

Tilburg University

Over het geven van onderwijs en het verrichten van onderzoek door vreemdelingen van Rijs, André; van Drongelen, Harry

Published in:
Over de Grens

Publication date:
2020

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Rijs, A., & van Drongelen, H. (2020). Over het geven van onderwijs en het verrichten van onderzoek door vreemdelingen. *Over de Grens*, 2020(8), 10-12. Article 2020-102.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

OVER DE GRENS

Vakblad over grensoverschrijdend werken en wonen



Dit artikel wordt u aangeboden door Over de Grens

Over de Grens is hét vakblad voor iedereen die op professioneel vlak te maken heeft met grensoverschrijdend ondernemen, werken en wonen. Met Over de Grens blijft u op de hoogte van ontwikkelingen en achtergronden op het gebied van sociale zekerheid, freelance werk, fiscaliteit, pensioen, arbeidsrecht en vermogen. Internationale aspecten worden vanuit meerdere invalshoeken en met een praktijkgerichte insteek behandeld.

Dit kunt u verwachten van Over de Grens:

- 10 keer per jaar het vakblad - digitaal en/of op papier
- maandelijkse nieuwsbrief met actuele ontwikkelingen
- toegang tot online database
- laatste vier vakbladen offline beschikbaar op tablet.

Kijk voor meer informatie of een (proef)abonnement op <https://www.futd.nl/vakblad/over-de-grens/abonneren/>

© 2020 Rendement Uitgeverij. Alle rechten voorbehouden.

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Harry van Drongelen¹ en André van Rijs²

Over het geven van onderwijs en het verrichten van onderzoek door vreemdelingen

2020-0102

Artikel 2 lid 1 Wet arbeid vreemdelingen³ (Wav) geeft aan dat het de werkgever is verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder een tewerkstellingsvergunning of zonder dat een vreemdeling in het bezit is van een gecombineerde vergunning van verblijf en arbeid voor werkzaamheden bij die werkgever. De betekenis van de begrippen 'werkgever' en 'vreemdeling' is nader aangegeven. Artikel 1 onderdeel b onder 1^o Wav bepaalt dat een werkgever degene is die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten, waarna onderdeel c van het artikel voor de betekenis van het begrip 'vreemdeling' verwijst naar de Vreemdelingenwet 2000⁴ (Vw). Artikel 1 Vw omschrijft de vreemdeling als een ieder die de Nederlandse nationaliteit niet bezit en niet op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander moet worden behandeld. In artikel 3 lid 1 is een aantal uitzonderingen gegeven op het in lid 1 van artikel 2 Wav neergelegde verbod. Een van die uitzonderingen is de mogelijkheid om in het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen⁵ (BuWav) een vreemdeling aan te wijzen die tot een aangewezen categorie behoort en die een aangewezen categorie van werkzaamheden verricht. Daarvan is gebruik gemaakt voor het *geven van onderwijs* en het *doen van onderzoek*.

Het wettelijk kader

In artikel 1 aanhef lid 1 onderdeel l BuWav is geregeld dat geen tewerkstellingsvergunning of gecombineerde vergunning van verblijf en arbeid nodig is als het gaat om een vreemdeling 'die onderwijs geeft of onderzoek verricht aan 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'.

Aanvankelijk was er in artikel 1 aanhef lid 1 onderdeel l BuWav sprake van een gastdocentschap aan een universiteit, hoge school of een instelling voor hoger internationaal onderwijs of aan een onderzoeksinstelling en gold de uitzondering voor een tijdvak van maximaal één jaar.⁶ De wetgever verwijst in het kader van deze uitzondering naar de ontwikkeling van Nederland als kennis-economie waarvoor internationale mobiliteit van wetenschappelijke onderzoekers van essentieel belang is.⁷ De duurbegrenzing is opgenomen om aan te geven dat het gaat om een gastdocentschap en niet om een reguliere arbeidsplaats. In de praktijk blijkt dat universiteiten steeds meer de behoefte hebben aan langduriger dienstverbanden met buitenlandse wetenschappers, ook in deeltijd. De wetgever geeft in september 2013 aan dat het

wetenschappelijk onderzoek en onderwijs inmiddels verder is geïnternationaliseerd⁸. De duurbegrenzing van een jaar vormt dan ook in toenemende mate een beletsel om wetenschappelijk personeel aan te trekken en is dan ook verlengd naar een tijdvak van maximaal van drie jaar. Dit tijdvak komt vervolgens weer te vervallen in september 2016⁹, waardoor de uitzondering niet voor onbepaalde tijd geldt. De wetgever geeft aan dat hiermee de ambitie wordt ondersteund om tot de top op het terrein van onderwijs en wetenschap te behoren.¹⁰ En dan te bedenken dat in het BuWav uit 1995 in artikel 4 aanhef onderdeel c was geregeld dat voor een tijdvak van 26 weken na het in werking treden van het besluit de vergunningsplicht niet gold voor de vreemdeling die 'optreedt als gastdocent aan een Nederlandse instelling voor wetenschappelijk onderwijs'. Dit overgangsrecht is volgens de wetgever bedoeld om de werkgever in de gelegenheid te stellen om voor zover noodzakelijk een tewerkstellingsvergunning aan te vragen, daar die vreemdelingen waren uitgezonderd van de voorloopster van de Wav.¹¹

Over onderwijs geven en onderzoek doen

Essentieel voor het kunnen toepassen van deze uitzondering is dat de vreemdeling 'onderwijs

geeft of onderzoek verricht aan 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'. Dat maakt allereerst dat het gelieerd zijn als de instelling aan een universiteit, hogeschool of instelling voor hoger internationaal onderwijs door de werkgever moet worden aangetoond. Dat geldt ook voor het aantonen dat de instelling werkzaam is op het terrein van een universiteit, hogeschool of instelling voor hoger internationaal onderwijs. Dat maakt dat als het onderwijs wordt gegeven of het onderzoek wordt verricht op een andere locatie dan op het terrein van een universiteit, hogeschool of instelling voor hoger internationaal onderwijs, de werkgever ervoor moet zorgen dat die locatie als zodanig wordt aangewezen.

Om van de uitzondering gebruik te kunnen maken moet de vreemdeling dus onderwijs geven of onderzoek verrichten. Maar wat behelst dit dan? De wetgever geeft aan dat het gewenst is om de groep docenten en onderzoekers strikt af te bakenen. Bij deze afbakening is aansluiting gezocht bij de functieprofielen die door de universiteiten en het hoger beroepsonderwijs worden gehanteerd.¹² Onderzoeker of docent is degene wiens functie wordt gerangschikt onder de functiefamilie 'Onderwijs en onderzoek' van het Universitair Functie-ordeningssysteem. Als een instelling dit functieordeningssysteem niet hanteert, wordt aan de hand van een conversietabel die met de Vereniging van Universiteiten en de betrokken instelling is opgesteld, beoordeeld of de vreemdeling als onderzoeker of docent kan worden aangemerkt. De wetgever geeft daarbij aan dat ook als onderzoeker of docent wordt beschouwd degene wiens functie wordt gerangschikt onder de categorie 'primair proces' van de Functie-matrix Conversiebestand Hoger Beroepsonderwijs die in Collectieve arbeidsovereenkomst voor het hoger beroepsonderwijs is opgenomen en wiens functie is gewaardeerd op schaalniveau 10 of hoger.¹³ Daarbij past de kanttekening dat een docent die schaal 10 of hoger wel haalt, maar dat dit geldt niet voor een assistent of instructeur die bij een onderzoek of het onderwijs is betrekken.

Essentiëler is de opmerking dat de wetgever deze *afbakening* niet in de wettelijke regeling, maar in de nota van toelichting heeft opgenomen en dat betekent dat deze afbakening dus *geen algemeen*

verbindend voorschrift is. Dat het loonniveau niet in de wettelijke regeling zelf is opgenomen is opmerkelijk, omdat dit namelijk voor de zogenoemde kennismigranten¹⁴ in artikel 1d lid 1 onderdeel a aanhef onder 1° BuWav wel uitdrukkelijk is gebeurd. Er is dan ook alles voor te zeggen om het loonniveau voor de onderzoeker of docent waarvan in artikel 1 aanhef lid 1 onderdeel l BuWav sprake is, expliciet in de BuWav zelf te regelen.

De consequentie van het achterwege laten van de regeling van het loonniveau in de BuWav zelf maakt naar onze mening dat de wettelijke regeling niet duidelijk is. Op het moment dat de toezichthouder van mening is dat niet is voldaan aan de vergunningsplicht van artikel 2 lid 1 Wav, dus dat de uitzondering niet geldt, kan een bestuurlijke boete worden opgelegd (zie de artikelen 18 j° 19d Wav). Artikel 5:4 lid 1 Algemene wet bestuursrecht¹⁵ (Awb) geeft aan dat de *bevoegdheid* tot het opleggen van een *bestuurlijke sanctie* moet zijn gebaseerd op een (formeel) wettelijk voorschrift of de daarop gebaseerde voorschriften, of wel 'bij of krachtens de wet'. Het enige verweer dat de werkgever in kwestie dan zou kunnen opvoeren is het zogenoemde *legaliteitsbeginsel* of wetmatigheidsbeginsel dat in lid 2 van artikel 5:4 Algemene wet bestuursrecht (Awb) is vormgegeven. Dat voegt daaraan toe dat een bestuurlijke sanctie ook alleen wordt opgelegd als de overtreding en de daarop gestelde sanctie op grond van een aan die gedraging *voorafgaand wettelijk voorschrift* of de daarop gebaseerde voorschriften zijn omschreven. De wetgever geeft aan dat in het in artikel 5:4 Awb gaat om een aantal aspecten van het legaliteitsbeginsel, namelijk *duidelijkheid, voorzienbaarheid en kenbaarheid* van de bestuursrechtelijke handhaving en sanctionering¹⁶, ook wel het 'lex certa'-beginsel¹⁷ genoemd. Of een beroep hierop succesvol is, is aan de bestuursrechter.

Noten:

1. Mr. dr. J. van Drongelen is (emer.) universitair hoofdocent bij de vakgroep sociaal recht en sociale politiek van de Universiteit van Tilburg en (gepens.) senior wetgevingsjurist bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
2. Mr. A.D.M. van Rijs is docent bij de vakgroep sociaal recht en sociale politiek van de Universiteit van Tilburg.
3. Zie wet van 21 december 1994 tot vaststelling van de Wet arbeid vreemdelingen, Stb. 1994, 959.
4. Zie wet van 23 november 2000 tot algehele herziening van de Vreemdelingenwet, Stb. 2000, 495.
5. Zie besluit van 23 augustus 1995 ter uitvoering van de Wet arbeid vreemdelingen, Stb. 1995, 406.
6. Zie besluit van 22 april 2004 tot wijziging van het Besluit tot uitvoering van de Wet arbeid vreemdelingen in verband met de verdere

- ontwikkeling van de Nederlandse kenniseconomie en de verbetering van de arbeidsmarktpositie van legaal in Nederland verblijvende vreemdelingen, Stb. 2004, 183.
7. Zie nota van toelichting, Stb. 2004, 183, p. 5.
 8. Zie nota van toelichting, Stb. 2013, 360, p. 9 [besluit van 20 september 2013].
 9. Zie besluit van 28 september 2016, houdende wijziging van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen en het Vreemdelingenbesluit 2000 in verband met het vervallen van de vergunningsplicht bij terbeschikkingstelling van vreemdelingen afkomstig uit derde landen bij tijdelijke arbeid in Nederland, de uitbreiding vrijstelling tewerkstellingsvergunning voor buitenlandse studenten bij een niet-verplichte stage, de uitbreiding van de vrijstelling tewerkstellingsvergunningsplicht voor studenten die een opleiding volgen aan een Academie van Bouwkunst en het vervallen van de maximumtermijn voor de uitzondering op de tewerkstellingsvergunningsplicht voor docenten en onderzoekers aan instellingen van hoger onderwijs, Stb. 2016, 347.
 10. Zie nota van toelichting, Stb. 2016, 347, p. 4 en 9.
 11. Zie nota van toelichting, Stb. 1995, 406, p. 7.
 12. Zie nota van toelichting, Stb. 2013, 360, p. 9-10.
 13. Zie Collectieve arbeidsovereenkomst voor het hoger beroepsonderwijs, Bijlage IX. De cao heeft van een looptijd van 1 april 2018 tot en met 31 maart 2020.
 14. Zie J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs, 'Arbeid door vreemdelingen: de kennismigrant en het loonbegrip', Over de Grens 2017-4, p. 13-15; J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs, 'Over de tewerkstellingsvergunning, de kennismigrant en het loonnormbedrag [ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3472]', PS Documenta 2017-7, p. 454-457.
 15. Zie wet van 4 juni 1992, houdende algemene regels van bestuursrecht, Stb. 1992, 315.
 16. Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 86.
 17. Zie J.S. Nan, 'Het lex certa-beginsel', 's-Gravenhage: Sdu 2011; J.S. Nan, 'Het lex certa-beginsel', Trema 2012-1, p. 27-28; J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs, 'Het 'lex certa'-beginsel en de grensoverschrijdende dienstverlening in het kader van de Wet arbeid vreemdelingen', Over de Grens 2019-7, p. 7-12.