

Tilburg University

## Arbeid door vreemdelingen en een nieuwe pilot, nu voor startende innovatieve ondernemingen

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). Arbeid door vreemdelingen en een nieuwe pilot, nu voor startende innovatieve ondernemingen. *Over de Grens*, 2020(7), 17-19. [2020-0089].

### 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 Drongelen<sup>1</sup> en André van Rijs<sup>2</sup>

# Arbeid door vreemdelingen en een nieuwe pilot, nu voor startende innovatieve ondernemingen

2020-0089

Artikel 2 lid 1 Wet arbeid vreemdelingen<sup>3</sup> (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° 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 2000<sup>4</sup> (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 vreemdelingen<sup>5</sup> (BuWav) een vreemdeling aan te wijzen die tot een aangewezen categorie behoort en die een aangewezen categorie van werkzaamheden verricht.

## Internetconsultatie voor een nieuwe pilot

Op 14 juli jl is ter consultatie op internet een wijziging van de BuWav bekendgemaakt met als einddatum 11 augustus 2020 voor een uitzondering van het moeten hebben van een tewerkstellingsvergunning. Deze uitzondering introduceert een pilot<sup>6</sup> die startende, innovatieve bedrijven met schaalbare bedrijfsactiviteiten, de zogenoemde 'startups' beter in staat stelt om essentieel personeel voor hun bedrijf aan te trekken. Dat het om een pilot gaat, blijkt uit het feit dat de wijzigingen van het BuWav tijdelijk zijn. De wijzigingen vervallen namelijk drie jaar na hun inwerkingtreding, wat neerkomt op 1 januari 2024 (zie het voorgestelde artikel IV). Er is in de nota van toelichting een tussentijdse evaluatie toegezegd en dat maakt dat de wijzigingen later vervallen, maar dat moet dan wel uitdrukkelijk worden geregeld.

## Het toepassingsbereik van de uitzondering - een startende en innovatieve onderneming met schaalbare bedrijfsactiviteiten

Er wordt voorgesteld in het BuWav een nieuw artikel 1r op te nemen. De aanhef van dit artikel geeft aan wat het toepassingsbereik is van de uitzondering op de vergunningsplicht van artikel 2 lid 1 Wav. De vergunningsplicht geldt op grond van het voorgestelde artikel 1r lid 1 BuWav

namelijk niet voor een vreemdeling die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden verricht voor een onderneming die naar het oordeel van de Minister van Justitie en Veiligheid (JenV) startend en innovatief is met *schaalbare bedrijfsactiviteiten*. Maar wat precies met 'schaalbare bedrijfsactiviteiten' wordt bedoeld, is niet duidelijk aangegeven. Aan deze uitzondering is een aantal voorwaarden verbonden. In de nota van toelichting is aangegeven dat de eerste voorwaarde is dat er sprake moet zijn van een startende en innovatieve onderneming met schaalbare bedrijfsactiviteiten. Hiervoor wordt vooraf door de Minister van JenV beoordeeld of er sprake is van een startende onderneming als er op het moment van toetsing sprake is van een onderneming met niet meer dan vijftien werknemers, zoals in lid 2 van het voorgestelde artikel is vastgelegd. Als er meer dan vijftien werknemers werkzaam zijn, komt (personeel van) de onderneming niet in aanmerking voor deze verblijfsregeling. Dat hier sprake is van een voorwaarde moet berusten op een *misverstand*; het is namelijk geen voorwaarde, maar een aanduiding van het toepassingsbereik van de uitzondering. Opmerkelijk is dat in het voorgestelde lid 4 van artikel 1r BuWav eerst wordt aangegeven dat het artikel van toepassing is op ten hoogste vijf vreemdelingen die werkzaam-

heden verrichten voor de hier bedoelde onderneming. In de nota van toelichting is dat iets zuiverder geformuleerd; ten hoogste vijf vreemdelingen kunnen per startende innovatieve onderneming gebruik kunnen maken van de uitzondering. Volgens de nota van toelichting wordt dit getoetst door de IND.

In lid 2 van het voorgestelde artikel 1r BuWav wordt allereerst aangekondigd dat voor de beoordeling of er sprake is van een onderneming als bedoeld in het voorgestelde artikel 1r lid 1 BuWav in een ministeriële regeling - in overeenstemming met de Minister van Economische Zaken en Klimaat - een toetsingskader wordt vastgesteld. In de nota van toelichting is aangegeven dat de Rijksdienst voor Ondernemend NL (RVO) hierin adviseert.<sup>7</sup> Vervolgens is in lid 2 van het voorgestelde artikel 1r BuWav aangegeven dat er is in ieder geval geen sprake is van een startende en innovatieve onderneming met schaalbare bedrijfsactiviteiten als de onderneming op het moment van de beoordeling arbeid laat verrichten door meer dan vijftien werknemers bedoeld in artikel 7:400 Burgerlijk Wetboek (BW). Hier is een *slordigheidje* ingeslopen. In lid 1 van het voorgestelde artikel 1r BuWav wordt gesproken van 'werknemers als bedoeld in artikel 7:400 Burgerlijk Wetboek'. De status van het zijn van een werknemer is echter voorbehouden aan degene die op basis van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW arbeid verricht; artikel 7:400 BW heeft betrekking op de overeenkomst van opdracht en dat maakt dat er geen sprake is van een 'werknemer' maar van een 'opdrachtnemer', een *zelfstandige* dus. Tot slot geeft lid 2 van het voorgestelde artikel 1r BuWav aan dat de beoordeling een geldigheidsduur heeft van drie jaar. De nota van toelichting maakt duidelijk dat dit betekent dat, als de onderneming als startend en innovatief met schaalbare bedrijfsactiviteiten is aangemerkt, dit gedurende drie jaar vanaf het moment van die beoordeling bij een volgende aanvraag niet opnieuw wordt getoetst.

#### **Voorwaarde 1: het overeengekomen vaste, naar tijdruimte en in geld vastgestelde loon**

In het voorgestelde artikel 1r BuWav is een aantal voorwaarden opgenomen. In dit geval zijn de voorwaarden direct gekoppeld aan de in de aanhef van het voorgestelde artikel 1r BuWav aangegeven reikwijdte van de uitzondering door het woordje 'en' waardoor er sprake is van beperkingen, daar een beperking altijd

betrekking heeft op de reikwijdte van de uitzondering, in dit geval in de vorm van een vrijstelling. De eerste voorwaarde is opgenomen in het voorgestelde onderdeel a van artikel 1r lid 1 aanhef BuWav en gaat over 'het overeengekomen vaste, naar tijdruimte en in geld vastgestelde loon als vergoeding voor zijn arbeid dat hij van de werkgever ontvangt'. Het gaat hier om een bedrag van ten minste € 2.423 bruto per maand. Daaraan is toegevoegd dat tot het loon niet wordt gerekend 'de door de werkgever te betalen vakantiebijslag'. Ook hier is een *kanttekening* op zijn plaats. Loon is sinds de uitspraak van de Hoge Raad van december 1953<sup>8</sup> de vergoeding die door de werkgever aan de werknemer is verschuldigd ter zake van de bedongen arbeid. Dat maakt dat de toevoeging 'als vergoeding voor zijn arbeid dat hij van de werkgever ontvangt' volstrekt overbodig is. In de nota van toelichting is aangegeven dat wat betreft deze voorwaarde is aangesloten bij het salaris-criterium voor het zoekjaar hoger opgeleiden dat betrekking heeft op de zogenoemde 'kennismigrant'<sup>9</sup> (zie artikel 1d lid 1 onderdeel a onder<sup>10</sup> 2° BuWav). Ook hier is net als bij het *salariscriterium* uit artikel 1d BuWav sprake van een doorlopende *salariseis*. Wij vinden dat in de nota van toelichting ter verduidelijking van wat er wettelijk is geregeld zoveel mogelijk spreektaal moet worden vermeden omdat dat kan leiden tot misverstanden. In het voorgestelde artikellid-onderdeel is namelijk sprake van 'het overeengekomen vaste, naar tijdruimte en in geld vastgestelde loon' en dat is beperkter dan wat in het taalgebruik onder salaris wordt verstaan. Het loon moet op grond van het voorgestelde artikel 1r lid 6 BuWav over de periode van ten hoogste een maand op de bankrekening op naam van de vreemdeling te worden gestort. In de nota van toelichting is kenbaar gemaakt dat ook wat dit betreft is aangesloten bij de regeling van de zogenoemde 'kennismigrant' (zie artikel 1d lid 5 BuWav). De werkgever is derhalve verantwoordelijk voor de maandelijkse uitbetaling. Op grond van het voorgestelde artikel 1r lid 1 BuWav vijfde lid wordt dit bedrag jaarlijks geïndexeerd.

#### **Voorwaarde 2: de medewerkersparticipatie**

De tweede voorwaarde is neergelegd in het voorgestelde artikel 1r lid 1 aanhef en onderdeel b BuWav. Deze voorwaarde heeft betrekking op het door de vreemdeling ontvangen van medewerkersparticipatie van een percentage in de startende innovatieve onderneming. Dit percentage wordt bij regeling van de Minister van

JenV vastgesteld. De nota van toelichting leert dat de werknemer met de medewerkersparticipatie deelt in de kansen en risico's van de onderneming en ook dat deze medewerkersparticipatie aantoonbaar contractueel moet zijn vastgelegd, maar dat is niet geregeld. De nota van toelichting maakt ook kenbaar dat deze beloningsstructuur tot uitdrukking brengt dat dit personeel essentieel is voor de startup om snel verder te kunnen groeien; een ondernemer geeft zonder noodzaak liever geen deel van zijn onderneming weg. Ook wordt hiermee de loyaliteit van de medewerker aan de startup bevorderd: de medewerker heeft een persoonlijk belang bij het slagen van de startup. Waar de toegevoegde waarde van de reguliere zogenoemde 'kennismigrant' voor de Nederlandse economie wordt aangetoond door de hoogte van het loon, wordt de toegevoegde waarde voor de Nederlandse economie van dergelijke medewerkers aangetoond door het aandeel dat zij krijgen in de startende innovatieve onderneming in combinatie met het verlaagde looncriterium in vergelijking met de zogenoemde 'kennismigrant'.

### **Familie- en gezinsleden van het zogenoemde 'essentieel personeel'**

Uit onderzoek<sup>11</sup> blijkt dat beperkte studie- en werkmogelijkheden voor familie- en gezinsleden de zogenoemde kennismigranten kunnen doen besluiten om Nederland te verlaten. Om die reden wordt voorgesteld aan artikel 2 BuWav een nieuw onderdeel toe te voegen. De voorgestelde wijziging behelst de arbeidsmarktaantekening "arbeid toegestaan, tewerkstellingsvergunning niet vereist". Hieruit blijkt dat familie- of gezinsleden van het essentieel personeel van een startende innovatieve onderneming kunnen werken zonder in het bezit te hoeven zijn van een tewerkstellingsvergunning of gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid. De nota van toelichting geeft aan dat deze arbeidsmarktaantekening geldt zolang het essentieel personeel van de startende innovatieve onderneming op grond van artikel 1r BuWav is uitgezonderd van de tewerkstellingsvergunningplicht. De nota van toelichting maakt ook duidelijk dat hiermee wordt aangesloten bij de arbeidsmarktaantekening van gezinsleden van vergelijkbare groepen, zoals kennismigranten, onderzoekers en zelfstandigen.

### **Slotbeschouwing**

De voorgestelde invoering van een nieuwe uitzondering op de vergunningsverplichting die

in artikel 2 lid 1 Wavis neergelegd, brengt met feitelijk zich dat er steeds minder categorieën vreemdelingen onder het toepassingsbereik van die vergunningsverplichting vallen. De oorspronkelijke bedoeling van de Wav<sup>12</sup> om de toegang tot de arbeidsmarkt van derdelanders restrictief toe te passen is als uitgangspunt verder weg komen te liggen. De situatie op de arbeidsmarkt zal als uitvloeisel van de coronacrisis de komende maanden helaas weer verslechteren, waardoor er in feite minder vreemdelingen op de arbeidsmarkt nodig zijn, maar dat er voldoende arbeidspotentieel op de Europese markt aanwezig is (het zogenoemde 'prioriteitgenietend aanbod'; zie artikel 8 Wav). Het invoeren van een vooralsnog tijdelijke pilot voor vreemdelingen die schaalbare startende en innovatieve ondernemingen willen oprichten, lijkt goed te zijn voor onze economie en onze arbeidsmarkt, maar dan wel als we vooraf kunnen toetsen of het opstarten van een dergelijk bedrijf succesvol gaat worden. Helaas is dat moeilijk vooraf aan te geven en te toetsen. Een van de voorwaarden die hier aangekoppeld zou kunnen worden is de grootte (mate) van investeringen van de ondernemer in de startup en de risico's die de ondernemer loopt bij het mislukken van de onderneming.

Overigens is werknemersparticipatie een nieuwe vorm van arbeid, die afwijkt van de traditionele termen in de Wav. Het gaat hier toch eigenlijk om zelfstandigen, die normaal gesproken een verblijfsvergunning als zelfstandige nodig zouden hebben.

### **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. Deze pilot is aangekondigd in Kamerstukken II 2018/19, 30573, nr. 174.
7. Zie artikel 3.30 lid 2 Vreemdelingenbesluit 2000 (Stb. 2000, 497 ), waarin een vergelijkbare regeling is getroffen die ziet op de invulling van het begrip 'wezenlijk Nederlands belang' met betrekking tot de verblijfsvergunning voor arbeid als zelfstandige.
8. Zie HR 18 december 1953, ECLI:NL:HR:1953:219.
9. 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.
10. In de nota van toelichting is ten onrechte de aanduiding 'subonderdeel' gebruikt.
11. Zie Regioplan beleidsonderzoek, Aantrekkelijkheid van Nederland voor kennismigranten, Amsterdam (November) 2018.
12. Zie Kamerstukken II 1993/94, 23574, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 5.