

Nieuwe Blauwe Kaart Richtlijn

Oude wijn of nieuw elan?

Zal de in oktober 2021 in werking getreden nieuwe Europese Blauwe Kaartrichtlijn¹ voor Nederland veel veranderen? In hoeverre herstelt deze richtlijn de weeffouten van de vorige Blauwe Kaart Richtlijn,² wat voor nieuws brengt de richtlijn zoal, en hoe zal Nederland de implementatie aanpakken? Bram van Melle bespreekt deze vragen en komt tot de voorzichtige conclusie dat de nieuwe richtlijn best een stap in de goede richting is, maar ook een paar fundamentele gebreken in stand laat. Hierdoor is het succes van de nieuwe richtlijn allerminst verzekerd.

1. Inleiding

In deze eerste verkenning van de in oktober 2021 in werking getreden nieuwe Europese Blauwe Kaartrichtlijn onderzoek ik de vraag of er veel voor Nederland gaat veranderen. De EU-lidstaten hebben tot 18 november 2023 om de richtlijn in nationaal recht om te zetten en het is de vraag hoe Nederland de implementatie gaat aanpakken.

Twee jaar geleden schreef Maud Jennekens in dit blad over de ervaringen die het werkveld in Nederland had met de bestaande Europese Blauwe Kaart,³ die waren

niet erg positief.⁴ De (oude) Europese Blauwe Kaartrichtlijn biedt weliswaar in een aantal specifieke situaties uitkomst, maar in de meeste gevallen kiezen werkgevers voor de nationale kennismigrantenregeling, omdat die werkt met lagere en naar leeftijd gedifferentieerde salarisdrempels.

Ook de verplichte diploma-evaluatie – die zo drie tot vier weken kan duren – maakt de Europese Blauwe Kaartrichtlijn minder aantrekkelijk dan de kennismigrantenregeling. De statistieken laten al jaren zien dat de Europese Blauwe Kaart in de meeste EU-lidstaten (met uitzondering van Duitsland)⁵ weinig wordt

1 Richtlijn (EU) 2021/1883 van het Europees Parlement en de Raad van 20 oktober 2021 betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen met het oog op een hooggekwalificeerde baan, en tot intrekking van Richtlijn 2009/50/EG van de Raad (*PbEU* 2021, L 382).

2 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 (*PbEU* 2009, L 155).

3 *ibid.*

4 M.M.H. Jennekens, 'Herzieningsvoorstel Blauwe kaartrichtlijn. Ervaringen van professionals uit het werkveld kennismigratiebeleid', *A&MR* 2020-3, p. 108-113, ve20001027.

5 Dit wordt onder andere verklaard doordat Duitsland minder hoge salarisdrempels hanteert voor de Blauwe Kaart, die daardoor toegankelijker is, maar ook – en misschien vooral – omdat Duitsland ten tijde van de invoering van de Blauwe Kaart richtlijn geen goed functionerende regeling had voor hooggekwalificeerde migratie.

gebruikt.⁶ In dat kader lijkt ook veelzeggend dat er sinds het aflopen van implementatietermijn op 19 juni 2011 nog geen enkele prejudiciële vraag over de toepassing van de richtlijn is gesteld,⁷ al kan dat ook liggen aan het feit dat werkgevers in dergelijke zaken over het algemeen niet graag procederen.

Hieronder sta ik eerst stil bij de totstandkoming van de nieuwe richtlijn (2), dat is bepaald geen soepel traject geweest. Daarna ga ik in op een aantal elementen van de nieuwe richtlijn, zoals de toelatingsvoorwaarden (3), het erkend werkgeverschap (4), en de mobiliteitsopties (5). Dan volgen enkele losse eindjes (6), voor ik kom tot een conclusie (7). Als ‘disclaimer’ bij deze bespreking dient daarbij nog het navolgende. Ik bekijk de richtlijn vanuit een Nederlandse invalshoek, en focus vooral op wat voor nieuws de richtlijn voor Nederland brengt. Daardoor blijven sommige verbeteringen in de nieuwe richtlijn ten opzichte van de oude mogelijk onderbelicht. Dit geldt voornamelijk voor de situaties waarin het Nederlandse recht al voorziet in rechten die de nieuwe richtlijn biedt. Dergelijke verbeteringen hebben dan weinig impact in Nederland, terwijl die waarschijnlijk wel een positief effect in andere lidstaten zullen hebben.

2. Totstandkoming richtlijn

Bij de eerste evaluatie van Richtlijn 2009/50/EG, in 2014, bleek eigenlijk al dat de doelstellingen van de richtlijn niet gehaald werden.⁸ In de meeste EU-lidstaten werden maar weinig Blauwe Kaarten verstrekt. In de jaren daarop werd dat niet anders. De zwakke punten van de richtlijn waren een combinatie van weinig harmonisatie met dan wel weer vrij strenge toelatingsvoorwaarden. Het leverde mede door de vele facultatieve bepalingen die de richtlijn rijk was, een compleet verschillende uitwerking in de lidstaten op. Bovendien mochten lidstaten hun eigen nationale regelingen voor het aantrekken en toelaten van kennismigranten behouden. Dat deden zij ook, en in veel lidstaten gingen de nationale – gunstigere – regelingen met succes de competitie aan met de richtlijn (en de lidstaten de competitie op vestigingsklimaat met elkaar). In de voorbereiding van de nu tot stand gekomen richtlijn werd zelfs gewezen op het grote succes van de Nederlandse kennismigrantenregeling in verhouding tot Richtlijn 2009/50/EG.⁹

Het aanpassen en verbeteren van de richtlijn stond op de wetgevingsagenda van de Commissie en ook verscheen er in die periode een OECD-rapport waaruit bleek dat de EU achterbleef in de wereldwijde strijd om het aantrekken van hoogopgeleid talent.¹⁰ De EU zou met een aangepaste richtlijn effectiever worden in het aantrekken en behouden van internationaal talent, zo was de gedachte. Het voorstel van

de Europese Commissie voor een nieuwe richtlijn volgde al in 2016.¹¹

Een van de hete hangijzers was dat in het voorstel geen ruimte meer zou zijn voor nationale regelingen voor kennismigratie. Het voorgestelde artikel 3 lid 4 stelde expliciet de eis dat lidstaten geen andere vergunningen (dan de Europese blauwe kaart) zouden uitreiken aan onderdanen van derde landen met het oog op een hooggekwalificeerde baan.

Dat was onder andere voor Nederland een zeer gevoelig punt in de onderhandelingen, die begonnen in 2017. Andere moeilijke onderwerpen in de onderhandelingen waren de betrokkenheid van sociale partners bij vaststellen salarisdrempels (en hoe hoog sowieso die drempels in verhouding met het gemiddeld bruto jaarsalaris mochten worden), en het erkennen van relevante beroepservaring als alternatief voor diploma's.¹²

Het leidde tot onderhandelingen die bijna vier jaar duurden. Het meest opvallende aan de uiteindelijk aangenomen richtlijn is dat het voorgestelde verbod op parallelle nationale regelingen het uiteindelijk niet heeft gehaald. Artikel 3 lid 3 van de richtlijn stelt nu juist onomwonden dat de richtlijn geen afbreuk doet aan het recht van lidstaten om voor een hooggekwalificeerde baan andere verblijfsvergunningen dan een Europese blauwe kaart af te geven. Die aanpassing kan de komende jaren wel eens cruciaal blijken voor het succes – of het uitblijven ervan – van de nieuwe richtlijn. Uit de bespreking hieronder zal blijken dat er op meer essentiële punten water bij de wijn is gedaan om een compromis te bereiken.

3. Toelatingsvoorwaarden Blauwe Kaart

De algemene toelatingsvoorwaarden voor de Blauwe Kaart zijn niet wezenlijk veranderd. Nog steeds moet de aanvrager ervan (1) een arbeidsovereenkomst – of bindend baanaanbod – hebben, en (2) de juiste hogere beroepskwalificaties bezitten voor de baan – of indien van toepassing de juiste kwalificaties voor uitoefenen van een gereguleerd beroep. Daarnaast moet het salaris aan een bepaalde salarisdrempel voldoen (3) en moet de aanvrager over een reisdocument beschikken en (4) een zorgverzekering regelen of geregeld hebben, indien voorgeschreven.

Ook blijven grosso modo dezelfde algemene afwijzingsgronden (artikel 7 richtlijn) van toepassing, zoals frauduleus verkrijgen van de documenten die nodig zijn voor de aanvraag, bedreiging openbare orde, belastingschuld werkgever, of eerdere boetes illegale tewerkstelling.

Nieuw is de afwijzingsgrond dat er afgewezen kan worden als de onderneming is opgericht of opereert met het voornaamste doel de toegang van onderdanen van derde landen te faciliteren (artikel 7 lid 1 sub d richtlijn). Deze in mijn ogen lastig te handhaven afwijzingsgrond troffen we eerder ook al aan in artikel 8 lid sub c van Richtlijn 2014/66/EU die ziet op overplaatsingen binnen onderneming.¹³

6 Vgl. aantal uitgereikte Blauwe Kaarten per lidstaat, zie <https://bit.ly/3GYJzwJ>, met aantal uitgereikte vergunningen voor betaald werk in EU, zie <https://bit.ly/3mmVhcJ>.
7 Er is weliswaar één arrest, maar dat ziet niet specifiek op de Blauwe Kaart Richtlijn, maar op de mogelijke strijdigheid van een nationale regeling met de bepalingen inzake gelijke behandeling (met Unieburgers) die in een aantal van de migratierichtlijnen – waaronder de Blauwe Kaart Richtlijn – zijn opgenomen. Zie HvJ EU 28 oktober 2021, zaak C-462/20, ECLI:EU:C:2021:894.
8 COM(2014)287.
9 Zie onder andere in de uitgebreide briefing, getiteld ‘Revision of the EU Blue Card Directive’, van de European Parliamentary Research Service (EPRS), van 15 juli 2021: <https://bit.ly/33M5qJC>.
10 OECD/European Union (2016), Recruiting Immigrant Workers: Europe 2016, Recruiting Immigrant Workers, OECD Publishing, Paris, <https://bit.ly/3sjg6JNv>.

11 COM(2016)378 def.

12 Zie eerdergenoemde Briefing EPRS, noot 8.

13 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 (PbEU 2014, L 157).

3.1 Contractduur en geldigheidsduur

Toch gaat er voor de voorwaarde dat er een arbeidsovereenkomst of baanaanbod moet liggen wel iets veranderen. Zo moet er tot op heden een contract (of aanbod daartoe) voor minimaal een jaar liggen, en dat gaat naar minimaal zes maanden. De richtlijn gaat uit van een standaard geldigheidsduur van de Blauwe Kaart van 24 maanden, maar legt die niet dwingend op, en geeft lidstaten de mogelijkheid ervoor te kiezen om een kortere vergunning af te geven bij een kortere arbeidsovereenkomst. In dat geval wordt de minimum geldigheidsduur dan de duur van het contract plus drie maanden (artikel 9 lid 2 richtlijn).

Ik verwacht niet dat Nederland bij de implementatie kiest voor de standaardduur van 24 maanden. Het ligt meer voor de hand dat vastgehouden wordt aan de systematiek dat de vergunning de duur van de arbeidsovereenkomst volgt (plus drie maanden).

3.2 Hogere beroepskwalificaties

Ook het systeem van aantonen van beroepskwalificaties verandert enigszins. Hooggekwalificeerdheid aantonen kan nog steeds aan de hand van diploma's die het equivalent van drie jaar hoger onderwijs aantonen. De verwijzing naar de relevante internationale normen (niveau 6 van ISCED 2011 of, waar passend, niveau 6 van het EKK) geeft enig inzicht vooraf bij de inschatting of het diploma van iemand zal worden erkend in Nederland, maar ik verwacht verder niet dat het verandering brengt in de huidige procedure van diploma-evaluatie vooraf door het Informatiecentrum DiplomaWaardering (IcDW).

Er is opnieuw een bepaling opgenomen in de richtlijn die lidstaten toestaat kwalificaties met vijf jaar beroepservaring aan te tonen. Dat kon onder het regime van de oude richtlijn ook, maar het betrof een facultatieve bepaling (artikel 2 sub g richtlijn 2009/50/EG), waarvan Nederland destijds besloot geen gebruik te maken, omdat dit niet uitvoerbaar en handhaafbaar zou zijn.¹⁴ Ook de huidige bepaling is echter facultatief, met als enige (niet facultatieve) uitzondering de categorie leidinggevenden en specialisten op het gebied van informatie- en communicatietechnologie (artikel 2 sub 9(a) jo Bijlage 1 richtlijn). Zij mogen hogere beroepskwalificaties aantonen met ten minste drie jaar relevante beroepservaring, verworven binnen de zeven jaar vóór de aanvraag van een Europese blauwe kaart.¹⁵

Het is vooralsnog zeer de vraag of Nederland ditmaal wel zal kiezen voor het implementeren van de facultatieve bepaling, al zou het met de oplopende krapte op de arbeidsmarkt niet vreemd zijn om te kiezen voor een vorm van erkenning van relevante beroepservaring.

Ook hier zie je dat in de onderhandelingen over de richtlijn eigenlijk niet veel over is gebleven van het veel ambitieuzere Commissievoorstel waarin de erkenning van relevante beroepservaring (die vergelijkbaar is met het niveau van getuigschriften van hoger onderwijs) dwingend aan de lidstaten werd voorgeschreven.¹⁶ Daarvan is in de

aangenomen richtlijn alleen nog een hele specifieke subgroep van leidinggevenden en specialisten overgebleven in de informatie- en communicatietechnologie. Dat is bij uitstek een sector, waarin zo ongeveer iedereen toch al de nodige diploma's van hoger onderwijs bezit, dus de meerwaarde van deze afgezwakte variant van erkenning beroepservaring lijkt beperkt.

De salarisdrempel wordt vastgesteld door de betrokken lidstaat en moet zich bevinden tussen het gemiddelde bruto jaarsalaris en 1,6 maal dit jaarsalaris.

3.3 Salarisdrempels

Zoals eerder benoemd is het gebrek aan populariteit van de huidige Blauwe Kaartregeling (in Nederland) grotendeels te verklaren door de hoge salariscriteria die ervoor gelden. In 2021 is het minimumsalaris voor een Blauwe Kaart € 5.567 bruto per maand (vakantiegeld mag niet worden meegerekend in dit bedrag).¹⁷ Dit hoge criterium komt doordat de oude richtlijn voorschreef dat er een salarisdrempel moet gelden van minimaal anderhalf maal het gemiddelde bruto jaarsalaris (artikel 5 lid 3 Richtlijn 2009/50/EG).

In de nieuwe richtlijn wordt een andere systematiek gehanteerd. De salarisdrempel wordt vastgesteld door de betrokken lidstaat, 'na overleg met de sociale partners overeenkomstig de nationale praktijken' (artikel 5 lid 3 richtlijn). De salarisdrempel moet vervolgens minimaal gelijk zijn aan, en mag niet hoger zijn dan 1,6 maal, het gemiddelde bruto jaarsalaris in de lidstaat. In het voorstel van de Europese Commissie was overigens nog helemaal geen sprake van overleg met de sociale partners, en lag de maximale drempel op 1,4 maal het gemiddelde jaarsalaris.¹⁸ Blijkbaar hebben de lidstaten toch meer ruimte willen krijgen om hogere salarisdrempels vast te stellen, aangezien in de aangenomen richtlijn het maximum toch weer op een factor 1,6 van het gemiddeld bruto jaarsalaris is gesteld.

Voor banen in specifieke beroepen, waaraan grote behoefte bestaat, mag 80 % van de salarisdrempel worden gehanteerd, maar ook dan moet het minimum van 1,0 maal het bruto gemiddeld jaarsalaris worden gehaald (artikel 5 lid 4 Richtlijn).

Het moet dan wel gaan om banen die tot de hoofdgroepen 1 en 2 van de International Standard Classification of Occupations (ISCO-classificatie) behoren, dat zijn managers en professionals.¹⁹ Die laatste groep is overigens vrij breed, en kan ook leraren en gespecialiseerde verpleegkundigen omvatten.

Bij recent – niet langer dan drie jaar geleden – afgestudeerden bestaat ook de mogelijkheid een lagere salarisdrempel (van 80 %) te hanteren, mits die 80 %-norm nog steeds minimaal gelijk is aan het gemiddeld bruto jaarsalaris (artikel 5 lid 5 Richtlijn).

¹⁴ Jenneskens A&MR 2020, p. 112; *Stb.* 2010, 307.

¹⁵ Uiterlijk op 18 november 2026, en vervolgens om de twee jaar, brengt de Commissie verslag uit over haar beoordeling van deze lijst. Artikel 26 lid 2 regelt het overleg en de procedure die uiteindelijk kan leiden tot een voorstel tot aanpassing van de lijst, als dat nodig wordt geacht in verband met de veranderende behoeften van de arbeidsmarkt.

¹⁶ Artikel 2 sub i van het Commissie voorstel, zie COM(2016)378 def..

¹⁷ Voor de kennismigrantenregeling zijn de bedragen respectievelijk € 4.752, € 3.484 of € 2.497 bruto per maand, al naar gelang je dertig jaar of ouder bent, onder de dertig, of indien het afgestudeerden criterium geldt.

¹⁸ COM(2016)378 def.

¹⁹ Zie uitgebreider wie daaronder kunnen vallen, ISCO-08, International Labour Office Geneva: ILO, 2012, <https://bit.ly/3qbpSeu>.

4. Erkende werkgevers

Geheel nieuw is dat de richtlijn een systeem van erkende werkgevers invoert, voor wie gunstiger voorwaarden voor het aanvragen van Blauwe Kaarten gelden. Dit lijkt geïnspireerd op het Nederlandse systeem van erkend referentschap.²⁰

4.1 Erkennung en procedure

De erkenningsprocedures mogen geen onevenredige of buitensporige administratieve lasten of kosten meebrengen (artikel 11 lid 1 richtlijn).²¹ Lidstaten stellen erkende werkgevers in elk geval vrij van het overleggen van de bewijzen dat aan de hogere beroepskwalificaties wordt voldaan, dat de aanvrager over een ziektekostenverzekering beschikt (of daartoe een aanvraag heeft gedaan), en van de verplichting om een adres in de lidstaat op te geven. Op een aanvraag die door een erkend werkgever is ingediend moet binnen dertig dagen worden beslist, in plaats van de negentig dagen die er normaal voor staan (artikel 11 lid 1 richtlijn).

Die dertig dagen is echter nog steeds een stuk ruimer dan de twee weken die de IND hanteert als streeftermijn bij het afdoen van aanvragen door een erkend referent in het bestaande systeem, en die dus zowel voor de aanvragen voor een Blauwe Kaart als voor kennismigranten geldt.²² Zo bezien krijgen aanvragers voor een Blauwe Kaart hierdoor geen snellere procedure dan zij al hadden als een erkend referent die voor hen aanvraagt. Anderzijds is de twee weken termijn in het huidige Nederlandse systeem een streeftermijn is, en zijn er geen middelen om naleving ervan juridisch af te dwingen. Dat is anders bij de nieuwe dertig dagen termijn, die dan gewoon een wettelijke termijn is, althans wordt.

4.2 Afwijzing erkenning

Afwijzing kan plaatsvinden als aan de werkgever eerder een sanctie is opgelegd wegens illegale tewerkstelling of omdat hij zijn wettelijke verplichtingen inzake sociale zekerheid, belasting, arbeidsrechten of -voorwaarden niet is nagekomen. Wel moeten lidstaten daarbij rekening houden met de specifieke omstandigheden van het geval en de tijd die sinds oplegging van de sanctie is verstreken; bovendien moet het evenredigheidsbeginsel worden geëerbiedigd.

Deze toets vereist meer maatwerk dan waarin wordt voorzien in de huidige regels inzake verkrijging van het erkend referentschap. Zo schrijft de Vc voor dat de aanvraag om erkenning wordt afgewezen als de aanvrager in de vier voorafgaande jaren fiscale vergrijpboetes kreeg opgelegd. In een procedure enkele jaren geleden waarin de aanvraag van voetbalclub Ajax om erkend referent te worden was afgewezen wegens enkele eerdere (en relatief kleine) boetes van de Belastingdienst, oordeelde de Afdeling dat de wetgever beoogd had de staatssecretaris bij het invullen van deze norm de nodige beoordelingsruimte te geven. De rechtbank – aldus de Afdeling – had het standpunt van de staatssecretaris dat de betrouwbaarheid van werkgever onvoldoende vaststaat dan ook *met de nodige*

terughoudendheid moeten toetsen.²³ De staatssecretaris mocht zulk beleid met dwingende afwijzingsgronden voeren, er was geen ruimte voor een evenredigheidstoets, en alleen bijzondere omstandigheden als bedoeld in artikel 4:84 zouden nopen tot afwijking van het beleid.

Het is de vraag of de Afdeling vandaag de dag een eenzelfde terughoudende toets aan zou leggen,²⁴ maar nog steeds is de afwijzing van erkend referentschap in een dergelijke situatie (en het beleid kent er meer) dwingend voorgeschreven.²⁵ Het is de vraag of dat beleid na aflopen van de implementatieperiode nog in stand kan blijven. Artikel 11 zesde lid van de richtlijn schrijft voor dat lidstaten die reeds nationale procedures voor erkenning hebben, zij deze ook voor de afgifte van Blauwe Kaarten moeten gebruiken als de voorwaarden voor de erkenning gunstiger zijn dan die in de richtlijn.

Sowieso is het de vraag of de regels voor erkenning in Nederland op het moment gunstiger zijn dan die van de richtlijn. De richtlijn geeft regels voor de procedure en richt zich vooral op de transparantie van de lidstaten over de gevolgen van niet-nakoming van voorwaarden en de sancties daarop (artikel 13 lid 1), maar stelt eigenlijk geen materiële voorwaarden voor de erkenning.

Het erkend referentschap in het huidige systeem komt met de nodige verplichtingen, zoals de administratieve- zorg-, en informatieplicht,²⁶ waarvan overtredingen beboetbaar zijn. Dit maakt de bestaande Nederlandse vorm van erkend werkgeverschap ook erg belastend, maar het is dus maar zeer de vraag of dat in strijd met de richtlijn kan zijn, nu deze in alle toonaarden zwijgt over de materiële voorwaarden die aan de erkenning of het behoud ervan gesteld kunnen worden.

Uiteindelijk is het goed voorstelbaar dat Nederland bij de implementatie het standpunt inneemt dat met de bestaande regelgeving (het huidige stelsel van erkend referentschap) artikel 13 van de richtlijn wordt omgezet. Dan zou ook het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel van toepassing worden op de aanvraag erkend referentschap, en mijns inziens ook op de sancties opgelegd bij niet-nakoming van erkend referentverplichtingen. Zodoende zou het beginsel verder reiken dan de Blauwe Kaart alleen²⁷ en zou in elk geval de regelgeving inzake de verkrijging van erkend referentschap aangepast moeten worden.

Het is ook mogelijk dat de wetgever de huidige regelgeving over erkend referentschap aanvult met enkele specifieke (gunstigere) bepalingen over de Blauwe Kaart en daarmee de facto een soort erkend referentschap light creëert.²⁸

20 Zie uitgebreid over deze systematiek die bij de Wet MoMi werd ingevoerd, S.M. Groen, T. de Lange e.a., 'Wet modern migratiebeleid. overheid en referent', *A&MR* 2013-4, ve13001176.

21 Over deze legesbedragen heeft de Afdeling eerder al geoordeeld dat zij niet onevenredig zijn, nu de hoogte daarvan is gebaseerd op de feitelijke diensten die voor de verwerking van de aanvraag en de erkenning als referent worden geleverd. Daarnaast is het een eenmalige investering, die een economisch doel dient en leidt tot kostenbesparing. Ook doen zij geen afbreuk aan het doel en nuttig effect van de GVVA-richtlijn (2011/98/EU) omdat erkenning facultatief is. Vgl. ABRvS 19 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3764, *JV* 2019/20 m.nt. T. de Lange, ve18006971. Het is de vraag of die beoordeling ook nog opgaat in de nieuwe situatie waarbij de richtlijn zelf in een erkenningsprocedure voorziet.

22 Vc B1/ 3.4.1.4.

23 ABRvS 21 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:183, ve16000181, r.o. 2.1.

24 Zie hierover uitgebreid het Verslag van de werkgroep juridische reflectie, ten behoeve van de reflectie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over de kinderopvangtoeslagzaken, hier te raadplegen: <https://bit.ly/32lhC34>.

25 Vc B1/2.1.

26 Zie de artikelen 4.17-4.42 Vv.

27 Indien de Nederlandse wet- en regelgeving geen onderscheid maakt tussen enerzijds een zuiver interne situatie waarin de feiten van het hoofdgeding buiten de werkingsfeer van het Unierecht vallen, en anderzijds een door het Unierecht beheerste situatie, worden de desbetreffende Unierechtelijke bepalingen tevens rechtstreeks en onvoorwaardelijk van toepassing op de interne situatie, vgl. ABRvS 7 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3897, r.o. 1.2.

28 Dat kan dan niet in het materiehoofdstuk in de Vc, omdat omzetting van een richtlijn niet per beleidsregel is toegestaan, vgl. HvJ EU 30 mei 1991, *Commissie t. Duitsland*, zaak C-361/88, ECLI:EU:C:1991:224.

5. Mobiliteit

Een van de zaken die in de vorige richtlijn uiteindelijk niet zo van de grond kwamen was de mobiliteit tussen lidstaten. De Blue Card is geïnspireerd door de Amerikaanse Green Card en in de aanvankelijke plannen zou er veel meer ruimte zijn om met een Blue Card te kunnen gaan werken in een andere lidstaat dan waar de Blue Card afgegeven was. Deze mobiliteitsopties werden in de onderhandelingen vervolgens flink beperkt. Uiteindelijk kon een houder van de Europese blauwe kaart na achttien maanden legaal in een eerste lidstaat te hebben verbleven, naar een andere lidstaat verhuizen, waar hij dan een nieuwe Europese blauwe kaart moest aanvragen. Daarbij werd in de tweede lidstaat opnieuw beoordeeld of betrokkene voldoet aan de voorwaarden die daar werden gesteld, zodat er geen sprake was van echte mobiliteit. Wel kon je – als je langer dan achttien maanden houder van een Blauwe Kaart was geweest in een lidstaat – die opgebouwde rechten meenemen naar de tweede lidstaat om daar eerder voor EU-langdurig ingezetene status in aanmerking te komen.

Deze laatste optie bestaat ook in de nieuwe richtlijn, en kan nu al na één jaar, in plaats van achttien maanden. Ook kunnen onder het regime van de nieuwe richtlijn opgebouwde tijdvakken van legaal verblijf makkelijker worden gecumuleerd. De derdelander mag, als hij in meerdere lidstaten heeft gewerkt, de tijd van rechtmatig verblijf op bepaalde andere vergunningen (zoals nationale vergunningen voor hooggekwalificeerden, of als onderzoeker) cumuleren, mits de laatste twee van de vijf jaar worden volgemaakt met een Blauwe Kaart in de lidstaat waar EU-langdurig ingezetene status wordt aangevraagd (artikel 18 lid 2 jo. 21 richtlijn). Dit geldt ook voor zijn gezinsleden (artikel 17 lid 7 richtlijn).

Het kunnen cumuleren van tijd op verschillende verblijfsrechten is echt een wezenlijke verbetering voor de werknemer. Of het ook echt de vraag naar Blauwe Kaarten (ditmaal vanuit de werknemer in plaats van de werkgever) zal aanjagen valt nog moeilijk te voorspellen. Het wordt immers tegelijkertijd minder belangrijk om in het eerste werkland direct een Blauwe Kaart aan te vragen (mits je maar eindigt met twee jaar Blauwe Kaart).

Ten slotte moet er in een nieuwe lidstaat snel werkautorisatie worden verleend. Men moet in de tweede lidstaat binnen een maand een aanvraag Blauwe Kaart indienen en dan mag het ten hoogste dertig dagen duren voordat werkautorisatie wordt verleend (artikel 31 lid 3 richtlijn).

5.1 Korte mobiliteit: werkactiviteiten

Een bijzondere variant is nog de korte mobiliteit. Ontzettend belangrijk voor werkgevers, omdat werknemers vaak tijdelijk werkzaamheden moeten verrichten in andere lidstaten dan de lidstaat waar ze gevestigd zijn. Omdat de regels per lidstaat verschillen wat men voor korte periodes zonder tewerkstellingsvergunning mag doen, was het erg nuttig geweest als de richtlijn op dat punt meer harmonisatie had gebracht.²⁹ De richtlijn doet wel een poging om daarvoor iets te regelen onder de noemer kortetermijnmobiliteit.

De voorgestelde systematiek is nu als volgt geworden: de Blauwe Kaarhouder mag voor korte periodes (van maximaal 90 uit 180 dagen)³⁰ naar een andere lidstaat om ‘werkactiviteiten’ te verrichten zonder daarvoor een tewerkstellingsvergunning te hoeven aanvragen (artikel 20). Maar die activiteiten moeten dan wel ‘rechtstreeks verband’ houden ‘met de zakelijke belangen van de werkgever en met de beroepsmatige verplichtingen van de houder van een Europese blauwe kaart op basis van de arbeidsovereenkomst’ (artikel 2 sub 13 richtlijn).

Daaronder vallen dan in elk geval: het bijwonen van interne of externe bedrijfsvergaderingen, het bijwonen van conferenties of seminars, het onderhandelen over zakelijke transacties, het verrichten van verkoop- of marketingactiviteiten, het onderzoeken van bedrijfsopportunities, of het bijwonen en volgen van opleiding.

Dat zijn activiteiten waarover de lidstaten het – zo vermoed ik – redelijk eenvoudig eens konden worden dat daarvoor geen tewerkstellingsvergunning vereist was. Wat verder is toegestaan wordt helaas toch weer gewoon op het niveau van de lidstaat geregeld. De lidstaten moeten wel zorgen voor toegankelijke informatie over welke (andere) werkactiviteiten in hun lidstaat zijn toegestaan in het kader van korte mobiliteit (artikel 24 lid 1 sub a richtlijn). Ook moeten zij jaarlijks (en als tussentijds wijzigingen plaatsvinden) een lijst met toegestane werkactiviteiten met de Europese Commissie delen (artikel 24 lid 3 sub c).

Een lagere salarisdrempel kan een oplossing bieden voor beroepsgroepen, bijvoorbeeld die van de zorg, waaraan in Nederland een groot tekort is.

6. Varia

Er zijn nog een aantal losse zaken die in de richtlijn worden geregeld, maar weinig impact voor Nederland zullen hebben. Zo geeft de richtlijn lidstaten de mogelijkheid te regelen dat een houder van een Blauwe Kaart mag werken als zelfstandige naast de arbeid in loondienst op grond waarvan de Blauwe Kaart is afgegeven. Dat is een optionele bepaling, en hierin voorziet de Nederlandse regelgeving reeds. Datzelfde geldt voor de toelating van en toegang tot de arbeidsmarkt voor gezinsleden (artikel 17).

De richtlijn biedt sowieso verbeteringen ten opzichte van de vorige richtlijn op het terrein van gezinshereniging, voor wat betreft de toelating, wachttermijn, en het eerdergenoemde cumuleren van verblijfsrecht in meerdere lidstaten, maar alleen dat laatste brengt verandering voor Nederland omdat in de overige rechten op grond van nationaal recht werd voorzien.

Ook is er een aantal facultatieve bepalingen opnieuw opgenomen waarvan Nederland destijds geen gebruik heeft gemaakt, en waarvan niet te verwachten valt dat dat nu anders zou worden, zoals het opnemen van een quotum voor het maximaal aantal toe te laten Blauwe Kaarhouders (artikel

29 Zie hierover ook J. Antoons & A. Ghimis, ‘What it takes to have a successful new Blue Card scheme: The practitioner’s viewpoint’, *European Law Journal*, 2020, afl. 3-4, p. 264-273.

30 Dit is geheel conform het circulatierecht van artikel 21 van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst (SUO).

6) en het toepassen van een arbeidsmarkttoets bij toelating (artikel 7, lid 2 sub a richtlijn).

Wel nieuw is dat Blauwe Kaarthouders die daarop de status verwerven van EU-langdurig ingezetene, de extra opmerking op de vergunning krijgen dat zij ‘voormalig houder van een Europese blauwe kaart’ zijn, hetgeen ze het recht geeft om geen 12 maar 24 maanden buiten het EU-grondgebied te verblijven zonder deze status te verliezen.

Ten slotte schrijft de richtlijn op een flink aantal terreinen voor dat als de nationale regeling op het betreffende punt gunstiger is voor derdelanders, die gunstiger regel moet worden toegepast in plaats van de regels uit de richtlijn.³¹ Hoewel de invloed van deze meestbegunstigingsclausules niet op alle terreinen groot zal zijn, omdat in die gevallen nationaal recht reeds in die rechten voorziet, valt niet uit te sluiten dat uit deze bepalingen op termijn nog eens aangename verrassingen voor derdelanders kunnen voortvloeien. In elk geval vormen ze mogelijk een effectieve methode om de afstand tussen de nationale regelingen – voor zover die blijven bestaan – en de richtlijn te verkleinen.

7. Op zijn best een blend

Jenneskens was in haar eerdergenoemde bijdrage nog gematigd optimistisch over de kansen op succes in Nederland voor de nieuwe richtlijn, maar in het voorstel voor de richtlijn dat toen voorlag zou de kennismigrantenregeling het veld ruimen.³² Ik betwijfel of de nieuwe richtlijn de geconstateerde gebreken van de eerdere richtlijn adresseert. Op het meest contentieuze punt, de parallelle nationale regelingen, heeft de Commissie volledig bakzeil gehaald, en ook op het terrein van salarisdrempels houden de lidstaten veel vrijheid. Verder staat de richtlijn, net als zijn voorganger wel met facultatieve bepalingen. De grootste weeffouten uit de eerdere richtlijn zijn dus niet aangepakt, gewoonweg omdat de lidstaten er niet aan wilden,

Daar staat tegenover dat de richtlijn wel wat nieuwe elementen bevat die vooruitgang zullen brengen. De nieuwe richtlijn brengt sowieso een niveau van harmonisatie, dat de andere lidstaten een stuk dichterbij de Nederlandse situatie brengt. Dat komt ook door de invoering van een systeem van erkende werkgevers in de richtlijn, dat sterk lijkt op het Nederlands systeem van erkend referentschap al dat sinds 2013 in Nederland bestaat. Ook de eerdergenoemde meestbegunstigingsclausules zullen lidstaten dwingen de Europese en nationale regelingen meer op elkaar af te stemmen. Mogelijk is er dan over een paar jaar sprake van een iets verder geëgaliseerd speelveld,³³ waardoor de volgende stap, het volledig harmoniseren van dit terrein – ditmaal met uitsluiting van parallelle nationale regelingen – geen al te grote stap meer zou zijn.

Zal Nederland daadwerkelijke kiezen voor een lagere salarisdrempel dan nu het geval is? Zo ja, wat betekent dat dan

voor de kennismigrantenregeling? Het feit dat Nederland in de onderhandelingen sterk heeft gestreefd naar behoud van een eigen nationale regeling voor kennismigratie, doet me vermoeden dat men blijft inzetten op de nationale regeling, met de Blauwe Kaart als alternatief. Het is één ding om als Europese Unie een vuist naar andere handelsblokken te maken in de strijd om internationaal talent, daar zijn alle lidstaten wel voor te porren. Het is een heel ander ding om concurrentievoordeel in vestigingsklimaat ten opzichte van andere lidstaten in te leveren. Daartoe lijkt Nederland – en dat begrijp ik best – niet echt genegen.

Aan de andere kant is er nu sprake van grote krapte op de Nederlandse arbeidsmarkt (ten tijde van de implementatie van de oude richtlijn zaten we nog volop in de Kredietcrisis), en het hanteren van een lagere salarisdrempel zou een effectieve methode kunnen zijn om aan die vraag te voldoen.

Er zit wat nieuwe wijn bij, maar uiteindelijk wordt het op zijn best een blend.

Veel zal in Nederland afhangen van het overleg met de sociale partners, en of Nederland na dit overleg kiest voor een lagere salarisdrempel. Daar valt of staat het succes (in Nederland) van de regeling bij. Immers, als de salarissen fors boven die van de kennismigrantenregeling blijven hangen, zullen werkgevers waarschijnlijk blijven kiezen voor de kennismigrantenregeling, zelfs als er vanuit werknemers – door de verruimde mobiliteitsrechten – meer vraag naar komt. Mocht Nederland toch voor een (substantieel) lagere salarisdrempel kiezen, dan wordt de Blauwe Kaart mogelijk in één keer een oplossing voor beroepsgroepen (in bijvoorbeeld de zorg) waar in Nederland een groot tekort aan is, maar voor wie tot op heden (mede vanwege de net te lage salarissen) eigenlijk geen verblijfsvergunningen verkregen kunnen worden

Naast de salarisdrempels wordt het interessant te zien hoe het Unierecht (deels) gaat doorwerken in de figuur van het erkend referentschap, met inbegrip van het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel. Dit kan nog wel eens een verrassend verschil gaan maken. Misschien strekt die invloed ook uit tot andere delen van het arbeidsmigratiebeleid voor hooggekwalificeerden, maar of en zo ja hoe is op dit moment nog moeilijk te overzien.

Ten slotte is de mogelijkheid van korte termijn mobiliteit een potentieel sterk punt van de richtlijn. Daarvoor geldt echter dat veel afhangt van hoe de lidstaten omgaan met de lijsten ze moeten opstellen met ‘toegestane werkactiviteiten’. Zullen meer werkactiviteiten toestaan voor kort verblijf dan als het een zuiver interne situatie, buiten de werkingssfeer van het Unierecht, was geweest? We gaan het zien.

Het valt niet uit te sluiten dat de nieuwe richtlijn voor landen als Nederland, die reeds een goed werkende nationale regeling hebben om de instroom van hooggekwalificeerde arbeid te reguleren maar vooral ook te faciliteren, weinig nieuws brengt. Niettemin biedt de richtlijn meer dan oude wijn in nieuwe zakken. Er zit wel wat nieuwe wijn bij, al wordt het uiteindelijk op zijn best een blend. ◀

31 Het gaat dan om procedurele waarborgen (art. 11 lid 6), hoogte van de leges (art. 12), toegang tot arbeid als zelfstandige (artikel 15 lid 6), het recht op gelijke behandeling (art. 16 lid 7), de rechten van gezinsleden (art. 17 lid 10), en toegang tot informatie (art. 24 lid 2).

32 Jenneskens, *A&MR* 2020, p. 113.

33 Het creëren van een gelijk speelveld is een van de hoofdoelen van de richtlijn, zie expliciet overweging 7 van de preambule bij de richtlijn.