

Wijziging Wav: is het ontbreken van overgangsrecht aanvaardbaar?

Met ingang van 1 januari 2014 is de Wet arbeid vreemdelingen ingrijpend veranderd. De wijziging heeft vergaande consequenties voor betrokkenen, die naar Nederland zijn gekomen met verwachtingen die waren gebaseerd op de oude wetgeving. Er is echter geen overgangsrecht geformuleerd. Corrien Ullersma en Renske Imkamp¹ onderzochten in hoeverre dat verenigbaar is met (inter)nationaal recht.

Met ingang van 1 januari 2014 is de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) ingrijpend veranderd.² Een tewerkstellingsvergunning (twv) wordt nu in de meeste gevallen voor maximaal één jaar afgegeven, in plaats van voor de duur van drie jaar. Daarnaast heeft de wetswijziging tot gevolg dat arbeidsmigranten niet langer na het verrichten van arbeid gedurende een onafgebroken periode van drie jaar zonder belemmeringen mogen werken op de Nederlandse arbeidsmarkt, maar pas na vijf jaar. De werkgever van een arbeidsmigrant heeft daarmee voor een periode van vijf jaar een twv nodig voor zijn buitenlandse werknemer.

Aan de wetswijziging is geen overgangsregeling verbonden; de wijziging geldt voor iedereen die op 1 januari 2014 nog geen vijf jaar legaal arbeid heeft verricht. De opgebouwde verblijfsrechten van vreemdelingen die al vóór 1 januari 2014 in Nederland werkten zijn daardoor in belangrijke mate gedevalueerd. De kans op een nieuwe twv is voor hen door de wijzigingen namelijk aanzienlijk verkleind en daarbij is sprake van grotere onzekerheid over een stabiel verblijfsrecht. In de praktijk zijn de gevolgen daarvan al zichtbaar. Deze vreemdelingen verliezen hun recht om te werken en daarmee hun inkomsten en worden geconfronteerd met het reële scenario dat zij moeten terugkeren naar hun land van herkomst. In dit artikel onderzoeken wij of het niet treffen van een overgangsregeling in overeenstemming is met nationale, Europese en internationale verplichtingen. We maken de materie inzichtelijk door deze te koppelen aan en te illustreren met voorbeelden uit de Chinese horecasector. Het zijn de problemen van deze groep die tot nu toe het meest aan de oppervlakte zijn gekomen. Andere sectoren hebben ongetwijfeld te kampen met vergelijkbare kwesties.

1. Wetswijziging

1.1 Inhoud en achtergrond

In de meeste gevallen hebben Nederlandse werkgevers in eerste instantie een twv nodig voor een arbeidsmigrant van buiten Europa. In de Wav zijn de voorwaarden vastgelegd. De beoordeling van de aanvraag voor een verblijfs- en werkvergunning geschiedt op basis van een samenwerkingsverband tussen de IND en het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV). Een aanzienlijk deel van de Wav is veranderd met de wetswijziging van 1 januari 2014. Naast een aantal aanpassingen dat uitbuiting van werknemers beoogt tegen te gaan,³ springen twee concrete wijzigingen het meest in het oog; het aantal jaren dat de vreemdeling twv-plichtig is en de geldigheidsduur van een twv. Onder de oude⁴ Wav (geldig tot 1 januari 2014) werd op het moment dat de vreemdeling een aanvraag deed om in Nederland te mogen werken, getoetst of er zogeheten prioriteitgenietend aanbod⁵ beschikbaar was. Was dat er niet, en voldeden vreemdeling en werkgever aan de andere gestelde voorwaarden, dan kreeg de vreemdeling een verblijfsvergunning en twv met een geldigheidsduur van drie jaar. Deze arbeidstoets werd in principe⁶ slechts eenmaal uitgevoerd, namelijk bij de aanvraag. Zodra de vreemdeling een arbeidsverleden van drie jaar had opgebouwd, werden hij en zijn werkgever vrijgesteld van de

³ Een bespreking van deze wijzigingen valt buiten het bereik van dit artikel.

⁴ Er is sprake van een aanzienlijk aantal aanpassingen van de Wav, niet van een geheel nieuwe wet. Omwille van de leesbaarheid duiden de auteurs het verschil tussen de wetsversies van vóór en na 1 januari 2014 aan met Wav (oud) en Wav (nieuw).

⁵ Hiermee wordt bedoeld: aanbod van de zijde van Nederlanders, vreemdelingen waarvoor vrij verkeer van werknemers geldt en vreemdelingen met een verblijfsvergunning zonder daaraan verbonden beperkingen voor het verrichten van arbeid. Vgl. TK 2012-2013, 33575, nr. 3, p. 12.

⁶ Ter nuancering: de mogelijkheid tot vaker toetsen was er wel, en vanaf maart 2012 vond een aanscherping in beleid plaats; veelal werd een twv maar voor 18 maanden verleend. Vgl. Rechtbank Den Haag 6 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:16569, ve13002428.

¹ De auteurs bedanken mr. P.J. Schüller en mr. M.F. Wijngaarden voor hun waardevolle inbreng.

² Stb. 2013, 499, ve13002478.

vereiste twv. De vreemdeling was daarna vrij op de arbeidsmarkt en kon in aanmerking komen voor een stabiel verblijfsrecht. Door de nieuwe wet is dit helemaal anders geworden.

In de eerste plaats zijn de genoemde wijzigingen opgenomen in artikel 4, tweede lid onder b van de Wav (nieuw). Een verblijfsvergunning zonder twv-vereiste wordt op basis van deze bepaling in

In de praktijk heeft de wetswijziging grote gevolgen voor werknemers die onder de oude Wav naar Nederland zijn gekomen.

de regel pas afgegeven na een rechtmatig verblijf in Nederland van vijf jaar, in plaats van na drie jaar. Ten tweede verwoordt artikel 11, tweede lid van de nieuwe wet de hoofdregel dat een twv nog maar voor maximaal één jaar wordt afgegeven in plaats van voor drie jaar. Als een arbeidsmigrant op 1 januari 2014 nog geen drie onafgebroken jaren arbeid had verricht, dan moet zijn werkgever volgens de nieuwe regels nog zeker twee keer een twv aanvragen. Dit betekent dat de toets op prioriteitgenietend aanbod nu jaarlijks plaatsvindt gedurende een periode van vijf jaar. Elk jaar kan de verlengingsaanvraag voor de vergunning worden afgewezen als er volgens het UWV prioriteitgenietend aanbod beschikbaar is, en pas na vijf jaar heeft de vreemdeling zekerheid over een stabiele verblijfspositie in Nederland. De tijdelijkheid van arbeidsmigratie wordt hiermee bevorderd. Behalve in de hiervoor genoemde wijzigingen is deze aanscherping in meer praktische zin tot uitdrukking gekomen in verschillende onderdelen van het gewijzigde artikel 8 van de Wav (nieuw).

De reden voor deze wijzigingen is duidelijk. Ze geven uiting aan de politieke wens om een restrictief toelatingsbeleid te voeren, om zo verdringing op de Nederlandse arbeidsmarkt van laaggeschoold personeel uit Nederland en de rest van de EU tegen te gaan. Het standpunt van het kabinet dat in Nederland te veel mensen onnodig een uitkering ontvangen en de hoge werkloosheid in Europa leiden tot pogingen om eerst het eigen arbeidsaanbod aan te spreken.⁷ De aanscherping in de Wav van de toets van het UWV aan het prioriteitgenietend aanbod maakt hiervan onderdeel uit. Als het UWV dat aanbod aanwezig acht, wordt aan de werkgever van de vreemdeling geen twv verleend en mag deze niet in Nederland werken.

In samenhang met de wetswijziging startte het UWV vorig jaar met het project 'vervulling vacatures in de Aziatische horeca'.⁸ Middels dit project worden enerzijds Nederlandse werklozen gestimuleerd om als kok in een Aziatisch restaurant aan het werk te gaan en zijn anderzijds aan de sector zelf verplichtingen opgelegd om dit doel te verwezenlijken. Het komt er op neer dat voor de oorspronkelijke koks, voor zover dat arbeidsmigranten uit Azië zijn, geen plaats meer is. Het project is illustratief voor de onzekere positie van Aziatische koks die al enige tijd in Nederland werken, zoals die door de wijziging van de Wav is ontstaan. De kans dat hun werkgever voor hen een nieuwe twv krijgt wordt door het project aanzienlijk verkleind. Het perspectief om de vereiste vijf jaar in Nederland op die manier vol te maken des te meer. En dat terwijl zij onder de oude Wav bij aankomst in Nederland het vooruitzicht hadden op een stabiele toekomst in Nederland na drie jaar werken, in principe zonder dat er tussentijds nog aan prioriteitgenietend aanbod zou worden getoetst.

7 TK 2012-2013, 33575, nr. 3, p. 3.

8 Zie www.werk.nl.

1.2 Geen overgangsrecht

Verskillende politieke partijen hebben destijds kritiek geuit op de plannen voor de wetswijziging. Zo vroeg D66 zich af hoe deze zich verhoudt tot het aan de oude Wav onderliggende argument dat de werknemer na drie jaar vrijgesteld moet zijn van de twv-plicht, omdat het houden van een baan gedurende drie jaar een element is van duurzame integratie.⁹ De GroenLinks-fractie sprak

onder meer haar zorgen uit over de toen bestaande onduidelijkheid over de vraag of er een overgangsregeling zou komen voor personen die al in Nederland verblijven op basis van de oude regeling.¹⁰ Minister Asscher beantwoordde de vragen over de wenselijkheid van overgangsrecht tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer op 5 november 2013. Hij stelde bepaalde vormen van maatwerk te verkiezen boven een algemene overgangsregeling:

'GroenLinks vroeg om overgangsrecht voor dat maatwerk. Ik gaf net het voorbeeld van de vergunning voor anderhalf jaar voor koks die dan anderen kunnen opleiden. In dat maatwerk ligt ook de mogelijkheid om te bekijken of een werkgever voldoende tijd heeft om mensen op te leiden. Ik denk dat dit effectiever is dan een algemene overgangsbepaling. In sommige gevallen is er geen behoefte aan zo'n overgangsperiode, omdat dat aanbod er wel is. In andere gevallen kan misschien met redenen beargumenteerd worden waarom die behoefte er wel is.'¹¹

Opvallend is dat de minister hier met geen woord repte over de belangen van de werknemers. Bij de inwerkingtreding van de wetswijziging – acht weken later – was geen enkele vorm van overgangsregeling gerealiseerd.

In de praktijk heeft de wetswijziging grote gevolgen voor werknemers die onder de oude Wav naar Nederland zijn gekomen en de drie jaar arbeidsverleden die volgens de oude regels voor een definitieve verblijfsvergunning vereist waren, (net) niet hebben volgemaakt. Zo zijn er naar schatting tussen de 800 en 1000¹² koks die enkele jaren geleden huis en haard in China hebben opgegeven om in Nederland te gaan werken en wonen. Nu de nieuwe regeling onverkort op hen van toepassing is, mogen zij zodra hun twv afloopt plotseling niet meer werken. Vanwege het veronderstelde prioriteitgenietend aanbod krijgt hun werkgever voor hen immers geen nieuwe twv meer. Zij verliezen hun inkomsten en worden geconfronteerd met het reële scenario dat zij moeten terugkeren naar China. In andere sectoren spelen ongetwijfeld vergelijkbare problemen.

Ten aanzien van het UWV-project Aziatische horeca is het tot nu toe moeilijk gebleken om Nederlandse werklozen als kok in een Aziatisch restaurant aan het werk te krijgen. Toen bleek dat als gevolg hiervan veel Aziatische restaurants met faillissement werden bedreigd, heeft minister Asscher in oktober 2014 met de

9 EK 2013-2014, 33475, D, p. 4.

10 *Ibid.*, p. 5.

11 *Handelingen* EK 5 november 2013, item 10, p. 66.

12 Schatting waarvan wordt uitgegaan door o.a. de branchevereniging Koninklijke Horeca Nederland en de Vereniging Chinese Horeca Ondernemers (vgl. www.khn.nl en www.vcho.nl).

sector een convenant gesloten (het zogenoemde 'wok-akkoord').¹³ Dit maakt het mogelijk dat voorlopig een beperkt aantal twv-en zal worden verstrekt aan Aziatische koks die volgens de gewijzigde regels daarvoor niet meer in aanmerking komen. Dit is een tijdelijke oplossing die geen algemene en duurzame overgangsregeling biedt voor arbeidsmigranten die al in Nederland waren.

Het is de vraag hoe de keuze om geen overgangsrecht vast te stellen zich verhoudt tot onze nationale, Europese en internationale verplichtingen. In het navolgende zullen we daarop ingaan.

2. Overgangsrecht op basis van nationale verplichtingen

2.1 Aanwijzingen voor de regelgeving

Bij de wijziging van de Wav is sprake van 'onmiddellijke werking'. Dat betekent dat de nieuwe wetgeving niet alleen van toepassing is op rechtsposities en verhoudingen die na de inwerkingtreding ervan ontstaan, maar ook op situaties die op het moment van inwerkingtreding al bestonden.¹⁴ De gewijzigde Wav is sinds 1 januari 2014 dus op dezelfde manier van toepassing op zowel oude als nieuwe arbeidsmigranten die twv-plichtig zijn.

De wetgever had anders kunnen besluiten. De verschillende mogelijkheden voor het laten intreden van nieuwe wetgeving zijn opgenomen in de 'Aanwijzingen voor de regelgeving'. De bedoeling is dat deze als leidraad worden genomen bij het vaststellen van nieuwe wet- en regelgeving. Juridisch bindend zijn ze echter niet.¹⁵ Een voor de hand liggend alternatief was in dit geval de figuur van de 'eerbiedigende werking' geweest.¹⁶ De oude Wav zou daarmee van toepassing kunnen blijven op al geldende rechtsverhoudingen. In de toelichting bij Aanwijzing 169 staat dat het toekennen van eerbiedigende werking aan een wetswijziging wenselijk is als 'het aan de nieuwe regeling voorafgaande rechtsregime heeft geleid tot het ontstaan van verwachtingen

belangrijke rol: niet alleen bood de Wav arbeidsmigranten tot 1 januari 2014 meer en een beter perspectief, maar ook overvallen de plotselinge wijzigingen de arbeidsmigranten volledig. Deze rechtsbeginselen zijn, anders dan de 'Aanwijzingen voor de regelgeving' zelf, wel bindend voor wetgever en bestuur. In het navolgende onderdeel bespreken wij deze rechtsbeginselen nader.

Eenzijds geldt dat de leidraad zelf geen dwingende normen meebrengt voor de wetgever. Gezien het doel van het terugdringen van werkloosheid in de EU is het voor het kabinet bovendien wenselijk om de nieuwe regels snel effect te kunnen laten sorteren. Vanuit dat gezichtspunt kan de keuze voor het ontbreken van overgangsrecht waarschijnlijk begrepen worden. Maar met het oog op de tekst en toelichting van de leidraad is de keuze voor het geheel ontbreken van een overgangsregeling op zijn minst opmerkelijk. Vermeldenswaardig is dat de Afdeling Wetgeving van de Raad van State in een ongevroegd advies in 2005 de wetgever heeft geadviseerd intensieve aandacht aan overgangsregelingen te schenken, vanwege in het verleden ontstane problemen met gebrek of ontbrekend overgangsrecht.¹⁷

2.2 Nationale verplichtingen voor wetgever en bestuur

Wel rechtstreeks bindend voor wetgever en bestuur zijn het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel. Het rechtszekerheidsbeginsel vereist dat degenen voor wie de normen van een nieuwe regeling zijn bestemd, de kans moeten krijgen zich in te stellen op de nieuwe eisen en voorschriften. Volgens het vertrouwensbeginsel moet een burger op eerdere toezeggingen en gerechtvaardigde verwachtingen kunnen rekenen.

Hoewel de wijziging van de Wav de verantwoordelijkheid van de wetgever is geweest en de Wav (nieuw) het bestuur geen beleidsvrijheid laat, heeft het bestuur (in dit geval de IND en het UWV) ook een eigen plicht ten opzichte van de arbeidsmigrant. Immers, het is ook aan het bestuur om de rechtmatigheid van

De plotselinge wijzigingen van de Wav hebben de arbeidsmigranten volledig overvallen.

omtrent het voortduren van situaties (...) aan welke verwachtingen de nieuwe regeling afbreuk zal doen.' Gezien het voorgaande is daarvan sprake ten aanzien van arbeidsmigranten die naar Nederland zijn gekomen en hier korter dan drie jaar voor de inwerkingtreding van de wetswijziging een dienstbetrekking zijn aangegaan.

De onmiddellijke werking die in plaats daarvan aan de wetswijziging is toegekend, is beschreven in Aanwijzing 166 van de 'Aanwijzingen voor de regelgeving'. In de bijbehorende toelichting is opgenomen dat bij een keuze voor onmiddellijke werking de ontwerper van de nieuwe regeling zich de maatschappelijke gevolgen daarvan eerst moet voorstellen. In dit geval zijn de gevolgen voor een aanzienlijk aantal arbeidsmigranten en hun werkgevers zowel zakelijk als privé groot. Andere aspecten van overweging om toch voor overgangsrecht te kiezen die daarbij in de toelichting worden genoemd, zijn het vertrouwensbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, de redelijkheid en billijkheid en het verrassingseffect. Al deze beginselen spelen in dit geval een

toe te passen wettelijke voorschriften te beoordelen en het mag daarbij zelfs een wet in formele zin buiten toepassing laten als deze in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel.¹⁸

Dat arbeidsmigranten geen termijn is gegund om zich voor te bereiden op de wijzigingen staat op gespannen voet met het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel. Zoals al is besproken, waren de vragen ten aanzien van een mogelijke overgangsregeling en dus de gevolgen voor de arbeidsmigrant ook acht weken voor de ingangsdatum nog onduidelijk. Ook het gebrek aan tijdige en duidelijke inlichtingen is relevant. Het bestuur had zelfstandig en in een vroeg stadium dienen over te gaan tot informatieverstrekking over de veranderingen die de aanstaande wijziging van de Wav mogelijk teweeg zou brengen.¹⁹ Sommige werkgevers hadden dan wellicht tijdig afgezien van een twv-aanvraag voor een werknemer, en werknemers hadden er wellicht tijdig van afgezien zich in Nederland te vestigen.

13 Te vinden via: www.ind.nl.

14 *Aanwijzingen voor de regelgeving* (gepubliceerd op www.rijksoverheid.nl), Aanwijzing 166.

15 *Aanwijzingen voor de regelgeving*, Aanwijzing 4.

16 *Aanwijzingen voor de regelgeving*, Aanwijzing 169.

17 Advies van de Raad van State van 7 oktober 2005, nr. W03.05.0206, punt 2.

18 H.E. Bröring, 'Beleidswijziging: het spel, de regels en het vertrouwen', in: *Tijd voor verandering, Over overgangsrecht*, VAR-reeks 148, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 106.

19 *Ibid.* p. 110.

Ook de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft zich meermaals uitgelaten over de verhouding tussen gebrek aan overgangsrecht en het rechtszekerheidsbeginsel. Als lijn geldt dat, ook als sprake is van onmiddellijke werking van een regeling, het rechtszekerheidsbeginsel tot gevolg kan hebben dat aan de vervallen voorschriften moet worden getoetst, als die voor de belanghebbende duidelijk gunstiger zijn, in het bijzonder wanneer de wijzigingen niet voorzienbaar waren.²⁰ Kortom: ook nu de wetgever een definitieve keuze heeft gemaakt, rust op het bestuur verantwoordelijkheid om bij aanvragen op basis van de Wav schendingen van algemene rechtsbeginselen tegen te gaan. In procedures kan het bestuur hierop worden aangesproken.

3. Overgangsrecht op basis van Europees- en internationaalrechtelijke verplichtingen

3.1 Europese rechtsbeginselen

Sinds het verstrijken van de omzettingstermijn van de Single Permit Directive²¹ op 25 december 2013 vallen vergunningaanvragen van arbeidsmigranten in Nederland onder het Unierecht. De richtlijn heeft geresulteerd in de Wet Gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid (GVVA).²² Op basis daarvan wordt de aanvraag voor een verblijfsvergunning en een twv nu in één procedure beoordeeld door de IND en het UWV. De richtlijn brengt de Unierechtelijke rechtszekerheids- en vertrouwensbeginselen binnen het bereik van deze kwestie.²³

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (verder: Hof van Justitie) brengt het rechtszekerheidsbeginsel met zich dat een wettelijke regeling met nadelige gevolgen voor particulieren duidelijk en nauwkeurig en de toepassing ervan voorzienbaar moet zijn.²⁴ Bij uitspraak van 13 december 2013

terugwerkende kracht ontnemen van een recht tot terugvoering, dat een betrokkene vóór de wetwijziging toekwam. Het Hof van Justitie overwoog dat de betreffende wetbepaling een wijziging met negatieve gevolgen tot stand had gebracht voor de betrokkenen, zonder dat zij zich daarop konden voorbereiden. Een dergelijke wijziging deed daarom afbreuk aan het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.

Uit de parlementaire behandeling van de Wav blijkt niet dat de wetgever zich rekenschap gegeven heeft van deze beginselen en het is bijgevolg, gezien de door het Hof van Justitie gegeven interpretatie van deze beginselen, zeer de vraag of de wetwijziging eraan voldoet. De groep arbeidsmigranten die voor 1 januari 2014 een verblijfsvergunning en twv hebben gekregen, ging er op grond van de toen geldende wetgeving van uit dat zij, na drie jaar aan de twv-plicht te hebben voldaan, vrij zouden zijn op de arbeidsmarkt en zouden beschikken over een stabiel verblijfsrecht. De negatieve verandering was voor hen niet voorzienbaar en zij hebben zich er niet op kunnen voorbereiden. Het recht waarover zij na drie jaar – gerechtvaardigd – meenden te beschikken, is hen plotsklaps ontnomen.

Tot slot is van belang het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel, waaraan zowel wetgever, bestuur als rechter gebonden is.²⁷ Op basis van dit beginsel moet een maatregel geschikt en noodzakelijk zijn om een legitiem doel dat met het overheids-handelen wordt beoogd, te bereiken.²⁸ De noodzaak en vooral de geschiktheid van het ontbreken van overgangsrecht als middel om het doel te bereiken staan bepaald niet vast. Het treffen van een overgangsregeling zou de door het kabinet beoogde doelen op de langere termijn immers niet belemmeren, en tegelijkertijd heeft het gebrek aan overgangsrecht juist grote negatieve gevolgen voor de betrokkenen.

De negatieve wijzigingen van de Wav waren voor een groep arbeidsmigranten niet voorzienbaar en zij hebben zich er niet op kunnen voorbereiden.

oordeelde het Hof over het doeltreffendheids-, rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in een zaak over ten onrechte geïnde belastingen.²⁵ Het Supreme Court van het Verenigd Koninkrijk legde het Hof van Justitie de vraag voor of het zonder voorafgaande kennisgeving en met terugwerkende kracht verkorten van een verjaringstermijn voor terugvorderingsverzoeken van ten onrechte geheven belasting, in overeenstemming was met het doeltreffendheids-, rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Het Hof van Justitie oordeelde dat het doeltreffendheidsbeginsel niet in de weg staat aan het verkorten van een termijn voor een dergelijk verzoek, maar dat de nieuwe termijn redelijk dient te zijn en het treffen van een overgangsregeling vereist is zodat men voldoende tijd heeft om alsnog een vordering in te dienen.²⁶ Het Hof van Justitie was verder van oordeel dat het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel zich verzetten tegen het met

Uit deze paragraaf blijkt dat ook het Unierecht duidelijke aanknopingspunten biedt voor de conclusie dat het niet treffen van een overgangsregeling op gespannen voet staat met algemene rechtsbeginselen ten aanzien van arbeidsmigranten die al enkele jaren in Nederland zijn.

3.2 Het recht op eigendom (artikel 17 Handvest en artikel 1 Eerste Protocol van het EVRM)

Inmenging recht op eigendom

Ook het recht op eigendom, zowel vervat in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest) als in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) is relevant. Aangezien door middel van de Single Permit Directive het Unierecht van toepassing is op deze kwestie, is primair het Handvest van belang.²⁹

In artikel 17 Handvest en in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (hierna: EP) is het recht op bescherming van eigendom vastgelegd, op grond waarvan iedere natuurlijke of

20 ABRvS 29 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN3366.

21 Richtlijn 2011/98/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011, *PbEU* 2011, L 343, ve12000037.

22 *Stb.* 2014, 128.

23 Deze beginselen zijn onder meer verwoord in: HvJ EG 14 december 2006, C-97/05 (*Gattoussi*), *Jur.* 2006, blz. I-11917, ECLI:EU:C:2006:780, *JV* 2007/92 m.nt. C.A. Groenendijk, *RV* 2006/38, ve06001758.

24 HvJ EG 7 juni 2005, zaak C-17/03, *VEMW e.a.*, *Ju r. blz.* I-4983, ECLI:EU:C:2005:362, punt 80.

25 HvJ EU 13 december 2013, C-362/12 (*Test Claimants*), n.n.g., ECLI:EU:C:2013:834, ve14000087.

26 Zie ook HvJ EG 11 juli 2001, zaak C-62/00, *Marks & Spencer*, *Jur.* 2001, blz. I-6325, ECLI:EU:C:2002:435.

27 HvJ EU 2 maart 2010, C-135/08 (*Rottmann*), *Jur.* 2010, blz. I-1449, ECLI:EU:C:2010:104, *JV* 2010/122, ve10000329.

28 T.I. Harbo, 'The Function of the Proportionality Principle in EU law', 16 *European Law Journal* (2010) blz. 165.

29 HvJ EU 15 november 2011, C-256/11 (*Dereci*), *Jur.* 2011, blz. I-11315, ECLI:EU:C:2011:734 par. 72, ve11002794.

rechtspersoon het recht heeft op het ongestoord genot van zijn eigendom. Op basis van artikel 53 lid 3 Handvest zijn de inhoud en reikwijdte van deze bepalingen hetzelfde, met de kanttekening dat het Handvest een ruimere bescherming mag bieden. We zullen dit onderdeel met name uitwerken aan de hand van artikel 1 EP, vanwege relevante nationale jurisprudentie voor het voorliggende vraagstuk. Vanwege de vergelijkbare reikwijdte van artikel 17 Handvest zijn de overwegingen ook in dat kader van belang.

De afgelopen twee jaar heeft de nationale civiele rechter in twee procedures onder verwijzing naar jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) een wet in formele zin buiten toepassing verklaard op grond van artikel 1 EP. Ontoereikende overgangsregelingen stonden daarbij centraal. Vanwege de duidelijke parallellen met de Wav-wijziging verdient deze jurisprudentie een bespreking.

In de eerste plaats betreft het de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag van 3 januari 2012,³⁰ bevestigd door het Gerechtshof Den Haag op 5 juni 2012 (hierna: de Wwik-jurisprudentie).³¹ De casus betrof een uitkering met bijbehorende andere voordelen voor kunstenaars, die van de ene op de andere dag werd opgeheven. De wet tot intrekking van de Wet werk en inkomen kunstenaars (Wwik) werd door de rechter buiten werking gesteld ten aanzien van uitkeringsgerechtigden die reeds voor de ingangsdatum een Wwik-beschikking hadden ontvangen en hun rechten op grond van die beschikking nog niet hadden verbruikt, totdat de staat zou voorzien in adequaat overgangsrecht. Dit vanwege strijd met artikel 1 EP. De tweede zaak betreft de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 21 mei 2014 inzake de Wet verbod Pelsdierhouderij.³² Met deze wet is het fokken van pelsdieren voor bontproductie verboden. De rechtbank oordeelde dat de Nederlandse staat onrechtmatig handelde jegens de pelsdierhouders door aan de wet geen adequate compensatieregeling te verbinden, op grond van artikel 1 EP. De staat heeft hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak.

Uit deze jurisprudentie volgt dat eerst dient te worden vastgesteld of de aanspraken van arbeidsmigranten op grond van de oude Wav een eigendom vormen in de zin van artikel 1 EP. Die vraag dient bevestigend te worden beantwoord. Het EHRM hanteert een ruim eigendomsbegrip, waarbij rechten en belangen die een vermogenswaarde vertegenwoordigen worden beschouwd als eigendom in de zin van artikel 1 EP.³³ Het Hof van Justitie gebruikt een vergelijkbare definitie voor wat betreft artikel 17 Handvest.³⁴ In de Wwik-jurisprudentie werd 'een pakket van aanspraken en voordelen ter stimulering van een economische activiteit' als zodanig aangemerkt.³⁵ Aangezien de vrijstelling van het twv-vereiste een arbeidsmigrant met arbeidscontract na drie jaar rechtstreeks de mogelijkheid verschafte om inkomsten te verwerven in Nederland en deze vrijstelling daarmee strekt tot stimulering van een economische activiteit, stellen wij ons op het standpunt dat deze een vermogenswaarde vertegenwoordigt. Steun voor deze opvatting kan worden gevonden in

jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State.³⁶

De Wav-wijziging heeft ons inziens ten aanzien van arbeidsmigranten die hier al vóór 1 januari 2014 waren een inmenging in hun eigendomsrecht in de zin van artikel 1 EP tot gevolg: hun door deze bepalingen beschermde rechten na drie jaar arbeid zijn met de wetwijziging immers ingetrokken. De wijziging betreft in ieder geval een regulering van hun eigendomsrechten, welke door de genoemde bepalingen wordt beschermd.³⁷ Wij zullen nu ingaan op de vraag of deze inmenging een inbreuk op artikel 1 EP tot gevolg heeft.

Inbreuk op recht op eigendom

Voor het beantwoorden van de vraag of de beschreven inmenging van de Wav-wijziging als een inbreuk gekwalificeerd moet worden, dient beoordeeld te worden of deze inmenging gerechtvaardigd is. Voor deze beoordeling is achtereenvolgens van belang of de inmenging bij wet is voorzien, een gerechtvaardigd algemeen belang dient en proportioneel is. Het proportionaliteitsvereiste is hier het meest interessant. In dat kader dient bekeken te worden of een 'fair balance' bestaat tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu. De staat heeft daarbij een ruime beoordelingsmarge. Het EHRM heeft meermaals overwogen dat hoe zwaarder de negatieve gevolgen van de inmenging zijn, hoe ruimer de compensatie dient te zijn, wil er sprake zijn van een 'fair balance'.³⁸ Op basis van artikel 17 Handvest is een vergelijkbare proportionaliteitstoets vereist.³⁹

De vraag is of de Wav-wijziging een dergelijke proportionaliteitstoets kan doorstaan. Dit kan onderzocht worden aan de hand van de eerder aangehaalde jurisprudentie ten aanzien van Wwik en pelsdierhouderij, en de rechterlijke toets daarin ten aanzien van artikel 1 EP. Een vergelijking met deze jurisprudentie ten aanzien van de Wav-wijziging duidt erop dat de toepassing daarvan op de arbeidsmigranten die zich onder de oude Wav in Nederland vestigden, niet proportioneel kan worden geacht.

Relevant is in dit kader dat de betreffende groep arbeidsmigranten bij migratie naar Nederland grote financiële (en persoonlijke) investeringen heeft gedaan voor de lange termijn. Tegelijkertijd was voor hen op geen enkele wijze voorzienbaar dat de regels zonder enig overgangsrecht in hun nadeel gewijzigd zouden worden, waarbij hen ook nog geen enkele aanpassings-termijn is gegund.⁴⁰

De rechtbank concludeerde hierover in de Wwik-procedure (hetgeen werd bevestigd door het gerechtshof):⁴¹

'3.16. De voorzieningenrechter is van oordeel dat, ondanks de wide margin of appreciation die de Staat toekomt, de Staat niet op toereikende wijze heeft vorm gegeven aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, waar het gaat om kunstenaars die vóór 1 januari 2012 reeds een uitkering ontvingen op grond van de Wwik, nu er niet is voorzien in

30 Rechtbank Den Haag (vzr.) 3 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BU9921.

31 Gerechtshof Den Haag 5 juni 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW7457.

32 Rechtbank Den Haag 21 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6161.

33 Vergelijk r.o. 3.5 van Rechtbank 's-Gravenhage 3 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BU9921; EHRM 16 september 1996, 17371/90 (Gaygusuz v. Oostenrijk), *RV* 1996, 87, ve08001643.

34 HvJ EU 22 januari 2013, zaak C-283/11 (*Sky Österreich*), n.n.g. ECLI:EU:C:2013:28.

35 Gerechtshof 's-Gravenhage 5 juni 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW7457, rov. 3.4.

36 ABRvS 16 augustus 2012, 201103114/1/V1, ECLI:NL:RVS:2012:BX5594, *JV* 2012/427 mt.nt. M. Reurs, r.o. 2.2.3, ve12001813.

37 Gerechtshof 's-Gravenhage 5 juni 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW7457, ov. 3.5.

38 EHRM 21 februari 1986, Series A, vol. 98 (James e.a. t. Verenigd Koninkrijk); EHRM 9 december 1994, Series A, vol. 301 A (Holy Monasteries t. Griekenland).

39 F. Wollenschläger, 'Article 17-Right to Property', in: S. Peers e.a. (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 465-488, p. 481.

40 Vergelijk rov. 3.9 van de uitspraak van het Gerechtshof 's-Gravenhage 5 juni 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW7457.

41 *Ibid.*, rov. 3.10.

enig overgangsrecht. De voor deze groep personen gehanteerde overgangstermijn is voor de betreffende kunstenaars volstrekt onvoldoende geweest om hun beroepspraktijk aan de nieuwe situatie aan te passen. Dit leidt tot de conclusie dat de Intrekkingwet jegens hen onmiskenbaar onverbindend is wegens strijd met artikel 1 EP.'

Wav. Het gebrek aan overgangsrecht is nationaalrechtelijk gezien opmerkelijk in het licht van de 'Aanwijzingen voor de regelgeving' en verhoudt zich moeizaam tot rechtsbeginselen waaraan zowel wetgever als bestuur gebonden is. In procedures op basis van de nieuwe Wav kan het bestuur aangesproken worden op zijn verantwoordelijkheid om de aanvraag te beoordelen in lijn met de algemene rechtsbeginselen.

De wijziging van de Wav vormt naar onze mening een inmenging in het eigendomsrecht als bedoeld in het Eerste Protocol bij het EVRM.

Een vergelijkbare conclusie volgt uit de uitspraak van de rechtbank inzake de pelsdierhouders:

'4.17 Nu derhalve vanaf 15 januari 2013 sprake is van regulering van eigendom en per 1 januari 2014 sprake zal zijn van een zeer zware vorm van regulering van eigendom, ten gevolge waarvan de pelsdierhouders ernstig financieel (zullen) worden getroffen, zonder dat op dit moment kan worden vastgesteld dat hen daarvoor enige, laat staan adequate, vergoeding is/zal worden geboden, is geen sprake van een fair balance. Dat betekent dat daarmee bij deze stand van zaken de in de Wet verbod pelsdierhouderij neergelegde maatregelen disproportioneel en in strijd met artikel 1 EP zijn.'

Nu naar onze mening de Wav-wijziging een inmenging vormt in het eigendomsrecht van artikel 1 EP, leiden de parallellen met voormelde uitspraken van de Rechtbank Den Haag tot de conclusie dat de Wav-wijziging, bij gebrek aan enige overgangsregeling, niet verenigbaar is met artikel 1 EP. Om die redenen dient ofwel alsnog in passend overgangsrecht te worden voorzien, ofwel dienen het bestuur en de rechter in iedere individuele zaak te toetsen of de nieuwe regels leiden tot een schending van op het bestuur rustende verplichtingen en rechtsbeginselen. Zolang daarvan geen sprake is, zouden de betreffende bepalingen uit de Wav buiten toepassing dienen te worden gelaten ten aanzien van arbeidsmigranten die al vóór de ingangsdatum in Nederland werkten, overeenkomstig de conclusies van de Rechtbank Den Haag in de Wwik-zaak en inzake de pelsdierhouders op basis van artikel 1 EP.

4. Conclusie en slotopmerking

Zowel nationaal als Europees en internationaal recht verzet zich tegen het niet treffen van overgangsrecht bij de wijziging van de

De voor wetgever en bestuur bindende nationale en Europese rechtsbeginselen laten eveneens een noodzaak zien tot het formuleren van overgangsmaatregelen voor arbeidsmigranten die ten tijde van de wetswijziging al in Nederland werkten op grond van de Wav. Hetzelfde geldt voor artikel 1 EP. Het feit dat de wijzigingen voor hen grote en onverwachte (financiële) gevolgen hebben en in combinatie daarmee de late aankondiging en het ontbreken van een aanpassingsperiode vormen daarbij terugkerende relevante factoren.

Een slotopmerking ten aanzien van de rechtsingang om voornoemde argumenten aan een rechter voor te leggen: dit is voor de lopende zaken, betreffende de Chinese horecasector, tot nu toe moeilijk gebleken. De civiele rechter heeft de sector vorig jaar in een gerelateerd geschil niet-ontvankelijk verklaard en verwezen naar de bestuursrechter.⁴² De vraag of het ontbreken van overgangsrecht in strijd is met (inter)nationaal recht is ook onlangs in een bestuursrechtelijke procedure door een aantal koks gezamenlijk aan de orde gesteld. De bestuursrechter verklaarde zich onbevoegd en oordeelde dat arbeidsmigranten de vragen in hun individuele bestuursrechtelijke procedures aan de orde moeten stellen.⁴³ Het hoger beroep loopt nog. In ten minste één individuele procedure heeft de bestuursrechter al afgezien van een inhoudelijk oordeel over de wetswijziging.⁴⁴ Hopelijk komt deze toets in de nog aanhangige individuele geschillen wel aan de orde.

42 Rechtbank Den Haag 6 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:16569, ve13002428.

43 Rechtbank Den Haag 10 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8924, ve14001196.

44 Rechtbank Amsterdam, 21 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10037, ve14001305.