van het Ministerie van Economische Zaken eveneens een belangrijke rol speelt: Zó belangrijk zelfs dat de Minister van Justitie zich in veel gevallen geheel schikt naar het adviseringsbeleid van het Ministerie van Economische Zaken.

Met betrekking tot specifieke categorieën van zelfstandigen vraagt de Minister van Justitie ook nog advies bij andere ministeries dan Economische Zaken. Deze ministeries hebben eigen beleid ontwikkeld met betrekking tot deze specifieke categorieën van zelfstandigen. Het gaat hier om zelfstandige kunstenaars, musici, artiesten, schrijvers en sporters. Terwijl het Ministerie van Economische Zaken zich vooral richt op de bedrijfseconomische aspecten van een aanvraag, richten de Ministeries van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen en Volksgezondheid, Welzijn en Sport zich op het kunst- respectievelijk het sportbelang. Ik bespreek dit in hoofdstuk negen.

Tenslotte kom ik in hoofdstuk tien met enige bevindingen. In de vorm van drie schema's verschaf ik criteria voor toetsing aan het wezenlijk Nederlands belang. Hierdoor kunnen alle relevante overwegingen, belangen en belanghebbenden bij iedere beslissing

worden meegenomen. Er wordt een overzicht gegeven van het geldende restrictieve toelatingsbeleid ten aanzien van de verschillende categorieën van buitenlandse werknemers en zelfstandigen. De teneur van het tewerkstellingsvergunningsbeleid is dat het bestuur vasthoudt aan een streng 'nee, tenzij'-regime, terwijl de rechter steeds vaker constateert dat geen prioriteitgenietend aanbod beschikbaar is. Ik zal pleiten voor een beroepsgedifferentieerde c.q. categoriale aanpak. Het toelatingsbeleid ten aanzien van zelfstandigen (en bedrijven) blijkt alleen vragen op te werpen bij de innovativiteit.