

Artikel

Het ontslag van de kennismigrant

mr. Jelle Kroes en mr. Ruud Schepers*

1. Inleiding

Nederland heeft een krappe arbeidsmarkt. Bedrijven zoeken daarom steeds vaker personeel buiten Nederland. Tussen 2006 en 2021 is het aantal arbeidsmigranten bijna verviervoudigd. Het is de verwachting dat het aantal arbeidsmigranten in 2030 ongeveer 1,2 miljoen bedraagt.¹ Het grootste aantal arbeidsmigranten is afkomstig van binnen de Europese Unie (EU). Toch komen arbeidsmigranten steeds vaker ook van buiten de EU, zoals Groot-Brittannië, India, Turkije en China. In 2021 was dit 23% van het totaal aantal arbeidsmigranten.² Een groot deel van deze arbeidsmigranten bestaat uit zogenaemde kennismigranten.³ Dit zijn hoogopgeleide arbeidskrachten die door Nederlandse werkgevers zijn aangetrokken. In 2022 kwamen er ongeveer 26.145 kennismigranten naar Nederland.⁴ In dit artikel gaan wij in op de positie van de kennismigrant op grond van het Nederlandse (ontslag)recht, vanuit het oogpunt van de werkgever. Hiervoor zullen wij ter introductie eerst toelichten wat de verblijfsvergunning als kennismigrant inhoudt.

2. Verblijfsvergunning als kennismigrant

Op grond van artikel 2 lid 1 Wet arbeid vreemdelingen is het een werkgever niet toegestaan een vreemdeling zonder tewerkstellingsvergunning of gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid (GVVA) arbeid te laten verrichten in Nederland.⁵ Een vreemdeling is eenieder die de Nederlandse nationaliteit niet bezit en niet op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander moet worden behandeld. Deze laatste uitzondering ziet met name op de EU. Binnen de EU geldt immers vrij verkeer van werknemers. Dit betekent voor werknemers met de nationaliteit van een EU-land dat zij geen tewerkstellingsvergunning nodig hebben om in Nederland arbeid te mogen verrichten. Vrijwel dezelfde rechten gelden voor werknemers uit landen binnen de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA), te weten IJsland, Liechtenstein, Noorwegen en Zwitserland. In het kader van dit artikel richten wij ons op de vreemdeling, zijnde de werknemer met een niet EU/EVA-land-nationaliteit.

Een vreemdeling die minder dan negentig dagen in Nederland gaat werken, heeft – afhankelijk van de nationaliteit – een visum kort verblijf nodig en meestal ook een tewerkstellingsvergunning. Het gros van de vreemdelingen werkt langer dan negentig dagen in Nederland. Dan is een verblijfsvergunning vereist. Er zijn verschillende verblijfsvergunningen om te werken in Nederland. Deze kunnen worden onderverdeeld in twee hoofdcategorieën. Onder de eerste categorie behoren de regelingen waarbij een arbeidsmarkttoets moet plaatsvinden. Dit betekent dat de werkgever moet aantonen dat er voor de vacature geen kandidaten beschikbaar zijn binnen de

* Jelle Kroes is advocaat bij Kroes Advocaten Immigration Lawyers. Ruud Schepers is advocaat bij Kennedy Van der Laan.

1 SEO Economisch onderzoek, Arbeidsmigratie in 2030, p. 26 e.v.

2 SEO Economisch onderzoek, Arbeidsmigratie in 2030, p. 9.

3 www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2023/27/arbeidsmigrant-van-buiten-de-eu-vaak-een-mannelijke-kennismigrant.

4 www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2023/27/toename-aantal-immigranten-in-2022-vooral-door-oorlog-oekraïne.

5 De GVVA combineert de verblijfsvergunning en de tewerkstellingsvergunning.

landen van de EU/EVA. Indien de werkgever dit kan aantonen krijgt de vreemdeling een GVVA. Deze verblijfsvergunning is gebonden aan een specifieke werkgever en bij wijziging dient opnieuw een arbeidsmarkttoets plaats te vinden. Dit vormt een belangrijke belemmering voor de vreemdeling bij het vinden van een andere baan na beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Onder de tweede categorie vallen de verblijfsvergunningen voor hoogopgeleide vreemdelingen, zoals de *intra corporate transferee* (ICT) verblijfsvergunning voor intra-concerndetacheringen, de verblijfsvergunning voor wetenschappelijk onderzoekers, de Europese Blauwe kaart voor vreemdelingen met een hogere opleiding of minimaal vijf jaar relevante werkervaring en de verblijfsvergunning voor kennismigranten. De verblijfsvergunning voor kennismigranten is relatief gezien de eenvoudigste en snelste manier om een vreemdeling tewerk te stellen in Nederland. Een groot deel van de verleende verblijfsvergunningen om te werken in Nederland betreft een verblijfsvergunning als kennismigrant.⁶

2.1 Voorwaarden

De belangrijkste voorwaarden voor het verkrijgen van een verblijfsvergunning als kennismigrant zijn vastgelegd in artikel 2.1 Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen 2022. Het gaat dan om (i) het hebben van een arbeidsovereenkomst met een erkend referent en (ii) het voldoen aan de salarishnorm. Om als erkend referent te worden aangemerkt dient de werkgever een aanvraag te doen bij de IND (Immigratie- en Naturalisatiedienst). Hiervoor gelden verschillende vereisten, zoals een inschrijving in het Handelsregister, het voldoende waarborgen van de continuïteit, solvabiliteit, betrouwbaarheid etc.⁷ Zo'n 10.000 bedrijven in Nederland zijn erkend referent.⁸ Daarnaast moet aan de salarishnorm worden voldaan. Voor werknemers van 30 jaar of ouder bedraagt deze norm per 1 januari 2024 € 5.331 bruto per maand exclusief vakantiegeld. Onder de 30 jaar is de salarishnorm € 3.909 bruto per maand exclusief vakantiegeld. En voor recent in Nederland of aan een buitenlandse top 200 universiteit afgestudeerden is de salarishnorm € 2.801 bruto per maand exclusief vakantiegeld, ongeacht hun leeftijd. Los van de salarishnorm dient in ieder geval sprake te zijn van een marktconforme beloning.⁹ Dit betekent dat, ook als aan de salarishnorm wordt voldaan, de verblijfsvergunning als kennismigrant geweigerd kan worden als de beloning niet marktconform is. Bij wijziging van werkgever dient aan het dan geldende salarishcriterium te worden voldaan. Dus als een kennismigrant inmiddels 30 jaar is geworden dan geldt een aanzienlijk hogere salarishnorm. Bij parttimewerk geldt geen pro rata-bedrag; de salarishcriteria zijn absolute bedragen per maand.

6 www.cbs.nl/nl-nl/cijfers/detail/82027NED.

7 Art. 2.1 Vreemdelingencirculaire B1 Regulier algemeen.

8 Zie de openbare lijst van erkend referenten op de IND website: <https://ind.nl/nl/openbaar-register-erkende-referenten>. Deze lijst wordt één keer per maand bijgewerkt.

9 Art. 3.30a Vreemdelingencirculaire B6 Kennis en talent.

Op grond van artikel 16 Vreemdelingenwet (Vw) gelden voor de kennismigrant ook een aantal specifieke voorwaarden. De belangrijkste zijn dat de kennismigrant dient te beschikken over een geldig paspoort en geen onjuiste informatie mag verstrekken dan wel gegevens mag achterhouden als deze gegevens tot een afwijzing geleid zouden hebben. Daarnaast mag de kennismigrant geen gevaar zijn voor de openbare orde of nationale veiligheid. Dit laatste is bijvoorbeeld het geval als wegens een misdrijf een taakstraf, onvoorwaardelijke geldboete of onvoorwaardelijke gevangenisstraf is opgelegd.¹⁰

De verwachting is dat de Europese Blauwe kaart zich binnen afzienbare tijd in populariteit zal kunnen meten met de kennismigrantenvergunning. Door invoering van de gewijzigde Europese Blauwe kaart richtlijn¹¹ op 11 juni 2024 is de salarishnorm verlaagd en gelijkgetrokken met de 30+ kennismigranten norm (€ 5.331), is geen tijdrovend IdW-gecertificeerd diploma meer vereist als sprake is van vijf jaar relevante werkervaring en is de beslistermijn verkort van 90 naar 30 dagen. Daarnaast biedt de Europese Blauwe kaart enkele voordelen, zoals een langere zoektermijn (zie ook hierna onder 2.3) en meer internationale mobiliteit.

2.2 Duur verblijfsvergunning

De verblijfsvergunning als kennismigrant wordt verleend voor de duur van de arbeidsovereenkomst en met een maximum van vijf jaar. De verblijfsvergunning kan telkens met maximaal vijf jaar worden verlengd. De verblijfsvergunning is niet gebonden aan een specifieke werkgever. De kennismigrant kan dus overstappen naar een andere werkgever die erkend referent is zonder dat een nieuwe verblijfsvergunning hoeft te worden aangevraagd. Een melding door de werkgever aan de IND volstaat. Ook andere relevante wijzigingen, zoals een wijziging van het salaris, dienen aan de IND te worden gemeld. Niet-naleving kan leiden tot een boete of zelfs intrekking van de status als erkend referent. Intrekking kan aan de orde zijn als de werkgever bijvoorbeeld weigert medewerking te verlenen aan nalevingstoezicht door de IND, niet zorgvuldig toetst of de vreemdeling (nog) aan de verblijfsvoorwaarden voldoet of niet adequaat ingrijpt bij misstanden.¹² De aanvraag voor een verblijfsvergunning als kennismigrant kan niet door de vreemdeling zelf worden ingediend. Dit kan alleen de erkend referent doen. Hetzelfde geldt voor de aanvraag om verlenging van de verblijfsvergunning als kennismigrant.

2.3 Gevolgen bij ontslag

Zoals hiervoor toegelicht, verkeert de kennismigrant als zodanig in een zekere afhankelijkheidspositie. De ver-

10 Art. 4.4 Vreemdelingencirculaire B1 Regulier algemeen.

11 Richtlijn (EU) 2021/1883 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. Implementatie: Besluit van 3 juni 2024 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 en andere besluiten, *Stb.* 2024, 150.

12 Art. 2.2 Vreemdelingencirculaire B1 Regulier Algemeen.

blijfsvergunning als kennismigrant is afhankelijk van de status van de werkgever als erkend referent en dient door de werkgever te worden aangevraagd. Bij ontslag komt deze afhankelijkheidspositie nog duidelijker naar voren. Op grond van Vreemdelingencirculaire B6/2.3 verleent de IND aan de kennismigrant een zoekperiode van drie maanden na beëindiging van de arbeidsovereenkomst om een nieuwe baan te vinden bij een andere werkgever, zijnde een erkend referent. Als de kennismigrant een andere baan vindt die aan bovengenoemde voorwaarden voldoet, blijft de verblijfsvergunning in stand en wordt de periode van werkloosheid niet gezien als een onderbreking van het (legaal) verblijf. Als de kennismigrant geen nieuwe baan vindt die voldoet aan de voorwaarden, wordt na de periode van drie maanden de verblijfsvergunning als kennismigrant ingetrokken. De kennismigrant dient Nederland dan te verlaten. Een bezwaar- en beroepsprocedure schort de gevolgen van de intrekking in beginsel op.¹⁵ De houder van een Europese Blauwe kaart krijgt bij ontslag ook een zoekperiode van drie maanden, en na twee jaar in het bezit te zijn geweest van de Blauwe kaart zelfs een zoekperiode van zes maanden.

De zoekperiode is niet langer dan de geldigheidsduur van de verblijfsvergunning. Als de kennismigrant een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van één jaar heeft, dan wordt de verblijfsvergunning ook voor een jaar verleend. Als in dit geval de arbeidsovereenkomst na dat jaar eindigt, is geen sprake van een zoekperiode. Als de arbeidsovereenkomst tussentijds wordt beëindigd, bijvoorbeeld na tien maanden, dan is de zoekperiode twee maanden. Daarnaast heeft de IND duidelijkheid verschaft over de vrijstelling van werkzaamheden. Bij een vrijstelling van werkzaamheden wordt namelijk niet meer voldaan aan het verblijfsdoel (arbeid), hetgeen op basis van artikel 18 lid 1 sub f jo artikel 19 Vw een grond oplevert voor onmiddellijke intrekking van de verblijfsvergunning. De IND heeft bevestigd dat een vrijstelling van werkzaamheden in het kader van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst geen gevolgen heeft voor de verleende verblijfsvergunning, mits aan de overige voorwaarden voor de verblijfsvergunning als kennismigrant (zoals de salarisnorm) voldaan blijft worden.¹⁴

Een ontslag kan aldus ingrijpende gevolgen hebben voor de kennismigrant. Dit geldt eens te meer nu kennismigranten vaak gebruikmaken van de 30%-regeling. Op grond van artikel 10ed Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965 (UB LB 1965) blijft de 30%-regeling van toepassing als de periode tussen het einde van de tewerkstelling door de oude inhoudingsplichtige en de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst met de nieuwe inhoudingsplichtige niet langer is dan drie maanden. Hier wordt aangesloten bij het einde van de feitelijke tewerk-

stelling.¹⁵ Dit is een verschil met de hiervoor genoemde zoekperiode, waar wordt aangesloten bij het einde van de arbeidsovereenkomst. Bij een vrijstelling van werkzaamheden heeft dit tot gevolg dat het recht op de 30%-regeling eindigt op de laatste dag van het loontijdvak na het loontijdvak waarin de tewerkstelling eindigt.¹⁶ Meer concreet betekent dit als een kennismigrant op 15 juni 2024 wordt vrijgesteld van werkzaamheden en tot 1 september 2024 in dienst zal blijven, het recht op de 30%-regeling op 31 juli 2024 eindigt. De kennismigrant dient dan binnen drie maanden vanaf 31 juli 2024 een nieuwe baan te vinden. Zo niet, dan bestaat geen recht meer op voortzetting van de 30%-regeling. Naast gevolgen voor het verblijf in Nederland kan het ontslag dus ook financiële gevolgen hebben voor de kennismigrant.

3. Ontslag

Uit het voorgaande volgt dat de kennismigrant zich in een afhankelijke positie bevindt ten opzichte van de werkgever als erkend referent. Daarnaast heeft een ontslag ingrijpende gevolgen. Daarom hebben wij onderzocht in hoeverre dit doorwerkt in de mogelijkheden tot ontslag van een kennismigrant. Omdat het aantal gepubliceerde uitspraken over een verblijfsvergunning als kennismigrant beperkt is, zal ook een parallel getrokken worden met andere typen verblijfsvergunningen.

3.1 Ontbindende voorwaarde

Een van de meest vergaande mogelijkheden voor ontslag betreft de ontbindende voorwaarde. De arbeidsovereenkomst eindigt dan van rechtswege op het moment dat de ontbindende voorwaarde zich verwezenlijkt. Kan het ontslag van een kennismigrant via een ontbindende voorwaarde, inhoudende dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt als de kennismigrant niet (meer) beschikt over een geldige verblijfsvergunning, worden bereikt? Om hier antwoord op te kunnen geven, dient eerst de voorvraag beantwoord te worden, namelijk of een ontbindende voorwaarde in zijn algemeenheid (nog) mogelijk is.

Sinds het Mungra-arrest wordt aangenomen dat een ontbindende voorwaarde rechtsgeldig in een arbeidsovereenkomst kan worden opgenomen.¹⁷ Toch kan de geldigheid hiervan, gelet op het wettelijk stelsel van het ontslagrecht, alleen bij *hoge uitzondering* worden aanvaard, zo volgt onder meer uit het HTM-arrest.¹⁸ Of de

13 Art. 73 Vw en de aldaar genoemde uitzonderingen.

14 Reactie van de IND d.d. 13 juli 2018 op de brief van inzake zoekperiode kennismigranten en *garden leave*. Deze reactie is in het bezit van de auteurs van dit artikel.

15 Hof Amsterdam 28 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4309.

16 Art. 10ec UB LB 1965.

17 HR 6 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0535, JAR 1992/10 (Mungra/Van Meir).

18 HR 6 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0535, JAR 1992/10 (Mungra/Van Meir); HR 24 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2082, NJ 1996/685 (Van Zijl/Koppen); HR 13 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2575, NJ 1998/708 (Port de Plaisance); HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100 (Monte/Bank) en HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348 (HTM Personenvervoer).

ontbindende voorwaarde verenigbaar is met het wettelijk stelsel dient daarom van geval tot geval te worden beoordeeld. Daarbij komt het mede aan op de aard, inhoud en context van de voorwaarde. Uit de rechtspraak wordt afgeleid dat de ontbindende voorwaarde in ieder geval nietig is als deze niet objectief bepaalbaar is of als de inwerkingtreding door de werkgever beïnvloed kan worden. Dat de arbeidsovereenkomst inhoudsloos wordt is geen voorwaarde (meer), maar een gezichtspunt.¹⁹ Sinds de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (WWZ) staat de ontbindende voorwaarde ter discussie.²⁰ Wij menen dat de ontbindende voorwaarde in zijn algemeenheid nog steeds rechtsgeldig kan worden overeengekomen. Het algemene vermogensrecht erkent de ontbindende voorwaarde in artikel 6:22 BW en dit werkt door in het arbeidsrecht. Dit volgt uit de gelaagde structuur van het BW en de schakelbepalingen zoals artikel 3:59 en 6:216 BW. Recent heeft de Hoge Raad zijn rechtspraak over de ontbindende voorwaarde ook nog bevestigd in zijn beschikking over het uitzendbeding.²¹

Vervolgens rijst de vraag of de specifieke ontbindende voorwaarde, inhoudende dat de kennismigrant moet beschikken over een geldige verblijfsvergunning, rechtsgeldig overeengekomen kan worden. Het hof Den Haag liet de rechtsgeldigheid van de ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst van een Surinaamse kennismigrant in het midden. Zelfs al zou deze rechtsgeldig zijn, dan zou dit volgens het hof namelijk niet het door de werkgever beoogde effect hebben. De IND trok de verblijfsvergunning namelijk op 14 mei 2020 (met terugwerkende kracht per einde zoekperiode, te weten 27 maart 2020) in, waardoor op 3 januari 2020 de arbeidsovereenkomst nog bestond.²² De kantonrechter Eindhoven kwam tot de conclusie dat de ontbindende voorwaarde rechtsgeldig was.²³ In deze kwestie betrof het geen verblijfsvergunning als kennismigrant, maar ging het om een werkneemster met een verblijfsvergunning voor verblijf bij haar partner. In de arbeidsovereenkomst stond dat deze van rechtswege zou eindigen indien de werkneemster niet (meer) over een geldige verblijfsvergunning beschikte. Hoewel de kantonrechter onderschreef dat een ontbindende voorwaarde slechts bij uitzondering mag worden aanvaard, was deze volgens de kantonrechter op zichzelf genomen niet in strijd met het ontslagstelsel. De ontbindende voorwaarde was niet in strijd met een wettelijke bepaling dan wel opzeggverbod. Ook kon de vervulling van de ontbindende voorwaarde objectief bepaald worden en deze was niet afhankelijk gesteld van de subjectieve waardering van één

partij. Toch acht de kantonrechter de toepassing van de ontbindende voorwaarde, gelet op de concrete omstandigheden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar c.q. in strijd met goed werkgeverschap. Hiervoor verwijst de kantonrechter naar de (financiële) belangen van de vreemdeling, het feit dat zij rechtmatig in Nederland verbleef hangende de procedure bij de IND, zij arbeidsongeschikt was en het feit dat de werkgever een beroep deed op de ontbindende voorwaarde per 21 juni 2023, terwijl zij ervan op de hoogte was dat de IND op 26 juni 2023 een beslissing zou nemen op de aanvraag tot verlenging. Als gevolg hiervan was de arbeidsovereenkomst niet geëindigd. De kantonrechter Amersfoort lijkt er eveneens van uit te gaan dat een ontbindende voorwaarde rechtsgeldig kan worden overeengekomen.²⁴

Uit de rechtspraak zou kunnen worden afgeleid dat een ontbindende voorwaarde met een kennismigrant rechtsgeldig overeengekomen zou kunnen worden. Toch is het de vraag of dit terecht is. Door de inwerkingtreding van de WWZ is de h-grond in artikel 7:669 lid 3 BW verankerd. Een van de voorbeelden van het gebruik van deze ontslaggrond is het niet (meer) beschikken over een tewerkstellingsvergunning.²⁵ Is een ontbindende voorwaarde op min of meer dezelfde grond daarmee verenigbaar? Van Eck meent van niet.²⁶ Van Slooten meent van wel.²⁷ Laatstgenoemde betoogt dat de gronden in artikel 7:669 lid 3 BW alleen zien op ontbinding en niet op andere beëindigingswijzen, zoals het einde van rechtswege als gevolg van een ontbindende voorwaarde. Ook de geest van de WWZ laat in zijn ogen juist ruimte, doordat het niet meer hebben van een tewerkstellingsvergunning juist als ontslaggrond wordt aangemerkt.

Wij volgen de redenering van Van Eck meer dan die van Van Slooten. Het is de bedoeling van de wetgever geweest dat bij het ontbreken van een tewerkstellingsvergunning ontbinding wordt verzocht. Een ontbindende voorwaarde op dezelfde grond lijkt het wettelijk stelsel van het ontslagrecht dan op onaanvaardbare wijze te doorkruisen. De Hoge Raad verwoog in het Van Zijl/Koppen-arrest ook dat een bedrijfsbeëindiging als ontbindende voorwaarde niet met het stelsel van het ontslagrecht verenigbaar is. Hiervoor diende namelijk toestemming voor opzegging te worden verzocht bij de regionaal directeur voor de arbeidsvoorziening.²⁸ Als er een andere mogelijkheid voor ontslag is aangewezen, dan ligt het voor de hand dat deze route wordt gevolgd. Dit volgt ook uit het oordeel van het hof Amsterdam over het stoppen met de musicalproductie als ontbindende voorwaarde.²⁹ Het hof achtte deze ontbindende voorwaarde ongeldig, onder andere omdat hiermee de preventieve ontslag-

19 HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348 (HTM Personenvervoer).

20 J.J.M. de Laat, 'De ontbindende voorwaarde in het nieuwe ontslagrecht', *TRA* 2014/100; R. Rietveld, 'De (niet meer) ontbindende voorwaarde', *ArbeidsRecht* 2017/27; M. van Eck, 'Over de (on)mogelijkheid van de ontbindende voorwaarde onder de Wwz', *TvO* 2017/1, p. 4-8; D.J.B. de Wolff, 'De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde en de Wet werk en zekerheid', *TRA* 2017/25.

21 HR 17 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:426.

22 Hof Den Haag 16 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:356.

23 Ktr. Eindhoven 27 december 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:5558.

24 Ktr. Amersfoort 13 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6746.

25 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 46.

26 M. van Eck, 'Over de (on)mogelijkheid van de ontbindende voorwaarde onder de WWZ', *TvO* 2017/1, p. 4-8.

27 J. van Slooten, 'Is er onder de Wwz nog plaats voor de ontbindende voorwaarde?', *TvO* 2017/1, p. 2-3.

28 HR 24 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2082.

29 Hof Amsterdam 24 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:163.

toets werd omzeild. De werkgever had toestemming moeten vragen aan het UWV. Als deze lijn wordt doorgetrokken, kan goed betoogd worden dat het niet (meer) beschikken over een verblijfsvergunning als ontbindende voorwaarde eveneens in strijd is met het wettelijk stelsel van het ontslagrecht en niet rechtsgeldig (meer) overeengekomen kan worden. De h-grond lijkt de aangewezen route voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de kennismigrant.

Daar komt nog bij dat de werkgever in de regel een bepalende invloed heeft op de verblijfsvergunning als kennismigrant. Zo heeft de werkgever invloed op de status als erkend referent en is het ook de werkgever die de verlenging van de verblijfsvergunning moet aanvragen; de kennismigrant heeft wettelijk die mogelijkheid niet. Dit vloeit voort uit de systematiek van het erkend referentschap. Op basis van goed werkgeverschap en gelet op de ingrijpende gevolgen voor de kennismigrant, is de werkgever onzes inziens in principe gehouden om een verlenging aan te vragen zolang de arbeidsovereenkomst nog doorloopt. Het verhoudt zich ook slecht tot de beschermingsgedachte als de werkgever zonder goede redenen kan besluiten geen verlenging aan te vragen en vervolgens de ontbindende voorwaarde zou kunnen inroepen. Het ontbreken van een verblijfsvergunning als ontbindende voorwaarde lijkt daardoor bij kennismigranten, voor zover deze al rechtsgeldig kan worden overeengekomen, in de regel op gespannen voet te staan met de vereisten die op basis van bovenstaande rechtspraak gelden. Als al wordt aangenomen dat een ontbindende voorwaarde bij een kennismigrant nog kan, dan zal hier alleen in uitzonderingssituaties een beroep op gedaan kunnen worden. De uitspraak van de kantonrechter Eindhoven, waarin de ontbindende voorwaarde als zodanig toelaatbaar werd geoordeeld, betrof geen kennismigrant maar een vreemdeling met een verblijfsvergunning voor verblijf bij de partner. Dit is een wezenlijk andere situatie, omdat de werkgever daar geen invloed op kan uitoefenen.

3.2 Ontbinding h-grond

Zoals hiervoor toegelicht, lijkt het de bedoeling van de wetgever dat ontbinding wordt verzocht op de h-grond. In een uitspraak van de kantonrechter Den Bosch werd het ontbindingsverzoek van de werkgever op de h-grond toegewezen.³⁰ De Iraanse werkneemster was als Verzorgende Individuele Gezondheidszorg werkzaam op basis van een GVVA. Bij beschikking van 25 mei 2023 wees de IND de aanvraag voor verlenging van de GVVA af omdat de werkgever volgens het UWV onvoldoende had gezocht naar kandidaten, de werkgever geen salaris bood dat paste bij de functie, het loon onder het minimumloon was en de beperkingen en/of voorschriften verbonden aan de GVVA niet waren nageleefd. Omdat niet duidelijk werd of bezwaar was gemaakt tegen deze beschikking, hield de kantonrechter het ervoor dat de beschikking onherroepelijk was geworden en werkneem-

ster niet meer beschikte over een GVVA. Doordat werkneemster niet meer in Nederland mocht blijven en evenmin nog werkzaamheden mocht verrichten, was sprake van een h-grond. Herplaatsing lag evenmin in de rede, omdat werkneemster niet meer in Nederland mocht werken. Wel werd een billijke vergoeding van € 50.000 bruto toegewezen vanwege ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, met name gelegen in het miskennen van de vereisten voor verlenging van de GVVA.

Een toegewezen ontbindingsverzoek op de h-grond van de kantonrechter Amsterdam hield geen stand bij het hof Amsterdam.³¹ De Ghanese werknemer was schoonmaker, had een verblijfskaart en mocht in Nederland werken zonder tewerkstellingsvergunning omdat zijn vriendin met de Duitse nationaliteit een EU-onderdaan was. Toen zijn vriendin in 2020 naar Ghana vertrok, trok de IND de verblijfskaart in. In de daaropvolgende bezwaar- en beroepsprocedure was onder meer de vraag aan de orde of de IND al dan niet terecht had geoordeeld dat de relatie met de vriendin was verbroken c.q. dat sprake was van een schijnrelatie. Op grond van artikel 73 Vw mocht de werknemer volgens het hof de bezwaar- en beroepsprocedure afwachten. Ook mocht hij gedurende die tijd in Nederland blijven werken. Daarom had de kantonrechter de arbeidsovereenkomst niet op de h-grond mogen ontbinden en werd een billijke vergoeding ex artikel 7:683 BW toegewezen. In de hierboven aangehaalde uitspraak van de kantonrechter Eindhoven was een soortgelijke situatie aan de hand en werd de ontbindende voorwaarde in strijd met de redelijkheid en billijkheid c.q. goed werkgeverschap geacht.

De h-grond lijkt aldus de aangewezen route voor een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de kennismigrant. Hier passen wat ons betreft wel twee kanttekeningen bij. De eerste is dat de werkgever er verstandig aan doet om te bezien of er bezwaar is gemaakt tegen de intrekking. Indien dit het geval is, schort dit de gevolgen van het besluit tot intrekking van de IND op zodat de werknemer Nederland niet meteen hoeft te verlaten. Omdat de schorsende werking niet in alle gevallen betekent dat de werknemer ook mag blijven werken is het wel verstandig om de werknemer tijdens deze periode niet te laten werken. Als de IND het bezwaar niet honoreert, loopt de werkgever namelijk het risico van illegale tewerkstelling.³² Als tijdig een verlenging van de verblijfsvergunning als kennismigrant is aangevraagd, mag de kennismigrant in de regel blijven werken, ook als intussen de geldigheidsduur van de huidige verblijfsvergunning verstrijkt.³³ Ten tweede dient te worden gekeken naar de concrete omstandigheden op basis waarvan de verblijfsvergunning niet wordt aangevraagd, verlengd

30 Ktr. Den Bosch 31 oktober 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:5274.

31 Ktr. Amsterdam 10 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6416 en Hof Amsterdam 9 mei 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1321.

32 De standaardboete bedraagt € 8.000 per illegaal tewerkgestelde werknemer.

33 IND Werkinstructie 2022/2 (SUA) Richtlijnen voor afgifte van arbeidsmarktaantekening bij verblijf langer dan drie maanden, geldig tot 17 juli 2024.

of ingetrokken. Als deze te wijten zijn aan het gedrag van de werkgever, ligt het wat ons betreft – gelet op de ingrijpende gevolgen voor de kennismigrant – voor de hand dat dit leidt tot afwijzing dan wel een billijke vergoeding vanwege ernstig verwijtbaar handelen. Wat dat betreft volgen wij de uitspraak van de kantonrechter Den Bosch. Afwijzing of een billijke vergoeding ligt wat ons betreft ook de hand als de werkgever zonder goede reden besluit geen verlenging van de verblijfsvergunning aan te vragen.

3.3 Doorwerking in andere ontslaggronden

Hoe werkt de status als kennismigrant door in andere ontslaggronden? Het hof Den Haag ontbond de arbeidsovereenkomst van een Turkse kennismigrant die als IT'er werkzaam was op de h-grond omdat hij een zogenoemde bankzitter was.³⁴ Ondanks inspanningen van de werkgever bleek het niet mogelijk de kennismigrant op declaratiebasis te plaatsen bij opdrachtgevers. Het hof oordeelde dat de werkgever geen *bijzondere* zorgplicht richting de werknemer heeft, enkel omdat hij naar Nederland is geëmigreerd. Het hof Arnhem-Leeuwarden vond dat sprake was van een verstoorde arbeidsverhouding, maar dat de werkgever ernstig verwijtbaar had gehandeld.³⁵ Kort na de proeftijd deelde de werkgever de kennismigrant mee dat de arbeidsovereenkomst beëindigd zou worden. Volgens het hof had van de werkgever verwacht mogen worden dat die eerst het gesprek was aangegaan om een en ander uit te praten en om te bezien of een verdere samenwerking mogelijk was. Door direct te besluiten de arbeidsovereenkomst te beëindigen handelde de werkgever ernstig verwijtbaar, temeer nu de werkgever ermee bekend was dat een beëindiging betekende dat de verblijfstitel van de kennismigrant en zijn gezin op losse schroeven zou komen te staan. Hij zou immers binnen drie maanden een andere baan moeten vinden waarbij het salaris voldoet aan de salarisnorm. Hoewel de kennismigrant nog maar kort in dienst was, werd hem een billijke vergoeding van € 60.000 bruto toegekend. Het hof Den Haag herstelde de arbeidsovereenkomst met de kennismigrant. De werkgever had namelijk, zonder redelijke grond, aangestuurd op een beëindiging van de arbeidsovereenkomst en inmiddels was er een ook nieuwe leidinggevende op de afdeling. In het oordeel werd ook meegewogen dat werkneemster als kennismigrant belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst.³⁶ Kortom, ook bij een ontbinding op andere ontslaggronden dient de werkgever zich er rekenschap van te geven dat een beëindiging ingrijpende gevolgen heeft voor de kennismigrant. Doet de werkgever dit niet, dan kan dit leiden tot een afwijzing dan wel billijke vergoeding vanwege ernstig verwijtbaar handelen.

4. Conclusie

De kennismigrant verkeert in een bijzondere positie. De verblijfsvergunning als kennismigrant is afhankelijk van de status van de werkgever als erkend referent. En alleen de erkend referent kan de verblijfsvergunning of een verlenging aanvragen. Een ontslag heeft bovendien ingrijpende gevolgen voor de kennismigrant. Door de introductie van de h-grond lijkt de ontbindende voorwaarde, inhoudende dat de arbeidsovereenkomst eindigt bij het niet meer beschikken over een verblijfsvergunning als kennismigrant, op gespannen voet te staan met het wettelijk ontslagrecht. Het ligt voor de hand dat in deze situatie ontbinding wordt verzocht op de h-grond. Ook bij een beëindiging op andere ontslaggronden dient een werkgever zich rekenschap te geven van de bijzondere positie van de kennismigrant. Zo niet, dan kan dit leiden tot een afwijzing van het ontbindingsverzoek dan wel een billijke vergoeding vanwege ernstig verwijtbaar handelen. Voor werkgevers is het daarom van belang rekening te (blijven) houden met de bijzondere positie van de kennismigrant. Met name als deze met ontslag wordt bedreigd.

34 Hof Den Haag 8 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:390.

35 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 september 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:7395.

36 Hof Den Haag 3 augustus 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1420.