

Tilburg University

Over de kennismigrant, de loonbedragnorm en de merkwaardige rol van de IND
van Rijs, André; van Drongelen, Harry

Published in:
Over de Grens

Publication date:
2021

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. (2021). Over de kennismigrant, de loonbedragnorm en de merkwaardige rol van de IND. *Over de Grens*, 2021(5), 2-4. Article 2021-0065.

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/>

© 2021 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 de kennismigrant, de loonbedragnorm en de merkwaaardige rol van de IND

2021-0065

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 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 2000⁴ (Vw). Artikel 1 Vw omschrijft de vreemdeling als eenieder 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 heeft betrekking op een in artikel 1d lid 1 Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen⁵ (BuWav) aangewezen categorie van vreemdelingen (zie artikel 8, onderdelen a-e, k of l Vw en artikel 14 Vw) en meer specifiek op de zogenoemde ‘kennismigrant’ (zie artikel 3.4 lid 1 onderdeel y BuWav). Het zijn van een kennismigrant is niet voldoende. In artikel 1d lid 1 onderdeel a onder 1° en 2° BuWav is een nadere inkomenseis gesteld. Zijn overeengekomen vaste, naar tijdruimte en in geld vastgestelde loon als vergoeding voor zijn arbeid dat hij van de werkgever ontvangt. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt naar leeftijd. Als de kennismigrant jonger is dan 30 jaar dan moet het loon ten minste € 3.484 per maand bedragen. Als hij ouder is dan 30 jaar dan moet het loon ten minste € 4.752 per maand zijn.⁶ De hier genoemde bedragen worden op grond van lid 3 van artikel 1d BuWav met ingang van 1 januari van elk kalenderjaar door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) aangepast en bekendgemaakt in de Staatscourant.⁷ Daar artikel 1d lid 1 onderdeel a BuWav verwijst naar een tewerkstelling op basis van een arbeidsovereenkomst (of een ambtelijke aanstelling) moet onder ‘loon’ worden verstaan: de vergoeding die door de werkgever aan de werknemer verschuldigd is ter zake van de bedongen arbeid.⁸ Met andere woorden: loon in het kader van de arbeidsovereenkomst is niets anders dan de tegenprestatie voor de geleverde arbeid. Voorbeelden van loon zijn; (1) de overwerkvergoeding;⁹ (2) de vergoeding wegens niet genoten vakantieaanspraken (zie art. 7:641 BW);¹⁰ (3) de inconveniënten- of onregelmatigheidstoelage: dit is een toeslag die wordt gegeven voor het verrichten van vuil of zwaar werk of voor het

werken op ongebruikelijke tijdstippen;¹¹ (4) het werknemersdeel van de pensioenpremie. De premie wordt op het loon ingehouden en afgedragen aan de pensioenuitvoerder. Aangezien het gaat om een inhouding op het loon is het werknemersdeel van de pensioenpremie loon. Dat deze premie vervolgens aan een derde wordt betaald doet niet ter zake;¹² en (5) de vakantiebijslag, die voortvloeit uit de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag¹³ (Wml).¹⁴ Nu wordt juist de vakantiebijslag die de werkgever is verschuldigd op grond van de Wml niet tot het loon gerekend waarvan in artikel 1d lid 1 BuWav sprake is. Het loon dat hier wordt bedoeld moet minimaal marktconform zijn. Lid 4 van artikel 1d BuWav verwijst in dat verband naar artikel 3.30a (lid 1) van het op de Vw2000 gebaseerde Vreemdelingenbesluit 2000¹⁵ waarin is gewezen op de mogelijkheid dat als de kennismigrant voor de als referent aangewezen werkgever arbeid verricht of wil verrichten het overeengekomen loon marktconform moet zijn en het aan de Minister van SZW is om te bepalen of daarvan al dan niet sprake is. Vindt hij het loon niet marktconform, dan betekent dit dat de verleende verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd niet is verleend (beperkende voorwaarde). Het (marktconforme) loon moet door de werkgever over een periode van ten hoogste een maand, worden bijgeschreven op een bankrekening, die bestemd voor girale betaling, op naam van de vreemdeling in kwestie.

Bestuurlijke boete in de praktijk

Als niet is voldaan aan de loonbedragnorm dat in artikel 1d lid 1 onderdeel a BuWav is aangegeven dan is er sprake van het overtreden van het in artikel 2 lid 1

Wav gegeven verbod van het zonder vergunning tewerkstellen van een vreemdeling. Die overtreding is op grond van art. 18 Wav een (bestuursrechtelijke) overtreding met als sanctie een bestuurlijke boete.

Hoe pakt dat nu uit in de praktijk? De onderneming Payroll Specialisten krijgt in november 2014 door de Minister van SZW een bestuurlijke boete opgelegd van € 12.000¹⁶ vanwege het niet naleven van artikel 2 lid 1 Wav, dus wegens het ontbreken van de noodzakelijke tewerkstellingsvergunning. Het gaat hier om een werknemer met de Indiase nationaliteit die ten tijde van de geconstateerde overtreding rechtmatig in Nederland verblijft op grond van een aan hem verleende verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd met als verblijfsdoel 'verblijf als kennismigrant'. In geschil is of het door Payroll Specialisten in de maanden mei tot en met juli 2014 betaalde bruto maandloon van de werknemer voldoet aan het loonbedragnorm van artikel 1d lid 1 onderdeel a onder 1° BuWav. De werknemer in kwestie is 30 jaar of ouder en dan betekent het dat de loonbedragnorm € 4.048 (inmiddels € 4 752) per maand moet zijn. Payroll Specialisten maakt bezwaar tegen de opgelegde boete, maar dat is ongegrond verklaard. Payroll Specialisten accepteert dit niet en stapt naar de bestuursrechter. Die stelt de Minister van SZW in maart 2016 in het gelijk. Ook dit accepteert Payroll Specialisten niet en stapt naar de hoogste bestuursrechter in dezen, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Payroll Specialisten betoogt dat de (lagere) bestuursrechter ten onrechte heeft overwogen dat de uitbetalingen voor vakantie- en feestdagen geen vaste loonbestanddelen zijn in de zin van artikel 1d lid 1 onderdeel a BuWav en dus niet bij het bruto maandloon kunnen worden opgeteld.

De Afdeling bestuursrechtspraak maakt in december 2016¹⁷ korte metten met de uitspraak van de lagere bestuursrechter. De Afdeling bestuursrechtspraak verwijst daarbij naar de ABU-CAO voor uitzendkrachten waarvan de bepalingen door de Minister van SZW algemeen verbindend zijn verklaard,¹⁸ wat met zich brengt dat de arbeidsvoorwaarden die in die collectieve arbeidsovereenkomst (cao) zijn overeengekomen voor alle werkgevers en werknemers gelden die onder de reikwijdte van die cao vallen en dus ook Payroll Specialisten. Artikel 35 lid 1 van die cao bepaalt dat de werknemer(uitzendkracht) bij elke volledig gewerkte maand aanspraak maakt op zestien uren vakantie of een evenredig deel daarvan als niet de volledige maand is gewerkt. Lid 6 van artikel 35 van de cao geeft aan dat de werknemer (uitzendkracht) die werkzaam is op een uitzendovereenkomst met een uitzendbeding als bedoeld in artikel 7:690 j° artikel 7:691 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW)¹⁹ een aanvulling voor vakantiedagen krijgt die wordt uitgedrukt in een percen-

tage van zijn feitelijke loon en dat in artikel 41 lid 1 van de cao is vermeld. Daarnaast ontvangt de werknemer(uitzendkracht) op grond van artikel 38 lid 2 van de cao ook weer als sprake is van een uitzendovereenkomst met een uitzendbeding een aanvulling voor algemeen erkende feestdagen, wat wordt uitgedrukt in een percentage waarmee zijn feitelijke loon wordt verhoogd en dat wordt vermeld in artikel 41 lid 3 van de cao. Dat de aanvullingen op het feitelijke loon per maand voor vakantiedagen en feestdagen gebeurt via vaste percentages, maakt dat is voldaan aan het loonbedragnorm van artikel 1a lid 1 onderdeel a BuWav. De Afdeling bestuursrechtspraak geeft ook nog aan dat in het BuWav geen aanwijzing is te vinden voor de stelling dat deze bedragen niet meetellen voor de berekening van de loonbedragnorm, en voegt daaraan toe dat het fluctueren van deze bedragen in hoogte, omdat een uurloon en geen maandloon is overeengekomen en het aantal gewerkte uren en de feestdagen per maand verschillen, niet van belang is, omdat het gaat om vaste percentages. Nu de in de maanden mei, juni en juli van 2014 aan de werknemer betaalde bedragen voor vakantie- en feestdagen deel uitmaken van het aan hem betaalde loon waarvan in artikel 1d lid 1 onderdeel a BuWav en het aan hem betaalde loon steeds hoger is dan het loonbedragnorm, is het in artikel 2 lid 1 Wav neergelegde verbod van het werken zonder tewerkstellingsvergunning niet overtreden.

Commentaar

Opmerkelijk in deze zaak is dat de Minister van SZW niet terugvalt op de in artikel 1d lid 1 onderdeel a BuWav genoemde arbeidsovereenkomst op basis waarvan de vreemdeling werkt en het in dat kader relevante loonbegrip, maar op de wijze waarop de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) het brutoloon berekent waarvan sprake is in artikel 2.3 Vreemdelingencirculaire 2000 waarin beleidsregels zijn opgenomen met betrekking tot de Vw en de daarop gebaseerde nadere regelgeving. Het gaat dan om de vaste vakantietoelage en een dertiende maand en niet de waarde van onzekere, niet vaste bestanddelen. Opmerkelijk daarbij is dat wordt verwezen naar een voor de toepassing van de BuWav niet relevante circulaire van de IND waarbij dan ook nog eens wordt gewezen op de vakantietoelage als vast loonbestanddeel terwijl dat in artikel 1d lid 1 onderdeel a BuWav juist uitdrukkelijk is uitgesloten van het loonbedragnorm. Nog los hiervan, bij het loonbedragnorm in artikel 1d lid 1 onderdeel a BuWav staat het loon in de zin van de arbeidsovereenkomst centraal – de tegenprestatie voor de bedongen arbeid – en dat maakt dat het moeten zijn van een vast bestanddeel er veel minder toe doet – denk aan de overwerkvergoeding (zie in het begin) – dan de Minister van SZW kennelijk voor ogen heeft, maar hij wel had moeten weten.²⁰

De IND laat in de Nieuwsbrief zakelijk van februari 2021 weten dat de kennismigrant die gebruik maken van het ouderschaps-, adoptie- en pleegzorgverlof of het extra geboorteverlof, hierdoor niet altijd kunnen voldoen aan het salariscriterium, dus de loonbedragnorm. Dit geldt ook bij kort- en langdurend zorgverlof. Deze verlofsorten zijn opgenomen in de Wet arbeid en zorg.²¹ In geval van deze verlofsorten, kan het worden toegestaan dat de kennismigrant tijdelijk onder het salariscriterium, de loonbedragnorm, uitkomt. Ook kan het voorkomen dat een kennismigrant tijdelijk onder het salariscriterium, de loonbedragnorm, uitkomt door gebruik te maken van het recht op staken. Volgens de IND is het stakingsrecht ook vastgelegd in de wet, maar dat moet berusten op een misverstand; het stakingsrecht in Nederland is gebaseerd op artikel 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest,²² dat van de Hoge Raad in mei 1986²³ directe werking heeft gekregen. Komt de kennismigrant uit onder het salariscriterium, de loonbedragnorm, door een van bovengenoemde verlofsorten? Of door deelname aan een staking? De IND geeft aan dat dit geen gevolgen heeft voor de verblijfsvergunning als aan nader aangegeven voorwaarden wordt voldaan. Er is alleen een probleem. De IND gaat niet over de toepassing van artikel 1a lid 1 BuWav als uitzondering op de tewerkstellingsvergunningsplicht van artikel 2 lid 1 Wav en de handhaving daarvan. Dat betekent dat de IND dan wel een nadere beleidsmatige invulling geeft aan de berekening van de hoogte van de loonbedragnorm, maar daarvoor niet de bevoegdheid heeft. Sterker nog: een dergelijke nadere invulling kán niet eens op grond van het desbetreffende artikel in het BuWav.

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 onderdeel H mededeling van 19 november 2020 over per 1 januari 2021 gewijzigde bedragen in enkele wetten, besluiten en regelingen, Stcrt. 2020, 61666.
7. De wijziging gebeurt met het percentage waarmee het indexcijfer van de caolonen over de maand oktober die voorafgaat aan de wijzigingsdatum, gepubliceerd door het CBS, afwijkt van het indexcijfer waarop de laatste vaststelling van de bedragen is gebaseerd [zie artikel 1d lid 3 BuWav].
8. Zie HR 18 december 1953, NJ 1954, 242. Zie ook: HR 18 september 1985, NJ 1986, 177; HR 8 oktober 1993, JAR 1993, 245; Ktg. Utrecht 24 april 1996, JAR 1996, 172.
9. Zie J. van Drongelen, 'Overwerkvergoeding', Arbeid Integraal 2002, p. 86-90.
10. Zie HR 6 maart 1998, JAR 1998, 126.
11. Zie Ktr. Tilburg 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6533.
12. Zie ook: J.M. van Slooten, Arbeid en loon, Deventer 1999, p. 86.
13. Zie wet van 27 november 1968, houdende regelen inzake een minimumloon en een minimumvakantiebijslag, Stb. 1968, 657.
14. Zie J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase (H), Individueel arbeidsrecht Deel 1 De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof, zevende druk Zutphen 2015, p. 99-102.
15. Zie besluit van 23 november 2000 tot uitvoering van de Vreemdelingenwet 2000, Stb. 2000, 497.
16. De hoogte van de bestuurlijke boete is aangegeven in artikel 1 Beleidsregels boeteoplegging Wav 2014 [zie beleidsregel van 17 maart 2014 tot vaststelling van de Beleidsregel boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2014, Stcrt. 2014, 8252], en de daarbij behorende tarieflijst en dat komt neer op € 12.000 per overtreding (voor rechtspersonen). Inmiddels is deze beleidsregel alweer vervangen door het besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 7 juli 2016 tot vaststelling van de Beleidsregel boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2016, Stcrt. 2016, 37043 en is de hoogte van de bestuurlijke boete teruggebracht naar € 8.000 per overtreding (voor rechtspersonen).
17. Zie ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3472.
18. Zie Stcrt. 2013, 24920.
19. Artikel 7:690 BW luidt: 'De uitzendovereenkomst is de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde.' Artikel 7:691 lid 2 BW luidt: 'In de uitzendovereenkomst kan schriftelijk worden bedongen dat die overeenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever aan de derde als bedoeld in artikel 690 op verzoek van die derde ten einde komt. Indien een beding als bedoeld in de vorige volzin in de uitzendovereenkomst is opgenomen, kan de werknemer die overeenkomst onverwijld opzeggen en is op de werkgever artikel 668, leden 1, 2, 3 en 4, onderdeel a, niet van toepassing.'
20. Voor deze bijdrage is gebruik gemaakt van: J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs, 'Arbeid door vreemdelingen: de kennismigrant en het loonbegrip', OdG 2017-4, p. 13-15.
21. Zie wet van 16 november 2001 tot vaststelling van regels voor het tot stand brengen van een nieuw evenwicht tussen arbeid en zorg in de ruimste zin, Stb. 2001, 567.
22. Zie Europees Sociaal Handvest (herzien); Straatsburg, 3 mei 1996, Trb. 2004, 13.
23. Zie HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688.