

Intra-corporate transfers en de ICT-richtlijn 2014/66/EU: wat gaat er veranderen?

DRS. S.R. GOLDBERG*

* Drs. Sheryl Goldberg is Senior Immigration Consultant bij Kroes Advocaten & Master student arbeidsrecht aan de UvA. Met dank aan dr. mr. Tesseltje de Lange.

1. INLEIDING

Op 15 mei 2014 is door het Europees Parlement een nieuwe richtlijn aangenomen die de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen in het kader van overplaatsing binnen een onderneming regelt. Deze Richtlijn 2014/66/EU¹ (hierna ICT-richtlijn) moet per 29 november 2016 zijn geïmplementeerd. Hiermee worden de toelatingsvoorwaarden en rechtspositie geregeld voor leidinggevenden, specialisten en ‘trainee employees’ (hierna: trainees genoemd) die binnen een multinational worden overgeplaatst.²

Multinationals verplaatsen hun werknemers tussen hun vestigingen over de hele wereld. In het land waar de werknemer wordt overgeplaatst moeten de werkgever en de werknemer aan migratieregels voldoen. In Europa waren die regels tot nu toe nationaal van aard, maar binnenkort komt daar dus verandering in. Deze richtlijn betekent voor Nederland een aantal opvallende veranderingen.

In Nederland geldt namelijk dat op grond van artikel 2 Wet Arbeid Vreemdelingen, (hierna: WAV) het verboden is voor een werkgever om een vreemdeling die niet op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander moet worden behandeld, arbeid te laten verrichten zonder een tewerkstellingsvergunning. Voor deze buitenlandse werknemers moet een werkgever dus een tewerkstellingsvergunning aanvragen (art. 6 lid 1 WAV). De tewerkstellingsvergunning wordt afgegeven door het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen Werkbedrijf, Bureau Tewerkstellingsvergunning (hierna: UWV WERKbedrijf) via een gedelegeerde bevoegdheid van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.³

Ingevolge van artikel 8, eerste lid, onder a, b en c van de WAV, moet een tewerkstellingsvergunning worden geweigerd indien er voor de desbetreffende functie ‘prioriteitgenietend aanbod’ op de arbeidsmarkt aanwezig is en/of de werkgever niet kan

29. Art. 2 lid 9 van het gewijzigde Boetebesluit socialezekerheidswetten.

30. Art. 2 lid 9 van het gewijzigde Boetebesluit socialezekerheidswetten.

1. PbEU 2014, L 157/1.

2. T. De Lange, ‘Arbeidsmigratie’, *A&MR* 2014, 8/9, p. 360.

3. Art. 5 lid 1 juncto lid 6 WAV.

aantonen voldoende wervingsinspanningen te hebben verricht om de vacature te vervullen uit het prioriteitgenietend aanbod.⁴ Voor de verlening van een tewerkstellingsvergunning toetst het UWV of hiervan sprake is. Deze toets wordt ook wel de arbeidsmarkttoets genoemd.⁵

Van deze arbeidsmarkttoets kan onder geldend nationaal recht worden afgeweken voor werknemers die door hun internationale werkgevers tijdelijk naar Nederland worden overgeplaatst, de zogenaamde, ‘intra-corporate transferees’ (hierna: ICT’ers), dit is geregeld in paragraaf 24 RuWav.⁶ Onder de voorwaarden genoemd in paragraaf 24 RuWav kan er voor leidinggevend, specialisten en trainees van internationale bedrijven een tewerkstellingsvergunning worden verleend zonder de arbeidsmarkttoets van het UWV WERKbedrijf.

EUROPESE ONTWIKKELINGEN ARBEIDSMIGRATIE

Naast de ICT-richtlijn zijn er sinds 2007 op Europees niveau drie andere richtlijnen geïmplementeerd die van belang zijn in het Europese arbeidsmigratie beleid. Het betreft de Richtlijn 2009/50/EG inzake de EU Blauwe Kaart, de Richtlijn 2009/52/EG over Werkgeverssancties bij illegale tewerkstelling en de Single Permit Richtlijn 2011/98/EU betreffende één aanvraagprocedure voor een gecombineerde werk- en verblijfsvergunning.⁷ In een analyse van o.a. de doelstellingen, onderhandelingen en uitkomsten van de drie bovengenoemde en al geïmplementeerde richtlijnen signaleerde Groenendijk in 2009 het paradoxale karakter van het Europees arbeidsmigratiebeleid.⁸ Vervolgens identificeerde Groenendijk drie dilemma’s bij het opstellen van deze EU wetgeving.⁹ Ten eerste, dat de lidstaten enerzijds zeggen gezamenlijke wetgeving te willen maken op dit gebied maar anderzijds hun nationale bevoegdheden willen behouden.¹⁰ Ten tweede, de lidstaten willen enerzijds een restrictief toelatingsbeleid voeren maar anderzijds hun verplichtingen uit mensenrechtenverdragen niet openlijk schenden. Het derde dilemma is dat lidstaten door demografische ontwikkelingen enerzijds behoefte hebben aan hoog- en laaggekwalificeerde arbeidsmigranten maar anderzijds willen de lidstaten de mogelijkheid tot permanente vestiging van deze arbeidsmigranten beperken.¹¹ Volgens Groenendijk, ‘hebben de lidstaten vrijwel allemaal onderschat in welke mate ze hun eigen bevoegdheden om nationale regels te stellen, hebben verloren als gevolg van de bindende EG-instrumenten inzake migratie, die sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam ... zijn vastgesteld ... en door de uniforme interpretatie van de richtlijnen door het Hof zal dit verlies nog

4. Met prioriteitgenietend aanbod op de arbeidsmarkt wordt bedoeld Nederlanders en onderdanen van de EU en EER die geschikt zijn (of door training geschikt gemaakt kunnen worden) voor de desbetreffende functie.

5. E.J.A. Franssen, *Wet arbeid vreemdelingen* (serie Monografieën Sociaal Recht 52), Deventer: Kluwer 2013, p. 113.

6. Zie Regeling Uitvoering WAV (RuWav), paragraaf 24 Overplaatsing van personeel.

7. C.A. Groenendijk, ‘Voorzichtige stappen, maar in welke richting? Arbeidsmigratie uit derde landen in nieuwe EG richtlijnen’, *MR* 2009/8, p. 348.

8. Idem, p. 347.

9. Idem, p. 348.

10. Idem, p. 347-352.

11. Idem, p. 348.

groter en steeds duidelijker worden.¹² Dit blijkt ook uit verschillende arresten van het Hof.¹³ De nieuwe ICT-richtlijn en de daarin opgenomen begrippen zullen ook op uniforme wijze geïnterpreteerd moeten worden.

In het licht van het bovenstaande geschetste kader bespreek ik welke gevolgen de implementatie van de Intra-corporate transfer (ICT)-richtlijn 2014/66/EU voor het huidige Nederlandse toelatingsbeleid voor overplaatsingen van personeel in concern verband op grond van de Wet arbeid vreemdelingen en paragraaf 24 RuWav heeft.

De onderwerpen die hierbij aan de orde komen zijn:

- Wat is de huidige Nederlandse regeling voor intra-corporate transfers? (par. 2);
- Wat houdt de ICT-richtlijn in? (par. 3);
- Wat zijn de verschillen en overeenkomsten tussen de Nederlandse regeling en de richtlijn?; In het bijzonder besteed ik daarbij aandacht aan:
 - Hoe worden in de ICT-richtlijn, de rechten van werknemers en hun gezinsleden geregeld inzake de opbouw van verblijfsrechten, toegang tot de rechter ex. artikel 6 lid 1 EVRM en voor hun gezinsleden, het recht om arbeid te verrichten te kunnen ontlenen aan de vergunning van de ICT-transfer? (par. 3); De conclusies hierover zijn te lezen in paragraaf 4.
 - Tot slot bespreek ik in hoeverre de paradoxale dilemma's van Groenendijk aanwezig zijn in de ICT-richtlijn en/of in hoeverre worden zij in deze richtlijn opgelost? (par. 5)

Dit onderwerp heeft mijn bijzondere interesse om meerdere redenen. Ten eerste, is het van belang voor de rechtspraktijk om dit inzicht in de richtlijn te krijgen omdat deze eind dit jaar geïmplementeerd moet zijn. Ten tweede is er nog relatief weinig over dit onderwerp geschreven en vult dit artikel deze leemte.¹⁴

2. HET NEDERLANDSE TEWERKSTELLINGSVERGUNNINGEN SYSTEEM VOOR INTRA-CORPORATE TRANSFEREES

Naar huidig Nederlands recht moet de werkgever een tewerkstellingsvergunning aanvragen (art. 6 lid 1 WAV). Deze tewerkstellingsvergunning wordt afgegeven door het UWV WERKbedrijf via een gedelegeerde bevoegdheid van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.¹⁵ De inhoud van de tewerkstellingsvergunning is aangegeven in artikel 7 WAV en paragraaf 9 van de Uitvoeringsregels Regeling Uitvoering Wet arbeid vreemdelingen, (hierna 'RuWav'). Op de vergunning worden de naam en vestigingsplaats van de werkgever, de persoonsgegevens van de werknemer evenals details over de functie, de plaats waar de arbeid wordt verricht, het te betalen loon en de geldigheidsduur van de vergunning vermeld.¹⁶ Naast deze informatie op de vergun-

12. Ibid.

13. H.C.F.J.A. de Waele, 'Directe werking en conforme interpretatie van EU-recht in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2010/48.

14. Zie ook E.J.A. Franssen, *Wet arbeid vreemdelingen* (serie Monografieën Sociaal Recht 52), Deventer: Kluwer 2013, p. 240, en T. De Lange, 'Arbeidsmigratie', *A&MR* 2014, 8/9, p. 358-365.

15. Art. 5 lid 1 juncto lid 6 WAV.

16. Art. 7 WAV, Par. 9 Uitvoeringsregels RuWav en E.J.A. Franssen, *Wet arbeid vreemdelingen* (serie Monografieën Sociaal Recht 52), Deventer: Kluwer 2013, p. 101.

ning wordt er bij de aanvraag ook data toegevoegd over de aard van de werkzaamheden, de functie-eisen ten behoeve van de vacature en de kwalificaties van de werknemer voor de functie. Voor TWV-aanvragen voor geschoold werk, wordt gecontroleerd dat de werknemer voldoet aan de functie-eisen. Daartoe wordt het opleidingsniveau van de werknemer geverifieerd middels een CV, gewaarmerkte diploma's en getuigschriften.¹⁷

IMPERATIEVE WEIGERINGSGRONDEN, ARBEIDSMARKTTOETS EN UITZONDERINGEN

Er zijn een aantal gronden waarop de aanvraag om een TWV moet worden afgewezen. Van deze zogeheten 'imperatieve weigeringsgronden' die in artikel 8 WAV zijn opgesomd, is de arbeidsmarkttoets vrijwel de belangrijkste, maar als gezegd, die weigeringsgrond wordt niet toegepast bij ICT'ers.¹⁸ Of er aanbod van Nederlanders, niet vergunningplichtige vreemdelingen in Nederland of onderdanen van de EU en EER is, die geschikt zijn (of door training geschikt gemaakt kunnen worden) voor de desbetreffende functie doet niet ter zake bij de beoordeling van deze vorm van arbeidsmigratie.^{19,20} Om van deze vrijstelling van de arbeidsmarkttoets gebruik te kunnen maken moet de werkgever wel kwalificeren als een groot internationaal bedrijf of concern. Het UWV Werkbedrijf stelt met betrekking tot de grootte van het bedrijf of concern een omzetcriterium vast en definieert een groot internationaal concern als, 'een groot zelfstandig op winst gericht bedrijf of complex van bedrijven met in meerdere landen gevestigde dochterondernemingen – waaronder in Nederland – en met een jaarlijkse omzet van ten minste € 50 mln. Onder een concernonderdeel wordt tevens verstaan een deelneming van 50% of meer in een onderneming.'²¹

VEREISTEN ICT'ERS

Onder het begrip 'sleutelpersoneel' wordt verstaan, een leidinggevende of specialistische functie op tenminste Hbo-niveau met een bruto-maandsalaris dat tenminste gelijk is aan dat van de kennismigrant van dertig jaar of ouder.

Voor vreemdelingen die als directeur-groootaandeelhouder (hierna afgekort als, 'DGA') een leidinggevende positie binnen een Nederlandse vestiging willen gaan innemen, wordt in acht genomen wat in paragraaf 6 RuWav staat. Hierin wordt bepaald dat DGA's beschouwd worden als zelfstandigen als zij een belang van 25% of meer heb-

17. Art. 3 RuWAV juncto Par. 8 Uitvoeringsregels RuWav. De TWV-procedure voor ongeschoold werk valt buiten het kader van dit artikel.

18. E.J.A. Franssen, *Wet arbeid vreemdelingen* (serie Monografieën Sociaal Recht 52), Deventer: Kluwer 2013, p. 113. Naast de imperatieve weigeringsgronden zijn er ook 'facultatieve weigeringsgronden.' Dat zijn gronden genoemd onder art. 9 WAV waarop een TWV *kan* maar niet per se *moet* worden afgewezen.

19. Par. 10 Bijlage I Uitvoeringsregels RuWav.

20. Hoewel er meer gevallen zijn waarvoor er geen verplichte arbeidsmarkttoets is, vallen deze buiten het kader van dit artikel en worden daarom hier niet besproken.

21. E.J.A. Franssen, *Wet arbeid vreemdelingen* (serie Monografieën Sociaal Recht 52), Deventer: Kluwer 2013, p. 124. Deze omschrijving stond in par. 7 van de UWV Beleidsregels Uitvoering Wav en is per abuis 'vervalen' toen het Delegatie en uitvoeringbesluit Wav per 1 januari 2014 werd vervangen door de RuWav. Dit blijkt uit vragen die ik heb gesteld aan de beleidsafdeling van het UWV. Het UWV is bezig de beleidsregels te actualiseren en te laten publiceren. Voor de uitvoering hanteert UWV onverkort hetgeen in par. 7 was opgenomen ook inzake de omschrijving van een concern.

ben in het bedrijf, ondernemersrisico lopen en de hoogte van hun salaris rechtstreeks kunnen beïnvloeden. DGA's moeten dus een verblijfsvergunning als zelfstandige aanvragen.²² Straks ga ik er op in, in hoeverre dit blijft bestaan.

Om als 'trainee' binnen een multinational te worden tewerkgesteld dient de vreemdeling te voldoen aan de eisen genoemd in paragraaf 24 RuWav:

1. De trainee beschikt over een diploma op HBO-of universitair niveau;
2. Er wordt een trainee-programma overgelegd aan het UWV WERKbedrijf waaruit de noodzaak van tewerkstelling in Nederland blijkt;
3. In dit traineeprogramma zijn de leerdoelen geformuleerd;
4. De beloning bedraagt een bruto-maandsalaris dat tenminste gelijk is aan dat van de kennismigrant van jonger dan dertig jaar, en de periode van tewerkstelling bedraagt maximaal 3 jaar.

'Specialisten' zijn werknemers die naar Nederland worden overgeplaatst in verband met de overdracht van specifieke kennis en technieken, voor zover de tewerkstelling van deze vreemdelingen in Nederland de duur van drie jaar niet overschrijdt en de vreemdelingen beschikken over een diploma op tenminste HBO- of universitair niveau. De beloning bedraagt een bruto-maandsalaris dat ten minste gelijk is aan dat van de kennismigrant van dertig jaar of ouder.²³

BESLISTERMIJN EN GELDIGHEIDSDUUR

De beslistermijn waarbinnen een TWV door het UWV wordt afgegeven, bedraagt 5 weken vanaf de dag van ontvangst.²⁴ Een TWV wordt voor maximaal 1 jaar verleend.²⁵ Op grond van artikel 11 lid 3 WAV kan echter hiervan worden afgeweken en kan de vergunning worden afgegeven voor ten hoogste 3 jaar. Deze uitzonderingsregel geldt voor aanvragen o.a. ten behoeve van de bevordering van internationale handelscontacten en in het kader van scholing, internationale uitwisseling en andere internationale culturele contacten.²⁶ Verder geldt deze afwijkende geldigheidsduur ook voor de hierboven genoemde 3 categorieën ICT'ers: sleutelpersoneel, trainees en specialisten, die op basis van par. 24 Bijlage I Uitvoeringsregels RuWav door hun internationale werkgever tijdelijk naar Nederland worden overgeplaatst.

AFWIJZING EN INTREKKING

Een TWV kan worden afgewezen op basis van de gronden genoemd in de artikelen 8 en 9 WAV. Zoals hierboven beschreven ligt de focus van de afwijzing op de aanwezigheid van het prioriteitgenietend aanbod op de arbeidsmarkt en de wervingsinspanningen van de werkgever om de vacature uit dit aanbod te vervullen. De TWV wordt ook afgewezen wanneer er niet voldaan wordt aan de wettelijke vereiste niveaus ten aanzien van het minimum loon, arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden.

22. Zie par. 24 a RuWav, par. 6 RuWav en Franssen noot 22, p. 125.

23. Par. 24c RuWav.

24. Art. 6 lid 2 WAV.

25. Art. 11 lid 1 WAV.

26. Art. 11 lid 3 WAV en art. 8 derde lid, onder b en c. In dit laatste artikel zijn ook andere gevallen genoemd voor wie het afwijkende maximum geldigheidsduur mogelijk is.

Een TWV kan worden ingetrokken op basis van de gronden genoemd in de artikelen 12 t/m 12b en artikel 13 WAV. Deze gronden zijn o.a. voor het verstrekken van onjuiste of onvolledige gegevens bij de aanvraag, indien de verblijfsvergunning van de vreemdeling is ingetrokken, indien geen gebruik (meer) wordt gemaakt van de TWV; of indien de werkgever binnen een periode van 5 jaar direct voorafgaande aan de intrekking, een bestuurlijke boete is opgelegd op grond van een arbeid gerelateerde overtreding; of is gestraft wegens een arbeid gerelateerd delict.²⁷ Deze regels zijn ook van toepassing op TWV's verleend in het kader van intra-corporate transfers.

RECHTSMIDDELEN WERKGEVER EN WERKNEMER

Omdat een TWV geldt als een aanvraag om een beschikking in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb kan de werkgever bezwaar en beroep bij de bestuursrechter instellen tegen de weigering om afgifte van een TWV als wel het besluit om een TWV in te trekken. De werkgever is immers de adressant van de beschikking. Ten aanzien van de rechtsmiddelen die openstaan voor een werknemer tegen de weigering van de afgifte van een TWV is in 2006 door het EHRM in de uitspraken van *Coorplan-Jenni GmbH* en *Hascic/Oostenrijk* en in 2007 door de RvS geoordeeld dat een werknemer belanghebbende is en dus ook bezwaar kan maken tegen de weigering om afgifte van een tewerkstellingsvergunning.²⁸

OPBOUW VAN VERBLIJFSRECHTEN

Indien een vreemdeling gedurende een onafgebroken tijdsperiode van 5 jaar heeft beschikt over een geldige verblijfsvergunning om arbeid te verrichten dan komt deze persoon in aanmerking voor een verblijfsvergunning zonder beperkingen voor het verrichten van arbeid.²⁹ Met andere woorden deze persoon heeft vrije toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt en is niet meer verplicht een TWV te hebben om arbeid te kunnen verrichten in Nederland. Deze termijn is met de herziening van de WAV verhoogd van 3 jaar tot 5 jaar omdat het kabinet het moeilijker wilde maken voor werknemers van buiten de EU om vrij toegang te hebben tot de Nederlandse arbeidsmarkt.³⁰ Ook de ICT'er die 5 jaar in Nederland rechtmatig heeft gewerkt komt hiervoor in aanmerking.

Na 5 jaar onafgebroken rechtmatig verblijf in Nederland mag de vreemdeling die ook aan de andere vereisten van artikel 21 Vreemdelingenwet voldoet een aanvraag indienen voor een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd of de Europese variant hiervan: de status als langdurig ingezetene. Zoals ik hierna zal laten zien, wordt met de implementatie van de ICT-richtlijn het verblijfsrecht voor ICT'ers een tijdelijk verblijfsrecht.

27. Art. 12, art. 12a en art. 12b WAV en E.J.A. Franssen, *Wet arbeid vreemdelingen* (serie Monografieën Sociaal Recht 52), Deventer: Kluwer 2013, p. 107.

28. EHRM 27 juli 2006, 10523/02, LJV AY9144 (*Coorplan-Jenni GmbH en Hascic/Oostenrijk*) & RVS 5 september 2007, LJV BB2906.

29. Art. 4 lid 2 sub b WAV.

30. *Kamerstukken II* 2010/11, 32144, 5, p. 6 (Brief van de Ministers van SZW en voor Immigratie, Integratie en Asiel) en E.J.A. Franssen, *Wet arbeid vreemdelingen* (serie Monografieën Sociaal Recht 52), Deventer: Kluwer 2013, p. 105. Zie ook T. De Lange (2013), 'De Wet arbeid vreemdelingen herzien: arbeidsmarktregulering in tijden van crisis', *PS Documenta*, 2013/11/12, 907-921.

RECHTEN VAN GEZINSLEDEN

Aan echtgenoten en partners van intra-corporate transferees wordt een TWV afgegeven voor maximaal dezelfde duur als de TWV die op de transferee van toepassing is. Dit houdt in dat de echtgenoten/partners een verblijfsvergunning krijgen waarop staat dat zij arbeid kunnen verrichten mits zij in het bezit zijn van een TWV. Deze TWV moet echter wel de volledige arbeidsmarkt toets doorstaan. Zij zullen dus eerst een werkgever moeten vinden die bereid is een dergelijke TWV aan te vragen voordat zij legaal op de Nederlandse arbeidsmarkt werkzaam kunnen zijn.³¹

3. DE ICT-RICHTLIJN 2014/66/EU³²

Het in de vorige paragraaf beschreven nationale stelsel voor toelating van ICT'ers moet veranderen. De ICT-richtlijn regelt de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen in het kader van overplaatsingen binnen concernverband. De ICT-richtlijn moet worden omgezet in nationaal recht. Het nationale recht vormt dan ook het relevante rechtskader waarbinnen eventuele geschillen moeten worden beslecht. Vanaf het moment van inwerkingtreding van de richtlijn tot aan het moment waarop de omzettingstermijn is verstreken, rust namelijk op overheidsinstanties een onthoudingsplicht, zij moeten zich onthouden van iedere maatregel die de verwezenlijking van het resultaat van een richtlijn ernstig in gevaar kan brengen.³³ De ICT-richtlijn moet per 29 november 2016 zijn geïmplementeerd. Voor sommige lidstaten zoals Nederland zal de implementatie leiden tot de aanpassing van vergunning procedures. Voor andere lidstaten zullen intra-corporate transfer procedures voor het eerst ontwikkeld moeten worden.³⁴

DOELSTELLING & TOEPASSINGSGEBIED

De doelstelling van de ICT-richtlijn is om de mobiliteit binnen de EU van binnen een onderneming overgeplaatste personen te faciliteren, de voorwaarden voor toegang en verblijf te regelen en de administratieve lasten die gepaard gaan met werkopdrachten in verscheidene lidstaten te verminderen.³⁵ De juridische grondslag van de ICT-richtlijn is artikel 79 lid 2 onder a) en b) VWEU. Dit artikel bepaalt dat de Unie een gemeenschappelijk immigratiebeleid ontwikkelt, gericht op o.a. een billijke behandeling van derdelanders die legaal op het grondgebied van de lidstaten verblijven.³⁶ De ICT-

31. Onder de oude regeling van Par. 19e BuWav (de huidige par. 24 RuWav) hadden familieleden van ICT'ers recht op een TWV zonder arbeidsmarkt toets. Uit het antwoord op vragen die ik heb gesteld aan het UWV blijkt dat het Ministerie van Sociale Zaken & Werkgelegenheid deze regel heeft geschrapt bij de herziening van de Wav omdat er kennelijk ook weinig gebruik van werd gemaakt. Zie over die historie T. De Lange, *Staat, markt en Migrant*. De regulering van arbeidsmigratie naar Nederland 1945-2006, BJU 2007, p. 312.

32. *PbEU* 2014, L 157/1.

33. H.C.F.J.A. de Waele, 'Directe werking en conforme interpretatie van EU-recht in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2010/48, p. 6.

34. L. Brieskova, 'The new directive on intra-corporate transferees: Will it enhance protection of third-country nationals and ensure EU competitiveness', november 2014, <<http://eulawanalysis.blogspot.nl/2014/11/the-new-directive-on-intra-corporate.html>>.

35. Par. 25 preambule Richtlijn 2014/66/EU.

36. Par. 2 preambule Richtlijn 2014/66/EU.

richtlijn is gericht op de groep migratiearbeiders uit derde-landen die tot nu toe niet waren beschermd door enige van de bestaande EU richtlijnen aangaande economische migratie.³⁷ Voor derdelanders onder bepaalde voorwaarden, creëert de ICT-richtlijn de eerste (tewerkstellings)vergunning die het mogelijk maakt arbeid in verschillende lidstaten te verrichten voor entiteiten die tot hetzelfde concern behoren.³⁸ Leidinggevend, specialisten of trainees die tenminste 3 tot 12 maanden in dienst zijn bij een vestiging van een internationale onderneming buiten de EU, kunnen tijdelijk bij een vestiging van dat bedrijf binnen de EU worden gedetacheerd.³⁹

Uit de preambule blijkt welke ontwikkelingen de achtergrond vormen voor de totstandkoming van de ICT-richtlijn. Als eerste is het streven om de doelen te bereiken zoals gesteld in het Commissie rapport 'Europa 2020', zijnde om in de EU, 'een op kennis en innovatie gebaseerde economie tot stand te brengen, de administratieve lasten voor ondernemingen te verminderen en de vraag en aanbod op de arbeidsmarkt beter op elkaar af te stemmen.'⁴⁰

Ten tweede, is er een noodzaak voor flexibele immigratiemaatregelen. Gelet op de veroudering van de beroepsbevolking met als gevolg daarvan de stijgende vraag naar arbeid, leveren de maatregelen van de ICT-richtlijn een belangrijke bijdrage aan het concurrentievermogen, prestaties en de economische vitaliteit van de EU op de lange termijn.⁴¹

Tot slot, ten gevolge van de globalisering van ondernemingen en de groei en verspreiding van multinationale ondernemingen is het voor multinationale bedrijven steeds belangrijker geworden personeelsleden te kunnen overplaatsten van het ene filiaal in een bepaalde land/lidstaat naar een ander filiaal in een andere land/lidstaat. Dergelijke overplaatsingen bevorderen de kenniseconomie en investeringsstromen binnen de EU.⁴² De ICT-richtlijn regelt ook de voorwaarden voor toegang en verblijf en de rechten van deze arbeidsmigranten en hun gezinsleden in een andere lidstaat dan de lidstaat die als eerste deze onderdanen een ICT-vergunning heeft afgegeven.⁴³

In de ICT-richtlijn wordt onderscheid gemaakt tussen korte-termijnmobiliteit, d.w.z. verblijf van ten hoogste 90 dagen binnen 180 dagen; – hetgeen overeenkomt met het Schengenregime-; en lange-termijnmobiliteit wat verblijf voor perioden langer dan 90 dagen op het grondgebied van de lidstaten inhoudt.

DEFINITIES – ONTLEEND AAN GATS

De in de ICT-richtlijn gehanteerde definities voor 'binnen een onderneming overgeplaatste personen' (leidinggevend, specialisten en stagiair-werknemers) zijn gebaseerd op de Algemene Overeenkomst inzake de handel in diensten (GATS) en

37. Zie L. Brieskova, noot 35.

38. Ibid.

39. S. Groen & T. De Lange, 'De Europese 'Blue Card', *A&MR* 2011, 8, p. 345.

40. Par. 3 preambule Richtlijn 2014/66/EU.

41. Par. 3 & par. 4 preambule Richtlijn 2014/66/EU.

42. Par. 5 & par. 6 preambule Richtlijn 2014/66/EU.

43. Par. 25 preambule en art. 1 Richtlijn 2014/66/EU.



bilaterale handelsovereenkomsten.⁴⁴ De definities uit de ICT-richtlijn sluiten dus daarom meer aan bij de omschrijvingen in de Nederlandse wet- en regelgeving in de paragrafen 52 en 53 RuWav dan bij paragraaf 24 RuWav. Immers, paragrafen 52 en 53 RuWav hebben betrekking op de vrijhandelsakkoorden in het kader van de World Trade Organisation (WTO) en de toelating van personen tot Nederland in het kader van internationale handelsverkeer terwijl paragraaf 24 RuWav betreft de overplaatsing van personeel. Hieruit blijkt al de belangrijkste verandering voor Nederland, namelijk dat de overplaatsing in concernverband als een vorm van – tijdelijke – grensoverschrijdende dienstverlening moet worden geduid en niet meer als een vorm van arbeidsmigratie. Dit is ook in lijn met de definitie van detachering in de detacheringsrichtlijn, detachering omvat namelijk ook concernoverplaatsing.

GROEPEN VAN ONDERNEMINGEN

Om het probleem van lege bedrijven ('shell companies') tegen te gaan en met het oog op controleerbaarheid heeft Nederland bij de in de ICT-richtlijn gehanteerde definitie van 'groep van ondernemingen' gepleit voor het opnemen van criteria zoals een minimum omzet, aantallen werknemers of verplichte inschrijving (in een KvK register).⁴⁵ Deze criteria hadden goed kunnen aansluiten bij de nationale criteria die definiëren of er sprake is van een 'groot internationaal concern'. Niettemin bepaalt de richtlijn dat sprake is van een 'groep van ondernemingen' wanneer een onderneming, direct of indirect, ten opzichte van een andere onderneming de meerderheid van het geplaatste kapitaal van de onderneming bezit; beschikt over de meerderheid van de stemmen die verbonden zijn aan de door de onderneming uitgegeven aandelen; is gerechtigd meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de onderneming te benoemen, of wanneer de ondernemingen onder centrale leiding van de moederonderneming staan.

Ten opzichte van het huidige Nederlands recht, waarin als voorwaarde een totaal omzet van € 50 mln is vereist om beschouwd te worden als groot internationaal concern die werknemers kan overplaatsen, betekent dit dus een verruiming. Kleinere concerns kunnen gebruikmaken van de faciliteiten van de ICT-richtlijn.

WIE ZIJN ICT'ERS

De omschrijving van de functies in artikel 3 van de ICT-richtlijn is een nadere invulling van wat er is opgenomen in paragraaf 24 RuWav. Bijvoorbeeld, waar paragraaf 24a RuWav sleutelpersoneel omschrijft als, 'een leidinggevende of specialistische functie op ten minste HBO niveau' met een minimum bruto maandsalaris gelijk aan dat van een kennismigrant boven de 30 jaar⁴⁶ bepaalt artikel 3e van de ICT-richtlijn overeenkomstig het GATS (en zoals dat ook in paragraaf 52 RuWav staat) dat een leidinggevende functie inhoudt:

- het leiding geven aan de gastentiteit of afdeling of onderafdeling daarvan;
- het toezicht houden op en het controleren van de werkzaamheden van andere toezichthoudende, hooggespecialiseerde of leidinggevende werknemers,

44. Par. 13 preamble en art. 3 Richtlijn 2014/66/EU.

45. Raadsdocument 14788/10 d.d. 29 oktober 2010 zie [data.consilium.europa.eu/doc/document/st-14788-2010-INIT/en/pdf].

46. Voor 2016 is het salarisoniveau € 4240 bruto per maand exclusief vakantiegeld.

- het bevoegd zijn voor het aanbevelen van de indienstneming of van het ontslag van werknemers dan wel van ander optreden in het kader van personeelsbeleid.

Directeur-aandeelhouders (met 25% of meer aandelen) en meerderheidsaandeelhouders lijken niet te vallen onder de definitie van leidinggevende gehanteerd in de ICT-richtlijn. Artikel 3e van de ICT-richtlijn bepaalt dat de leidinggevende staat ‘onder het algemene toezicht van of is aangestuurd door de aandeelhouders van de onderneming’. Maar mag de leidinggevende zelf ook aandeelhouder zijn? Onder de huidige Nederlandse regelgeving zijn directeur-grootaandeelhouders beschouwd als zelfstandigen (par. 6 RuWav). Een uitzondering hierop zijn meerderheidsaandeelhouders die onderdaan zijn van een land waarmee Nederland een vrijhandelsakkoord heeft gesloten en die manager of specialist zijn. Ingevolge paragraaf 50 RuWav valt deze groep nog wel ook onder het begrip sleutelpersoneel. Bij de totstandkoming van de richtlijn, voor zover ik heb kunnen nagaan, is geen aandacht besteed aan DGA’s of meerderheidsaandeelhouders. Het zal nog moeten blijken of een directeur-aandeelhouder – die ook in het bezit is van een arbeidsovereenkomst met de uitzendende onderneming – onder de richtlijn moet worden gebracht.

Ten aanzien van het begrip ‘specialisten’ spreekt paragraaf 24 RuWav van een werknemer die overgeplaatst wordt om specifieke kennis en technieken over te dragen. Artikel 3f van de ICT-richtlijn voegt hieraan toe dat de gespecialiseerde kennis van wezenlijk belang moet zijn voor de activiteiten van de gastentiteit. De gespecialiseerde kennis van de ‘specialist’ wordt beoordeeld aan de hand van zijn/haar (hoge) kwalificaties, waaronder toereikende beroepservaring ten aanzien van specifieke technische kennis inclusief een mogelijk lidmaatschap van een erkende beroepsgroep.

Naar huidig Nederlands recht verifieert en beoordeelt het UWV WERKbedrijf de kennis, ervaring en kwalificaties van ICT aanvragen aan de hand van de bijlagen die bij de TWV aanvraag worden geleverd. Het betreft hier documenten zoals de CV, diploma’s, en certificaten van de werknemer alsook de door de onderneming geleverde lijst van functie eisen en de taakomschrijving van de specifieke functie waarvoor de vergunning is aangevraagd. Als dit zo blijft dan wordt aan dit vereiste van de richtlijn voldaan.

Ten aanzien van de definitie van ‘stagiair-werknemer’, (wat wij verder een ‘trainee’ noemen), komt de definitie in de ICT-richtlijn wel helemaal overeen met de definitie van trainee van paragraaf 53 Ruwav. De definitie van trainee in artikel 3 sub g van de ICT-richtlijn is nauw geformuleerd in vergelijking met de definitie van paragraaf 24b RuWav. Met name, onder het ICT-richtlijnbeleg vallen slechts werknemers met een universitair diploma. Dit in tegenstelling tot de definitie onder paragraaf 24b RuWav die ook werknemers met een HBO diploma toelaat.

Nog een verschil tussen de bepalingen van de ICT-richtlijn versus die van paragraaf 24 RuWav is de hoogte van het te betalen salaris. Bij de onderhandelingen over de ICT-richtlijn heeft Nederland zich hard gemaakt opdat een salariscriterium in de richtlijn zou worden opgenomen als alternatieve voorwaarde naast de functie en het oplei-



dingsniveau.⁴⁷ Desondanks bepaalt de ICT-richtlijn slechts dat de trainee gedurende de gehele duur van de overplaatsing wordt bezoldigd. Hoewel op grond van artikel 5 lid 4 sub b van de ICT-richtlijn het duidelijk is dat de hoogte van het salaris van de ICT'er niet minder gunstig mag zijn dan die van onderdanen in een vergelijkbare functie in de lidstaat waar de arbeid wordt verricht en waar de gastenentiteit is gevestigd, een salariscriterium zoals gespecificeerd per categorie werknemer in paragraaf 24 RuWav ontbreekt. De ICT-richtlijn is wat dit laatste punt betreft ruimer geformuleerd in vergelijking met het huidige Nederlandse looncriterium.

PROCEDURE, TOELATINGSVOORWAARDEN EN VERBLIJFSDUUR

Hoofdstuk II en III van de ICT-richtlijn (resp. art. 5-9 en art. 10-16) bevatten o.a. de procedure en toelatingsvoorwaarden waaraan derdelanders moeten voldoen om in aanmerking te komen voor een vergunning tot overplaatsing binnen concern verband (hierna ICT-vergunning). Onder huidig Nederlands recht kunnen onderdanen die niet visum plichtig zijn, zoals bijvoorbeeld Amerikanen, al naar Nederland komen en werken (met een TWV) in afwachting van de verblijfsvergunning. Onder de ICT-richtlijn kan dit niet meer. De aanvraag voor de ICT-vergunning moet ingediend worden wanneer de onderdaan verblijft buiten het grondgebied van de lidstaat tot welke hij wenst te worden toegelaten (art. 11 lid 2 ICT-richtlijn). Dit is niet handig in het geval dat een bedrijf een dergelijke werknemer snel aan het werk moet hebben. De maximale termijn waarbinnen de aanvraag wordt beslist is 90 dagen maar vereenvoudigde en versnelde toelatingsprocedures zijn mogelijk voor erkende ondernemingen overeenkomstig het nationale recht. Hiervoor zal er in Nederland waarschijnlijk worden aangesloten op de procedure tot erkenning als referent (art. 2c Vw en art. 1.18 Vb). Het voordeel hiervan is dat de aanvraag dan binnen een streeftermijn van 2-3 weken wordt afgehandeld. Daar staat tegenover dat de onderneming volgens het huidige Nederlandse systeem eerst nog wel de eenmalige registratie-procedure moet doorlopen wat enige tijd kan vergen en, kwestieuzer, ook nog meer dan € 5000 aan leges kost. De redelijkheid van deze leges zullen in Europees verband zeker ter discussie komen te staan.

In de huidige Nederlandse regeling voor overplaatsingen binnen concernverband zijn geen termijnen verbonden aan het dienstverband van de werknemer voorafgaand aan de overplaatsing. In de ICT-richtlijn moet aangetoond worden dat de leidinggevende en/of specialist, onmiddellijk voorafgaand aan de datum van de verplaatsing tenminste 3 tot maximaal 12 ononderbroken maanden in dienst is geweest bij dezelfde onderneming of groep van ondernemingen. Voor trainees is deze termijn tenminste drie tot maximaal zes ononderbroken maanden.⁴⁸ Mocht Nederland deze maximale termijnen van 12 respectievelijk 6 maanden hanteren, dan is dat voor concerns een verslechtering van de mogelijkheid om gebruik te maken van overplaatsing.

Voorts is er ten aanzien van trainees een groot verschil in de geldigheidsduur van de vergunning tussen de Nederlandse regeling en de ICT-richtlijn. Met name, in paragraaf 24b RuWav is de duur van de TWV maximaal 3 jaar terwijl de duur van de ICT-

47. Zie S. Groen & T. De Lange, 'De Europese 'Blue Card'', *A&MR* 2011, 8, p. 345 en *Kamerstukken II* 2009/10, 22112, 1059, p. 1 en 6.

48. Art. 5 lid 1 sub b Richtlijn 2014/66/EU.

vergunning is beperkt tot 1 jaar. Voor leidinggevenden en specialisten is deze periode maximaal 3 jaar inclusief verplaatsingen tussen de lidstaten. Daarna en alvorens een nieuwe vergunning aan te kunnen vragen, moet de werknemer de EU verlaten. Lidstaten mogen ook een bepaalde periode eisen tussen het einde van de overplaatsing die de maximum duur heeft bereikt en een nieuwe aanvraag op grond waarvan dezelfde werknemer weer tot de EU wordt toegelaten.⁴⁹ De lidstaten kunnen hiermee onderling concurreren en zich aantrekkelijker maken voor multinationals door kortere termijnen te hanteren.⁵⁰ Hieruit volgt ook dat een multinational met meerdere vestigingen binnen de EU hierdoor meer keuzemogelijkheden heeft in het bepalen van de mobiliteit van haar werknemers.⁵¹

Nog een aspect dat samenhangt met het hierboven genoemde verplichte vertrek van de arbeidsmigrant is de opbouw van verblijfsrechten voor bijvoorbeeld een vergunning voor onbepaalde tijd of als EU langdurig ingezetene. Het gevolg van dit verplichte vertrek voor de werknemer is dat onder het regime van de ICT-richtlijn de arbeidsmigrant geen verblijfsrechten kan opbouwen om in aanmerking te komen voor een vergunning voor langdurig verblijf. Op dit punt gaat de rechtspositie van ICT'ers achteruit en kan de vraag gesteld worden hoe een verslechtering van de rechtspositie bijdraagt aan het aantrekkelijk maken van de EU. Aan de andere kant duren veel overplaatsingen in de praktijk niet langer dan drie jaar. Een oplossing is dat de werknemer overschakelt naar een ander verblijfsregime, zoals de Europese Blauwe Kaart – of de nationale kennismigrantenregeling.⁵²

Onder de huidige Nederlandse regeling voor ICT'ers mag de houder van een TWV in Nederland verblijven in afwachting van de beslissing op de aanvraag of de wijziging van zijn vergunning mits hij tijdig een andere aanvraag heeft ingediend waarmee hij rechtmatig in Nederland verblijft. Derhalve kan deze arbeidsmigrant wel verblijfsrechten opbouwen om na 5 jaar, indien hij ook aan de andere vereisten voldoet, een vergunning aan te vragen als EU langdurig ingezetene.⁵³

De lidstaten mogen tenslotte ook quota stellen ten aanzien van het aantal derdelanders dat zij tot hun grondgebied toelaten (preambule 23 en art. 6 ICT-richtlijn).

AFWIJZING EN INTREKKINGSGRONDEN

De afwijzings- en intrekkinggronden voor de ICT-vergunning zijn opgesomd in artikelen 7 en 8 van de ICT-richtlijn. Ten eerste wordt de vergunning afgewezen of ingetrokken wanneer er niet (langer) voldaan wordt aan de toelatingscriteria van artikel

49. Preambule par. 18 Richtlijn 2014/66/EU.

50. T. De Lange, 'Arbeidsmigratie', *A&MR* 2014, 8/9, p. 360.

51. *Idem*.

52. Kennelijk wordt er zo weinig gebruikgemaakt van de Blauwe Kaart dat de Europese Commissie een 'public consultation' heeft gehouden om opinies en adviezen in te zamelen over de tekortkomingen van de Europese Blauwe kaart. De Europese Commissie wil deze regeling meer effectief en aantrekkelijk maken. Daartoe overweegt zij om nationale regelingen die op de Blauwe Kaart lijken, niet meer toe te staan net zoals dit het geval is voor het nationale ICT-programma. Zie verder: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-is-new/public-consultation/2015/consulting_0029_en.htm.

53. Zie art. 21 Vreemdelingenwet 2000.

5 ICT-richtlijn. Met name, de aanvrager moet aantonen dat er sprake is van een relatie tussen de (groep van) ondernemingen die buiten en binnen de EU lidstaat(en) zijn gevestigd. De werknemer moet voldoen aan het vereiste dienstverband voorafgaande aan de overplaatsing en beschikken over de vereiste beroepskwalificaties en ervaring voor de functie. Daarbij moet een arbeidsovereenkomst en of ‘assignment letter’ worden overhandigd waaruit blijkt wat de functie, beloning en andere arbeidsvoorwaarden zijn van de werknemer. Hierin moet ook worden aangetoond dat de werknemer na beëindiging van de overplaatsing teruggeplaatst zal worden naar de vestiging van de onderneming in het derde land. Waar relevant, moeten alle cao voorwaarden met uitzondering van die betreffende beloning in acht worden genomen (art. 5 lid 4 ICT-richtlijn). Voorts moet de werknemer beschikken over een ziektekostenverzekering.

Ten tweede wordt de ICT-vergunning afgewezen of ingetrokken indien blijkt dat de overgelegde documenten vervalst zijn of op frauduleuze wijze zijn verkregen of, in het geval dat de onderneming is opgericht met het doel de binnenkomst van de overgeplaatste persoon te bewerkstelligen. De vergunning wordt ook afgewezen of ingetrokken wanneer de maximumduur van het verblijf is verstreken (d.w.z. 3 jaar voor sleutelpersoneel respectievelijk 1 jaar voor trainees). Voorts wordt de ICT-vergunning afgewezen ‘indien gepast’(of wordt ‘indien nodig’, de vergunning niet verlengd) als de werkgever een sanctie heeft gekregen voor zwartwerk of illegale arbeid. In eerste instantie waren deze bepalingen imperatief geformuleerd. Bij de totstandkoming van de ICT-richtlijn heeft Nederland echter gepleit voor het opnemen van ruimere formuleringen, ‘in order to have flexibility regarding this further sanction to the employer/host entity’.⁵⁴ Waarschijnlijk ook omdat dit aansluit bij facultatieve formulering in de huidige Nederlandse regelgeving (art. 9 WAV).

Facultatief is ook de afwijzingsgrond in het geval de werkgever haar wettelijke verplichtingen inzake sociale zekerheid, belasting, arbeidsrechten of arbeidsvoorwaarden niet is nagekomen. Dan *mag* de lidstaat de vergunning weigeren. Hetzelfde is het geval als sprake is van insolventie overeenkomstig het nationaal recht of in het geval geen economische activiteit plaatsvindt. Het opnemen van deze afwijzingsgronden was kennelijk een compromis tussen enerzijds een aantal lidstaten die bedrijven met serieuze financiële problemen wilde kunnen weigeren en de Commissie die wilde voorkomen dat het ICT-voorstel door toevoeging van nieuwe afwijzingsgronden te openlijk streng zou zijn.⁵⁵ Gegeven dat deze laatste afwijzings- en intrekingsgronden facultatief zijn, is de mate van arbeidsrechtelijk rechtsbescherming die geboden wordt aan ICT’ers afhankelijk van de regelgeving per lidstaat. De belangen van de ICT’ers zijn hiermee ondergeschikt aan de financiële belangen van de multinationals. Hier kan wederom de vraag worden gesteld, hoe een zwakke rechtspositie van de ICT’er bijdraagt aan het aantrekkelijk maken van de EU.

In vergelijking met de imperatieve en facultatieve weigeringsgronden in de huidige Nederlandse regelgeving, valt op dat de afwijzing van een TWV in het geval de werk-

54. Raadsdocument 14788/10 d.d. 29-10-2010, p.15 zie [data.consilium.europa.eu/doc/document/st-14788-2010-INIT/en/pdf].

55. Raadsdocument 14788/10 d.d. 29-10-2010, p.15 zie [data.consilium.europa.eu/doc/document/st-14788-2010-INIT/en/pdf].



gever haar wettelijke verplichtingen inzake arbeidstijden, arbeidsomstandigheden en minimumloon niet nakomt ook facultatief is. In het Nederlands systeem is echter de controle op de solvabiliteit van een onderneming een vast onderdeel van de ‘erkend referent’ procedure. Pas met het verkrijgen van deze status mag de werkgever gebruikmaken van versnelde procedures om arbeidsmigranten, specifiek, kennismigranten aan te nemen maar straks ook ICT’ers. De redenen voor deze controle is enerzijds de levensvatbaarheid van een entiteit te toetsen en anderzijds te voorkomen dat arbeidsmigranten eenmaal aangekomen in Nederland niet gewikkeld raken in illegale bedrijfsconstructies.⁵⁶ De intrekingsgronden van een TWV op grond van de Nederlandse regeling (art. 12 t/m 13 WAV) wegens fraude, illegaal verblijf (verstrijken van verblijfsduur) en sancties op grond van illegale arbeid zijn facultatief geformuleerd. In de ICT-richtlijn zijn deze afwijzing- en intrekingsgronden imperatief geformuleerd (art. 7 en 8 ICT-richtlijn). Uit de laatste lid van deze artikelen blijkt echter, dat bij iedere beslissing tot afwijzing, weigering of intrekking van een ICT-vergunning, rekening wordt gehouden met de specifieke omstandigheden van het geval en met het evenredigheidsbeginsel. In bestuursrechtelijke opzichten is het gevolg hiervan dat in eventuele geschillen over de intrekking of afwijzing van een ICT-vergunning, de rechter slechts marginaal in plaats van integraal zal toetsen.

Opmerkelijk is ook de afwijzingsgrond in artikel 7 lid 3 sub c van de ICT-richtlijn. In tegenstelling tot de taken die onder het begrip ‘manager’ zijn genoemd, bepaalt dit artikel dat een vergunning tot overplaatsing kan worden geweigerd als het doel of het effect van de overplaatsing van deze manager is om zich in een arbeids- of management geschil, of in onderhandelingen te mengen of het resultaat ervan te beïnvloeden. Mijn inziens zal dit soms echter niet anders kunnen. Immers een leidinggevende belast met personeelsaangelegenheden heeft altijd met arbeids- of managementgeschillen of onderhandelingen te maken.

RECHTEN VAN WERKNEMER EN GEZINSLEDEN

Beloning

Arbeidsmigranten hebben gelijke rechten als onderdanen van de lidstaat van de gastentiteit voor wat betreft beloning, vrijheid van vereniging, erkenning van diploma’s en andere beroepskwalificaties en de uitbetaling van wettelijke pensioenen met betrekking tot ouderdom, invaliditeit en overlijden.⁵⁷

Kern arbeidsvoorwaarden

Echter, ten aanzien van overige arbeidsvoorwaarden, hebben deze arbeidsmigranten recht op behandeling dat op zijn minst overeenkomt met de behandeling van personen op grond van artikel 3 van de Detacheringsrichtlijn (Richtlijn 96/71/EG).⁵⁸ Dit houdt in dat een multinational slechts een ‘harde kern’ van duidelijk omschreven

56. S. Goldberg, *The Highly Paid Migrant Worker Scheme: a socio-legal study on civil servants’ use of indicators to assess employer credibility and market conformity of salaries* (master’s thesis Amsterdam UvA) 2015, p. 38.

57. Art. 18 lid 2 juncto art. 5 lid 4 onder b) Richtlijn 2014/66/EU.

58. Art. 18 Richtlijn 2014/66/EU.

beschermende bepalingen in acht moet nemen.⁵⁹ De voorwaarden die in wettelijke bepalingen en/of algemeen verbindend verklaarde cao's, voor ter beschikking gestelde werknemers in een vergelijkbare situatie en in de relevante beroepssectoren gelden, moeten wel in acht worden genomen tijdens de overplaatsing.⁶⁰ Volgens de ICT-richtlijn is de reden hiervoor dat de richtlijn ondernemingen gevestigd in een verzendende derde land geen gunstiger behandeling wil geven dan ondernemingen gevestigd in een EU-lidstaat, in overeenstemming met artikel 1 (4) van de Detacheringsrichtlijn (96/71/EC).⁶¹

Toegang tot de rechter

Nauw verbonden met de rechtspositie van deze werknemers is hun mogelijkheid om toegang tot een rechter te hebben zoals blijkt uit o.a. het EHRM (Europees Hof voor de Rechten van de Mens) uitspraak Coorplan-Jenni.⁶² Deze uitspraak was voor de Nederlandse Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) aanleiding om te bepalen dat '... onder omstandigheden het belang van de desbetreffende vreemdeling ten behoeve van wie een tewerkstellingsvergunning is aangevraagd op één lijn is te stellen met dat van de aanvragende werkgever, zodat ook die vreemdeling als belanghebbende bij het op een zodanige aanvraag te nemen besluit dient te worden aangemerkt.'⁶³ De afwijzing van een aanvraag, of intrekking van een vergunning kan ingevolge artikel 15 lid 4 van de ICT-richtlijn juridisch worden aangevochten overeenkomstig het nationale recht. Gelet op de bovengenoemde uitspraak van de ABRvS 5 september 2007⁶⁴ heeft zowel de werkgever als de binnen concernverband overgeplaatste werknemer, als belanghebbende, toegang tot de rechter.

In tegenstelling tot de richtlijnen over seizoensarbeid en illegale tewerkstelling, bepaalt de ICT-richtlijn echter niet waar overgeplaatste werknemers over hun werkgever kunnen klagen. De Lange plaatst hierbij een kritische kanttekening: doordat werkgevers van alles regelen voor het verblijf van hun grotendeels hoogopgeleide werknemers, leven deze laatsten redelijk afgescheiden van de 'buitenwereld' zodat de weg naar een advocaat niet vanzelfsprekend is.⁶⁵

Rechten gezinsleden

De gezinsleden van overgeplaatste arbeidsmigranten hebben gunstiger voorwaarden voor gezinshereniging dan die door de Richtlijn 2003/86/EG zijn geboden. Zij hebben direct toegang tot de arbeidsmarkt voor arbeid in loondienst of als zelfstandige in

59. Zie art. 18 lid 1 Richtlijn 2014/66/EU; par. 14 preambule Richtlijn 96/71/EG en De Lange 2014, p. 361.

60. Art. 5 lid 4 Richtlijn 2014/66/EU.

61. L. Brieskova, 'The new directive on intra-corporate transferees: Will it enhance protection of third-country nationals and ensure EU competitiveness', November 2014, <<http://eulawanalysis.blogspot.nl/2014/11/the-new-directive-on-intra-corporate.html>>.

62. EHRM 27 juli 2006, nr. 10523/02, L/N AY9144.

63. RvS 5 september 2007, L/N BB2906, ECLI:NL:RVS:207:BB2906.

64. Ibid.

65. T. De Lange, 'Arbeidsmigratie', *A&MR* 2014, 8/9, p. 361.

de lidstaat die de vergunning van het gezinslid heeft afgegeven.⁶⁶ De arbeidsrechtelijk positie van deze groep is hiermee verbeterd ten opzichte van hun rechten onder de huidige Nederlandse regeling. Onder de huidige Nederlandse regeling moeten zij eerst via een werkgever een 'getoetste' TWV aanvragen om tot de arbeidsmarkt te worden toegelaten. Door toekenning van dit recht aan gezinsleden wordt er voor potentiële kandidaten voor een overplaatsing binnen concernverband een belangrijke obstakel voor de aanvaarding van een opdracht weggenomen.⁶⁷

Gunstiger bepalingen & Turkse onderdanen

Ingevolge artikel 4 lid 1 sub b doet de ICT-richtlijn geen afbreuk aan gunstiger bepalingen van bilaterale of multilaterale overeenkomsten tussen een of meer lidstaten en een of meer derde landen. Turkse ICT'ers en hun gezinsleden die onder de ICT-richtlijn naar Nederland komen, behouden op grond van Besluit nr. 1/80 gunstiger voorwaarden ten aanzien van de voortzetting van hun verblijf en opbouw van hun verblijfsrechten dan op grond van de ICT-richtlijn.⁶⁸

4. CONCLUSIES

GEVOLGEN VOOR DE NEDERLANDSE ICT WET- EN REGELGEVING

Uit de analyse en vergelijking van het voorgaande hoofdstuk kan worden geconcludeerd dat de begrippenkader van het Nederlandse arbeidsmigratierecht nu een Europese begrippenkader wordt. Voorts voldoet de Nederlandse regeling niet volledig aan de ICT-richtlijn dus op onderdelen zal de Nederlandse wet- en regelgeving moeten worden aangepast.

De Nederlandse regelgeving voor ICT'ers voldoet wel voor wat betreft de definities van de begrippen, leidinggevende, specialist en stagiaire-werknemer (trainee) alleen voor zover deze opgenomen zijn onder paragraaf 52 en 53 RuWav inzake de vrijhandelsakkoorden maar niet op grond van par. 24 RuWav inzake de overplaatsing van personeel. Daarom zal paragraaf 24 RuWav moeten worden herschreven of zal een aansluiting gemaakt moeten worden met paragraaf 52 en 53 RuWav. In de ICT-richtlijn is de positie van DGA's niet duidelijk. Onder de huidige Nederlandse regelgeving kwalificeren ze snel als zelfstandigen. Het zal nog moeten blijken of een DGA onder de richtlijn moet worden gebracht.

Aanpassing van de Nederlandse regeling zal in het bijzonder moeten plaatsvinden ten aanzien van trainees. Voor deze categorie heeft de implementatie van de ICT-richtlijn de meeste gevolgen. Ten eerste komen alleen universitair gediplomeerden er voor in aanmerking. HBO-gediplomeerden worden van de regeling uitgesloten. Dit is dus een verslechtering ten aanzien van het huidig Nederlands recht.

Ook wordt de duur waarvoor een vergunning voor een trainee kan worden afgegeven teruggebracht van bijna 3 jaar tot 1 jaar. Tevens moet er voor leidinggevenden, specialisten en trainees in de Nederlandse regelgeving bepaald worden hoe lang zij in dienst van het concern moeten zijn voorafgaand aan de overplaatsing.

66. Par. 40 preambule en art. 19 lid 6 Richtlijn 2014/66/EU.

67. Zie par. 40 preambule Richtlijn 2014/66/EU.

68. Zie wetsvoorstel Voortman, www.minbuza.nl/ecer/nieuws/2016/03/raad-van-state-vindt-initiatief-wetsvoorstel-ongeschikt-om-rechten-vast-te-leggen-uit-associatierecht-eu-turkije.html.

In de Nederlandse regeling zal voorts bepaald moeten worden hoe lang de werknemer Nederland moet verlaten voordat hij een nieuwe ICT-richtlijn vergunning mag aanvragen.

Omdat het onder de ICT-richtlijn niet mogelijk is om verblijfsrechten op te bouwen die tot een EU langdurig ingezetene vergunning of EU nationaliteit kunnen leiden, lijkt het onvermijdelijk dat in bepaalde gevallen de overgeplaatste arbeidsmigranten zullen overstappen naar een andere vergunning regime om in de Unie te blijven. Daarna, door eventueel een EU nationaliteit aan te vragen, verwerft de derdelander immers het recht op vrij verkeer binnen de EU.

Ondanks de beperking van de mogelijkheid om verblijfsrechten op te bouwen betekent de ICT-richtlijn wel een verruiming in de arbeidsmarktpositie van meekomende gezinsleden. Deze gezinsleden krijgen nu direct toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt. Door toekenning van dit recht aan gezinsleden wordt het aantrekkelijker voor potentiële overplaatsingskandidaten om een opdracht te aanvaarden.

Resumerend zal de implementatie van de ICT-richtlijn in Nederland de volgende gevolgen hebben:

- Het begrip, ‘onderneming’/’groep van ondernemingen’ wordt verruimd doordat de ICT-richtlijn geen omzet criterium hanteert in de definitie ervan.
- Om te kwalificeren als een ICT’er zal voorafgaand aan de overplaatsing de werknemer een minimaal dienstverband moeten hebben met de buiten de EU gevestigde entiteit van 3 tot 12 maanden als sleutelpersoneel of 3 tot 6 maanden als trainee.
- HBO gediplomeerden kunnen niet meer kwalificeren als ICT-trainee.
- De termijn waarvoor een vergunning als trainee kan worden afgegeven wordt teruggebracht van 3 jaar tot 1 jaar.
- De aanvraag, ook voor niet-MVV-plichtige onderdanen, wordt ingediend en afgewacht wanneer de ICT’er verblijft buiten het grondgebied van de lidstaat waar toe hij wenst te worden toegelaten.
- De salariscriteria voor ICT’ers worden niet meer ontleend aan de salarismnormen van de kennismigrantenregeling, wel aan marktconformiteitsnormen.
- Overgeplaatste arbeidsmigranten zullen moeten overstappen naar een andere vergunning regime om in de Unie te blijven en verblijfsrechten op te bouwen.
- Meekomende familieleden van ICT’ers hebben directe toegang tot de arbeidsmarkt van de lidstaat waarin zij een ICT-vergunning krijgen.

5 DRIE DILEMMA’S IN DE ICT-RICHTLIJN

De in 2009 door Groenendijk gesignaleerde drie dilemma’s van het EU arbeidsmigratiebeleid zijn nog steeds herkenbaar in de ICT-richtlijn.

Namelijk:

1. het streven naar gemeenschappelijke regels zonder verlies van bevoegdheden voor de lidstaten;
2. het naleven van mensenrechtenverdragen versus een restrictief vreemdelingenbeleid; en
3. de behoefte aan arbeidsmigranten maar niet aan arbeidsmigratie met permanente vestiging;

Het eerste dilemma is duidelijk aanwezig in de ICT-richtlijn. Dit blijkt uit o.a. de bewoording van preambule paragrafen waarin de gezamenlijke belangen en noodzaak tot het nemen van gezamenlijke maatregelen in de vorm van de ICT-richtlijn worden erkend. Daartegenover laat de ICT-richtlijn het recht van de lidstaten onverlet om zelf te bepalen hoeveel onderdanen van derde landen zij tot hun grondgebied toelaten.

Het tweede dilemma waar Groenendijk op duidt komt in de ICT-richtlijn aan bod in de behandeling van rechten van gezinsleden van overgeplaatste personen. Door gunstiger gezinsherenigingsvoorwaarden te stellen (weliswaar economisch gedreven) lijkt hier de naleving van het EVRM even te prevaleren boven een restrictief vreemdelingenbeleid. Wellicht is deze keuze mogelijk door de in de ICT-richtlijn ingebouwde beperking van de mogelijkheid voor de arbeidsmigrant om verblijfsrechten op te bouwen.

Wat het derde dilemma betreft is de ICT-richtlijn heel duidelijk: hoewel de ICT-richtlijn ten doel stelt de behoefte aan arbeidsmigranten te voorzien en mobiliteit van bepaalde werknemers van multinationals te faciliteren, is een overplaatsing binnen een onderneming een vorm van tijdelijke migratie. Voorts, door arbeidsmigranten te verplichten terug te gaan naar een derde land, alvorens aan een nieuwe overplaatsing te kunnen beginnen, wordt een punt gezet achter hun opgebouwde verblijfsrechten en wordt deze tijdelijkheid nogmaals benadrukt en bevestigd.

Afsluitend concludeer ik dat de ICT-richtlijn vooral voordelen biedt aan multinationals. Voor werknemers van multinationals in Nederland biedt de richtlijn geen evidente vooruitgang echter wel voor hun meekomende echtgenoten.
