

Kroniek arbeidsmigratie

- 1 Inleiding
2. Europees arbeidsmigratierecht
 - 2.1 Europese Blauwe kaart richtlijn
 - 2.2. Richtlijn inzake toelating onderzoekers, studenten en andere categorieën.
 - 2.3 Verruiming vrijstelling grensoverschrijdende dienstverlening na uitspraak HvJ EU
3. Nederlands arbeidsmigratierecht
 - 3.1 ICT-vergunning
 - 3.2 Gecombineerde vergunning voor verblijf- en arbeid
 - 3.2.1 Het recht op gelijke behandeling: Martinez Silva
 - 3.2.2 Perikelen startdatum GVA
 - 3.2.3 Aziatische horeca
 - 3.2.4 Vergunning voor seizoenarbeiders
 - 3.3 Kennismigranten
 - 3.3.1 Arbeidsmarktaantekening
 - 3.3.2 Zoekperiode
 - 3.3.3 Ouderschapsverlof
 - 3.3.4 Vrijstelling docenten en onderzoekers aan instellingen van hoger onderwijs
 - 3.3.5 Leges erkend referent en kennismigrantenaanvragen
 - 3.4. Het behouden van talent voor de Nederlandse arbeidsmarkt
 - 3.4.1 Zoekjaar
 - 3.4.2 Start ups
 - 3.4.3 Geen vergunning meer nodig voor onverplichte stages
4. Overige wijzigingen
 - 4.1 Weer TWV vereist voor Japanners
 - 4.2 Uitwisseling met Argentinië
 - 4.3 Regeling internationale handel, diensten en samenwerking
 - 4.4 Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie

1 Inleiding

In deze vijfde kroniek over de regulering van arbeidsmigratie behandelen wij de ontwikkelingen op het gebied van arbeidsmigratie in de periode november 2014 tot en met juli 2017.¹

Wij nemen het stokje over van Tesselte de Lange, die deze kroniek tot nu toe heeft geschreven.

We geven een overzicht van de meest ingrijpende wijzigingen op het gebied van arbeidsmigratie in de periode november 2014 tot en met juli 2017. Van de besproken onderwerpen

beperken wij ons tot de hoofdlijnen; waar mogelijk verwijzen we naar uitgebreidere literatuur.

Na het Europees arbeidsmigratierecht bespreken we het nationaal arbeidsmigratierecht, inclusief de reeds in Nederlandse regelgeving geïmplementeerde richtlijnen. Hoewel handhaving in deze kroniek niet wordt besproken, maken wij een uitzondering voor de Wet tot regeling van de arbeidsvoorwaarden van gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (WagwEU). Deze wet heeft vergaande gevolgen vanwege de uitgebreide administratieplicht en de hoge boetes die kunnen worden opgelegd indien een werkgever niet aan de plichten voldoet.

¹ Eerdere afleveringen van deze kronieken, door T. de Lange, verschenen in *A&MR* 2010/8 (p. 421-428), *A&MR* 2012/8 (p. 503-510) en *A&MR* 2014/8-9 (p. 358-365).

2. Europees arbeidsmigratierecht

2.1 Europese Blauwe kaart richtlijn

Op 7 juni 2016 heeft de Europese Commissie een voorstel gedaan voor een nieuwe richtlijn betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op een hooggekwalificeerde baan.² Het is de bedoeling dat de nieuwe richtlijn de problemen met de huidige Europese Blauwe kaart richtlijn gaat oplossen.³ De huidige richtlijn wordt als inefficiënt bestempeld vanwege het beperkte bereik van de richtlijn, de restrictieve toelatingsvoorwaarden en de mogelijkheid voor lidstaten naast de Blauwe kaart een nationaal toelatingsbeleid voor kennismigranten te hanteren.⁴ Het laatste is ook in Nederland de reden voor het gebrek aan succes van de Blauwe kaart. De Nederlandse kennismigrantenregeling blijkt aantrekkelijker voor Nederlandse werkgevers, omdat deze een lager en gedifferentieerd salariscriterium heeft en geen bachelor diploma is vereist. Gevolg is dat bijvoorbeeld in 2015 in Nederland slechts 20 Blauwe kaarten zijn afgegeven tegenover 7909 kennismigrantenvergunningen.⁵

Het meest verstrekkende voorstel van de Europese Commissie is het schrappen van de mogelijkheid voor lidstaten een parallelle nationale regeling te hebben voor kennismigranten naast de Blauwe kaart. Dit betekent dat lidstaten verplicht worden een Blauwe kaart af te geven indien personen onder de werking van de richtlijn vallen.⁶ Andere voor Nederland relevante voorstellen zijn de verlaging van de salarisdrempel, erkenning van werkervaring als alternatief voor het hebben van een diploma en de verlaging van de minimumduur van het contract van 12 naar 6 maanden.⁷

Het voorgestelde nieuwe artikel 19 staat houders van de Blauwe kaart toe naar andere lidstaten te reizen en er te verblijven om er bedrijfsactiviteiten te verrichten gedurende 90 dagen in een periode van 180 dagen. Uit de definitie van bedrijfsactiviteiten in artikel 2, onder I, van het voorstel blijkt dat het moet gaan om een tijdelijke activiteit in verband met de zakelijke belangen van de werkgever, zoals het bijwonen van vergaderingen, conferenties en onderhandelingen. Praktisch zal deze wijziging voor Nederland niet veel voorstellen omdat voor dit soort type werkzaamheden al een vrijstelling van de tewerkstellingsvergunningplicht bestaat.⁸ Het voorstel geeft geen optie om langer dan 90 dagen in een andere lidstaat te verblijven en te werken. Dit zou juist een belangrijke meerwaarde betekenen boven een nationale kennismigrantenregeling, maar waarschijnlijk achtte de Europese Commissie dit al bij voorbaat een onhaalbare kaart.

Het voorstel is door de lidstaten met gemengde gevoelens ontvangen. Vooral het voorstel de nationale kennismigrantenregelingen af te schaffen is bekritiseerd.⁹ Ook Nederland wil niet gedwongen worden de nationale kennismigrantenregeling af te schaffen. Zij heeft reeds aangekondigd dat

als de onderhandelingen ertoe leiden dat Nederland meer of strengere voorwaarden moet stellen onder de nieuwe Europese blauwe kaart-regeling dan onder de huidige nationale kennismigrantenregeling, en de regeling daardoor inboet aan flexibiliteit en effectiviteit, zij zich er hard voor zal maken dat lidstaten hun nationale regelingen kunnen handhaven.¹⁰

Gelet op de eerste reacties is het nog maar zeer de vraag wat er over blijft van het voorstel van de Europese Commissie. Indien de onderhandelingen er op uitkomen dat nationale regelingen gehandhaafd blijven, dan zal de nieuwe richtlijn waarschijnlijk weinig veranderen aan het gebrek aan harmonisering van arbeidsmigratiebeleid van hoogopgeleiden binnen de Europese Unie.

2.2. Richtlijn inzake toelating onderzoekers, studenten en andere categorieën.

De richtlijn betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van derdelanders met het oog op onderzoek, studie, stages, vrijwilligerswerk, scholierenuitwisseling, educatieve projecten of au-pair activiteiten is op 21 mei 2016 gepubliceerd.¹¹ Deze richtlijn betreft een herschikking en fusie van de bestaande richtlijn voor toegang en verblijf van derdelanders met het oog op onderzoek en de richtlijn voor toegang en verblijf van derdelanders voor studie.¹² In deze kroniek wordt volstaan met de meest in het oog springende bepalingen in de richtlijn.¹³

Allereerst is het toepassingsbereik van de richtlijn uitgebreider dan de twee voorgaande richtlijnen; de nieuwe richtlijn is van toepassing op onderzoekers en studenten, maar ook op stagiaires en vrijwilligers die vrijwilligerswerk verrichten voor de European Voluntary Service (EVS). De bepalingen van de richtlijn zijn imperatief: indien aan de algemene voorwaarden (artikel 7) en de voorwaarden voor de specifieke groep waarvoor de vergunning wordt aangevraagd wordt voldaan, dan moet de vergunning worden verleend.¹⁴ De lidstaten hebben de optie de bepalingen ook van toepassing te laten zijn op derdelanders die met het oog op scholierenuitwisseling of een educatief project, ander vrijwilligerswerk dan voor EVS, of aupair-activiteiten verzoeken te worden toegelaten.

Wat betreft de toegang tot de arbeidsmarkt bevat de richtlijn een uitbreiding van de mogelijkheid voor studenten om te werken naast hun studie. De richtlijn bepaalt dat studenten naast hun voltijds studie minimaal 15 uur per week in loondienst dan wel als zelfstandige mogen werken (artikel 24). Dit is meer dan de 10 uur per week die Nederland op dit moment toelaat, zodat Nederland dit zal moeten aanpassen. Sinds

2 COM (2016) 378 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op een hooggekwalificeerde baan van 7 juni 2016.
3 Richtlijn 2009/50/EG betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op een hooggekwalificeerde baan, Pub. EU 2009 L 152/17.
4 Idem noot 2, p. 2.
5 European Parliament, 'Briefing Revision of the Blue Card Directive' van mei 2017, zie: <http://bit.ly/2quSDFs>.
6 Idem noot 2, p. 16.
7 Idem noot 2, p. 34.
8 Art. 1 BuWav.
9 Idem noot 5.

10 TK 2015-2016, 22 112, nr. 2155, p. 4.

11 Richtlijn 2016/801/EU betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van derdelanders met het oog op onderzoek, studie, stages, vrijwilligerswerk, scholieren-uitwisseling, educatieve projecten of au-pair activiteiten (herschikking), PbEU 2016 L 132/21 (hierna: richtlijn 2016/801).

12 Richtlijn 2005/71/EG betreffende een specifieke procedure voor de toelating van onderdanen van derde landen met het oog op wetenschappelijk onderzoek, PbEU 2005 L 289/15 en richtlijn 2004/114/EG betreffende de voorwaarden voor de toelating van onderdanen van derde landen met het oog op studie, scholieren-uitwisseling, onbezoldigde opleiding of vrijwilligerswerk, PbEU 2004 L 375/12.

13 Zie voor een uitgebreide bespreking: T. de Lange en A. Overmars, 'Hora est! De nieuwe EU-Richtlijn 2016/801 voor onderzoekers en studenten', *Journal Vreemdelingenrecht* 2016, nr.3.

14 Dit volgt uit artikel 5, lid 3, richtlijn 2016/801/EU. De specifieke voorwaarden voor onderzoekers staan in artikel 8,9 en 10, de specifieke voorwaarden voor studenten staan in artikel 11, voor scholieren in artikel 12, voor stagiairs in artikel 13, voor vrijwilligers in artikel 14 en voor au pairs in artikel 16.

1 april 2017 mogen studenten al als zelfstandige werken in Nederland.¹⁵

Verder mogen studenten op grond van artikel 27, na in een eerste lidstaat te zijn toegelaten, tijdelijk (maximaal 180 dagen) in een tweede lidstaat verblijven en werken zonder dat in de tweede lidstaat een verblijfs- en werkvergunning hoeft te worden aangevraagd. Het mogen werken is ook gelimiteerd tot 15 uur per week. De tweede lidstaat mag wel een voorafgaande kennisgeving verlangen. Studenten die studeren in het kader van een door de EU of door de lidstaten gefinancierd programma ter stimulering van de mobiliteit mogen zelfs 360 dagen verblijven en werken in een tweede lidstaat, zonder dat een verblijfs- en werkvergunning is vereist (artikel 31).

De intra-mobiliteit voor onderzoekers was al geregeld in de oude richtlijn. In de nieuwe richtlijn is bepaald dat lidstaten er ten aanzien van verblijf van langer dan 180 dagen voor kunnen kiezen dat notificatie conform artikel 28 van de richtlijn volstaat. De lidstaten houden echter de optie een verblijfsvergunning te eisen bij verblijf van langer dan 180 dagen.

Een belangrijke verbetering voor onderzoekers is dat zij het recht krijgen om hun gezinsleden bij zich te laten voegen in de eerste én in de tweede lidstaat. De bepalingen van richtlijn 2003/86/EG zijn van overeenkomstige toepassing, met een aantal afwijkingen opgesomd in artikel 26, lid 2, van de richtlijn. Zo kunnen de in artikel 7, lid 2, van richtlijn 2003/86/EG bedoelde integratievoorwaarden- en maatregelen ingevolge artikel 26, lid 3, van de richtlijn alleen worden toegepast nadat de betrokken persoon een verblijfsvergunning heeft verkregen.

Tot slot wordt in artikel 25 de Europese variant van de 'zoekjaarvergunning' geïntroduceerd. Dit zal voor Nederland weinig betekenis hebben, aangezien in Nederland al een zoekjaarvergunning voor hoogopgeleiden bestaat.¹⁶ Interessant is dat de richtlijn aan tweede lidstaten ook de mogelijkheid biedt om een verblijfsvergunning voor het zoeken naar werk te verlenen indien de onderzoeker of student in die tweede lidstaat heeft gewoond. De implementatie (uiterlijk 23 mei 2018) zal duidelijk maken of Nederland ook als tweede lidstaat een zoekperiode zal gaan instellen.

2.3 Verruiming vrijstelling grensoverschrijdende dienstverlening na uitspraak HvJ EU

Grensoverschrijdende dienstverlening vormt een uitzondering van de plicht voor een werkgever om over een tewerkstellingsvergunning (hierna: twv) te beschikken.¹⁷ Op 11 september 2014 heeft het Hof een belangrijke uitspraak (zogenoemde Essent-uitspraak) gedaan waarmee het begrip grensoverschrijdende dienstverlening zoals het tot die tijd werd uitgelegd aanzienlijk is verruimd.¹⁸ Het Hof verduidelijkt dat een twv niet alleen achterwege kan blijven voor werknemers van buiten de EU die rechtmatig in dienst zijn van een werkgever in een andere lidstaat en onder leiding en toezicht

van die dienstverrichter een dienst komen verrichten (zuivere dienstverlening) maar ook voor de werknemers waarbij de dienst alleen bestaat uit het ter beschikking stellen van deze arbeidskrachten (het zogenaamde 'leveren van handjes').¹⁹ Dit betekent dat ook voor uitzendkrachten van buiten de EU, die in Nederland werken via een uitzendbureau vanuit een andere lidstaat, geen twv meer hoeft te worden aangevraagd. Artikel 1e BuWav is per 1 januari 2017 aangepast.²⁰ Van belang is wel dat de arbeidskrachten voldoen aan alle voorschriften inzake verblijf, werk en sociale zekerheid in die andere lidstaat.²¹ De eis van een twv geldt overigens nog wel voor gemeenschapsonderdanen op wie het vrij verkeer van werknemers tijdelijk nog niet van toepassing is (thans alleen nog Kroaten), wanneer er sprake is van dienstverrichting die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.²²

3. Nederlands arbeidsmigratierecht

Een van de belangrijkste wijzigingen in de afgelopen drie jaar is de implementatie van richtlijn 2014/66/EU, de Intra corporate transfer richtlijn. Daar zullen wij mee beginnen. Vervolgens worden de ontwikkelingen op het gebied van de gecombineerde vergunning voor verblijf- en arbeid besproken. Daarna wordt ingegaan op de wijzigingen in de regelgeving ten aanzien van kennismigranten en wordt in een separate paragraaf besproken wat de Nederlandse overheid aan regelgeving heeft ingevoerd om talent van buiten de Europese Unie aan Nederland te binden

3.1 ICT-vergunning

In de vorige kroniek arbeidsmigratie is de Intra corporate transfer (ICT) richtlijn uitvoerig besproken.²³ Eerder dit jaar is in A&MR ook een artikel verschenen over dit onderwerp.²⁴ Gelet op de impact van de regeling voor de kennismigratie naar Nederland zal ook in deze kroniek aandacht aan dit onderwerp worden besteed. Allereerst zullen de voorwaarden ter verkrijging van de vergunning kort worden besproken.²⁵

Specialisten, leidinggevenden en trainees die werkzaam zijn bij een onderneming buiten de EU en die voor een tijdelijke periode intra-concern worden overgeplaatst naar Nederland komen in aanmerking voor een ICT-vergunning.²⁶ Leidinggevenden en specialisten moeten in het bezit zijn van een bachelorsdiploma of vijf jaar relevante HBO-werkervaring.²⁷ Trainees moeten in het bezit zijn van een masterdiploma.²⁸ Opmerkelijk is overigens dat uit de ICT-richtlijn het vereiste van een masterdiploma niet eenduidig volgt. In de verschillende taalversies wordt afwisselend gesproken over een universitair diploma en een diploma in het hoger onderwijs.²⁹ Het kabinet had het ook moeilijk met de duiding van deze voorwaarde en heeft uiteindelijk het

15 Zie paragraaf 3.3.1 van deze kroniek.

16 Zie paragraaf 3.4.1 van deze kroniek.

17 Zie ook noot 111 van deze kroniek. In de Memorie van Toelichting bij de de WagwEU wordt uitvoerig ingegaan op de verschillende vormen van transnationale dienstverlening. Deze nieuwe categorie wordt daar ook besproken.

18 HvJ EU 11 september 2014, ECLI:EU:2014:2206. JV 2014/346 m.nt. C.A. Groenendijk en T. de Lange. Zie ook: S.A. Gawronski en B.J.V. Keupink, 'Grensoverschrijdende dienstverlening onder de Wet arbeid vreemdelingen', *Arbeidsrechtpraktijk*, nummer 7, oktober 2016.

19 HvJ EU 11 september 2014, ECLI:EU:2014:2206, r.o. 55-56 en 59.

20 *Stb.* 2017, 347.

21 *Stb.* 2016,347. Voorheen werd het ter beschikking stellen van arbeidskrachten expliciet uitgesloten in art. 1e, onder c, BuWav.

22 *Start.* 2017, 4521. Zie ook: B. Maes en E. Scheers 'Wat hebben nieuwe EU-burgers en Japanners met elkaar gemeen?', *A&MR* 2016 Nr. 5.

23 Richtlijn 2014/66/EU (hierna: ICT-richtlijn) en Pb. EU 2014 L-157/1. T. de Lange 'Kroniek Arbeidsmigratie', *A&MR* 2014/8-9 p. 360.

24 K. Boele en J. van Deuren 'Wanneer is een werknemer 'specialist' volgens de nieuwe ICT-richtlijn?' *A&MR* 2017/3 pp. 100-104

25 Idem noot 24.

26 3.58 Vb 2000 en 3.30d Vb 2000.

27 *Stb.* 2016, 408 en art. 3.30d lid 1 sub e Vb 2000.

28 Idem noot 27.

29 Art. 5 lid 1 sub d.

antwoord gevonden in een voetnoot van een raadsdocument.³⁰ De vraag is of informatie in een voetnoot uiteindelijk doorslaggevend mag zijn. Wellicht is het interessant om te bekijken hoe andere lidstaten deze voorwaarden hebben geïmplementeerd. Opvallend is bijvoorbeeld ook dat bij de EU Blue Card, die eveneens is gebaseerd op een Europese Richtlijn, alleen het vereiste van een Bachelor-diploma geldt.³¹ De kroniek is verder niet de plek om dit nader te onderzoeken.

De werknemer moet voorafgaand aan de overplaatsing minimaal drie onafgebroken maanden in dienst zijn geweest bij dezelfde onderneming of groep van ondernemingen.³² Op het moment van de aanvraag moet de werknemer een arbeidscontract hebben met de buiten de EU gevestigde onderneming en moet hij zijn hoofdverblijf buiten de EU hebben.³³ Zo niet, dan valt hij niet onder de reikwijdte van de ICT-richtlijn.³⁴ Als de werknemer in dienst treedt bij het Nederlandse concernonderdeel is de ICT-richtlijn niet meer van toepassing. Hij moet dus zijn overeenkomst met het buiten de EU gevestigde bedrijf behouden. Het salaris dient marktconform te zijn.³⁵ Met marktconform salaris wordt de kennismigranten-norm voor vreemdelingen jonger of ouder dan 30 jaar bedoeld. Als het salaris niet aan deze eis voldoet dan moet de marktconformiteit worden onderbouwd met stukken en wordt de aanvraag altijd voor advies voorgelegd aan het UWV.³⁶

De ICT-vergunning is de eerste en (tot dusver) enige vergunning waarmee mag worden gewerkt in andere lidstaten.³⁷ Zij het in beperkte mate want een persoon in het bezit van een ICT-vergunning van een andere lidstaat moet nog steeds bij een concernonderdeel in Nederland werken.³⁸ Bij kortetermijnmobiliteit (verblijf korter dan 90 dagen) hoeft slechts een melding te worden gedaan bij het UWV en mag de werknemer direct aanvangen met de werkzaamheden.³⁹ Bij langetermijnmobiliteit (verblijf langer dan 90 dagen) moet een verblijfsvergunning worden aangevraagd, maar mag de werknemer ook al meteen werken.⁴⁰ Bij de afgifte van een verblijfsvergunning wordt niet opnieuw getoetst of de desbetreffende werknemer de beroepskwalificaties bezit om als leidinggevende, specialist of trainee te worden aangemerkt en er is een vrijstelling van het mvv-vereiste.⁴¹

Ongetwijfeld het meest verstrekkende gevolg van de ICT-richtlijn is dat er geen nationale toelatingsregelingen meer mogen bestaan voor werknemers die binnen de reikwijdte

vallen van de ICT-richtlijn.⁴² Feitelijk betekent dit dat werknemers die thans onder de reikwijdte van de ICT-Richtlijn vallen geen gebruik meer kunnen maken van bijvoorbeeld de kennismigrantenregeling.⁴³ In het artikel dat eerder in A&MR is verschenen wordt hierop ingegaan.⁴⁴ In aanvulling daarop nog het volgende. Het merendeel van de werkgevers die wij spraken was niet blij met deze uitsluiting van de nationale regelingen. Behalve dat de kennismigrantenregeling geen diplomaverste of een vereiste van minimaal 5 jaar werkervaring kent, is de ICT-vergunning in tegenstelling tot de kennismigrantenvergunning ook nog eens beperkt in duur. Zo mag de ICT-vergunning maar voor een maximale periode van 3 jaar (1 jaar bij trainees) worden aangevraagd (art. 3.58 Vb 2000). Nadat de maximumduur is verstreken, dient de overgeplaatste derdelander 6 maanden uit Nederland te vertrekken alvorens opnieuw voor een ICT-vergunning in aanmerking te komen.⁴⁵ Uit de *Richtlijn Intra Corporate Transferees – Frequently Asked Questions* d.d 16 februari 2017⁴⁶ blijkt de soep overigens niet zo heet te worden gegeten, aangezien daarin staat dat als de maximale termijn van de ICT-vergunning van drie jaar of een jaar is verstreken de werkgever de vergunning direct kan omzetten naar een kennismigrantenvergunning, ook als de werknemer zijn arbeidscontract met de buitenlandse werkgever behoudt.⁴⁶ Positief nieuws voor de werkgevers, maar als wordt gekeken naar overweging 18 van de preambule en artikel 2 van de ICT-richtlijn lijkt dit niet de bedoeling te zijn geweest.

Ook voor de overgeplaatste werknemer is de ICT-vergunning minder gunstig dan de kennismigrantenvergunning, omdat het als een vergunning met een tijdelijk doel wordt beschouwd en de verblijfsduur niet meetelt voor opbouw van rechten onder de EU-langdurig ingezeten vergunning.⁴⁷ De verblijfsduur van de ICT-vergunning telt overigens wel mee voor de onbepaalde tijd vergunning op nationale gronden en de verkrijging van de Nederlandse nationaliteit.⁴⁸

Om met een positieve noot te besluiten: uit de hierboven genoemde *Frequently Asked Questions* blijkt dat ook leidinggevenden die meer dan 25% van de aandelen bezitten de vergunning op basis van de ICT-Richtlijn kunnen aanvragen.⁴⁹ Onder de huidige Nederlandse regelgeving kunnen directeur-groootaandeelhouders die meer dan 25% van de aandelen bezitten alleen een vergunning als zelfstandig ondernemer aanvragen. Zij hebben dus nu ook de optie gekregen om een ICT-vergunning aan te vragen.

Tot slot wordt nog benadrukt dat Turkse vreemdelingen die naar Nederland komen op grond van Besluit nr. 1/80, de mogelijkheid behouden om een andere nationale vergunning

30 Stb. 2016, 408. Verwezen wordt naar Raadsdocument 10089/12, voetnoot 34.

Hieruit zou blijken dat het minimaal gewenste opleidingsniveau niveau 7 uit de ISCED-standaarden van 2011 betreft. Dit is een mastertitel in het hoger onderwijs.

31 Punt 9 preambule en art. 2 sub 9 Richtlijn 2009/50/EG (Europese Blauwe Kaart). In preambule 9 wordt verwezen naar niveau 5a en 6 van de ISCED-standaarden.

32 Art. 3.30d lid 1 sub c Vb 2000.

33 Stb. 2016, 408 en art. 3.30 lid 1 sub a en c Vb 2000 en art. 2 lid 1 jo 5 ICT-richtlijn.

34 De voorwaarde dat de werknemer op het moment van de aanvraag zijn hoofdverblijf buiten de EU moet hebben is overigens onjuist geïmplementeerd in de Nederlandse regelgeving. In artikel 3.30d, eerste lid en onder k, Vb 2000 wordt vermeld dat er hoofdverblijf buiten Nederland moet zijn.

35 Art. 3.30, lid 1 sub d en g Vb 2000. Par. B6/2.7 Vc 2000.

36 Par. B6/2.7 Vc 2000. Als wel aan de kennismigranten-norm wordt voldaan, worden enkel de aanvragen van niet erkende referenten voorgelegd voor advies aan het UWV.

37 Art. 20-22 ICT-richtlijn, art. 3.30d lid 3 Vb 2000.

38 Wij hebben overigens begrepen dat deze voorwaarde niet in elke lidstaat geldt. Zo zou bijvoorbeeld Italië deze voorwaarde niet stellen.

39 Art. 1n BuWav.

40 Stb. 2016, 408 en art. 1n BuWav.

41 Art. 3.30d lid 3 Vb 2000 en Stb. 2016, 408 en https://ind.nl/Documents/FAQ_ICT_Richtlijn.pdf.

42 Art. 2 lid 1 en 2 ICT-richtlijn. Voor meer informatie over de reikwijdte van de ICT-richtlijn en verhouding met de kennismigrantenvergunning zie: K. Boele en J. van Deuren 'Wanneer is een werknemer 'specialist' volgens de nieuwe ICT-richtlijn?', A&MR 2017/3 pp 100-104.

43 Let op de ICT-richtlijn is alleen van toepassing bij verblijf voor langer dan 90 dagen. Indien een werknemer voor kortere tijd wordt overgeplaatst kan wel gebruik worden gemaakt van nationale regelingen zoals de kennismigrantenregeling.

44 Idem noot 24.

45 Art. 3.30d, lid 2, sub c, Vb 2000. De mogelijkheid om een termijn van (maximaal 6 maanden) afwezigheid te stellen voordat het mogelijk is om een nieuwe vergunning aan te vragen was een facultatieve bepaling in de ICT-richtlijn, maar Nederland heeft deze geïmplementeerd.

46 Zie https://ind.nl/Documents/FAQ_ICT_Richtlijn.pdf.

47 Art. 45b lid 1 sub a Vw 2000 jo art. 3.5 lid 2 sub c Vb 2000.

48 Art. 33 Vw 2000 en art. 8 RWN. Van belang is dat de vreemdelingen op het moment van de aanvraag van de verblijfsvergunning onbepaalde tijd of het Nederlandschap een verblijfsvergunning heeft met een niet-tijdelijk doel.

49 Idem noot 46.

zoals de kennismigrantenvergunning aan te vragen.⁵⁰ Hetzelfde geldt voor Japanse onderdanen op basis van het Nederlands-Japans Handelverdrag.⁵¹ Verwacht zou worden dat dit ook geldt voor Amerikaanse onderdanen op basis van het Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag. Echter, dit is door de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) nog niet officieel bevestigd.⁵²

3.2. Gecombineerde vergunning voor verblijf- en arbeid (GVVA)

3.2.1 *Het recht op gelijke behandeling: Martinez Silva (C-449/16).*⁵³

Op 21 juni 2017 is het eerste arrest gewezen over de toepassing van de single-permit richtlijn.⁵⁴ In Nederland is deze richtlijn geïmplementeerd door instelling van de procedure voor een gecombineerde vergunning voor verblijf- en arbeid (GVVA). Met dit arrest geeft het Hof handen en voeten aan het recht op gelijke behandeling voor derdelanders die in het bezit zijn van een GVVA. Mevrouw Martinez Silva was in Italië in het bezit van een gecombineerde vergunning en vroeg een toelage aan. Deze toelage werd afgewezen omdat zij geen houder was van een EU verblijfsvergunning voor langdurig ingezetenen. Het Hof oordeelde dat deze toelage ten onrechte was afgewezen, omdat dit in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling neergelegd in artikel 12, lid 1, onder e, van de single-permit richtlijn. Hoewel op grond van artikel 12, lid, 2 van de single-permit richtlijn dit recht in sommige gevallen kan worden beperkt, heeft de Italiaanse regering daar niet voor gekozen en kan daar dus ook geen beroep op worden gedaan. Het Hof bevestigt dus in dit arrest dat artikel 12 een sterk recht geeft op gelijke behandeling van derdelanders met een gecombineerde vergunning in de zin van de single-permit richtlijn op de vlakken zoals opgesomd in dat artikel.

3.2.2 *Perikelen startdatum GVVA*

Houders van een GVVA-vergunning liepen bij verlenging van hun vergunning tegen het probleem aan dat zij niet mochten werken gedurende de behandeling van hun verlengingsaanvraag. Dit leverde met name een probleem op als ze kort voor afloop van de vergunning een verlengingsaanvraag indienden. Een ander probleem was dat de vergunning werd verleend per datum waarop het positief advies van UWV werd gegeven, zodat er regelmatig een verblijfsgeat ontstond. Deze problemen zijn bij besluit van 1 april 2017 opgelost.⁵⁵ Wanneer op de verlengingsaanvraag een positief advies door het UWV wordt afgegeven en ook door de IND positief wordt beslist, worden de GVVA en het aanvullende document met terugwerkende kracht aansluitend op de eerdere GVVA afgegeven. Verder is het toegestaan dat houders van een GVVA-vergunning tijdens de aanvraagprocedure tot verlenging van de vergunning mogen blijven werken, mits zij dezelfde werkzaamheden bij dezelfde werkgever verrichten.⁵⁶ Wel is het noodzakelijk om gedurende de duur van een verlengingsaanvraag door de IND

een tijdelijke arbeidsmarktaantekening op de verblijfssticker in het paspoort te laten plaatsen, die het recht op het uitoefenen van dezelfde werkzaamheden bij dezelfde werkgever geeft.

3.2.3 *Aziatische horeca*

Het Convenant Aziatische horeca heeft slechts beperkt geleid tot het structureel oplossen van het tekort aan Aziatische koks op functieniveau 4 t/m 6 (specialiteitenkok, sous-chef en chefkok). Dat is de conclusie van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in zijn brief van 1 juli 2016 aan de Tweede Kamer.⁵⁷ Het Convenant is eind 2014 ingesteld om tegemoet te komen aan het grote tekort aan Aziatische koks waarmee de werkgevers in de Aziatische horeca zich geconfronteerd zagen als gevolg van verdere aanscherpingen van de Wet arbeid vreemdelingen. Het was vrijwel onmogelijk geworden om een tewerkstellingsvergunning voor Aziatische koks te krijgen vanwege het bestaan van prioriteitgenietend aanbod, terwijl het aanwezige aanbod in de praktijk niet inzetbaar was als kok en eerst opgeleid diende te worden. De afspraak in het Convenant bestond er uit dat ten aanzien van Aziatische koks in functieniveau 4 tot en met 6 niet getoetst werd aan prioriteit genietend aanbod. Daartegenover stond de verplichting voor werkgevers in de Aziatische horeca inspanningen te verrichten om prioriteitgenietend aanbod beschikbaar te hebben na afloop van het Convenant.⁵⁸ Hoewel de minister in zijn brief van 1 juli 2016 concludeert dat de sector deze inspanningen heeft verricht, concludeert hij tegelijkertijd dat er nog steeds onvoldoende gekwalificeerde koks beschikbaar zijn. Het is lastig gebleken koks op te leiden tot het niveau van specialiteitenkok en hoger, is de conclusie van de minister. Nederlandse koks zijn er niet happig op om in de Aziatische keuken te werken en werkgevers in de Aziatische sector werken liever met Aziatische koks, zo blijkt uit de halfjaarlijkse rapportages.

Deze ontwikkelingen hebben geleid tot een bestendinging van de tijdelijke soepele regeling voor Aziatische koks. Deze regeling is vastgelegd in artikel 19a van de Regeling uitvoering Wet arbeid vreemdelingen en is vergelijkbaar met de regeling zoals afgesproken in het Convenant Aziatische horeca uit 2014.⁵⁹ Werkgevers kunnen Aziatische koks aannemen van buiten de Europese Unie in functieniveau 4 tot en met 6 zonder dat het UWV toetst aan prioriteitgenietend aanbod. Met het verkrijgen van een twv voor deze koks gaan zij de verplichting aan inspanningen te verrichten om prioriteitgenietend aanbod te realiseren. Deze inspanning kan onder andere bestaan uit het aannemen van een niet-vergunningplichtige werknemer als kok gedurende de looptijd van de tewerkstellingsvergunning of het bieden van een stage- of leerarbeidsplaats. Indien de werkgever de verblijfs- en werkvergunning van de betreffende Aziatische kok wil verlengen of een nieuwe Aziatische kok wil aannemen van buiten de Europese Unie, dan wordt deze vergunning alleen verleend als de werkgever heeft aangetoond aan de verplichtingen te hebben voldaan.

Een voordeel ten opzichte van het Convenant uit 2014 is dat de tewerkstellingsvergunning voor maximaal 2 jaar, in plaats van 1 jaar, kan worden verleend. Ook zijn de mogelijkheden voor werkgevers uitgebreid om aan te tonen dat de inspanningen zijn verricht. Zo is het onder de nieuwe regeling ook mogelijk aan de inspanningsverplichting te voldoen door het

50 Zie ook: S. Goldberg 'Intra-corporate transfers en de ICT- richtlijn 2014/66/ EU: wat gaat er veranderen', PS Documenta 31 maart 2016.

51 https://ind.nl/Documents/FAQ_ICT_Richtlijn.pdf.

52 Idem noot 46.

53 HvJ EU 21 juni 2017 C-449/16, ECLI:EU:C:2017:485.

54 Richtlijn 2011/98/EU betreffende één enkele aanvraagprocedure voor een gecombineerde vergunning voor onderdanen van derde landen om te verblijven en te werken op het grondgebied van een lidstaat, alsmede inzake een gemeenschappelijk pakket rechten voor werknemers uit derde landen die legaal in een lidstaat verblijven, Pb 2011 L 343.

55 *Stb.* 2017, 134.

56 *Stb.* 2017, 134.

57 TK 2015-2016, 29861, nr. 44.

58 *Stcrt.* 2016, 30765.

59 *Stcrt.* 2016, 50328.

aanbieden van een hogere functie in de keuken aan een niet-vergunningplichtige werknemer die al in dienst is van het restaurant.

De nieuwe regeling heeft wel weer, net als in het Convenant uit 2014, een quotum. Het maximum aantal tewerkstellingsvergunningen dat kan worden verleend is 1800 van 1 oktober 2016 tot en met 30 september 2017, 1400 van 1 oktober 2017 tot en met 30 september 2018 en 1000 van 1 oktober 2018 tot en met 30 september 2019.⁶⁰ Na 1 oktober 2019 vervalt de regeling weer en zal er een volledige toets op prioriteitgenietend aanbod plaatsvinden. De vraag is of tegen die tijd wel prioriteitgenietend aanbod opgeleid zal zijn om als Aziatische kok aan het werk te gaan. Het gebrek aan gekwalificeerde koks onder het prioriteitgenietend aanbod lijkt niet zo zeer oplosbaar door deze werknemers goed op te leiden maar door zowel de werkgever in de Aziatische horeca als de niet-vergunningplichtige werknemer te motiveren met elkaar in zee te gaan. Dit blijkt geen gemakkelijke opgave te zijn.

3.2.4 Vergunning voor seizoenarbeiders

Op 26 februari 2014 is de Seizoenarbeidersrichtlijn (Richtlijn 2014/36/EU) aangenomen. In de vorige kroniek is de richtlijn zelf besproken.⁶¹ De richtlijn moest op 30 september 2016 worden geïmplementeerd maar dit is uiteindelijk pas gebeurd op 1 juli 2017.⁶² De reden hiervoor is dat Nederland eerst heeft onderzocht of implementatie door middel van een 0-quotum mogelijk was. De Europese Commissie heeft geoordeeld dat ook in het geval van een 0-quotum de toelatingsvoorwaarden moeten worden omgezet en dus is Nederland tot implementatie overgegaan.⁶³

Bij de implementatie is uiteindelijk niet gekozen voor een (0-)quotum met als reden dat het kabinet verwacht dat de richtlijn geen effect zal hebben op de Nederlandse arbeidsmigratie. Er zijn sinds 2011 geen vergunningen voor seizoenarbeid meer afgegeven en men verwacht dat dit ook de komende jaren niet zal gebeuren.⁶⁴ Volgens de MvT zijn de belangrijkste redenen daarvoor de opgelopen werkloosheid in Nederland en de uitbreiding van de Europese Unie die heeft geleid tot een vrij verkeer van werknemers met nieuwe lidstaten. Voor het verkrijgen van de seizoenarbeidvergunning moet (evenals voorheen) worden getoetst aan prioriteitgenietend arbeidsaanbod.⁶⁵ Aangezien er verwacht wordt dat er geen vergunningen zullen worden verleend, worden de voorwaarden voor de vergunning hier verder niet besproken.

3.3 Kennismigranten

De wijzigingen in de regelgeving ten aanzien van kennismigranten kenmerken zich door de wens van de Nederlandse regering kennismigranten te verleiden naar Nederland te komen en te behouden. Dit heeft zich geuit in versoepeling van procedures en versterking van de rechten van kennismigranten. Zo heeft de IND het als eerste voor kennismigranten aanvragen mogelijk gemaakt deze digitaal in te dienen. Een aantal andere wijzigingen worden in het navolgende besproken. Tot slot wordt aandacht besteed aan de jurisprudentie over de (te hoge) leges voor kennismigranten.

60 Stb. 2016, 480.

61 T. de Lange 'Kroniek Arbeidsmigratie', A&MR 2014/8-9 p. 360.

62 TK 2016-2017, 34590, nr. 6, p.5.

63 De Europese Commissie heeft Nederland een ingebrekestelling gestuurd wegens niet tijdige implementatie. TK 2016-2017, 34590, nr. 6, p. 5.

64 TK 2016-2017, 34 590, nr.3.

65 Stb. 2017, 283.

3.3.1 Arbeidsmarktaantekening

Per 1 april 2017 mogen kennismigranten, houders van een Europese blauwe kaart, wetenschappelijk personeel en studenten ook als zelfstandige werken.⁶⁶ Voorwaarde is wel dat aan de vereisten van de vergunning waaronder de vergunning is verleend moet blijven worden voldaan. Ten aanzien van kennismigranten betekent dit bijvoorbeeld dat het vereiste kennismigrantensalaris moet worden betaald; dit kan niet gecompenseerd worden met inkomsten uit het werk als zelfstandige.

3.3.2 Zoekperiode

Kennismigranten kunnen een zoekperiode van drie maanden krijgen om een nieuwe baan als kennismigrant te vinden. Deze zoekperiode wordt verleend als de geldigheidsduur van de verblijfsvergunning nog niet verstreken is en de kennismigrant werkloos is geworden. Voorheen was het zo dat deze zoekperiode alleen werd verleend als er sprake was van niet-verwijtbare werkloosheid. Per 1 juli 2016 is dit geen voorwaarde meer voor het verlenen van de zoekperiode.⁶⁷ Hiermee zijn de voorwaarden voor een zoekperiode gelijk getrokken met de voorwaarden voor een zoekperiode bij houders van een gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid.⁶⁸ Opvallend is overigens dat deze wijziging niet is doorgevoerd voor houders van een Europese blauwe kaart. In de Vc staat ten aanzien van houders van een Europese blauwe kaart nog steeds als voorwaarde dat een zoekperiode wordt verleend indien de werkgever de arbeidsovereenkomst of de aanstelling ontbindt.⁶⁹

3.3.3 Ouderschapsverlof

In een nieuwsbrief van het loket kennis- en arbeid van de IND van april 2017 is meegedeeld dat het is toegestaan dat een periode niet aan het loon criterium wordt voldaan indien dit het gevolg is van het toekennen van het wettelijk geregelde ouderschapsverlof, dit binnen vier weken na ingang van het verlof is gemeld en daarbij is aangegeven welke gevolgen dit heeft of kan hebben voor de hoogte van het loon.⁷⁰ Opvallend is dat dit alleen in een nieuwsbrief is gemeld en niet in het beleid van de IND is terug te vinden.⁷¹

3.3.4 Vrijstelling docenten en onderzoekers aan instellingen van hoger onderwijs

Sinds 1 oktober 2013 gold er voor docenten en onderzoekers aan instellingen van hoger onderwijs een vrijstelling van het twv-vereiste voor maximaal 3 jaar.⁷² Tot die tijd was de vrijstelling een jaar. Per 1 oktober 2016 is de maximum duur vervallen. Docenten en onderzoekers zijn nu vrijgesteld van de twv-plicht, ongeacht de duur van de tewerkstelling.⁷³

66 Stb. 2017, 134. Thans geregeld in artikel 1d, 1f en 1i Buwav.

67 Stc. 2016, 33962, p. 7.

68 Par. B5/5 Vreemdelingencirculaire 2000.

69 Par. B6/2.6. Vreemdelingencirculaire 2000.

70 Nieuwsbrief IND zakelijk, 1 april 2017 (<http://bit.ly/2whKOFU>)

71 Dit geldt vooralsnog alleen voor wettelijk geregeld ouderschapsverlof. In andere gevallen, waar het bijvoorbeeld ging om onbetaald verlof of tijdelijke vermindering van de arbeidsduur vanwege scholing, kon de Inspectie gewoon boetes opleggen. Zie bijvoorbeeld ABRvS 29 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1797, JV 2016/421 m.nt. M.A.G. Reurs en ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:647, JV 2016/35 m.nt. M.A.G. Reurs.

72 Stb. 2016, 347 en artikel 1, lid 1 sub f, BuWav. Met instellingen van hoger onderwijs wordt bedoeld: een universiteit, hogeschool of instelling die gelieerd is aan of werkzaam is op het terrein van een universiteit, hogeschool of instelling voor hoger internationaal onderwijs.

73 Stb. 2016, 347.

3.3.5 *Leges erkend referent en kennismigrantenaanvragen*
Inmiddels hebben twee rechtbanken zich uitgesproken over de evenredigheid van de hoogte van het legestartief voor kennismigrantenaanvragen. Beide rechtbanken hebben geoordeeld dat de IND de opbouw van de kostprijs van het legestartief voor kennismigranten (op dit moment € 926) niet inzichtelijk heeft gemaakt.⁷⁴ In deze zaken was door eisers aangevoerd dat de leges onevenredig hoog zijn omdat de kosten de kostprijs overstijgen en dat er sprake is van strijd met artikel 10 van de single-permit richtlijn. In dat artikel is bepaald dat de hoogte van de gevraagde leges evenredig moet zijn en gebaseerd kan worden op de feitelijke diensten die voor de verwerking van de aanvraag en de verstrekking van de vergunning werden geleverd. Verweerder betoogde dat het legestartief voor de kennismigrant de legeskostprijs niet overstijgt, maar kon dit vervolgens niet onderbouwen, omdat 'in verband met de invoering van de Momi en de extra werkzaamheden die dit opleverde verweerder heeft besloten pas later metingen te doen om representatieve gegevens te verkrijgen'. In afwachting daarvan achtte verweerder het niet opportuun om het legestartief aan te passen. De rechtbanken gingen niet mee met dit betoog en oordeelden dat het voor rekening en risico komt van verweerder dat geen gegevens voorhanden zijn om de kostprijs van het legestartief te onderbouwen. De beroepen zijn gegrond verklaard en terugverwezen naar de IND. Van de advocaat in deze zaak, Dirk Schaap, hebben we begrepen dat nog niet is besloten in deze zaken en dat er inmiddels ingebrekestellingen liggen en een beroep niet-tijdig beslist is ingediend bij de rechtbank.

Helaas laten de rechtbanken zich niet expliciet uit over de vraag of het besluit ook in strijd is met artikel 10 van de single-permit richtlijn. Dat doet de rechtbank wel over de vraag of de hoogte van de leges voor het erkend referentschap verenigbaar is met artikel 10 van de single-permit richtlijn.⁷⁵ Ten aanzien van de procedure tot erkenning als referent is de rechtbank van oordeel dat de single-permit richtlijn niet van toepassing is, omdat volgens de rechtbank de considerans en de artikelen van die richtlijn daartoe geen aanleiding geven. Wel acht de rechtbank de hoogte van de leges in strijd met het nationaalrechtelijk evenredigheidsbeginsel. Tegen deze uitspraak heeft Dirk Schaap, ook de advocaat in deze zaak, hoger beroep ingesteld voor wat betreft het oordeel dat de single-permit richtlijn niet van toepassing zou zijn.

Inmiddels zijn de leges voor het aanvragen van erkend referentschap gedifferentieerd. Het tarief voor erkenning als referent is met de helft verlaagd voor kleine bedrijven (minder dan 50 werknemers) en startups. Indien het bedrijf deel uitmaakt van een concern met meer dan 50 werknemers blijft het hoge tarief gelden.⁷⁶ Dit neemt niet weg dat daarmee de discussie over de hoogte van de leges niet is afgesloten. Immers, ook ten aanzien van de verlaagde leges is vooralsnog onduidelijk waaruit dit tarief is opgebouwd.

3.4. Het behouden van talent voor de Nederlandse arbeidsmarkt

3.4.1 *Zoekjaar*

Het zoekjaar afgestudeerden (het oude artikel 3.42, eerste lid, Vb) en de regeling hoogopgeleiden (het oude artikel 3.42, tweede lid, Vb) zijn per 1 maart 2016 gefuseerd tot één regeling en opgenomen in het nieuwe artikel 3.42 Vb.⁷⁷ Het betreft een flinke versoepeling van de voorwaarden om in aanmerking te kunnen komen voor een vergunning 'het zoeken naar en verrichten van arbeid al dan niet in loondienst' (hierna: zoekjaarvergunning). Bovendien is de groep migranten verruimd die in aanmerking kan komen voor deze vergunning. Deze wijziging past in de lijn van de regering hoogopgeleide migranten aan Nederland te binden.

Een belangrijke verbetering is dat voor aanvragers die voorheen onder de regeling hoogopgeleiden vielen geen tewerkstellingsvergunning meer hoeft te worden aangevraagd. Deze eis werd onder de oude regeling hoogopgeleiden als een groot struikelblok ervaren en het leidde er vaak toe dat een werkgever alsnog afzag van het aannemen van de kennismigrant.⁷⁸ Verder werd onder de oude regeling hoogopgeleiden getoetst aan een puntensysteem waarbij werd getoetst op opleiding, op leeftijd en op indicatoren voor het welslagen in Nederland. Dit puntensysteem is vervallen. Wel wordt nu een minimaal niveau van kennis van de Engelse of Nederlandse taal gevraagd (zie artikel 3.42, eerste lid, onder e, Vb).

Verder zijn er een aantal groepen toegevoegd die een zoekjaarvergunning kunnen krijgen, waaronder vreemdelingen die in Nederland een postdoctorale opleiding hebben afgerond of aan een buitenlandse top 200- universiteit en vreemdelingen die in Nederland wetenschappelijk onderzoek hebben verricht.⁷⁹ De vergunning wordt verleend voor maximaal 1 jaar en is niet verlengbaar (zie artikel 3.58, eerste lid Vb). Wel is het mogelijk op een later moment opnieuw een zoekjaarvergunning aan te vragen op een andere grondslag, bijvoorbeeld in het geval de aanvrager eerst een zoekjaar heeft gehad op basis van een afgeronde bacheloropleiding en later op grond van het behalen van een mastertitel. Die mastertitel moet zijn behaald nadat de eerdere zoekjaarvergunning voor de bachelortitel is verleend. Het is dus niet mogelijk eerst een zoekjaarvergunning op basis van de bachelortitel aan te vragen en vervolgens op basis van de mastertitel, terwijl beide opleidingen zijn afgerond voordat de eerste zoekjaarvergunning is verleend. Dit is recentelijk bevestigd in een uitspraak van Rechtbank Den Haag, zittingsplaats 's Hertogenbosch.⁸⁰

Met de nieuwe regeling is ook artikel 1d van het Besluit wet arbeid vreemdelingen (Buwav) aangepast. Op grond van artikel 1d, eerste lid, sub a, onder 2, Buwav komt iedere aanvrager van een kennismigrantenvergunning die voldoet aan de voorwaarden van artikel 3.42 Vb in aanmerking voor het verlaagde salariscriterium van (op dit moment) € 2.272 bruto per maand exclusief 8% vakantiegeld. Deze wijziging zorgt ervoor dat de groep migranten die in aanmerking komt voor het verlaagde

74 Rb. Den Haag 10 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13810 en Rb. Den Haag 27 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13006.

75 Rb. Den Haag 26 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:930, JV 2017/73

76 *Stcr.* 2016, 52045, p.6.

77 *Stb.* 2016, nr. 86.

78 WODC 'Gezocht: Buitenlands toptalent Evaluatie van de Regeling Hoogopgeleiden', bijlage bij TK 2013-2014, 29861 nr. 36.

79 Het gaat om de top-200 lijsten van de algemene ranglijsten en de beschikbare ranglijsten per faculteit en vakgebied van de Times Higher Education World University Rankings, de QS World University Rankings en de Academic Ranking of World Universities, zie art. 3.23 Vv 2000.

80 Rb. Den Haag 2 juni 2017, AWB 17/3521, JV 2017/10.

salariscriterium flink is uitgebreid. Onder de oude regeling gold het verlaagde salariscriterium alleen voor aanvragers die binnen een jaar voorafgaand aan de tewerkstelling een geaccrediteerde onderwijsinstelling in Nederland hadden afgerond. Nu kunnen bijvoorbeeld ook aanvragers die in de afgelopen drie jaar een master opleiding hebben afgerond aan een buitenlandse top 200-onderwijsinstelling voor het verlaagde salariscriterium in aanmerking komen.

3.4.2 Start ups

Op 1 januari 2015 is een regeling in werking getreden op basis waarvan aan een vreemdeling die een innovatieve onderneming opricht in Nederland en daarbij wordt begeleid door een betrouwbare en deskundige begeleider, een verblijfsvergunning voor maximaal één jaar kan worden verleend.⁸¹ Een groot voordeel is dat er vanaf 1 oktober 2015 een vrijstelling van het MVV-vereiste geldt.⁸² Over de totstandkoming en voorwaarden van de vergunning is eerder in de A&MR een artikel verschenen.⁸³ Er zal thans worden stil gestaan bij de ontwikkelingen die sindsdien plaatsvonden. Sinds 1 januari 2016 is het voor vreemdelingen die in het bezit zijn van een start up vergunning relatief gemakkelijk om de vergunning om te zetten naar een reguliere zelfstandigenvergunning. Het enige wat daarvoor nodig is, is een positieve verklaring van de begeleider.⁸⁴ De verklaring levert vervolgens de basis voor de RVO om een positief advies te geven. Het puntenstelsel dat geldt voor de reguliere zelfstandigenaanvraag is dus niet van toepassing.⁸⁵ Dit is erg voordelig want naast dat er ten aanzien van een reguliere zelfstandigenaanvraag veel stukken moeten worden overgelegd en de procedure lang duurt, wordt ook nog het merendeel van de aanvragen afgewezen.

3.4.3 Geen vergunning meer nodig voor onverplichte stages

Studenten met een studievergunning hadden al geen twv nodig voor verplichte stages.⁸⁶ Vanaf 1 oktober 2016 is ook de twv-plicht voor onverplichte stages afgeschaft. Om misbruik van deze vrijstelling tegen te gaan moet er een stageovereenkomst worden getekend door de onderwijsinstelling, de stagebieder en de student waarin wordt vermeld dat de stage relevant is voor de studie en moet een exemplaar op de stageplek aanwezig zijn.⁸⁷

4. Overige wijzigingen

4.1 Weer TWV vereist voor Japanners

Het was vrijwel niet te missen. Nadat Japanners sinds de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 24 december 2014 vrije toegang hadden tot de arbeidsmarkt, is dit bij uitspraak van 11 november 2016

weer ongedaan gemaakt.⁸⁸ In die uitspraak heeft de Afdeling geoordeeld dat aan het Nederlands-Zwitsers Tractaat geen verblijfsrechtelijke betekenis wordt toegekend, omdat het Tractaat voor zover het verblijfsrechtelijke aanspraken zou verlenen niet verenigbaar is met de Overeenkomst tussen de EG en Zwitserland en de Overeenkomst prevaleert. De Afdeling komt hiermee terug op zijn standpunt in de uitspraak van 19 juni 2013 waarbij wel verblijfsrechtelijke meerwaarde aan het Tractaat werd toegekend.⁸⁹ De Afdeling verwijst in dit verband naar een notawisseling van 16 juni 2016 tussen de Nederlandse en Zwitserse regering waarin wordt bevestigd dat zij aan het Tractaat geen verblijfsrechtelijke betekenis meer willen toekennen.

Er is veel kritiek geuit op deze plotselinge ommezwaai van de Afdeling. Deze kroniek is niet de plek om daar uitgebreid op te gaan.⁹⁰

De uitspraak van de Afdeling betekent dat wat betreft de meestbegunstiging van Japanners alleen nog een beroep kan worden gedaan op het Nederlands-Amerikaans vriendschapsverdrag. Japanse zelfstandigen moeten dus nog steeds op dezelfde wijze worden behandeld als Amerikanen.

4.2 Uitwisseling met Argentinië

Recentelijk is een uitwisselingsprogramma gesloten met Argentinië. Het Working Holiday Program is per 1 juli 2017 van start gegaan voor een periode van in beginsel twee jaar. Per jaar kunnen maximaal 100 Argentijnse jongeren tussen de 18 en 30 jaar in aanmerking komen. De verblijfsvergunning wordt voor één jaar verleend en is niet verlengbaar. De verblijfsvergunning geeft Argentijnen vrije toegang tot de arbeidsmarkt in Nederland.⁹¹ Vergelijkbare programma's zijn overeengekomen met Australië, Nieuw-Zeeland en Zuid-Korea (de laatste is recentelijk verlengd tot 1 juni 2018).

4.3 Regeling internationale handel, diensten en samenwerking

Op 1 juli 2017 is de regeling internationaal handelsverkeer in werking getreden.⁹² Met deze regeling wil het kabinet mogelijk maken dat bedrijven via een flexibele procedure buitenlandse arbeidskrachten in het kader van het internationale handelsverkeer over kunnen laten komen. Deze regeling is een voortzetting van de pilot kennisindustrie die op 1 juli 2013 is ingevoerd en veel striktere voorwaarden kende. Zo was er onder meer een omzetcriterium van 50 miljoen, een hoog projectwaardecriterium en de voorwaarde dat bedrijven vijf jaar voorafgaand aan de aanvraag de arbeidswetgeving niet mochten hebben overtreden.⁹³ Uit een evaluatie van deze pilot kwam naar voren dat deze strikte voorwaarden er toe leidden dat niet veel bedrijven voldeden en er dus weinig gebruik werd gemaakt van de pilot.⁹⁴ Met de huidige (soepele) regeling voor internationaal handelsverkeer hoopt het kabinet wel buitenlandse bedrijven en interessante internationale projecten aan te trekken.

81 Stb. 2014,450. Art. 3.30 lid 6 jo 3.58 lid 1 Vb 2000.

82 Art. 17 lid 1 sub g Vw 2000 jo 3.71 lid 3 Vb 2000 en Par. B6/2.5 Vc 2000. Zie ook *Stcr.* 2015 nr. 32191 p1-2.

83 S.C.J. Lindeboom 'Toelatingsregeling voor vernieuwende starters kent voorspelde problemen', *A&MR* 2015/7.

84 TK 2015-2016, 30 573, nr. 133, pp 1-2.

85 In de zelfstandigenregeling wordt het wezenlijk belang getoetst aan de hand van een puntenstelsel dat drie onderdelen kent: persoonlijke ervaring, ondernemersplan en toegevoegde waarde van de economische activiteiten voor de Nederlandse economie. Zie art. 3.20a VV 2000 en bijlage 8a VV 2000. Voorts wordt verwezen naar T. de Lange, 'Wezenlijk Nederlands Belang', *WLP* 2016, p. 97-82. Hierin wordt ingegaan op de zelfstandigenregeling en het hoge afwijzingspercentage.

86 Stb 2013, 360 en art. 1f Buwav.

87 Stb. 2016, 347.

88 ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4702, *JV* 2015/45 m.nt. S.J. van der Woude en ABRvS 11 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3079, *JV* 2017/8 m.nt. S.H.J.M. Roelofs en AB 2017/100 m.nt. A.M. van Melle.

89 ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:32, *JV* 2013/329 m.nt. M.A.G. Reurs.

90 S.H.J.M. Roelofs, 'Bres in toelatingsbeleid gedicht. Ontmanteling van het Nederlands-Japans handelsverdrag', *A&MR* 2017, nr. 1., pp. 10-14.

91 Paragraaf B2/3 van de Vreemdelingencirculaire 2000.

92 Stb. 2017, 134. Zie ook C.T. de Heer, 'Regeling Internationaal Handelsverkeer binnenkort in werking', *Vakblad GOW*, juni 2017.

93 Stb. 2017, 134 en Regioplan, *Evaluatie Pilot Kennisindustrie*, oktober 2014.

94 Idem noot 65.

Om in aanmerking te komen voor de regeling internationaal handelsverkeer, moet sprake zijn van een in tijd afgebakend traject, van in eerste instantie maximaal drie jaar, en moet worden aangetoond dat er een relatie bestaat tussen het bedrijf in Nederland en in het buitenland. De arbeidskrachten (dit kunnen werknemers, opdrachtgevers of directeur-groootaandeelhouders zijn) moeten naar Nederland komen om specialistische en/ of leidinggevende werkzaamheden te verrichten. Een van de belangrijkste voorwaarden is dat geen sprake mag zijn van concurrerende werkzaamheden (prioriteit genietend arbeidsaanbod). Dit wordt onder meer beoordeeld aan de hand van de aard, duur en waarde van het traject en de aard van de werkzaamheden.⁹⁵ Uit de nota van toelichting volgt dat de werkzaamheden waarvoor vrijstellingen bestaan in artikel 1 van de BuWav – zoals het volgen van trainingen en levering van goederen – sowieso onder de regeling vallen. Een voordeel is nu dus dat vooraf zekerheid kan worden gekregen over de legaliteit van de tewerkstelling. Andere werkzaamheden die als voorbeeld worden genoemd zijn werkzaamheden met betrekking tot inspecties, controles en certificeringen.⁹⁶

Er is geen limiet gesteld aan de duur van de werkzaamheden van arbeidskrachten, maar dit speelt wel mee bij de beoordeling of sprake is van niet-concurrerende arbeid. Het UWV beslist binnen vijf weken of het traject voldoet.⁹⁷ Als het traject is goedgekeurd, hoeft de werkgever de desbetreffende arbeidskracht alleen nog maar aan te melden door middel van een door het UWV opgestelde aanmeldformulier. De werknemer mag dan direct beginnen met werken.⁹⁸ Indien het traject dus eenmaal is aangemeld, kunnen op een snelle en eenvoudige manier arbeidskrachten naar Nederland komen. Een traject kan in eerste instantie worden aangemeld voor een periode van maximaal drie jaar. Wanneer zich wijzigingen voordoen of het langer duurt dan moet een nieuwe aanvraag worden ingediend.⁹⁹

Bij verblijf van meer dan 90 dagen kan deze regeling overigens overlappen met de ICT-Richtlijn, er zullen hoogstwaarschijnlijk ook werknemers binnen concerns worden overgeplaatst. In dat geval moet een verblijfsvergunning op basis van de ICT-Richtlijn worden aangevraagd. Immers, zoals eerder is vermeld moet de ICT-vergunning worden aangevraagd als de werknemer onder de reikwijdte valt.¹⁰⁰ Tot slot kunnen, anders dan bij de pilot kennisindustrie, alleen onherroepelijke boetes ten aanzien van overtreding van de arbeidswetgeving tot een afwijzing van het traject leiden.¹⁰¹

4.4 Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie

Op grond van de Europese Detacheringsrichtlijn worden aan gedetacheerde werknemers in de Europese Unie bepaalde minimale arbeidsvoorwaarden toegekend.¹⁰² Deze richtlijn was in Nederland tot 18 juni 2016 in de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (Waga) geïmplementeerd. Op 15 mei 2014 is de Handhavingsrichtlijn tot stand gekomen.¹⁰³ De

Handhavingsrichtlijn moet de praktische uitvoering, toepassing en handhaving van de Detacheringsrichtlijn verbeteren, bevorderen en versterken. De richtlijn biedt daarnaast maatregelen om misbruik en omzeiling te voorkomen en te bestraffen.¹⁰⁴ De Handhavingsrichtlijn is samen met de Detacheringsrichtlijn geïmplementeerd in de WagwEU en deze wet is sinds 18 juni 2016 van kracht.¹⁰⁵ De Waga is komen te vervallen.

De WagwEU is van toepassing op een in een andere (EU-) lidstaat gevestigde onderneming die in het kader van grensoverschrijdende dienstverrichting tijdelijk met hun personeel naar Nederland komen. De werknemers worden bijvoorbeeld bij een onderneming in Nederland gedetacheerd. Ook is de wet (in sommige gevallen) van toepassing op zelfstandigen uit andere EU-landen die in Nederland arbeid komen verrichten.¹⁰⁶ De WagwEU bevat allereerst een harde kern van arbeidsvoorwaarden waarop de uit de EU gedetacheerde werknemers die in Nederland komen werken – ongeacht het recht dat de arbeidsovereenkomst beheerst – recht hebben.¹⁰⁷ Dit zijn onder meer het recht op minimumloon en vakantie-toeslag, bescherming op basis van de arbeidstijdenwet en gelijke behandelingswetgeving.¹⁰⁸ Uit de Waga bleek niet duidelijk welke elementen tot de harde kern behoorden, ook de Detacheringsrichtlijn en de jurisprudentie was op dit gebied niet geheel duidelijk. Op advies van de Sociaal Economische Raad en de Stichting van de Arbeid is onder de WagwEU duidelijk geformuleerd welke elementen tot de harde kern van arbeidsvoorwaarden behoren.¹⁰⁹ Als er overigens een algemeen verbindend verklaarde cao van toepassing is met gunstigere voorwaarden gelden de arbeidsvoorwaarden uit deze cao.¹¹⁰

De belangrijkste wijziging ten opzichte van de Waga is dat de WagwEU een viertal verplichtingen bevat en dat er (hoge) sancties kunnen worden opgelegd bij het niet naleven van de verplichtingen. De verplichtingen zijn:

1. Inlichtingenplicht, op basis waarvan de dienstverrichter desgevraagd aan Inspectie SZW informatie dient te verstrekken die noodzakelijk is voor de uitvoering van de wet.¹¹¹
2. Administratieplicht, die inhoudt dat de dienstverrichter ervoor moet zorgen dat bepaalde documenten (zoals loonstrook, arbeidstijdenoverzicht, arbeidsovereenkomst) op de werkplek schriftelijk of elektronisch beschikbaar zijn.¹¹²
3. Meldplicht/ controleplicht, dit is de meest verstrekende verplichting. Deze houdt in dat de dienstverrichter (schriftelijk of elektronisch) voorafgaand aan de detachering aan de Inspectie SZW bepaalde gegevens (zoals identiteit werknemer, dienstverrichter en aard en

95 Art. 1k lid 5 BuWav.

96 Stb. 2017, 134.

97 Art. 1k lid 3 BuWav.

98 Stb. 2017, 134.

99 Artikel 1k, vierde lid, BuWav.

100 Bij verblijf van korter dan 90 dagen is de ICT-richtlijn niet van toepassing. Zie ook Stb. 2017, 134.

101 Stb. 2017, 134 en art. 1k lid 5 sub b BuWav.

102 Richtlijn 96/71/EG, PbEG 1997, L018.

103 Richtlijn 2014/67/EU, PbEU 2014, L 159/11.

104 TK 2015-2016, 34 408, nr. 3.

105 Stb. 2016, 220. Deze wet strekt tot de implementatie van Richtlijn 2014/67/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake de handhaving van de detacheringsrichtlijn en tot wijziging van de IMI-verordening over de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt. Zie ook TK 2015-2016, 34 408 nr. 3 p. 1. De WagwEU vervangt de Waga waarin de voorwaarden van de Detacheringsrichtlijn (96/71/EG) waren geïmplementeerd. Vandaar de opmerking dat de voorwaarden van de Detacheringsrichtlijn en handhavingsrichtlijn in een wet zijn geïmplementeerd.

106 Art. 1 WagwEU en TK 2015-2016, 34 408, nr. 3, p. 5. In de MvT bij artikel 1 WagwEU wordt uitgebreid toegelicht wat onder transnationale dienstverlening moet worden verstaan en worden de drie categorieën van dienstverrichting toegelicht.

107 TK 2015-2016 34 408, nr.3, p. 4. Art. 2WagwEU.

108 TK 2015-2016 34 408, nr. 3, p. 4. Zie tevens art. 2 WagwEU.

109 Idem noot 113.

110 TK 2015-2016 34 408, nr. 3, p. 4 en art. 2 WagwEU.

111 Art. 6, lid 1 en 2, WagwEU. Deze plicht zal ook gaan gelden voor zelfstandigen.

112 Art 9, lid 1 sub a-f, WagwEU

duur werkzaamheden) moet melden.¹¹³ Van deze melding moet een afschrift worden verstrekt aan de dienstontvanger in Nederland, die deze melding moet controleren en eventuele onjuistheden weer moet melden aan de Inspectie SZW.¹¹⁴ Dit is de controleplicht van de dienstontvanger. Aangezien het digitale meldingssysteem nog niet operationeel is, is deze bepaling nog niet in werking getreden. De verwachting is dat dit 1 januari 2018 zal gebeuren.¹¹⁵

4. Aanwijzingsplicht, die inhoudt dat de dienstverrichter een verplichting heeft om een contactpersoon aan te wijzen die de Inspectie SZW kan benaderen en aanspreekpunt is.¹¹⁶

Het niet voldoen aan de informatieplicht, administratieplicht en meldingsplicht/controleplicht kan worden gesanctioneerd met een bestuurlijke boete.¹¹⁷ Voor het niet voldoen aan de informatieplicht en administratieplicht kunnen sinds 1 oktober 2016 al boetes worden opgelegd.¹¹⁸ Nadat de meldplicht in werking is getreden zal ook bij overtreding van die plicht een boete kunnen worden opgelegd. De bestuurlijke boete is standaard

€ 12.000 per werknemer maar kan onder omstandigheden gematigd of verhoogd worden.¹¹⁹ Zo kan de boete worden verhoogd als er eerder een overtreding is geweest. De boete kan worden gematigd als 1 (matiging 75%) of 2 (matiging 50%) documentsoorten ontbreken.¹²⁰ Ook verstrekking is dat de boetes grensoverschrijdend geïnd kunnen worden. Dit betekent dat een dienstverrichter ook door een toezicht-houder uit een andere EU-lidstaat aangesproken kan worden op betaling van een boete.¹²¹

Is een standaardboete van € 12.000 in lijn met het evenredigheidsbeginsel? In de Memorie van Toelichting wordt de hoogte van het bedrag onzes inziens summier gemotiveerd.¹²² Het boetebedrag is bovendien gelijk aan bestuurlijke boetes die kunnen worden opgelegd voor illegale tewerkstelling en het is de vraag of deze overtredingen even ernstig zijn.¹²³ Ook voor (erkend) referenten gelden informatie-, administratie- en een zorgplicht en kunnen bij niet naleving daarvan bestuurlijke boetes van € 3000 (voor ondernemingen) en € 1500 worden opgelegd.¹²⁴ Deze boetes zijn aanzienlijk lager.

113 Art. 8, lid 1 sub a-g, WagwEU.

114 Art. 8, lid 2 en 3, WagwEU.

115 Handelingen TK 2015-2016 nr. 81. Een beperkte meldplicht zal ook gaan gelden voor zelfstandigen die in bepaalde bij algemene maatregel van bestuur aangewezen sectoren werkzaam zullen zijn.

116 Art. 7 WagwEU.

117 Art. 15 WagwEU en *Stcrt.* 2016 nr. 53078. De hoogte van de bestuurlijke boetes wordt vermeld in artikel 15 van de WagwEU en deze is nader uitgewerkt in de Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie, die van kracht zijn sinds 1 oktober 2016.

118 Omdat de meldplicht en controleplicht waarschijnlijk pas op 1 januari 2018 in werking treden kunnen daarvoor thans nog geen boetes worden opgelegd.

119 Art. 15 WagwEU en *Stcrt.* 2016 nr. 53078.

120 Beleidsregels Boeteoplegging WagwEU.

121 Art. 15 Handhavingsrichtlijn en TK 2015-2016, 34 408, nr. 3, p18.

122 TK 2015-2016, 34 408, nr. 3, p18. Zie ook de volgende artikelen over evenredigheid bestuurlijke boete Wav, die kan ook hier naar analogie van toepassing zijn. P.J. Krop 'Hoogste tijd voor daadwerkelijke evenredigheidstoets', *A&MR* 2016 nr. 4. B. van Melle 'Onevenredig boetebeleid bij Wet arbeid vreemdelingenzaken' *A&MR* 2015 nr. 5/6.

123 Art. 2 jo 15 Wav en Beleidsregels Boeteoplegging Wav.

124 Zie art. 2a jo 54 lid 1 en 55a Vw 2000 en 4.44a Vb 2000 en 4.17-4.26 VV 2000. Zie voor een toelichting van de hoogte van sancties: T. de Lange, 'De sancties bij toelating en verblijf van kennismigranten', *A&MR* 2015 5/6 pp 207-208.