

*Multinationals moeten alert zijn bij overplaatsingen binnen het concern*

# Wanneer is een werknemer ‘specialist’ volgens de nieuwe ICT-richtlijn?

Vanwege de Richtlijn toelating voor overplaatsing binnen een onderneming (2014, ook wel ICT-richtlijn genoemd) kent de Nederlandse wetgeving sinds eind 2016 de mogelijkheid dat een specialist in Nederland verblijft die binnen een multinational vanuit een vestiging in een niet-EU-lidstaat tijdelijk is overgeplaatst. Maar wat is een specialist? De ICT-richtlijn en de Nederlandse wet- en regelgeving geven onvoldoende uitsluitel. Kirsten Boele en Jeanne van Deuren analyseren de mogelijke antwoorden.

Een vraag uit de praktijk van een internationaal opererend bedrijf: welke verblijfsvergunning moet worden aangevraagd voor een monteur met bijzondere technische kennis? Voor deze casus is relevant dat de monteur een HBO-gelijkend opleidingsniveau heeft. Verder zijn circa honderd andere monteurs met dezelfde technische kennis werkzaam bij de verschillende vestigingen van het concern. Is de monteur een ‘ICT-er’ of een kennismigrant?<sup>1</sup> Het antwoord op deze vraag is van belang om te bepalen aan welke voorwaarden dient te worden voldaan voor een succesvolle vergunningaanvraag en welke mogelijkheden en beperkingen de ene ofwel de andere regeling met zich brengt.

## 1. Intra-corporate transfers

Ter introductie: sinds 29 november 2016 bestaat in de nationale wetgeving een nieuw verblijfsdoel ‘de intra-corporate transfer’. Dit verblijfsdoel is geïntroduceerd door de Richtlijn toelating voor overplaatsing binnen een onderneming,<sup>2</sup> beter bekend onder de ietwat misleidende afkorting de ‘ICT-richtlijn’. Deze richtlijn biedt multinationals de mogelijkheid om

leidinggevenden, specialisten en stagiair-werknemers tijdelijk over te plaatsen van vestigingen in niet-lidstaten (buiten de EU) naar vestigingen in lidstaten (binnen de EU). Het gaat dus om tijdelijke intra-concern overplaatsingen op alle terreinen.

Een vergunning op basis van de ICT-richtlijn stelt leidinggevenden en specialisten in staat drie jaar te werken bij de zogenoemde gastentiteit; voor de stagiair-werknemers is dat één jaar.<sup>3</sup> Indien de vergunning is verkregen voor tewerkstelling in de gastentiteit, kan de werknemer, onder bepaalde voorwaarden, ook werken bij vestigingen van de multinational in andere lidstaten.<sup>4</sup> Verder biedt de ICT-richtlijn de mogelijkheid van onmiddellijke gezingshereniging in de lidstaat waar de gastentiteit is gevestigd.<sup>5</sup>

De Europese Unie beoogt hiermee voor internationale ondernemingen tijdelijke overplaatsingen van personeel met een zogenoemde ‘sleutelpositie’ binnen concernverband te vergemakkelijken. Het achterliggende doel is het stimuleren van de kenniseconomie en de investeringsstromen in de EU. De EU verwacht dat dergelijke overplaatsingen nieuwe vaardigheden, kennis en innovatie en meer economische mogelijkheden voor de lidstaten met zich brengen.<sup>6</sup>

Nu praktijk en rechtspraak nog geen ervaring hebben met dit nieuwe verblijfsdoel, volgt de vraag welke personen als ‘ICT-er’ kwalificeren. Voor leidinggevenden en stagiair-werknemers is dit naar verwachting relatief eenvoudig vast te stellen. Een

1 De werkzaamheden van de monteur vallen niet onder één van de uitzonderingsgronden als bedoeld in art. 1 lid 1 Besluit uitvoering Wav.

2 Richtlijn 2014/66/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen in het kader van een overplaatsing binnen een onderneming (verder: ICT-richtlijn), Pb EU 2014, L 157/1. De ICT-richtlijn is geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving door het Besluit van 13 oktober 2016 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 en enige andere besluiten in verband met de implementatie van Richtlijn 2014/66/EU, *Stb.* 2016, 408.

3 Art. 13 ICT-richtlijn.

4 Art. 21 en art. 22 ICT-richtlijn.

5 Art. 19 ICT-richtlijn.

6 Considerans 6 ICT-richtlijn.

leidinggevende is een lid van het hogere personeel die leiding zal geven aan (een afdeling van) de gastentiteit onder toezicht dan wel aangestuurd door het bestuur of de aandeelhouders van de onderneming.<sup>7</sup> Een stagiair-werknemer is een persoon met een universitair diploma die voor een stage, inhoudende loopbaanontwikkeling of voor een opleiding in bedrijfstechnieken of -methoden, wordt overgeplaatst naar de gastentiteit en werkzaam zal zijn op basis van een stage-overeenkomst.<sup>8</sup> Maar wanneer is de werknemer een specialist in de zin van de ICT-richtlijn? De ICT-richtlijn en de Nederlandse wet- en regelgeving geven geen duidelijk antwoord op deze vraag.

## 2. Kennismigrantenregeling versus ICT-richtlijn

Een derdelander die in Nederland wil werken, heeft in beginsel een verblijfsvergunning nodig die het werken hier toestaat. Voor een verblijfsvergunning met het verblijfsdoel 'arbeid in loondienst' is onder meer vereist dat voor de desbetreffende functie geen prioriteitgenietend aanbod op de arbeidsmarkt aanwezig is.<sup>9</sup> Dit is een relatief zware toets.

In Nederland biedt de kennismigrantenregeling een vereenvoudigd en versneld alternatief.<sup>10</sup> Op grond van deze regeling kan een onderneming een verblijfsvergunning aanvragen voor personeel uit een hogere loonschaal die niet de nationaliteit van een lidstaat heeft om – al dan niet tijdelijk – in Nederland te werken. In praktijk blijkt dat veel bedrijven gebruikmaken van deze regeling.

Tot voor kort vroegen ook multinationals veelal een vergunning aan op basis van de kennismigrantenregeling wanneer zij personeel wensten over te plaatsen van een vestiging buiten de EU naar een vestiging in Nederland.

Met de ICT-richtlijn is er een tweede regeling bijgekomen die het voor multinationals eenvoudiger maakt om een verblijfsvergunning te verkrijgen voor bepaalde tijdelijke intra-concern overplaatsingen. In sommige gevallen zal zowel de kennismigrantenregeling als de ICT-richtlijn van toepassing kunnen zijn, maar de aanvrager en referent mogen niet 'kiezen'. Een bijzonderheid van de ICT-richtlijn is het exclusieve karakter in die zin dat een werknemer die onder de reikwijdte van de ICT-richtlijn valt, geen vergunning voor tijdelijke tewerkstelling kan verkrijgen op grond van de kennismigrantenregeling.<sup>11</sup> Wordt bijvoorbeeld een aanvraag gedaan onder de kennismigrantenregeling voor een werknemer die onder de ICT-richtlijn valt, dan leert de praktijkervaring dat de IND de aanvrager hierover informeert en de aanvraag behandelt als ware het een aanvraag op grond van de ICT-regeling.

1.

Voor de ICT-richtlijn gelden andere voorwaarden en ook andere beperkingen dan voor de kennismigrantenregeling. De wezenlijke verschillen zijn in tabel 1 weergegeven.<sup>12</sup>

Verschillen tussen ICT-richtlijn en kennismigrantenregeling (tabel 1)

	ICT-richtlijn	Kennismigrantenregeling
reikwijdte	voor bepaalde soorten werknemers (leidinggevende, specialist en stagiair-werknemer) die tijdelijk intra-concern worden overgeplaatst	voor elke werknemer die een bepaald salaris ontvangt (salariscriterium is leidend)
salariscriterium	'marktconforme' beloning*	jaarlijks vastgestelde minimum bruto maandsalaris
maximale duur	maximaal drie jaar en de stagiair-werknemer slechts één jaar	duur komt overeen met looptijd arbeidscontract met een maximum van vijf jaar
verlenging	mogelijk tot de maximale verblijfsduur, eerder verblijf in andere lidstaten wordt meegeteld	mogelijk
aaneengesloten vergunningen	niet mogelijk, een nieuwe ICT-vergunning kan eerst zes maanden na afloop van de eerdere ICT-vergunning worden verkregen	mogelijk
opbouw verblijfsrecht	nee	ja
arbeid verrichten in andere lidstaten	onder bepaalde voorwaarden is tijdelijke arbeid in een andere lidstaat toegestaan	niet toegestaan
erkend referent	ook andere referenten (zonder de status 'erkend') kunnen een ICT-verblijfsvergunning aanvragen	vereiste

7 Art. 3 sub d ICT-richtlijn.

8 Art. 3 sub g jo. art. 5 lid 6 ICT-richtlijn. Lörge noemt de definitie van de stagiair-werknemer 'a rather clear-cut definition' in Hailbronner & Thym (eds), *EU Immigration and Asylum Law*, C.H.Beck, München: 2016, 2e druk, p. 988.

9 Art. 8 lid 1 sub a Wav jo. art. 14 en 14 Vw 2000.

10 Art. 14 Vw 2000 jo. art. 3.4 lid 1 sub d Vb 2000 jo. art. 1d lid 1 Besluit uitvoering Wav.

11 Art. 2 lid 1 jo. lid 3 ICT-richtlijn, zie ook art.3.30a lid 4 Vb. 2000.

12 Zie voor een toelichting op de voorwaarden van de ICT-richtlijn zoals in Nederland geïmplementeerd: Nota van Toelichting bij Besluit van 13 oktober 2016 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 en enige andere besluiten in verband met de implementatie van Richtlijn 2014/66/EU, *Stb.* 2016, 408, p. 9 e.v. Zie ook: S.R. Goldberg, 'Intra-corporate transfer en de ICT-richtlijn 2014/66/EU: wat gaat er veranderen?', *PS Documenta* 31 maart 2016.

\* Volgens de Nota van Toelichting (zie vorige noot) geldt 'Bij de toets op marktconformiteit wordt een salaris dat voldoet aan de kennismigrantennorm in beginsel als marktconform beschouwd', p. 18.

De betreffende onderneming dient zich bewust te zijn van deze verschillen.

Een tweetal voorbeelden waarom de verschillen relevant kunnen zijn.

- Voor een internationaal opererend bedrijf met maar één vestiging in de EU (in Nederland) die een werknemer steeds voor kortere perioden tijdelijk wil overplaatsen naar de Nederlandse vestiging, is het gunstiger wanneer de werknemer onder de kennismigrantenregeling valt. Ingeval de werknemer onder de ICT-richtlijn valt, zal deze onderneming na afloop van de vergunning voor de overplaatsing de betreffende werknemer pas weer na zes maanden mogen overplaatsen naar de Nederlandse vestiging.<sup>13</sup> Overigens kan deze 'verplichte pauze' in de ICT-richtlijn net zo goed problematisch zijn voor een onderneming met meerdere vestigingen in de EU. Bijvoorbeeld als deze onderneming een werknemer eerst één jaar wil laten overplaatsen naar een Nederlandse vestiging en vervolgens na een maand terug te zijn op zijn gewoonlijke standplaats buiten de EU, weer wil inzetten voor drie jaar bij een Spaanse vestiging.
- Een internationaal opererend bedrijf met meerdere vestigingen in de EU die een werknemer tijdens zijn eenmalige tijdelijke overplaatsing zakenreizen wil laten maken naar die verschillende vestigingen zal daarentegen vermoedelijk de ICT-richtlijn prefereren. Dan zijn er immers mogelijkheden om gebruik te maken van arbeidsmobiliteit binnen de EU zonder dat voor iedere lidstaat een verblijfs- en/of werkvergunning dient te worden aangevraagd.<sup>14</sup>

Om in aanmerking te komen voor een ICT-vergunning dient de werknemer aan te tonen dat hij in bezit is van de voornoemde hoge beroepskwalificaties en toereikende beroepservaring.<sup>16</sup> Wanneer het de uitoefening van een gereguleerd beroep betreft, dient de werknemer tevens aan te tonen dat hij voldoet aan de voorwaarden die in het nationale recht zijn gesteld aan het gereguleerde beroep.<sup>17</sup> Denk bijvoorbeeld aan beroepsuitoefening als advocaat of accountant.

Het vereiste dat de gespecialiseerde kennis van wezenlijk belang voor de te verrichten werkzaamheden dient te zijn, lijkt een drempel op te werpen. De werknemer moet namelijk niet alleen gespecialiseerde kennis hebben, maar deze kennis moet ook nog eens van wezenlijk belang zijn voor de gastentiteit. De term 'van wezenlijk belang' (in de Engelse versie: 'essential') geeft ruimte voor interpretatie.

Terug naar de monteur: is de specialistische kennis van de monteur van wezenlijk belang voor de gastentiteit als nog een honderdtal collega's verspreid over de verschillende vestigingen diezelfde specialistische kennis bezitten? En is de hoogte van het salaris van de monteur nog een indicatie voor de vraag of zijn kennis voldoende specialistisch is en of die kennis van wezenlijk belang is?

Een antwoord op deze vragen volgt niet uit de ICT-richtlijn. In ieder geval dient de specialist te beschikken over hoge kwalificaties en toereikende beroepservaring. Maar uitleg over of concrete invulling van de hoogte van deze drempels, volgt evenmin uit de richtlijn.

### *Is de specialistische kennis van de monteur van wezenlijk belang voor de gastentiteit als nog een honderdtal collega's verspreid over verschillende vestigingen diezelfde specialistische kennis bezitten?*

Het zal dus voor de onderneming in veel gevallen een verschil maken of de werknemer onder de kennismigrantenregeling valt of de ICT-richtlijn. De respectieve voorwaarden beïnvloeden de wijze van inzetbaarheid van de werknemer. Omdat bovendien een keuze niet mogelijk is, is het voor een onderneming van belang te weten wanneer een werknemer kwalificeert als specialist ingevolge de ICT-richtlijn, om te kunnen anticiperen op de daarbij behorende vereisten.

### **3. ICT-richtlijn**

In de ICT-richtlijn is een specialist gedefinieerd als (1) een binnen de groep van ondernemingen werkend persoon die (2) beschikt over gespecialiseerde kennis die van wezenlijk belang is voor de activiteiten, de technieken of het beheer van de gastentiteit. Bij de beoordeling van de gespecialiseerde kennis wordt gekeken naar (a) voor de gastentiteit specifieke kennis en naar (b) hoge kwalificaties – waaronder toereikende beroepservaring – voor bepaalde werkzaamheden of activiteiten waarvoor specifieke technische kennis inclusief eventueel het lidmaatschap van een beroepsgroep zijn vereist.<sup>15</sup>

Wel verwijst de ICT-richtlijn in een considerans naar de specifieke verbintenissen van de EU in het kader van de Algemene Overeenkomst inzake de handel in diensten (GATS) en bilaterale handelsovereenkomsten en legt uit dat de definities uit de ICT-richtlijn zijn gebaseerd op de daaraan gehechte lijsten van de EU-verbintenissen.<sup>18</sup> Aldus zullen we zien of deze handelsovereenkomsten nadere invulling geven aan het begrip 'specialist'.

### **4. GATS en de specifieke verbintenissen voor EU en lidstaten**

In het kader van GATS hebben de EU en de lidstaten specifieke afspraken gemaakt die betrekking hebben op het verkeer van natuurlijke personen tussen de respectieve lidstaten enerzijds en niet-lidstaten anderzijds. Deze verbintenissen zijn reeds in 1994 opgenomen in lijsten die als bijlagen bij het derde protocol zijn gehecht aan de GATS.<sup>19</sup> De definitie die daar is gegeven van het begrip specialist luidt:

13 Art. 12 lid 1 ICT-richtlijn jo. art. 3.30d lid 2 sub c Vb 2000.

14 Art. 21 en 22 ICT-richtlijn jo. art. 3.30d lid 3 Vb 2000.

15 Art. 3 sub f ICT-richtlijn.

16 Art. 5 lid 1 sub d ICT-richtlijn.

17 Art. 5 lid 1 sub e ICT-richtlijn.

18 Considerans 13 ICT-richtlijn.

19 GATS/SC/31 15 april 1994.

'persons working within a juridical person who possess uncommon knowledge essential to the establishment's services, research equipment, techniques or management.'

De Europese Commissie heeft in haar voorstel voor de ICT-richtlijn benadrukt dat, niettegenstaande het enigszins afwijkende woordgebruik, de definitie van specialist in de ICT-regeling gelijk is aan de definitie voortvloeiende uit de lijsten bij de GATS.<sup>20</sup>

Voor de beoordeling van de buitengewone kennis is van belang:

'not only knowledge specific to the establishment, but also whether the person has a high level of qualification referring to a type of work or trade requiring specific technical knowledge, including membership of an accredited profession.'

In 1995 is vanuit de EU per dienstensector per lidstaat ter aanvulling vastgelegd of, en zo ja, op welke wijze, de toets van 'hoge kwalificatie' nadere vereisten behoeft. Zo heeft Nederland voor een aantal sectoren in de dienstverlening opgenomen dat de werknemer dient te beschikken over: een universitair diploma, professionele kwalificaties en drie jaar werkervaring in de sector. Deze eisen zijn onder meer gesteld aan de diensten op het gebied van boekhouding, fiscaal advies, architectuur, engineering en constructie.<sup>21</sup>

De ICT-richtlijn maakt niet duidelijk of de lijsten uit 1995 met de aanvullende vereisten ook in acht moeten worden genomen bij de invulling van het begrip 'hoge kwalificatie' in de definitie van specialist in de zin van de ICT-richtlijn. Mocht dit wel de bedoeling zijn, dan dient de invulling van het begrip 'hoge kwalificatie' dus per dienstensector, per lidstaat bekeken te worden. Dit zou opmerkelijk zijn, aangezien het impliceert dat een werknemer in de ene lidstaat kan kwalificeren als specialist, terwijl dezelfde werknemer in een andere lidstaat geen specialist is. Gelet op het feit dat een werknemer met een ICT-vergunning niet alleen in de lidstaat waarin de gastentiteit is gevestigd, maar ook in andere lidstaten waar ook vestigingen van de onderneming zijn gevestigd, kan verblijven en werken,<sup>22</sup> zou een dergelijke uitleg kunnen leiden tot 'forumshopping'. Er is alsdan geen sprake van een uniforme uitleg van het begrip 'specialist'. Dit zou in strijd zijn met hetgeen de ICT-richtlijn beoogd, te weten:

'een transparante en vereenvoudigde procedure wordt vastgesteld voor de toelating van binnen een onderneming overgeplaatste personen, die is gebaseerd op gemeenschappelijke definities en geharmoniseerde criteria.'<sup>23</sup>

In de ICT-richtlijn is niet expliciet opgenomen dat ruimte wordt geboden aan de lidstaten voor een nationale invulling van de 'hoge kwalificatie'. Sterker nog, de richtlijn bepaalt dat sprake moet zijn van gemeenschappelijke definities en geharmoniseerde criteria.<sup>24</sup> Bovendien kan een per lidstaat en per dienstensector verschillende invulling het *level playing field* tussen ondernemingen actief op de EU-markt ondermijnen. Dit komt

de concurrentiepositie van de EU als geheel niet ten goede. Volgens Lörge was dit nu juist het doel van de ICT-richtlijn: 'By setting up a harmonised legal framework, this Directive's purpose is to facilitate intra-corporate transfers and thereby eventually boost the competitiveness of the EU-economy.'<sup>25</sup> Een nationale invulling van 'hoge kwalificatie' aan de hand van de aanvullende lijsten bij de GATS ligt aldus niet in de rede.

Daarbij zijn nog twee andere overwegingen relevant. Ten eerste betreffen de lijsten bij het derde protocol alleen de dienstensector, terwijl de ICT-richtlijn niet beperkt is tot deze sector. Onduidelijk is of men hieruit de conclusie zou moeten trekken dat in andere sectoren kan worden volstaan met de toets 'hoge kwalificatie' zonder hieraan aanvullende eisen te stellen. Ten tweede dateren de lijsten met afspraken tussen de EU-lidstaten met de nadere invulling van 'hoge kwalificaties' uit 1995. Alleen al vanwege het feit dat de EU sinds die tijd nog een aantal lidstaten heeft mogen verwelkomen, rijst de vraag hoe accuraat de lijsten zijn en wat dan voor de nieuwe lidstaten zou gelden.

Resumerend, lijken de GATS-lijsten slechts relevant in het kader van de definitie van specialist zoals opgenomen in de ICT-richtlijn. De EU-wetgever heeft bij deze definitie willen aansluiten.

De *aanvullende* lijsten met vereisten per lidstaat per dienstensector dienen ons inziens niet te worden gehanteerd voor invulling van het begrip 'hoge kwalificatie'. Immers, dit is in strijd met een beoogde uniforme definitie van het begrip specialist alsmede met doel en strekking van de ICT-richtlijn. De aanvullende lijsten zijn voorts gedateerd, hebben slechts betrekking op een beperkt aantal sectoren en omvatten niet alle lidstaten. Dat de ICT-richtlijn in artikel 4 lid 1 (uitsluitend) gunstiger bepalingen in bilaterale en multilaterale overeenkomsten toelaat, doet hieraan niet af. Hiermee is vermoedelijk niet bedoeld dat de definitie van specialist (en aldus de reikwijdte van de ICT-richtlijn) op nationaal niveau mag worden ingevuld.

Dan dient zich de vraag aan op welke wijze een 'hoge kwalificatie waaronder toereikende beroepservaring', zoals gedefinieerd in artikel 3 van de ICT-richtlijn, dan wél dient te worden ingevuld.

## 5. Nationale wetgeving

De ICT-richtlijn is in de nationale wetgeving geïmplementeerd door middel van het nieuwe artikel 3.30d Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb 2000).<sup>26</sup> Voor de definitie van specialist verwijst het betreffende artikel naar de richtlijn.

Interessant is dat in de Nota van Toelichting bij het wijzigingsbesluit Vb2000 wordt gesteld dat uit het kwalificatievereiste voortvloeit dat de beroepskwalificaties en/of beroepservaring van de specialist *in de regel* van hbo-niveau of universitair niveau dienen te zijn.<sup>27</sup> De verklaring hierbij is dat de toepassing van het kwalificatievereiste in de ICT-richtlijn consistent

20 Zie voor dat voorstel (COM(2010)0378, p. 8 en 11. De onderhandelingsdocumenten in de EU Raad van Minister over dit voorstel zijn te vinden in het register van de Raad door te zoeken met 2010/0209(COD).

21 GATS/SC/31/Suppl. 2, 28 juli 1995.

22 Voor de goede orde zij opgemerkt dat de ICT-richtlijn op dit punt een onderscheid maakt tussen korte-termijnmobiliteit (art. 21) en lange-termijnmobiliteit (art. 22).

23 Considerans 6 ICT-richtlijn.

24 Zie ook art. 4 lid 2 en considerans 9 ICT-richtlijn.

25 Zie voetnoot 8, Hailbronner en Thym (eds), p. 982. Zie ook COM (2010) 378, p. 203.

26 Besluit van 13 oktober 2016 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 en enige andere besluiten in verband met de implementatie van Richtlijn 2014/66/EU, *Stb.* 2016, 408.

27 Verkorte weergave: *Stb.* 2016, 408, Nota van Toelichting p. 8.

dient te zijn met de toepassing van soortgelijke bepalingen uit de Richtlijn blauwe kaart.<sup>28</sup>

In de Richtlijn blauwe kaart is opgenomen dat aan het vereiste van hogere kwalificaties is voldaan in geval van overlegging van een getuigschrift van hoger onderwijs of door ten minste vijf jaar beroepservaring in de betreffende sector op een niveau dat vergelijkbaar is met hbo-niveau of hoger.<sup>29</sup> Deze overweging in de toelichting is opvallend, aangezien in de ICT-richtlijn niet wordt verwezen naar de Richtlijn blauwe kaart waar het betreft de toepassing van het kwalificatie-vereiste. In het voorstel van de Europese Commissie wordt evenmin naar die richtlijn verwezen. Sterker nog, in de toelichting bij het voorstel voor de ICT-richtlijn werd uitgelegd dat op EU-niveau een keuze moest worden gemaakt:

- Ofwel de EU-wetgeving zou voorzien in een gemeenschappelijke definitie van het begrip 'binnen een onderneming geplaatste persoon' door het nader invullen van vereisten voor een aantal specifieke functies binnen transnationale ondernemingen conform de aan de GATS gehechte lijsten.
- Ofwel de EU-wetgeving zou hierin voorzien door een omschrijving van personeel met een sleutelpositie op basis van salaris- en getuigschriftvereisten conform de Richtlijn blauwe kaart. De Europese wetgever heeft uitdrukkelijk gekozen voor de eerste variant: aansluiten bij de aan de GATS gehechte lijsten. De lidstaten zouden immers reeds vertrouwd zijn met deze definities.<sup>30</sup>

## *Met de uitleg dat de ervaring of kwalificaties van de specialist van hbo-niveau of universitair niveau moeten zijn, loopt de Nederlandse wetgever voor de muziek uit.*

De verwijzing in de Nota van Toelichting naar de Richtlijn blauwe kaart is aldus onjuist. De ICT-richtlijn en de wetsgeschiedenis bieden geen enkele basis voor deze uitleg. Integendeel, het voorstel om aan te sluiten bij de definities van de Richtlijn blauwe kaart is expliciet verworpen.

Los van de onjuiste verwijzing naar de Richtlijn blauwe kaart, rijst de vraag waarom de Nederlandse wetgever er vanuit gaat dat de beroepskwalificaties en/of beroepservaring van de specialist *in de regel* van hbo-niveau of universitair niveau dienen te zijn. De Nederlandse wetgever houdt weliswaar een slag om de arm, maar geeft een duidelijke richting. Het biedt gewenste duidelijkheid, maar dit is waarschijnlijk een te strikte maatstaf, gelet op de ICT-richtlijn, omdat daarin voor de specialist geen scholingsniveau is genoemd maar is volstaan met het noemen van 'hoge kwalificatie'. Dit is vermoedelijk een bewuste keuze geweest van de EU-wetgever gelet op het feit dat voor de stagiair-werknemer in de ICT-richtlijn die duidelijkheid wel is gegeven. Voor deze werknemers is een universitaire opleiding vereist. Bij de specialist wordt blijkens de definitie ook relevant geacht de beroepservaring. Immers, vereist zijn 'hoge kwalificaties – waaronder toereikende beroepservaring'. De vraag rijst of een monteur die bijvoorbeeld unieke en voor de ontvangende vestiging essentiële kennis heeft over één specifiek onderdeel gelet op zijn 30-jarige bijzondere beroepservaring, een 'specialist' is als hij slechts een MBO-diploma heeft. Volgens de nationale wetgever is dit waarschijnlijk geen 'specialist' in de zin van de ICT-richtlijn, maar volgens de definitie in de ICT-richtlijn zelf zou deze monteur wellicht wel een specialist zijn.

## **6. Nog onduidelijk**

De toelichting bij de nationale wetgeving van de ICT-regeling lijkt in eerste instantie enige houvast te bieden. Specialisten zijn werknemers met buitengewone kennis die van wezenlijk belang zijn voor de hen opgedragen taak en zijn voor de betreffende taak in de regel op universitair of hbo-niveau werkzaam dan wel geschoold. Deze nationale uitleg kan alleen niet worden gestoeld op de ICT-richtlijn. De nationale wetgever loopt voor de muziek uit door eigenhandig invulling te geven aan het begrip 'hoge kwalificatie'. Een dergelijk niveauvereiste conflicteert met de beoogde vaststelling van uniforme definities, waaronder die van 'specialist'.

Maar het vasthouden aan de aanvullende afspraken in de GATS-lijsten van 1995 voor een nadere uitleg is eveneens in strijd met de uniforme uitleg van het begrip. Overigens zou het hanteren van deze aanvullende lijsten een en ander ook niet eenvoudiger maken; de kwalificatievereisten verschillen dan per lidstaat. Dan zou het overigens voor bedrijven die in meerdere lidstaten actief zijn, wel interessant worden om te bezien bij welke vestiging een werknemer het beste kan worden geplaatst. Op deze wijze kan alsnog 'gestuurd' worden op het van toepassing laten zijn van de ICT-richtlijn dan wel de kennismigrantenregeling.

En de monteur die binnen het concern tijdelijk wordt overgeplaatst? Daarvoor blijft nog onduidelijk of het een specialist in de zin van de ICT-richtlijn betreft. Krachtens de aanvullende GATS-lijsten uit 1995 vereist Nederland voor diensten in de constructiesector een universitair diploma en drie jaar werkervaring in de sector.<sup>31</sup> Indien deze lijst zou worden gevolgd, zou de monteur – die niet beschikt over een universitair diploma – niet kunnen kwalificeren als specialist. Indien de aanvullende lijsten niet van toepassing zijn – hetgeen het geval lijkt te zijn – dan blijft de vraag op welke wijze moet worden beoordeeld of zijn bijzondere technische kennis van wezenlijk belang is voor de gastentiteit én of zijn kwalificaties 'hoog' genoeg zijn.

De ogen zijn nu gericht op de IND en op de ontwikkeling van de praktijk. De rechterlijke macht zal zich over dit onderwerp vermoedelijk ook moeten uitspreken. Hopelijk zal dit opheldering bieden, maar het is te verwachten dat er eerst prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie moeten worden gesteld om duidelijkheid te krijgen over de vraag wie specialist is in de zin van de ICT-richtlijn.

Daarbij zal het Hof wellicht ook de vraag beantwoorden of de aanvullende GATS-lijsten uit 1995 van belang zijn, met andere woorden, of het is toegestaan dat er nationale verschillen kunnen bestaan tussen de lidstaten ten aanzien van de invulling van de definities. Gelet op het behandelde in dit artikel zou het antwoord ontkennend moeten luiden. Voor bedrijven met meerdere vestigingen binnen en buiten de EU is meer duidelijkheid over het begrip specialist in ieder geval welkom.

28 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.

29 Art. 2 sub g Richtlijn blauwe kaart.

30 Voorstel voor de Richtlijn/COM (2010) 378 def. 13 juli 2010, p. 3-6. Zie ook voetnoot 8, Hailbronner & Thym, p. 988.

31 GATS/SC/31/Suppl. 2, 28 juli 1995, p. 12.