

Advies over wijziging van het Besluit
uitvoering Wet arbeid vreemdelingen en
het Vreemdelingenbesluit 2000 i.v.m.
een tijdelijke vrijstelling voor startende
innovatieve ondernemingen

Wetsadvies

De **Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ)** is een onafhankelijk adviesorgaan dat is ingesteld bij wet. De commissie adviseert de regering en het parlement over migratie. Zij onderzoekt beleid en wetgeving en geeft aan waar verbeteringen mogelijk zijn. De ACVZ brengt praktische adviezen uit die gericht zijn op het oplossen van bestaande en te verwachten problemen.

Colofon

Advies over wijziging van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen en het Vreemdelingenbesluit 2000 i.v.m. een tijdelijke vrijstelling voor startende innovatieve ondernemingen

Uitgave van de ACVZ, Den Haag, september 2020

Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken
Turfmarkt 147
2511 DP 's-Gravenhage
acvz@acvz.org
www.adviescommissievoorvreemdelingenzaken.nl
Tel: 070 3704300

1. Inleiding

Dit advies heeft betrekking op het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen (BuWav) en het Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb 2000) in verband met een tijdelijke vrijstelling van de tewerkstellingsvergunningsplicht voor essentiële personeelsleden van startende innovatieve ondernemingen. In de nota van toelichting van het ontwerpbesluit staat vermeld dat de wijzigingen zijn bedoeld om het jonge, innovatieve bedrijven (startups) makkelijker te maken om essentiële personeelsleden aan te trekken. Uit onderzoek blijkt dat het voor deze bedrijven moeilijk is om personeel aan te trekken doordat de salariseisen van de kennismigrantenregeling hoog zijn voor bedrijven die in de beginfase van hun ontwikkeling zitten. Gedurende drie jaar kunnen deze bedrijven maximaal vijf werknemers aannemen op grond van een lager looncriterium. Het wordt familie- of gezinsleden van essentieel personeel van startups toegestaan om in Nederland arbeid in loondienst te verrichten zonder tewerkstellingsvergunning. Omdat het een pilot betreft zijn de maatregelen tijdelijk. De bepalingen vervallen op 1 januari 2024, waarna de regeling feitelijk nog een jaar doorloopt. De pilot wordt tussentijds geëvalueerd.

Het ontwerpbesluit is erop gericht om het voor jonge, innovatieve bedrijven mogelijk te maken gedurende de eerste jaren voor een lager salaris en participatie in de startup essentiële personeelsleden in dienst te kunnen nemen. De ACVZ heeft begrip voor de met de voorgestelde tijdelijke regeling (pilot) beoogde doelen. De adviescommissie meent evenwel dat de inrichting van de pilot onvoldoende juridisch doordacht is en beveelt daarom aan een aantal wijzigingen in het ontwerpbesluit aan te brengen. Ook adviseert de ACVZ tot procesevaluatie van de regeling vanaf de aanvang van de looptijd en niet pas een evaluatie achteraf.

2. Puntsgewijze weergave van de inhoud van het advies

In dit advies worden de volgende aanbevelingen nader toegelicht:

1. De ACVZ beveelt aan te bezien of door een wijziging van de Wav en herziening van het BuWav aan het specifieke probleem van een zware arbeidsmarkttoets voor essentiële personeelsleden van startups tegemoet kan worden gekomen en, zo nodig, te motiveren waarom die oplossing niet voldoet.
2. De ACVZ is van oordeel dat het, gelet op de rechtszekerheid, aanbeveling verdient om de begrippen 'innovatief vermogen' en 'schaalbaarheid' te definiëren in het BuWav, dan wel deze zo eenduidig mogelijk te beschrijven in de algemene toelichting op het ontwerpbesluit.

3. De ACVZ beveelt aan om de tekst van de algemene toelichting in overeenstemming te brengen met de eisen die de Algemene wet bestuursrecht stelt aan het nemen van besluiten op basis van adviezen van deskundigen.
4. De ACVZ beveelt aan om in de memorie van toelichting aan te geven wat de wettelijke grondslag is voor de quotumregeling opgenomen in artikel 1r, vierde lid. Voor zover die wettelijke grondslag ontbreekt, adviseert de ACVZ om de wettelijke grondslag in de Wet arbeid vreemdelingen op te nemen.
5. De ACVZ beveelt aan het criterium ontleend aan artikel 400 Boek 7 BW te heroverwegen en indien het criterium wordt gehandhaafd dit nader te motiveren.
6. De ACVZ beveelt aan waarborgen rond de in- en uitsluiting van startende innovatieve bedrijven te regelen dan wel te motiveren waarom dergelijke waarborgen niet nodig zouden zijn.
7. De ACVZ beveelt aan vanaf aanvang van de regeling de evaluatie te laten starten, zodat deze mee kan lopen met de uitvoering van de regeling.

3. Kern van het knelpunt en de gekozen oplossing

Het knelpunt waar deze pilot volgens het wetsvoorstel een oplossing voor moet bieden is dat het voor startups moeilijk is om kennismigranten aan te trekken doordat de salariseisen van de kennismigrantenregeling te hoog zouden liggen voor bedrijven die zich in de beginfase van hun ontwikkeling bevinden.

Net als de kennismigrantenregeling is de nieuwe pilot een uitzondering op het algemene arbeidsmigratiebeleid neergelegd in de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Volgens de Wav moet een werkgever een tewerkstellingsvergunning aanvragen voor een buitenlandse werknemer om haar/hem in Nederland te werk te stellen. Kern van de Wav is dat een tewerkstellingsvergunning wordt geweigerd indien voor de desbetreffende arbeidsplaats prioriteitgenietend aanbod op de arbeidsmarkt aanwezig is (art. 8, eerste lid, sub a Wav).¹ Deze in 2014 ingevoerde zware arbeidsmarkttoets heeft in de praktijk tot gevolg dat er nauwelijks tewerkstellingsvergunningen worden verleend.² De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) heeft geconstateerd dat de strikte

¹ *Stb.* 1994, 959.

² Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Wav, p. 1 (ongenummerd). De ACVZ heeft in maart 2020 over dit wetsvoorstel geadviseerd: <https://www.adviescommissievoorvreemdelingenzaken.nl/publicaties/publicaties/2020/03/03/advies-voorstel-wet-tot-wijziging-van-wet-arbeid-vreemdelingen>.

hoofdregel uit artikel 8 Wav ertoe heeft geleid dat relatief weinig vergunningen worden verleend na de reguliere aanvraagprocedure.³ De minister van SZW heeft begin 2020 een wijziging van de Wav en herziening van het BuWav ter consultatie aangeboden om dit probleem het hoofd te bieden. Door in de Wav meer mogelijkheden op te nemen om onder omstandigheden een soepelere arbeidsmarkttoets toe te passen en de vergunning voor een langere periode dan één jaar te verlenen, is de verwachting dat de hoofdregel als minder beperkend wordt ervaren en vaker toegepast zal worden. De ACVZ heeft in maart 2020 advies uitgebracht over het voorstel tot wijziging van de Wav en herziening van het BuWav.⁴

De adviescommissie constateert dat er twee wijzigingen van regelgeving naast elkaar lopen die allebei invloed kunnen hebben op de voorwaarden waaronder essentiële personeelsleden door startups kunnen worden aangetrokken; versoepeling van de zware arbeidsmarkttoets en verlaging van het looncriterium. Als de arbeidsmarkttoets, zoals voor de wijziging in 2014, de beoordeling van de *beschikbaarheid* van prioriteitgenietend aanbod zou betreffen, zouden startups er mogelijk goed in kunnen slagen het gewenste schaarse personeel, dat kennelijk niet beschikbaar is (maar wel aanwezig, maar elders al aan het werk), aan te trekken. Niet gebleken is dat in het voorstel tot wijziging van de Wav en herziening van het BuWav specifiek is gekeken naar het aantrekken van essentiële personeelsleden door startups. Waarom naast versoepeling van de arbeidsmarkttoets het voor startups noodzakelijk wordt geacht om gelijktijdig door middel van een pilot het looncriterium te verlagen wordt niet nader gemotiveerd.

Aanbeveling

Bezie of door een wijziging van de Wav en de herziening van het BuWav aan het specifieke probleem van een zware arbeidsmarkttoets voor essentiële personeelsleden van startups tegemoet kan worden gekomen en motiveer, zo nodig, waarom die oplossing niet voldoet.

4. Schaalbare bedrijfsactiviteiten

De tijdelijke vrijstelling is bedoeld voor startende, innovatieve bedrijven met schaalbare bedrijfsactiviteiten.⁵ Uit de algemene toelichting blijkt dat om te beoordelen of bedrijven aan de criteria voldoen, aanvragen door de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) in behandeling worden genomen en voor advies worden voorgelegd aan de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO). Op basis van een in het Voorschrift Vreemdelingen 2000

³ Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Wav, p. 2 (ongenummerd).

⁴ Zie voetnoot 2.

⁵ Voorgesteld artikel 1r, eerste lid BuWav.

(VV 2000) op te nemen toetsingskader beoordeelt de RVO de startup op innovatief vermogen, schaalbaarheid van bedrijfsactiviteiten, de financiële positie, draagkracht en structuur van de onderneming. De begrippen 'innovatief vermogen' en 'schaalbaarheid' worden niet gedefinieerd in het ontwerpbesluit.⁶ Het is niet duidelijk hoe deze begrippen in het toetsingskader worden verwerkt.

De ACVZ verwijst in dit kader naar regelgeving voor een ander verblijfsdoel, namelijk voor buitenlandse startups. Een buitenlandse startup-ondernemer kan op grond van de geldende regelgeving onder voorwaarden een verblijfsvergunning voor de duur van één jaar worden verleend, het zogenaamde startup-jaar.⁷ In het kader van dit verblijfsdoel beoordeelt de IND namens het bevoegde bestuursorgaan, de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, of sprake is van een innovatieve onderneming. Om aan het criterium van innovatief vermogen te voldoen moet sprake zijn van minstens één van drie aspecten die genoemd worden in een toetsingskader opgenomen in bijlage 8b van het VV 2000. Uit het wetsvoorstel kan niet worden afgeleid of en in hoeverre aansluiting wordt gezocht bij het toetsingskader voor buitenlandse startups. De adviescommissie wijst erop dat het onderhavige wetsvoorstel van toepassing is op alle startups die aan de voorwaarden voldoen die in het voorstel zijn neergelegd. Hiermee zal er mogelijk veel meer gebruik worden gemaakt van deze uitzondering op de voorwaarden voor verblijf voor arbeid in loondienst, dan van de startupregeling zelf.

Aanbeveling

Gelet op de rechtszekerheid verdient het aanbeveling om de begrippen 'innovatief vermogen' en 'schaalbaarheid' te definiëren in het BuWav, dan wel deze zo eenduidig mogelijk te beschrijven in de algemene toelichting op het ontwerpbesluit.

5. Karakter van het advies van de RVO

In de algemene toelichting van het ontwerpbesluit staat vermeld dat het advies van de RVO doorslaggevend is en op een negatief advies van de RVO *altijd* een afwijzing van de aanvraag voor een verblijfsvergunning door de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid volgt. Dit is in strijd met de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Evenals in de hiervoor al genoemde buitenlandse startupregeling is het advies van de RVO aan te merken als een deskundigenadvies, tenzij 'er concrete aanknopingspunten bestaan voor twijfel aan de juistheid en volledigheid ervan'.⁸ Het bestuursorgaan (de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, namens wie de IND beslist) dient,

⁶ Zie Aanwijzingen voor de regelgeving, Aanwijzing 2.6: Gestreefd wordt naar duidelijkheid en eenvoud van regelingen en naar een bestendig karakter daarvan.

⁷ Voor de startupregeling zie artikel 3.30, zesde lid Vb 2000 en artikel 3.30b VV 2000.

⁸ ECLI:NL:RVS:2017:977 en ECLI:NL:RVS:2018:174.

indien de motivering van het besluit berust op het advies van de RVO, zich ervan te vergewissen dat het onderzoek dat ten grondslag ligt aan het advies op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden.⁹ Voor zover het besluit van de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid steunt op het advies van de RVO dient de IND te beoordelen of het advies inhoudelijk concludent is.¹⁰ Als het 'advies' van de RVO altijd gevolgd zou moeten worden, dan beslist RVO in feite, zonder daartoe in een wettelijke regeling als bevoegd bestuursorgaan te zijn aangewezen. Dit druist in tegen de systematiek van de Awb.

Aanbeveling

Breng de tekst van de algemene toelichting in overeenstemming met de eisen die de Awb stelt aan het nemen van besluiten op basis van adviezen van deskundigen.

6. Beperking tot maximaal vijf vreemdelingen

In artikel 1r, vierde lid BuWav wordt geregeld dat de regeling op ten hoogste vijf vreemdelingen die werkzaamheden verrichten voor de onderneming van toepassing is. Voor het opnemen van deze beperking is naar het oordeel van de ACVZ een wettelijke bevoegdheid noodzakelijk. Artikel 79, vijfde lid van het Verdrag betreffende de werking van de EU geeft lidstaten de ruimte om zelf te bepalen hoeveel onderdanen van derde landen, afkomstig uit derde landen, tot hun grondgebied worden toegelaten teneinde daar al dan niet in loondienst arbeid te verrichten. In artikel 5a van de Wav is de bevoegdheid vastgelegd om bij algemene maatregel van bestuur (amvb) beperkingen op te leggen aan het aantal te verlenen tewerkstellingsvergunningen of gecombineerde vergunningen voor bepaalde categorieën van werkzaamheden of, indien daarvoor een volkenrechtelijke verplichting bestaat, voor bepaalde categorieën van vreemdelingen. De memorie van toelichting bij de herziening van de Wav maakt niet duidelijk wat wordt verstaan onder 'bepaalde categorieën van werkzaamheden'.¹¹ In die memorie van toelichting werd gesteld dat de quotumregeling past in de systematiek van de Europese regelgeving op het terrein van arbeidsmigratie, zoals de in 2009 in werking getreden Richtlijn 2009/50/EG van de Raad van 25 mei 2009 betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op een hooggekwalificeerde baan (PbEG L155/17) en de voorgenomen richtlijn voor seizoenarbeid.¹² Voorts werd opgemerkt dat ten aanzien van bepaalde categorieën vreemdelingen indien daarvoor een volkenrechtelijke verplichting bestaat of categorieën van werkzaamheden een vergunningenlimiet kan worden ingesteld. Dit zou bijvoorbeeld aan de orde zijn indien vaststaat dat er ruim voldoende arbeidskrachten vanuit de Europese Economische Ruimte (EER) zijn die

⁹ Vergewisplicht: artikel 3:9 Awb.

¹⁰ Zie artikel 3:49 Awb en CRvB 25 juli 2007, JB 2007/117.

¹¹ Kamerstukken II 2012/13, 33 475, nr. 3, p. 6 en 12.

¹² Kamerstukken II 2012/13, 33 475, nr. 3, p. 6.

bepaalde werkzaamheden kunnen verrichten.¹³ De ACVZ meent dat de bestaande wettelijke grondslag voor een numerieke beperking van het aantal tewerkstellingsvergunningen géén ruimte laat voor een beperking zoals nu wordt voorgesteld.

Aanbeveling

Motiveer expliciet wat de wettelijke grondslag is voor de voorgestelde quotumregeling opgenomen in artikel 1r, vierde lid BuWav. Voor zover die wettelijke grondslag ontbreekt, beveelt de ACVZ aan om de benodigde wettelijke grondslag in de Wet arbeid vreemdelingen op te nemen.

7. Omvang bedrijf gemaximeerd op vijftien medewerkers

De regeling is bedoeld voor startende bedrijven, om die reden is aan de voorwaarden om voor de regeling in aanmerking te kunnen komen een maximale omvang van het personeelsbestand gekoppeld. Bedrijven met meer dan vijftien werknemers zijn de beginfase ontstegen; zij zijn er al in geslaagd om op te schalen. In het voorgestelde artikel 1r, tweede lid, BuWav wordt bepaald dat de onderneming op het moment van de beoordeling niet meer dan vijftien werknemers bedoeld in artikel 400 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) arbeid mag laten verrichten. Deze beoordeling vindt plaats bij de eerste aanvraag tot verlening van een verblijfsvergunning op grond van deze regeling en is voor drie jaar geldig vanaf het moment van afgifte van die verblijfsvergunning.

De ACVZ heeft twijfels bij het criterium 'arbeid laat verrichten als bedoeld in artikel 400 Boek 7 BW'. Genoemd artikel 400 boek 7 BW heeft immers betrekking op overeenkomsten van opdracht. Een overeenkomst van opdracht is een overeenkomst waarbij de ene partij een opdracht aanneemt van een andere partij. De partijen worden opdrachtnemer en opdrachtgever genoemd. Een overeenkomst van opdracht moet betrekking hebben op het verrichten van werkzaamheden voor de opdrachtgever. Het lijkt de ACVZ passender in dit verband te verwijzen naar de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 610 Boek 7 BW. Het leidend criterium is dan het aantal werknemers dat in dienst is bij de startup. Dit lijkt de ACVZ zuiverder omdat anders beoordeeld dient te worden of opdrachtnemers daadwerkelijk arbeid verrichten, zo niet dan tellen deze opdrachtnemers niet mee in het kader van deze quotumregeling.

Aanbeveling

Heroverweeg het genoemde criterium ontleend aan artikel 400 Boek 7 BW en indien het criterium wordt gehandhaafd, motiveer dit nader.

¹³ Kamerstukken II 2012/13, 33 475, nr. 3, p. 12.

8. Status van de startup

De regeling is gericht op startende, innovatieve bedrijven met schaalbare bedrijfsactiviteiten voor wie de kennismigrantensalarissen nog te hoog zijn. Om in aanmerking te komen voor de regeling worden het innovatief vermogen, schaalbaarheid van bedrijfsactiviteiten, de financiële positie, draagkracht en de structuur van het bedrijf beoordeeld, aldus de toelichting. Het bedrijf wordt, bij de eerste toelatingsaanvraag, eenmalig beoordeeld en mag vervolgens gedurende de gehele pilot een beroep doen op de regeling. Het bedrijf kan niet los van een verblijfsaanvraag toegelaten worden tot deze regeling. De regeling wijkt in dit opzicht af van de kennismigrantenregeling, ingevolge welke regeling de werkgever erkend referent moet zijn in de zin van artikel 2c Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) en die status kan verwerven in een met rechtswaarborgen omklede procedure (artikelen 2c t/m 2h Vw 2000). Die procedure schept eveneens een bevoegdheid voor de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid om de status van erkend referent in te trekken als bijvoorbeeld onjuiste gegevens zijn verstrekt. De voorgestelde regeling bevat geen vergelijkbare waarborgen voor in- of uitsluiting van een bedrijf, noch wordt in de toelichting uitgelegd waarom dergelijke waarborgen in dit geval niet nodig zouden zijn.

Aanbeveling

Regel waarborgen rond de in- en uitsluiting van startende innovatieve bedrijven, dan wel motiveer waarom dergelijke waarborgen niet nodig zouden zijn.

9. Tussentijdse evaluatie van de regeling

Aangekondigd wordt dat de voorgestelde wijziging van het BuWav tussentijds wordt geëvalueerd. De ACVZ constateert dat ook met betrekking tot de eerder al genoemde startupregeling een evaluatie was aangekondigd die tot op heden nog steeds niet heeft plaatsgevonden (aangekondigd na 1 januari 2017).

Aanbeveling

Zet de evaluatie tijdig uit zodat deze mee kan lopen met de uitvoering van de regeling.

10. Redactionele opmerkingen

Redactionele opmerkingen over de tekst van de regeling:

A

Vermeld staat dat na artikel 1q een artikel wordt toegevoegd, de thans geldende tekst van het BuWav bevat artikel 1a tot en met 1n. Tenzij de artikelen 1o en 1p zijn voorzien voor andere wijzigingen, dient de aanduiding 'artikel 1q' te worden gewijzigd in 'artikel 1n'. Het nieuwe artikel dient dan van 'artikel 1r' gewijzigd te worden in 'artikel 1o'.

In artikel 1r, eerste lid, onder a, 'ten minste € 2.423 per maand' vervangen door 'ten minste € 2.423 bruto per maand'.

In artikel 1r, eerste lid, onder b dient de passage 'een door Onze Minister van Justitie en Veiligheid bij ministeriële regeling vast te stellen percentage in de onderneming, bedoeld in het eerste lid, aanhef,' te worden vervangen door 'de werkgever'. Deze passage is overbodig omdat in het derde lid van deze bepaling immers al bepaald wordt dat bij ministeriële regeling nadere regels worden gesteld over de medewerkersparticipatie.

b. komt dan als volgt te luiden: 'die een medewerkersparticipatie van de werkgever ontvangt.'

Redactionele opmerkingen over de Nota van toelichting:

Pagina 2 (ongenummerd), derde tekstblok, laatste volzin: 'Parallel aan' vervangen door 'Net als in'.

Op pagina 4 (ongenummerd), in hoofdstuk 3 de suggestie om een aparte paragraaf te besteden aan dit advies van de ACVZ.