

Irene van der Fluit en Inge te Pas –
mr. I.E. van der Fluit en mr. I.G. te Pas zijn beiden
werkzaam als advocaat bij Kroes Advocaten
Immigration Lawyers.

November 2019 – februari 2022

Kroniek arbeidsmigratie

Deze zesde kroniek over de regulering van arbeidsmigratie begint bij de nieuwe situatie voor Britten die na de Brexit in Nederland zijn gaan werken. Vervolgens is er aandacht voor de nieuwe richtlijn Europese blauwe kaart en daarna komen onderwerpen aan bod over wijzigingen en ontwikkelingen op het gebied van arbeidsmigratie in het nationale recht. Tot slot bespreken de chroniqueurs enkele belangrijke of opvallende uitspraken gedaan in de verslagperiode.¹

Inhoud

1. **Inleiding**
2. **Brexit**
 - 2.1. Vrijgestelde werkzaamheden kort verblijf
 - 2.2. Lang(er) verblijf
3. **Tractaat NL-VK uit 1837 en werking Handels- en Samenwerkingsovereenkomst**
4. **Detacheringsrichtlijn**
5. **Richtlijn (EU) 2021/1883 (Europese blauwe kaart)**
 - 5.1. Introductie
 - 5.2. Versoepelde voorwaarden
 - 5.3. Intra EU-mobilliteit
 - 5.4. Proportionaliteit
6. **Algemene wijzigingen arbeidsmigratie**
 - 6.1. Herstructurering Buwav en Ruwav
 - 6.2. Working Holiday Programme/Working Holiday Scheme uitgebreid
 - 6.3. Vrijstelling examenonderdeel oriëntatie op Nederlandse arbeidsmarkt voor zelfstandigen.
 - 6.4. Partners zelfstandigen vrij op arbeidsmarkt
 - 6.5. Verlenging geldigheid GVVA
 - 6.6. Afschaffing Aziatische horeca
 - 6.7. Begrip incidentele arbeid verduidelijkt
 - 6.8. Floriade
 - 6.9. Naam Inspectie SZW gewijzigd naar Nederlandse Arbeidsinspectie
7. **Kennismigratie**
 - 7.1. Inspectie werkgevers erkend referenten
 - 7.2. Pilot voor werknemers van start-ups
 - 7.3. Verruiming toepassing verlaagd salariscriterium kennismigranten (na afstuderen)
 - 7.4. Overplaatsing ICT-Richtlijn aanscherping voorwaarden voor niet-erkend referent
 - 7.5. Aanscherping voorwaarden zoekjaar.
 - 7.6. Europese blauwe kaart salaris per maand
 - 7.7. Corona
8. **Jurisprudentie**
 - 8.1. Uitspraak Afdeling over Europese blauwe kaart en reële en daadwerkelijke arbeid
 - 8.2. Uitspraak boete Vreemdelingenwet in samenhang met boete Wav
 - 8.3. Uitspraken boete Wav

1. Inleiding

Een groot deel van de verslagperiode heeft in het teken gestaan van de coronapandemie. De pandemie heeft ook zijn effect gehad op de komst van arbeidsmigranten naar Nederland. In 2019 waren er nog 20.970 aanvragen voor een verblijfs- en werkvergunning om te werken als kenniswerker in Nederland tegenover 13.710 in 2020. Ook de aanvragen voor reguliere arbeidsmigranten zijn in 2020 fors gedaald, van 3710 in 2019 naar 2480 in 2020.² Die enorme teruggang in aanvragen is vrijwel zeker te verklaren door de onzekere economische situatie die ontstond door de pandemie, maar ook door praktische problemen, zoals de reisrestricties.

In 2021 lijkt die schade te worden ingehaald, aangezien er in dat jaar een enorme stijging is te zien van het aantal aanvragen om als kenniswerker in Nederland te werken: in 2021 zijn er 22.840 aanvragen ingediend, een stijging van 67 % in vergelijking met 2020.³ Ook voor reguliere arbeidsmigranten is sprake geweest van een stijging van het aantal vergunning aanvragen, namelijk van 2480 aanvragen in 2020 naar 3300 in 2021. Ons werk als advocaat werd in die periode gekenmerkt door adviseren over de gevolgen van de pandemie voor het verblijfsrecht dan wel over de (on)mogelijkheden om naar Nederland te reizen.

2. Brexit

In de verslagperiode heeft de Brexit plaats gevonden. Op grond van het terugtrekkingsakkoord tussen de EU en het VK verbleven Britse burgers en hun gezinsleden die vóór 1 januari 2021 woonachtig waren in Nederland en aan de voorwaarden voldoen nog rechtmatig in Nederland gedurende de overgangperiode en de daaropvolgende *grace period*. Deze *grace period* liep af op 1 oktober 2021.⁴ Per deze datum moeten Britten en hun gezinsleden in het bezit zijn van een verblijfsdocument dan wel een aanvraag daartoe hebben ingediend om hun rechten zoals neergelegd in het terugtrekkingsakkoord te behouden. Degenen die nog geen aanvraag hebben ingediend, verblijven niet meer rechtmatig in Nederland, maar hebben wel nog tot uiterlijk 1 oktober 2022 om een aanvraag in te dienen. Dit geldt ook voor grensarbeiders, niet zijnde dienstverrichters, die vóór 1 januari 2021 in Nederland als grensarbeider werkten.⁵

Britten die op 1 oktober 2022 nog geen verblijfsdocument op grond van het terugtrekkingsakkoord hebben maar wel al vóór 1 januari 2021 in Nederland woonden en aan de voorwaarden van het terugtrekkingsakkoord voldeden, worden vanaf dat moment gelijk behandeld als andere derdelanders. Hetzelfde geldt voor Britten die sinds 1 januari 2021 naar Nederland zijn gekomen. Wel zijn er op grond van het handelsakkoord tussen de EU en het VK naast de al bestaande opties een aantal mogelijkheden bijgekomen om toegang tot Nederland te krijgen voor het verrichten van werkzaamheden zonder dat de werkgever een tewerkstellingsvergunning hoeft aan te vragen.⁶ Deze mogelijkheden worden hieronder kort besproken.

2.1 Vrijgestelde werkzaamheden kort verblijf

Op grond van het handelsakkoord zijn werkgevers van Britse zakelijke bezoekers voor een kort verblijf en Britse zakelijke bezoekers voor vestigingsdoelinden onder voorwaarden vrijgesteld van de plicht te beschikken over een tewerkstellingsvergunning, mits het gaat om een periode van maximaal 90 dagen uit zes maanden. Op grond van artikel 4.1. Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen (Buwav) zijn er al werkzaamheden vrijgesteld voor derdelanders in het algemeen, maar de vrijstellingen in het handelsakkoord bevatten enkele interessante extra opties voor Britten. Zo zijn bijvoorbeeld bijeenkomsten en overleg vrijgesteld. Vrijgestelde werkzaamheden omvatten Britten die deelnemen aan vergaderingen of conferenties, of zijn betrokken bij overleg met zakenpartners. Dit is breder dan de al bestaande vrijstelling voor zakelijke besprekingen in artikel 4.1. Buwav, aangezien het daar moet gaan om zakelijke besprekingen relevant voor de bedrijfsontwikkeling of het management van het bedrijf. Daarbij is die vrijstelling beperkter in duur, namelijk voor een maximale periode van 13 uit 52 weken.⁷ Andere vrijgestelde werkzaamheden zijn werkzaamheden door installateurs, reparatie- en onderhoudspersoneel die van wezenlijk belang zijn voor de contractuele verplichting van de verkopende partij. Ook deze definitie is breder dan de reeds bestaande vrijstellingen, aangezien de al bestaande vrijstelling beperkt is tot het monteren, repareren of installeren van werktuigen, machines, apparatuur of software dat is geleverd door zijn buiten Nederland gevestigde werkgever. Ook deze vrijstelling is beperkter in duur, namelijk maximaal 12 aaneengesloten weken binnen een tijdbestek van 36 weken. Andere vrijgestelde werkzaamheden die niet al bestaan zijn bijvoorbeeld marketingonderzoek, onderzoek en ontwerp en vertalingen en tolken.⁸

Britten die een leidinggevende functie bekleden binnen een Brits bedrijf en die verantwoordelijk zijn voor de oprichting van een onderneming op Nederlands grondgebied zijn ook vrijgesteld voor een maximale duur van 90 uit zes maanden, mits die persoon geen diensten aanbiedt of verricht, noch een andere economische activiteit uitoefent dan die welke noodzakelijk is voor de vestiging van de onderneming en geen beloning in Nederland ontvangt voor zijn werkzaamheden.⁹

2.2 Lang(er) verblijf

Britse dienstverleners op contractbasis en beoefenaren van een vrij beroep mogen diensten verlenen in Nederland voor de in het handelsakkoord opgenomen sectoren en binnen de daarin opgenomen beperkingen.¹⁰ Bij dienstverleners moet het gaan om werknemers van een Brits bedrijf dat een contract voor ten hoogste 12 maanden heeft gesloten tot levering van diensten aan een Nederlands bedrijf, waarvoor de tijdelijke aanwezigheid van de werknemers vereist is. Het Britse bedrijf mag geen vestiging hebben in Nederland en het mag geen agentschap voor arbeidsbemiddeling en personeelsvoorziening zijn. De werknemer moet ten minste één jaar in dienst zijn van het Britse bedrijf dat de diensten gaat verlenen en ten minste drie jaar beroepservaring bezitten in de sector waar het contract betrekking op heeft, een universitaire graad of een kwalificatie waaruit kennis van een gelijkwaardig niveau blijkt, alsmede

1 De chroniqueurs borduren voort op de Kroniek arbeidsmigratie die door Sarah Lindeboom en Inge Eggen-te Pas is geschreven (A&MR 2019-10), en op de kronieken arbeidsmigratie die daarvoor zijn geschreven door dr. mr. T. de Lange. Eerdere afleveringen verschenen in A&MR 2010-8 (p. 421-428), A&MR 2012/8 (p. 503-510), A&MR 2014-8/9 (p. 358-365), A&MR 2017-8 (p. 349-358) en A&MR 2019-10 (p.444-453).

2 IND jaarcijfers 2020, via www.ind.nl/Documents/Tabel%20NL%202020.pdf.

3 IND jaarcijfers 2021, via www.ind.nl/Documents/Jaarcijfers%202021.pdf.

4 TK 2020-2021, 35393, nr. 39.

5 TK 2020-2021, 35393, nr. 36.

6 Handels- en samenwerkingsovereenkomst tussen de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoom- Energie, enerzijds, en het Verenigd Koninkrijk van

Groot-Brittannië en Noord-Ierland, anderzijds (verder te noemen: Handelsakkoord), 31 december PbEU 2020, L444/14.

7 Artikel 1, lid 2, onder b, Buwav.

8 Zie voor de volledige lijst, Bijlage SERVIN 3, artikel 8, handelsakkoord.

9 Artikel SERVIN 4.1., lid 5(a) jo artikel SERVIN 4.2, handelsakkoord.

10 Artikel SERVIN 4.1.lid 5(b), (c) en (d) jo. artikel SERVIN 4.4. handelsakkoord.

de beroepskwalificaties die wettelijk vereist zijn om de activiteiten in Nederland te mogen uitoefenen. Tot slot mag de dienstverlener geen beloning ontvangen in Nederland. Open-gestelde diensten zijn onder meer diensten in verband met computers en aanverwante diensten, managementadvies en bouwnijverheid en aanverwante civieltechnische diensten.¹¹

Beoefenaars van een vrij beroep zijn op grond van het handel-sakkoord natuurlijke personen die als zelfstandige in Neder-land een dienst verlenen, die geen vestiging op Nederlands grondgebied hebben en voor een periode van ten hoogste 12 maanden diensten verlenen aan de Nederlandse partij op basis van een contract tot het verlenen van die diensten. De Britse zelfstandige moet op de datum van de aanvraag beschikken over: ten minste zes jaar beroepservaring in de desbetreffende activiteit; een universitaire graad of een kwalificatie waaruit kennis van een gelijkwaardig niveau blijkt; en de beroeps-kwalificaties die wettelijk vereist zijn om die activiteit in Nederland uit te oefenen. De lijst van diensten die onder deze uitzondering kunnen vallen zijn minder uitgebreid dan de lijst bij dienstverleners. Opengestelde diensten zijn markt- en opinieonderzoek, architecten, stedenbouwkundigen en landschapsarchitecten.

Tot slot biedt het handelsakkoord een mogelijkheid om binnen een onderneming leidinggevenden, specialisten en stagiairs over te plaatsen. Voorwaarde is dat de leidinggevende of specialist ten minste één jaar in dienst is van het concern en de stagiair minimaal 6 maanden.¹²

Overigens is de praktische relevantie van deze opties voor lang verblijf beperkt. Op grond van de WTO-verdragen is het op grond van Bijlage 1, paragrafen 8.3.b.10 tot en met 8.3.b.13 van de Regeling uitvoering Wet arbeid vreemdelingen (Ruwav) al mogelijk om voor bovengenoemde groepen onder vergelijk-bare voorwaarden een verblijfs- en werkvergunning aan te vragen.

3. Tractaat NL-VK uit 1837 en werking Handels- en Samenwerkingsovereenkomst

Namens Britse cliënten heeft Kroes Advocaten Immigration Lawyers een aanvraag ingediend voor een verblijfsvergunning als zelfstandige op basis van het Tractaat van handel en scheepvaart tussen Nederland en het VK uit 1837. Na een afwijzing van de aanvraag is bezwaar aangetekend. Met als resultaat dat er op 10 februari 2022 een notawisseling is gepubliceerd waarin partijen hun gezamenlijke overeen-stemming hebben vastgelegd met betrekking tot hun inter-pretatie van het tractaat. Partijen zouden met het tractaat niet hebben beoogd en ook nu niet beogen om toelating of verblijf van hun onderdanen te regelen. Hetzelfde zou gelden voor het verrichten van arbeid of het oprichten van bedrijven op elkaars grondgebied. Hierin wordt volgens de nota voorzien door nationale wet- en regelgeving alsmede de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst tussen de EU en het VK. In het bezwaarschrift is ook gewezen op de meestbegunstigingsclausule uit deze overeenkomst. De IND heeft het standpunt inge-nomen dat de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst voor het grootste deel geen rechten toekent aan particulieren en zij daar dus ook geen beroep op kunnen doen binnen de interne

rechtsorde van de partijen. De meestbegunstigingsbepaling in de Handelsovereenkomst heeft volgens hen geen rechtstreekse werking en kan daarom dus niet worden ingeroepen bij een bestuursorgaan of bij de rechter.

4. Detacheringsrichtlijn

Werknemers die binnen de Europese Unie tijdelijk van de ene lidstaat naar de andere lidstaat worden gedetacheerd hebben recht op aanvullende arbeidsvoorwaarden- en omstandigheden. Deze rechten vloeiden voort uit de deta-cheringsrichtlijn uit 1996 welke tot 18 juni 2016 in de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (Waga) was geïmplementeerd en vervolgens in de Wet arbeidsvoor-waarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (WagEU). De handhavingsrichtlijn die de praktische uitvoe-ring, toepassing en handhaving van de detacheringsrichtlijn moet verbeteren, is ook sinds 18 juni 2016 geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving (WagwEU).

De detacheringsrichtlijn uit 1996 is op 28 juni 2018 gewijzigd naar de herziene detacheringsrichtlijn. Het doel van de herzie-ningsrichtlijn is om een nieuwe en betere balans te treffen tussen enerzijds het bevorderen van het vrij verrichten van diensten in de Europese Unie en het zorgen voor een gelijk speelveld voor ondernemingen en anderzijds het beschermen van de rechten van gedetacheerde werknemers.

Uiterlijk op 30 juli 2020 dienden de lidstaten deze nieuwe richtlijn te hebben geïmplementeerd. In Nederland is de nieuwe richtlijn opnieuw terug te vinden in de WagEU. Een van de meest ingrijpende wijzigingen is dat vanaf 1 maart 2020 buitenlandse werkgevers uit de EU, EER of Zwitserland verplicht zijn om de werkzaamheden en de werknemer vooraf gaand te melden bij de autoriteiten van het land waar de werk-zzaamheden worden uitgevoerd. In Nederland gaat dat via een online meldportaal van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. De Nederlandse opdrachtgever/dienstont-vanger moet vervolgens controleren en verifiëren of dit juist is gemeld. Zelfstandig ondernemers die in een van de aange-wezen sectoren werkzaam zijn, moeten hun werkzaamheden ook vooraf melden.

Naast de invoering van de meldplicht is de harde kern van arbeidsvoorwaarden voor gedetacheerde werknemers uitgebreid. Deze werknemers hadden al recht op bijvoorbeeld het minimumloon, vakantie en verlof zoals dat ook zou gelden als de arbeidsovereenkomst beheerst zou zijn door het Neder-landse recht. Vanaf 30 juli 2020 gelden er ook voorwaarden voor huisvesting van gedetacheerde werknemers en vergoe-ding van uitgaven voor reis-, maaltijd- en verblijfkosten voor werknemers die beroepshalve van huis zijn. Het gaat hierbij uitsluitend om de kosten die gedetacheerde werknemers maken wanneer zij moeten reizen van en naar hun gewone werkplaats in Nederland, of wanneer zij door hun werkgever tijdelijk vanuit die gewone werkplaats naar een andere werk-plaats worden gezonden. Na 12 maanden hebben gedeta-cheerde werknemers voortaan naast de harde kern ook recht op aanvullende Nederlandse arbeidsvoorwaarden.

Naast de meldplicht zijn de administratieve verplichten uit de WagwEU zo goed als gelijk gebleven. Voor de volledigheid worden deze hieronder vermeld:

1. Inlichtingenverplichting. De verplichting voor de dienst-verrichter of zelfstandige om desgevraagd aan de Neder-landse Arbeidsinspectie alle informatie te verstrekken die noodzakelijk is voor de handhaving van de WagwEU;

11 Alle opengestelde diensten staan in bijlage Servin 4, artikel 10.

12 Artikel Servin 4.1. lid 5(d),(e), (f) en (g) handelsakkoord tussen de EU en het VK.

2. Administratieplicht. De dienstverrichter zorgt ervoor dat bepaalde documenten (zoals loonstrook, arbeidstijdenoverzicht en arbeidsovereenkomst) op de werkplek schriftelijk of elektronisch beschikbaar zijn.
3. Meldplicht/ controleplicht. De dienstverrichter die een werknemer naar Nederland detacheert, meldt (schriftelijk of elektronisch) voorafgaand aan de werkzaamheden bepaalde gegevens (zoals de identiteit van de werknemer, dienstontvanger en de aard en duur van de werkzaamheden) aan het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
Er moet een afschrift worden verstrekt aan de dienstontvanger in Nederland, die deze melding moet controleren en eventuele onjuistheden uiterlijk vijf werkdagen na aanvang van de werkzaamheden aan het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid dient door te geven.
4. Aanwijzingsplicht contactpersoon. De dienstverrichter wijst een contactpersoon aan die als aanspreekpunt van de dienstverrichter fungeert en die in de lidstaat waar de arbeid wordt verricht beschikbaar is voor het verzenden en ontvangen van informatie met betrekking tot de dienstverrichting. De contactpersoon mag ook de gedetacheerde medewerker zijn.

5. Richtlijn (EU) 2021/1883 (Europese blauwe kaart)¹³

5.1 Introductie

Op 21 oktober 2021 is de nieuwe richtlijn betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op een hooggekwalificeerde baan in werking getreden¹⁴ (hierna: richtlijn Europese blauwe kaart). De richtlijn moet op 19 november 2023 zijn geïmplementeerd in de Nederlandse regelgeving. Het doel van de nieuwe richtlijn is om meer hoogopgeleide onderdanen van derde landen aan te trekken en te behouden. De oude richtlijn slaagde hier onvoldoende in, vanwege te strenge toelatingsvoorwaarden en het bestaan van parallelle nationale regels zoals de Nederlandse kennismigrantenregeling. In het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie¹⁵ stond dan ook een verplichting voor lidstaten om een Europese blauwe kaart te verlenen aan personen die onder de werkingssfeer van de richtlijn zouden vallen. Het verlenen van een vergunning op grond van een nationale regeling voor kenniswerkers zou dan niet meer mogelijk zijn.¹⁶ Dit voorstel werd echter kritisch ontvangen door de lidstaten, waaronder Nederland¹⁷. In Nederland wordt door werkgevers veel meer gebruik gemaakt van de nationale kennismigrantenregeling dan van de Europese blauwe kaart, omdat de voorwaarden soepeler zijn. Nederland wilde deze gunstige regeling dan ook behouden. De Europese Commissie en het Europees Parlement hebben zich verzet tegen de mogelijkheid van nationale systemen, omdat dit het harmoniserende effect van het

voorstel aanzienlijk zou verminderen. De onderhandelingen over het voorstel zaten dan ook lange tijd in een impasse. Pas nadat de Europese Commissie en het Europees Parlement overstag zijn gegaan door het mogelijk te maken om een nationale kennismigrantenregeling te behouden, zijn de onderhandelingen in een stroomversnelling geraakt en is de definitieve tekst aangenomen.

Met de nieuwe richtlijn Europese blauwe kaart is een harmonisatie van de regels voor het verkrijgen van een verblijfs- en werkvergunning voor hooggekwalificeerde onderdanen uit derde landen dus niet aan de orde, omdat de nationale regelingen mogen blijven bestaan. Wél zijn de regels voor het verkrijgen van een Europese blauwe kaart versoepeld en wordt het eenvoudiger om als Europese blauwe kaart houder in andere lidstaten te werken. Verder zijn er voor het eerst artikelen opgenomen over fraude, erkend referentschap en proportionaliteit.

5.2 Versoepelde voorwaarden

In tegenstelling tot de oude richtlijn, is een arbeidsovereenkomst voor 1 jaar niet langer noodzakelijk, maar is een arbeidscontract voor 6 maanden voldoende.¹⁸ Ook komen er meer mogelijkheden om de kwalificaties van de aanvrager aan te tonen. Hooggekwalificeerdheid kan nog steeds worden aangetoond aan de hand van diploma's die het equivalent zijn van drie jaar hoger onderwijs. Daarnaast bevat de richtlijn opnieuw een facultatieve bepaling die lidstaten toestaat kwalificaties met vijf jaar beroepservaring aan te tonen. Eén onderdeel is echter niet facultatief: de categorie leidinggevenden en specialisten op het gebied van informatie- en communicatietechnologie mogen hogere beroepskwalificaties aantonen met ten minste drie jaar relevante beroepservaring, verworven binnen de zeven jaar vóór de aanvraag van een Europese blauwe kaart.¹⁹

Het minimumloon voor aanvragers is teruggebracht naar minstens 100 % en niet meer dan 160 % van het gemiddelde bruto jaarsalaris in het werkland. De salarisdrempel wordt vastgesteld door de betrokken lidstaat, 'na overleg met de sociale partners overeenkomstig de nationale praktijken.'²⁰ Voor banen in specifieke beroepen, mag 80 % van de salarisdrempel worden gehanteerd, maar ook dan mag het niet minder zijn dan het bruto gemiddeld jaarsalaris.²¹ Het moet dan gaan om werknemers die tot de hoofdgroepen 1 en 2 van de ISCO-classificatie behoren, dat zijn managers en professionals.²² Er is ook een mogelijkheid de lagere salarisdrempel van 80 % vast te stellen voor onderdanen van derde landen die niet langer dan drie jaar geleden afgestudeerd zijn, mits die 80 % norm nog steeds minimaal gelijk is aan het gemiddeld bruto jaarsalaris.²³ Op dit moment ligt de salarisdrempel voor de Europese blauwe kaart in Nederland op een bruto maandsalaris van € 5670 per maand exclusief 8 % vakantiegeld, 150 % van het gemiddelde bruto jaarsalaris. In de praktijk blijkt dat deze salarisdrempel vaak te hoog is voor werkgevers, zeker omdat de salarisdrempels in de kennismigrantenregeling lager zijn en zijn gedifferentieerd naar leeftijd. Ook is er een lagere

13 In deze kroniek worden de voor Nederland belangrijkste wijzigingen kort besproken.

Voor een uitgebreide bespreking van de wijzigingen verwijzen wij Bram van Melle, 'Nieuwe Blauwe Kaart Richtlijn. Oude wijn of nieuw elan?', *A&MR* 2022-1, p.13-18.

14 Richtlijn (EU) 2021/1883 van het Europees Parlement en de Raad van 20 oktober 2021 betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op een hooggekwalificeerde baan, en tot intrekking van Richtlijn 2009/50/EG van de Raad, *PbEU* 2021, L 382/1.

15 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, COM (2016) 378.

16 Idem noot 4, p. 16.

17 TK 2015-2016, 22 112, Nr. 2155.

18 Artikel 5 lid 1 sub a richtlijn Europese blauwe kaart.

19 Artikel 2 sub 9(a) jo. Bijlage 1 richtlijn Europese blauwe kaart.

20 Artikel 5 lid 3 richtlijn Europese blauwe kaart.

21 Artikel 5 lid 4 richtlijn Europese blauwe kaart.

22 Zie voor de hele lijst, ISCO-08, International Labour Office Geneve: <https://bit.ly/3JWgjsu> (p.87-109).

23 Artikel 5 lid 5 richtlijn Europese blauwe kaart.

salarisdrempel voor afgestudeerden en vreemdelingen die een zoekjaarvergunning hebben gehad.²⁴

De Europese blauwe kaart zal voor werkgevers een stuk aantrekkelijker worden als Nederland de salarisdrempel verlaagt én differentiatie toepast. Hoewel de nieuwe richtlijn Nederland niet dwingt het salaris te verlagen, aangezien het nu op 150 % van het bruto gemiddeld jaarsalaris ligt, is aannemelijk dat Nederland het salaris zal verlagen. Mede omdat bij onderhandelingen over de oorspronkelijke richtlijn Nederland had ingezet op een lagere salarisdrempel van 120 % van het bruto jaarsalaris.²⁵

Tot slot krijgen houders van een Europese blauwe kaart die de status als EU langdurig ingezetene verwerven de extra aantekening op de vergunning dat zij 'voormalig houder van een Europese blauwe kaart' zijn, hetgeen ze het recht geeft om geen 12 maar 24 maanden buiten het EU-grondgebied te verblijven zonder deze status te verliezen.²⁶

5.3 Intra EU-mobilititeit

Houders van een Europese blauwe kaart kunnen, als zij in een lidstaat langer dan achttien maanden houder van een blauwe kaart zijn geweest, deze opgebouwde rechten meenemen naar een tweede lidstaat waardoor zij eerder voor een EU-langdurig ingezetene status in aanmerking komen. Op grond van de nieuwe richtlijn Europese blauwe kaart kan dit nu al na één jaar in plaats van na achttien maanden.²⁷ Het wordt op grond van de nieuwe richtlijn ook makkelijker om perioden van verblijf in meerdere lidstaten te cumuleren, omdat ook nationale vergunningen voor hooggekwalificeerden of als onderzoeker mogen worden meegenomen in de cumulatie.²⁸ Nieuw is ook dat de houder van de Europese blauwe kaart uiterlijk 30 dagen na datum van de indiening van de aanvraag, die binnen een maand na aankomst moet worden ingediend, in de tweede lidstaat mag beginnen te werken. Dit betekent voor Nederland dat in dit geval de beslistermijn maximaal 30 dagen mag zijn, ook als de werkgever niet erkend is als referent of als de streeftermijn bij een wel erkende referent niet wordt gehaald.²⁹

In de nieuwe richtlijn is nu ook een bepaling opgenomen over kortetermijnmobiliteit.³⁰ Het artikel staat de houder van de Europese blauwe kaart toe voor 90 uit 180 dagen in een andere lidstaat werkactiviteiten te verrichten zonder dat een tewerkstellingsvergunning is vereist. De activiteiten moeten wel rechtstreeks verband houden met de zakelijke belangen van de werkgever en met de beroepsmatige verplichtingen van de houder van een Europese blauwe kaart op basis van de arbeids-overeenkomst.³¹ De meeste van die werkzaamheden vallen reeds onder de bestaande vrijstellingen op het hebben van een tewerkstellingsvergunning zoals neergelegd in artikel 4.1. tot en met 4.3. Buwav. Het is dus de vraag hoeveel dit gaat toevoegen aan de huidige Nederlandse regelgeving.

5.4 Proportionaliteit

Opvallend is, tot slot, dat in de considerans expliciet is opgenomen dat een intrekking of niet-verlenging van een Europese blauwe kaart proportioneel moet zijn, met name wanneer

de grond tot afwijzing, intrekking of niet-verlenging verband houdt met het gedrag van de werkgever: 'een lichte vorm van wangedrag van de werkgever mag in geen geval de enige reden zijn om een aanvraag voor een Europese blauwe kaart af te wijzen of om een Europese blauwe kaart in te trekken of niet te verlengen.' Deze bepaling zou in de Nederlandse praktijk interessant kunnen zijn. De IND trekt nu regelmatig vergunningen in als de houder van de Europese blauwe kaart een paar euro per maand te weinig betaald heeft gekregen. De bepaling in de nieuwe richtlijn geeft een duidelijke aanwijzing dat dat niet mag.

De richtlijn moet op 19 november 2023 zijn geïmplementeerd in de Nederlandse regelgeving. In de volgende kroniek hopen wij u te informeren over de implementatiewetgeving.

6. Algemene wijzigingen arbeidsmigratie

6.1 Herstructurering Buwav en Ruwav

Op grond van de Wav dient een werkgever in het bezit te zijn van een tewerkstellingsvergunning (twv) of een gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid (gvva) om een werknemer van buiten de EER en Zwitserland arbeid te laten verrichten. De hoofdregel is dat er geen prioriteitgenietend aanbod van werknemers aanwezig is binnen Nederland, de EU/EER of Zwitserland (arbeidsmarkttoets). Een aantal categorieën werkzaamheden is uitgezonderd. Deze uitzonderingen op de tewerkstellingsvergunningsplicht zijn terug te vinden in het Buwav. Daarnaast kan voor sommige categorieën een twv of gvva verleend worden zonder de arbeidsmarkttoets. Deze specifieke vormen van arbeid staan in de Ruwav. Per 1 januari 2022 zijn de Buwav en de Ruwav geherstructureerd om de leesbaarheid van de regelgeving te bevorderen en de regeling toekomstbestendig te maken. Door de doorgevoerde wijzigingen in de afgelopen jaren in het Buwav en de Ruwav zijn er steeds meer uitzonderingen op de tewerkstellingsvergunningsplicht gekomen. Met de wijzigingen is er gestreefd naar een technische vereenvoudiging van de regelgeving, zodat overzichtelijk is welk regime op welke situatie van toepassing is.³² De hoofdstukken in de Buwav zijn nu verdeeld in categorieën werknemers. Bij de Ruwav corresponderen de paragraafnummers met de artikelnummers van de Wav. Hierdoor zijn de nadere regels makkelijker terug te vinden. Ook zijn in bijlage 1 van de Ruwav paragrafen toegevoegd die eerder niet waren opgenomen.

De herindeling van de hoofdstukken gaat om bestaande bepalingen uit de Buwav en Ruwav. Het betreft geen inhoudelijke wijziging op een aantal tekstuele aanpassingen na.

De grootste aanpassingen zijn:

- Bij artikel 9 van de Wav zijn twee nieuwe weigeringsgronden toegevoegd. indien de werkgever bij een eerder verleende vergunning het loon, bedoeld in artikel 7, niet over een periode van ten hoogste een maand aan de vreemdeling heeft uitbetaald (onder g) en als bij de werkgever geen economische activiteit plaatsvindt (onder h).
- Artikel 1.1 BuWav is een algemene definitiebepaling geworden.
- Artikel 11 lid 1 Wav. Voorheen werd een tewerkstellingsvergunning voor ten hoogste een jaar verleend, nu is dat

24 Artikel 2.1. lid 1 sub a onder 2 Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen 2022.

25 A&MR 2011, Nr.8, p.339.

26 Artikel 18, lid 4, jo. artikel 19 lid 2 richtlijn Europese blauwe kaart.

27 Artikel 21 lid 1 richtlijn Europese blauwe kaart.

28 Artikel 18, tweede lid sub a richtlijn Europese blauwe kaart.

29 Artikel 21, lid 3 richtlijn Europese blauwe kaart.

30 Artikel 20 richtlijn Europese blauwe kaart.

31 Artikel 2 sub 13 richtlijn Europese blauwe kaart.

32 Besluit van 13 december 2021, houdende de herziening van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen (Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen 2022), Stb. 2021, 608.

maximaal drie jaar. De duur van de twv en gvva bij een volledige arbeidsmarkttoets is aangepast naar ten hoogste twee jaar. Ook artikel 9.1 Buwav en artikel 3.58 Vb zijn daarom aangepast. In paragraaf 10 Ruwav zijn de voorschriften opgenomen die verbonden kunnen zijn aan de twv of de gvva om inspanningen te verrichten gericht op het vervullen van de arbeidsplaats met prioriteitgenietend aanbod. Daarnaast staan er nadere regels over de verplichting van de werkgever om aan te tonen dat het bedrijf economische activiteiten gaat verrichten.

- In paragraaf 11a Ruwav is opgenomen dat het UWV bij een verlenging van een gecombineerde vergunning of een hernieuwde aanvraag tewerkstellingsvergunning beoordeelt of de werkgever het juiste loon tijdig en op de juiste wijze heeft uitbetaald.

6.2 Working Holiday Programme/Working Holiday Scheme uitgebreid

Per 1 april 2020 heeft Nederland ook met Japan, Taiwan en Uruguay afspraken gemaakt voor een *Working Holiday Programme* waarbij jongeren tussen de 18 en 30 jaar in aanmerking kunnen komen voor een verblijfsvergunning voor de duur van maximaal 1 jaar om kennis te maken met de Nederlandse cultuur en samenleving.³³ Voor jongeren uit Taiwan en Uruguay worden er per land maximaal 100 verblijfsvergunningen per jaar afgegeven. Voor Japan gaat het om een maximum van 200 verblijfsvergunningen per jaar. Voor Argentinië en Zuid-Korea geldt ook een quotum van 100 vergunningen per land, per jaar. Een soortgelijk programma is er voor jongeren uit Australië, Canada en Nieuw-Zeeland. Voor deze landen is geen quotum overeengekomen. Het hoofddoel van de verblijfsvergunning is culturele uitwisseling maar de vreemdeling mag ook incidentele arbeid verrichten. Dit betekent dat fulltime werken mag, maar niet het volledige jaar voor een en dezelfde werkgever. De vreemdeling mag niet al over een jaarcontract beschikken voordat hij of zij naar Nederland komt.

6.3 Vrijstelling examenonderdeel oriëntatie op Nederlandse arbeidsmarkt voor zelfstandigen.

Per 20 april 2019 waren werknemers onder voorwaarden al vrijgesteld van het examenonderdeel 'Oriëntatie op de Nederlandse arbeidsmarkt (ONA)'.³⁴ De vrijstelling geldt per 13 maart 2020 ook voor zelfstandig ondernemers.³⁵ Ten eerste is de groep die een verblijfsvergunning voor het doel 'arbeid als zelfstandige' heeft vrijgesteld. Zij hoeven geen bewijsstukken te overleggen bij hun verzoek om vrijstelling, omdat hun onderneming al is getoetst op actief ondernemerschap. Andere zelfstandig ondernemers die een beroep willen doen op de vrijstelling moeten met hun bedrijf al tenminste 6 maanden in de registers van de Kamer van Koophandel staan ingeschreven in de twaalf maanden voorafgaand aan het moment van de aanvraag van vrijstelling. Daarnaast moeten de inkomsten in de twaalf maanden direct voorafgaand aan het verzoek om vrijstelling minimaal gelijk zijn aan de in artikel 2.4a, eerste lid, onderdeel b, en tweede lid Besluit Inburgering bedoelde inkomenseis en er moet BTW- en belastingaangifte zijn gedaan in de twaalf maanden direct voorafgaand aan het verzoek om vrijstelling. De inkomensgrens ligt op grond van artikel 2.4a, eerste lid, onderdeel b, en tweede lid Besluit Inburgering per

1 januari 2022 op € 3095,63 winst uit onderneming. Dit betekent dat de inkomsten uit onderneming in de twaalf maanden direct voorafgaand aan het verzoek minimaal € 3095,63 moesten zijn.³⁶ De inkomensgrens beweegt mee met de indexering van het wettelijke minimumloon en de minimumvakantiebijslag.

6.4 Partners zelfstandigen vrij op arbeidsmarkt

Vanaf 1 januari 2020 zijn echtgenoten en (geregistreerd) partners van vreemdelingen die een verblijfsvergunning als 'zelfstandige' bezitten vrij op de arbeidsmarkt.³⁷ Deze versoepeling is bedoeld om Nederland aantrekkelijker te maken voor ondernemers van buiten de Europese Unie.

6.5 Verlenging geldigheid GVVA

Naar aanleiding van een uitspraak van de Afdeling van 12 november 2019³⁸, is de geldigheidsduur van de verlenging van een verblijfsvergunning regulier voor het verblijfsdoel 'arbeid in loondienst' in geval men vrij is op de arbeidsmarkt aangepast. De IND redeneerde voorheen dat de verblijfsvergunning kon worden afgegeven voor de duur van de arbeidsovereenkomst omdat er aan de voorwaarden voor de beperking moet worden voldaan. De Afdeling had in deze uitspraak geoordeeld dat de verlenging van de verblijfsvergunning voor de duur van één jaar niet strookt met de in artikel 3.58, eerste lid, aanhef en onder h, kolom III, derde streepje Vb vermelde geldigheidsduur van vijf jaar.

6.6 Afschaffing Aziatische horeca

Per 1 januari 2022 is het Convenant Aziatische horeca afgeschaft.³⁹ Aanleiding van de afschaffing zijn artikelen verschenen in de Trouw en de Groene Amsterdammer waarin misstanden naar voren zijn gekomen bij vreemdelingen die op basis van deze regeling in Nederland verblijven. Het gevolg van deze afschaffing is dat de Aziatische horecasector geen gebruik meer kan maken van de regeling, waarbij het mogelijk was om onder gunstige voorwaarden een verblijfs- en werkvergunning te verkrijgen voor specialiteitenkoks van buiten de EU, omdat er een zeer beperkte toetst was aan prioriteitgenietend aanbod. Per 1 januari 2022 kunnen werkgevers dus alleen op grond van de algemene regels in de Wav een tewerkstellingsvergunning krijgen voor Aziatische koks. De oude regeling blijft wel van toepassing op tewerkstellingsvergunningen of gecombineerde vergunningen die zijn verleend op grond van de vervallen paragraaf 19a van de Ruwav, aanvragen die zijn ontvangen voor 1 januari 2022, aanvragen voor een tewerkstellingsvergunning of gecombineerde vergunning voor dezelfde vreemdeling, voorafgaand aan het verlopen van een TWV of gecombineerde vergunning die was verleend met toepassing van paragraaf 19a.

6.7 Begrip incidentele arbeid verduidelijkt

Het Buwav is aangepast in verband met de voorwaarden voor vrijstelling bij incidentele arbeid. In hoofdstuk 4, van het Buwav is limitatief opgenomen welke vormen van incidentele arbeid zijn uitgezonderd van de verplichting om in het bezit te zijn van een tewerkstellingsvergunning dan wel gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid. Deze werkzaamheden dienen zelf een incidenteel karakter te hebben. Voor de

33 *Stcr.* 2020, nr. 15932.

34 *Stb.* 2019, 148. Zie ook de vorige Kroniek.

35 *Stb.* 2020, 330.

36 De wijze waarop het bedrag berekend moet worden staat in de Nota van toelichting, *Stb.* 2020, 330.

37 *Stb.* 2019, 486.

38 ABRv's 12 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3802.

39 *Stcr.* 2021, nr. 44414.

duur van de incidentele arbeid wordt aangesloten bij artikel 4.1 lid 1 Buwav. De uitzondering voor incidentele arbeid als bedoeld in het tweede lid is niet van toepassing op structurele arbeid dat achtereenvolgend door verschillende vreemdelingen wordt verricht. Dit is nu vastgelegd in onder meer artikel 4.1 lid 2 Buwav.⁴⁰

6.8 Floriade

Ten behoeve van vreemdelingen die arbeid verrichten direct verband houdende met de wereldtuinbouwtentoonstelling de Floriade kan een tewerkstellingsvergunning of een gecombineerde vergunning worden verleend zonder toets of er prioriteitgenietend aanbod op de arbeidsmarkt aanwezig is.⁴¹ De Floriade start op 14 april 2022 in Almere en duurt een half jaar.

6.9 Naam Inspectie SZW gewijzigd naar Nederlandse Arbeidsinspectie

De Inspectie SZW heet vanaf 1 januari 2022 'Nederlandse Arbeidsinspectie'. Dekomst van de Europese arbeidsautoriteit, European Labour Authority, en het feit dat de naam Arbeidsinspectie in de praktijk gebruikelijker en veelzeggender is, hebben geleid tot dit besluit.⁴²

7. Kennismigratie

7.1 Inspectie werkgevers erkend referenten

In de vorige kroniek werd al vermeld dat de Nederlandse Arbeidsinspectie als toezichthouder in het kader van het programma 'Misbruik van Regelingen', ook misbruik of oneigenlijk gebruik door werkgevers van de kennismigrantenregeling ging onderzoeken. Het doel was om de samenwerking tussen de Inspectie en de IND te intensiveren, het proces van informatie-uitwisseling te verbeteren en de risicoanalyse aan te scherpen.⁴³ Daarnaast is in 2017 het rapport *Tussen handhaven en dienstverlening* van de Inspectie Veiligheid en Justitie verschenen. In dit rapport is nagegaan uitgewerkt hoe het staat met de uitvoering van het toezicht door de IND op de werkgever als erkend referent.⁴⁴ Gebleken is dat tot 2016 de IND de waarschuwing en de bestuurlijke boete nauwelijks ingezet had als een werkgever een van de wettelijke verplichtingen die een erkend referent heeft op grond van de Vreemdelingenwet niet nakomt. Er werd vaak volstaan met een waarschuwing en geen bestuurlijke boete opgelegd terwijl er wel overtredingen werden geconstateerd. De conclusie van de Inspectie Veiligheid en Justitie was dan ook onverbiddelijk. Het toezicht van de IND op de werkgever als erkend referent was onvoldoende effectief. In de jaren die volgden is te zien dat de IND meer inspecties heeft uitgevoerd en extra is gaan inzetten op handhaving. In 2020 zijn er meer boetes opgelegd aan erkend referenten dan in 2019.⁴⁵ In totaal ging het in 2020 om ongeveer 100 boetes. De meeste boetes werden opgelegd vanwege schending van de informatieplicht. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als de werkgever niet tijdig aan de IND heeft doorgegeven dat de werknemer niet meer werkzaam is bij het bedrijf.

7.2 Pilot voor werknemers van start-ups

Per 1 juni 2021 is een vierjarig pilot gestart die het makkelijker moet maken voor beginnende innovatieve ondernemingen om vreemdelingen met een bijzondere expertise naar Nederland te halen.⁴⁶ Deze werknemers kunnen in aanmerking komen voor een verblijfsvergunning voor essentieel startup personeel. Het moet gaan om een startend innovatief bedrijf met schaalbare bedrijfsactiviteiten. Om te checken of dit het geval is, legt de Immigratie- en Naturalisatiedienst de aanvraag ter advisering voor aan de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland. Daarnaast is een van de voorwaarden dat de medewerker minimaal het verlaagde salariscriterium voor kennismigranten verdient en dat de werknemer een medewerkersparticipatie ontvangt van minimaal 1% in de startup. In totaal mag het bedrijf maximaal 15 werknemers in dienst hebben waarvan maximaal vijf buitenlandse werknemers die gebruik maken van de verblijfsvergunning essentieel startup personeel.

7.3 Verruiming toepassing verlaagd salariscriterium kennismigranten (na afstuderen)

De voorwaarden voor de toepassing van het verlaagde salariscriterium voor kennismigranten is begin juli 2020 verruimd. Voorheen moest een houder van een verblijfsvergunning zoekjaar hoogopgeleiden binnen het zoekjaar een baan vinden als kennismigrant om in aanmerking te komen voor een verblijfsvergunning als kennismigrant onder het verlaagde salariscriterium. Of als de werknemer geen verblijfsvergunning zoekjaar hoogopgeleiden had gehad, kwam de kennismigrant nog binnen drie jaar na afstuderen in aanmerking voor het verlaagde salariscriterium. Nu geldt het verlaagde salariscriterium ook voor de kennismigrant die een zoekjaar hoogopgeleiden heeft gehad en niet binnen het zoekjaar een baan als kennismigrant heeft gevonden maar uiteindelijk wel binnen drie jaar na afstuderen een baan als kennismigrant vindt. De coronacrisis is de aanleiding geweest voor deze versoepeling maar deze nieuwe voorwaarden blijven gelden. Het moet hierdoor makkelijker worden voor starters (eventueel vanuit het buitenland) om een baan als kennismigrant te vinden. Bij besluit van 28 september 2020 is de Vreemdelingencirculaire gewijzigd en is bij paragraaf B6/2.3 een alinea toegevoegd over het verlaagde looncriterium.⁴⁷

7.4 Overplaatsing ICT-Richtlijn aanscherping voorwaarden voor niet-erkend referent

Vanaf 1 oktober 2021 zijn de voorwaarden voor een verblijfsvergunning voor een intra-corporate transfereer voor niet-erkend referenten gewijzigd. Dit moet er voor zorgen dat de IND beter kan beoordelen of er aan de voorwaarden voor het verblijfsdoel is voldaan en of er bij de Nederlandse vestiging economische activiteiten plaatsvinden.

Voor niet-erkend referenten gelden nu de volgende aanvullende voorwaarden:

- Een bewijs van inschrijving bij de Kamer van Koophandel;
- Een bewijs van een eigen adres zoals een huurcontract of koopakte waar al economische activiteiten verricht worden;
- Een verklaring betalingsgedrag van de Belastingdienst waaruit blijkt dat loonheffingen en omzetbelastingen zijn afgedragen;
- Een geanonimiseerde verzamelloonstaat waaruit blijkt dat ten minste één fte al werkzaam is in de vestiging

40 Besluit van 14 juli 2020, *Stb.* 2020, 270.

41 Art. 8.3.b.15 RuWav en art. 8, eerste lid, onderdelen a, b, c en d Wav.

42 Zie: <https://bit.ly/3uGxYxY>.

43 Werken met Kennismigranten 2017, Projectnummer W646, Inspectie SZW 2018.

44 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Tussen handhaven en dienstverlening. Over het toezicht van de IND op de werkgever als erkend referent*, 2017.

45 Website IND, 'Meer boetes opgelegd aan referenten', 10 mei 2021.

46 *Stb.* 2021, 239.

47 *Stcrt.* 2020, 48461.

in Nederland voor de komst van de intra-corporate transferees.⁴⁸

7.5 Aanscherping voorwaarden zoekjaar.

Vanwege oneigenlijk gebruik van het zoekjaar – in een tiental gevallen werd na aankomst in Nederland direct asiel aangevraagd – zijn de voorwaarden aangescherpt.⁴⁹ Om voorheen als buitenlandse student in aanmerking te komen voor het zoekjaar hoogopgeleiden moest de universiteit waar het masterdiploma was behaald op een van de ranglijsten per faculteit of vakgebied voorkomen. Het gaat om Times Higher Education World University Rankings, QS World University Rankings, Academic Ranking of World Universities. In plaats van op één van deze lijsten te staan, moet de buitenlandse onderwijsinstelling waar de betrokkene is afgestudeerd voortaan in ten minste twee van de bovengenoemde ranglijsten zijn opgenomen. Deze wijziging is ingegaan op 31 mei 2021.⁵⁰

7.6 Europese blauwe kaart salaris per maand

Voor kennismigranten bestond de eis al dat een kennismigrant zijn salaris moet ontvangen in de maand dat hij heeft gewerkt en dat dit salaris giraal moet worden ontvangen op een bankrekening op zijn naam. Deze eis gold niet voor de Europese blauwe kaart houder. In een uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State was geoordeeld dat geen boete kon worden opgelegd aan een werkgever van een Europese blauwe kaarthouder, omdat voor hen de eis dat het salaris maandelijks en giraal moet worden betaald niet geldt.⁵¹ Naar aanleiding van die uitspraak geldt per 1 september 2020 de eis dat ook Europese Blauwe Kaarthouders moeten worden betaald in de maand dat is gewerkt en dat het salaris giraal op een bankrekening in naam van de vreemdeling moet worden overgemaakt.⁵²

7.7 Corona

De Nederlandse overheid heeft ten aanzien van kennismigranten een aantal versoepelde maatregelen genomen, zodat de verblijfsvergunning bij minder inkomen niet in gevaar komt. Zo heeft de staatssecretaris bevestigd dat vreemdelingen met een verblijfsvergunning regulier voor ‘arbeid als zelfstandige’ een beroep op het Besluit bijstandverlening zelfstandigen (BBZ) mogen doen zonder dat dit gevolgen heeft voor het verblijfsrecht van de zelfstandige. Verder heeft de IND bevestigd dat de kennismigrantenvergunning niet wordt ingetrokken als het salaris van de kennismigrant onder het normbedrag komt als de werkgever gebruik heeft gemaakt van de tijdelijke regeling Werktijdverkorting (wtv).⁵³ In de praktijk merken wij dat de IND de verlengingsaanvraag van een zelfstandige niet specifiek afwijst op grond van een beroep op de Tozo, maar dat er wel naar verwezen wordt indien het maandinkomen onder de salarisnorm was. Het zou dan volgens de IND in sommige gevallen de conclusie rechtvaardigen dat niet is voldaan aan het middelenvereiste omdat de bijstandsuitkering dermate substantieel zou zijn ten opzichte van de toepasselijke norm.

48 Vreemdelingencirculaire B.6 onder 4.7.

49 Brief Aanpassing top-200-regeling Zoekjaar hoogopgeleiden, 17 mei 2021, Ministerie van Justitie en Veiligheid, staatssecretaris A. Broekers-Knol.

50 Artikel 3.23 Voorschrift Vreemdelingen en Paragraaf B6/2.2 van de Vreemdelingencirculaire is aangepast.

51 ABRvS, 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4298, JV 2020/27.

52 Stb. 2020, nr.270.

53 Zie: www.ind.nl/Paginas/Coronavirus.aspx.

8. Jurisprudentie

8.1 Uitspraak Afdeling over Europese blauwe kaart en reële en daadwerkelijke arbeid

Uitspraken over de toepassing van de Europese blauwe kaart zijn er niet veel. Alleen daarom al reden om aandacht te besteden aan deze uitspraak,⁵⁴ maar ook inhoudelijk is de uitspraak interessant. De Europese blauwe kaart kan vaak een goede uitweg zijn als het bedrijf niet erkend is als referent, maar in deze casus bleek de omstandigheid dat de erkenning was ingetrokken juist funest voor de aanvraag voor een Europese blauwe kaart. De aanvraag tot wijziging van de vergunning van de werkneemster voor het verrichten van ‘arbeid als kennismigrant’ naar een Europese blauwe kaart, was afgewezen, omdat niet was aangetoond dat zij reële en daadwerkelijke arbeid zou gaan verrichten en daarmee was er geen sprake van een hooggekwalificeerde baan in de zin van richtlijn 2009/50/EG. De rechtbank had dit standpunt niet gevolgd, had zelf in de zaak voorzien en de staatssecretaris opgedragen de Europese blauwe kaart te verlenen.

De Afdeling oordeelde daarentegen ook dat er geen sprake was van reële en daadwerkelijke arbeid en achtte daarvoor relevant dat de erkenning van het bedrijf was ingetrokken na een negatief advies over de solvabiliteit en continuïteit van het bedrijf. Uit dit advies bleek dat het bedrijf geen activiteiten verrichtte en puur of uitsluitend om fiscale redenen in Nederland aanwezig was. Het bedrijf had tegen die intrekking geen rechtsmiddelen ingesteld, waardoor het nu in de procedure voor het verkrijgen van de Europese blauwe kaart tegen de conclusies uit dit advies aan liep. Met verweerder vond de Afdeling de overgelegde documenten te summier waaruit zou blijken dat er wel reële en daadwerkelijke arbeid werd verricht.

8.2 Uitspraak boete Vreemdelingenwet in samenhang met boete Wav

Op 1 september 2021 is een interessante uitspraak gedaan door de Afdeling over een boete die was opgelegd als gevolg van het pilotproject ‘Erkende referenten’.⁵⁵ Dit project houdt in dat de Inspectie SZW, thans Arbeidsinspectie, samen met de IND onderzoek doet naar de gehele bedrijfsvoering van werkgevers van kennismigranten. In de uitspraak ging het om twee kennismigranten, waarvan één in de periode april 2017 tot en met april 2018 niet voldeed aan het maandloon dat hij volgens de kennismigrantenregeling, neergelegd in artikel 1d, eerste lid, van het Buwav (nu artikel 2.1.Buwav, ten minste moest ontvangen. Een andere kennismigrant was te laat uitbetaald. De Minister van SZW had een boete opgelegd van € 8.000 voor de overtredingen. Appellante had aangevoerd dat het ne bis in idem beginsel was geschonden, omdat er na oplegging van de Wav-boete ook nog een bestuurlijke boete was opgelegd door de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid voor het niet (tijdig) melden dat niet (meer) aan het salaris criterium werd voldaan, zodat de informatieplicht (artikel 4.23, eerste lid, van het Voorschrift Vreemdelingen) was geschonden. De Afdeling volgt dit standpunt niet, omdat geen sprake is van ‘hetzelfde feit’ en verwijst daarbij naar overweging 2.9.1. van het arrest van de Hoge Raad van 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102. De boete die de minister op grond van de Wav had opgelegd houdt geen verband met verblijfsrechtelijke aspecten, maar gaat over de illegale tewerkstelling wegens het niet maandelijks uitbetalen van het salaris, aldus de Afdeling.

54 ABRvS 30 juli 2021, ECLI:NL:1711, JV 2021/180.

55 ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1958.

Omdat het gaat om overtreding van twee verschillende bepalingen met een verschillende strekking mochten beide boetes worden opgelegd en is er geen strijd met het ne bis in idem beginsel. Dat er twee boetes zijn opgelegd geeft de Afdeling evenmin aanleiding de boete matigen. Daarvoor acht de Afdeling wel van belang dat de boete op grond van de Vreemdelingenwet 2000 is opgelegd nadat de minister appellante de boete had opgelegd op grond van de Wav. De Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid moet bij het opleggen van de boete wel nagaan of hij rekening moet houden met de eerder opgelegde boete op grond van de Wav. De Afdeling ziet in deze zaak geen aanleiding om de boete om andere redenen te matigen. Opvallend is dat de Afdeling waarde hecht aan de omstandigheid dat appellante niet heeft kunnen concretiseren waarom zij niet aan het maandlooncriterium heeft voldaan.⁵⁶

8.3 Uitspraken boete Wav

In een uitspraak van 12 mei 2021 wordt door de Afdeling nog eens duidelijk uiteengezet dat uit artikel 6 van het EVRM volgt dat het aan de staatssecretaris is om te bewijzen dat in een concreet geval er sprake is van een overtreding en dat in geval van twijfel het bestuursorgaan aan de betrokkene het voordeel van de twijfel moet worden gegund.⁵⁷ Het ging in deze zaak om een boete van € 48.000 opgelegd aan een keten van werkgevers voor overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav. Aan de boete was ten grondslag gelegd dat tien vreemdelingen van Macedonische nationaliteit werkzaamheden hadden verricht als (constructie)bankwerker, terwijl het UWV voor deze vreemdelingen een tewerkstellingsvergunning had afgegeven voor werkzaamheden als lasser. De rechtbank had geconcludeerd dat de boetes terecht waren opgelegd, omdat de vreemdelingen structureel werkzaamheden hadden verricht buiten de grenzen van de verleende twv's.

De Afdeling oordeelt echter dat er grond voor twijfel bestaat aan de juistheid van een aantal verklaringen die de staatssecretaris aan de boeteoplegging ten grondslag heeft gelegd. Ten eerste, beheersten de tolken de Macedonische taal onvoldoende, zodat de nuance tussen de termen 'lasser' en 'constructiebankwerker' verloren was gegaan. Daarbij waren een aantal verklaringen aantoonbaar onjuist gebleken. Zo hadden de vreemdelingen verklaard dat zij niet over laspassen beschikten, terwijl alle vreemdelingen in het bezit waren van de benodigde lascertificaten. Bovendien was door de staatssecretaris niet betwist dat de functie van lasser en constructiebankwerker en de daarbij behorende werkzaamheden overlappen, zodat onduidelijk bleef of de vreemdelingen andere werkzaamheden dan op grond van de TWV's waren toegestaan, hebben verricht. Tot slot, werd de twijfel ook versterkt doordat appellanten documenten hadden overgelegd die een aanwijzing vormden dat zij wel als lasser werkzaam zijn geweest, zoals de arbeidsovereenkomst en de

salarisstrook waarop de functienaam lasser stond vermeld. Voor de Afdeling is het dan ook niet duidelijk of de vreemdelingen laswerkzaamheden of werkzaamheden als constructiebankwerker hebben verricht en dus of zij werkzaamheden hebben verricht buiten de grenzen van de verleende twv's, zodat de staatssecretaris niet in zijn bewijslast was geslaagd en de boetes niet hadden mogen worden opgelegd.

In een uitspraak van Rechtbank Den Haag ging het om een opgelegde boete van maar liefst € 992.000 op grond van de Wav, omdat eiseres, een Amerikaanse cruisevaartmaatschappij, 124 vreemdelingen werkzaamheden heeft laten verrichten op een cruiseschip dat in een droogdok lag te Rotterdam zonder te beschikken over tewerkstellingsvergunningen.⁵⁸ Binnen het passagiersgebied werden werkzaamheden verricht door zogenaemde 'riding teams': onderhoudsploegen die zich bezighouden met het herstellen en onderhouden van schepen van eiseres. De onderhoudsploegen zijn in loondienst van eiseres en de ploegen zijn in het bezit van de benodigde documenten om als zeeman werkzaamheden uit te voeren aan boord van schepen van eiseres. Ze worden voor de onderhoudswerkzaamheden als zeeman aangemonsterd op het betreffende schip. Eiseres voert in de procedure onder meer aan dat de werkzaamheden vallen onder twee uitzonderingsbepalingen van het verbod op illegale tewerkstelling die zijn opgenomen in het Buwav, namelijk artikel 1, eerste lid, aanhef en onder b dan wel c van de Buwav (nu: artikel 4.5. Buwav). De eerste uitzonderingsbepaling ziet op werkzaamheden die worden verricht op vervoersmiddelen in het internationaal verkeer. De voorwaarde daarbij is dat de vreemdelingen buiten Nederland wonen, er geen arbeidsovereenkomst is met een Nederlandse werkgever en dat het vervoermiddel is geregistreerd buiten Nederland. De andere bepaling is de bepaling omtrent 'Scheplingsdienst': wanneer een werknemer zijn hoofdverblijf buiten Nederland heeft, en als bemanningslid werkzaamheden verricht aan boord van een zeeschip. Verweerder stelt zich op het standpunt dat een zeeschip geen 'vervoermiddel is in het internationale verkeer' zoals bedoeld in de eerste uitzonderingsbepaling, omdat de tweede uitzonderingsbepaling, de regeling van Scheplingsdienst al van toepassing is op is zeeschepen. Ten tweede is verweerder van mening dat geen sprake is van een vervoermiddel in het internationale verkeer wanneer een zeeschip in een droogdok ligt. Met verwijzing naar het lex certa beginsel, oordeelt de rechtbank dat uit de tekst van de wet en het besluit, in de toelichting en in de totstandkomingsgeschiedenis onvoldoende aanknopingspunten te vinden zijn voor het standpunt dat de eerste uitzonderingsbepaling niet van toepassing zou zijn op zeeschepen. Ook oordeelt de rechtbank dat de omstandigheid dat het cruiseschip in een droogdok lag, niet betekent dat daarmee geen sprake meer is van een vervoermiddel in het internationale verkeer. De boete gaat volledig van tafel. Er is geen hoger beroep tegen ingesteld. ◀

56 Vergelijk de uitspraak van dezelfde datum waarbij het loon eenmalig op uitdrukkelijk verzoek van de kennismigrant later is uitbetaald. In die uitspraak is de boete wel gematigd met 75 %, zie ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1957.

57 ABRvS 12 mei 2021, ECLI:NL:RVS:1000.

58 Rb Den Haag 19 maart 2020 (ml), ECLI:NL:RBDHA:2020:2537, m.nt. P.J. Krop.