

1. In deze annotatie komen een uitspraak van de Afdeling en een conclusie van A-G bij het HvJ EU aan de orde, die beiden betrekking hebben op grensoverschrijdende dienstverrichting. De zaak bij de Afdeling betreft wederom een grote boetezaak waarbij de Afdeling de Minister (inmiddels Staatssecretaris) van SZW op de vingers tikt inzake de uitleg van zuivere en onzuivere dienstverrichting. Eerdere zaken betroffen ABRvS 14 september 2016, JV 2016/270 m.nt. P.J. Krop, ve16000190, ABRvS 26 april 2017, JV 2017/145 m.nt. T.L. Badoux, ve17000825, en ABRvS 5 juli 2017, JV 2017/196 m.nt. P.J. Krop, ve17001379. In al deze zaken gaat het om boetes van enkele tonnen, voor meerdere werkgevers, die door de Afdeling ongedaan zijn gemaakt.

2. In het *Vicoplus* arrest (JV 2011/172 m.nt. M. Tjebbes, ve11000341) heeft het Hof van Justitie toegelicht aan de hand van welke maatstaf moet worden beoordeeld of er sprake is van onzuivere dienstverrichting (waarbij de dienstverrichting slechts bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, artikel 1, derde lid, onder c van Richtlijn 96/71/EG), in tegenstelling tot zuivere dienstverrichting (waarbij de dienstverrichter zelf leiding geeft aan het uitvoeren van een dienst, artikel 1, derde lid, onder a van Richtlijn 96/71/EG). Dit betreft drie, cumulatieve, voorwaarden: (1) de arbeidskrachten blijven in dienst van de zendende onderneming, (2) het ter beschikking stellen van arbeidskrachten vormt het doel op zich van de dienstverrichtingsovereenkomst en (3) de arbeidskrachten werken onder toezicht en leiding van de ontvanger van de dienst.

3. Het derde criterium (leiding en toezicht) is door het Hof verder uitgewerkt in het arrest *Martin Meat* (JV 2015/210, ve15001026). Uit dit arrest blijkt dat aanwijzingen en toezicht door de ontvanger van de dienst, niet per sé tot onzuivere dienstverrichting hoeft te leiden, indien dit ziet op de kwaliteit van het werk en de veiligheid van de arbeidskrachten. Aanwijzingen en toezicht in het kader van verificatie van de dienstverrichtingsovereenkomst zijn toegestaan. In twee van de zojuist genoemde recente zaken ging het voor SZW op dit punt mis: de Afdeling oordeelde in die zaken dat SZW er niet in was geslaagd aan te tonen dat de werkzaamheden werden uitgevoerd onder toezicht en leiding van de inleidende onderneming (ABRvS 26 april 2017, JV 2017/145 m.nt. T.L. Badoux en ABRvS 5 juli 2017, JV 2017/196 m.nt. P.J. Krop). In de onderhavige uitspraken komt de Afdeling echter tot de conclusie dat SZW er wél in is geslaagd om aan te tonen dat de arbeidskrachten onder leiding en toezicht van de ontvanger van de dienst werkten. De arbeidskrachten werden aangestuurd door verschillende personen van verschillende ondernemingen, en de bemoeienis van deze personen ging volgens de rechtbank en de Afdeling verder dan slechts verificatie van de overeenkomst (maatstaf *Martin Meat*).

4. Echter, de voorwaarden die in het *Vicoplus* arrest zijn geformuleerd voor het kwalificeren van een dienst als onzuivere dienstverrichting betreffen *cumulatieve* voorwaarden. Er moet daarom ook worden gekeken naar de eerste voorwaarden (dienstverband, maar daaraan is hier voldaan) en de tweede voorwaarde (ter beschikking stellen van arbeidskrachten als doel op zich). Met betrekking tot die laatste voorwaarde is SZW volgens de Afdeling niet in haar bewijslast geslaagd. De raamovereenkomst is volgens de Afdeling summier en noemt geen aanneemsom of beschrijvingen van de opdracht. Dat wijst op onzuivere dienstverrichting (het enkel ter beschikking stellen van arbeidskrachten). Echter, er bestaan wel specifieke orderbevestigingen waarin is gespecificeerd welke werkzaamheden de dienstverrichter zou gaan uitvoeren. Daarnaast bevat de raamovereenkomst enerzijds geen bepalingen waaruit volgt dat het risico voor de juiste uitvoering van de werkzaamheden bij de dienstverrichter ligt (wijst op onzuivere dienstverrichting), maar anderzijds bleek dat de dienstverrichter wel verantwoordelijkheden droeg met betrekking tot de handhaving van de veiligheidsvoorschriften, de kosten en schade als gevolg van het niet nakomen van het werkschema en de benodigde kwalificaties, diploma's en huisvesting van het personeel (wijst op zuivere dienstverrichting). De Afdeling komt daarom tot de conclusie dat er twijfel bestaat over de vraag of er is voldaan aan deze voorwaarde uit het *Vicoplus* arrest. Deze twijfels leiden dan tot de conclusie dat de staatssecretaris niet in zijn bewijslast is geslaagd.

5. De uitspraken tonen ook wederom aan hoe een rechtshulpverlener boetes met betrekking tot dienstverrichting moet aanvechten. Zoals ik beschreef in mijn noot bij de uitspraak van de grote kamer van de Afdeling over bewijsrecht (JV 2017/196) is het zaak om met een minutieuze analyse van de verklaringen en documenten in het boeterapport, eventueel additioneel opgestelde verklaringen en

eventuele getuigenverhoren ter zitting, stukje bij beetje twijfel te zaaien over de feiten die het Ministerie van SZW presenteert. Immers, zodra er twijfel bestaat over de feiten, komt het voordeel van de twijfel aan de beboete partij toe (de standaardverwijzing van de Afdeling is: vergelijk overweging 4.8.3 van het arrest van de Hoge Raad van 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN6324, ve15000296 en de uitspraak van de Afdeling van 10 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:234, ve13001370).

6. In het kader van de beoordeling van dienstverrichting is ook de conclusie van de A-G inzake zaak C-18/17 (*Danieli*, ve18001045) interessant. Deze conclusie is een verdere uitwerking van de lijn arresten die start met *Vicoplus* (C-307/09 of, nog eerder, met *Rush Portuguesa* (C-113/89, RV 1999, 89, ve07000222) en *Vander Elst* (C-43/93, RV 1994, 89, MR 1994, 151, ve07000223) etc.) en verder is ontwikkeld in *Essent* (JV 2014/346 m.nt. C.A. Groenendijk en T. de Lange, ve14001445) en *Martin Meat* (C-586/13). In *Vicoplus* werd uitgemaakt dat het toegestaan is om een tewerkstellingsvergunning te verplichten voor onzuivere dienstverrichting en werd door het Hof toegelicht aan de hand van welke criteria moet worden beoordeeld of er sprake is van zuivere of onzuivere dienstverrichting. Deze criteria, met name de vraag naar leiding en toezicht, zijn verder uiteengezet in het *Martin Meat* arrest (C-586/13), zie hierboven.

7. In het *Essent* arrest (JV 2014/346) is bepaald dat de eis van een tewerkstellingsvergunning bij onzuivere dienstverrichting slechts is toegestaan indien deze beperking wordt gerechtvaardigd door de bescherming van een algemeen belang en proportioneel is. Omdat derdelanders niet kunnen toetreden tot de Nederlandse arbeidsmarkt, ze genieten immers niet de rechten van Unieburgers, is er geen sprake van verstoring van de Nederlandse arbeidsmarkt. Daarom, zo oordeelde het Hof in *Essent*, is de eis van een tewerkstellingsvergunning voor derdelanders in het geval van onzuivere dienstverrichting niet toelaatbaar.

8. De zaak *Danieli* werpt weer een andere vraag op, die hier mee te maken heeft. Het betreft een Oostenrijkse onderneming die een draadwalserij laat bouwen door een Italiaanse aannemer. Deze Italiaanse aannemer wenst daarvoor gebruik te maken van vier Kroaten die op dat moment werkzaam zijn bij een zusteronderneming van de Italiaanse aannemer in Kroatië. Italië heeft op dat moment geen overgangsregeling meer voor Kroaten, waardoor de Kroaten in Italië mogen werken. Oostenrijk heeft deze bepaling echter nog wel. Tevens wenst de Italiaanse aannemer twee derdelanders in te zetten die werkzaam zijn bij een zusteronderneming in Italië. Zowel de Kroaten als de derdelanders worden door de zusterondernemingen ter beschikking gesteld aan de Italiaanse onderneming, die deze arbeidskrachten vervolgens inzet om in Oostenrijk de dienst te verrichten. Deze zaak is interessant omdat, volgens de A-G, er eerst sprake is van onzuivere dienstverrichting (de terbeschikking stelling van arbeidskrachten binnen het concern), en vervolgens van zuivere dienstverrichting van de Italiaanse onderneming aan de Oostenrijkse onderneming.

9. Met betrekking tot de Kroaten is de A-G eigenlijk snel klaar: de Oostenrijkse onderneming zou niet zonder tewerkstellingsvergunning gebruik kunnen maken van de ter beschikking gestelde Kroatische arbeidskrachten, wanneer de dienstverrichter in Kroatië zou zijn gevestigd vanwege de Oostenrijkse overgangsbepalingen. De A-G acht dat de overgangsbepalingen die Oostenrijk mocht instellen, hun nuttige werking zou worden ontnomen wanneer de arbeidskrachten vervolgens wel via een andere lidstaat ter beschikking gesteld kunnen worden, waar geen overgangsbepaling meer van toepassing is.

10. Dat leidt vervolgens ook tot de conclusie ten aanzien van de derdelanders. Immers, net als het Hof in *Essent*, overweegt de A-G in deze zaak dat er geen overgangsregelingen bestaan ten aanzien van derdelanders, omdat ze niet kunnen toetreden tot de arbeidsmarkt van de ontvangende lidstaat. Bescherming van de arbeidsmarkt is daarom niet aan de orde. Derhalve kan ook in deze constructie geen werkvergunning worden vereist voor de werknemers van buiten de EU, die in Italië zijn toegelaten.

Pieter Krop, advocaat bij Kroes Advocaten Immigration Lawyers