

- reizen, te verblijven en te studeren', *SEW* 2009-4, p. 144-147.
- 12 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 13 april 2010, zaak C-73/08 (*Bressol e.a. en Chaverot e.a.*), n.n.g., r.o. 31 en de daar geciteerde rechtspraak.
- 13 R.o. 11-13.
- 14 HvJ EG 2 oktober 2003, zaak C-148/02 (*Garcia Avello*), *Jur.* 2003, p. I-11613, r.o. 27. Zie ook HvJ EG 19 oktober 2004, zaak C-200/02 (*Zhu en Chen*), *Jur.* 2004, p. I-9925, r.o. 19.
- 15 HvJ EG 12 juli 2005, zaak C-403/03 (*Schempp*), *Jur.* 2005, p. I-6421, r.o. 22-25.
- 16 Volgens vaste rechtspraak is het Unierecht niet van toepassing op zuiver interne situaties (zie bijvoorbeeld HvJ EG 11 januari 2007, zaak C-208/05 (*ITC*), *Jur.* 2007, p. I-181, r.o. 29) en blijft dit gelden ook na de invoering van het burgerschap van de Unie (zie bijvoorbeeld HvJ EG 22 mei 2008, C-499/06 (*Nerkowska*), *Jur.* 2008, p. I-3993, r.o. 25 en de daar geciteerde rechtspraak).
- 17 In dat geval zou men kunnen argumenteren dat de intrekking van zijn Duitse nationaliteit *ex tunc* ertoe zou leiden dat hij (naar Duits recht) nooit de Duitse nationaliteit had verkregen en – bij uitbreiding – nooit de status van burger van de Unie, waardoor de vereiste band met het Unierecht zou ontbreken die het Hof toelaat om zich uit te spreken.
- 18 Zie in dit verband r.o. 49, waar het Hof belang hecht aan het feit dat Rottmann ontegenzeggelijk de Oostenrijkse en vervolgens de Duitse nationaliteit heeft gehad.
- 19 Dit strookt met de redenering van het Hof in *Kaur*, waar het Hof stelde dat het niet toekennen aan de verzoeker van het burgerschap van de Unie door het Verenigd Koninkrijk niet problematisch was onder Europees recht nu de betrokken persoon hierdoor geen rechten ontnomen werden waarop hij krachtens het gemeenschapsrecht aanspraak kon maken (r.o. 25).
- 20 HvJ EG 7 juli 1992, zaak C-369/90 (*Micheletti e.a.*), *Jur.* 1992, p. I-4239, r.o. 10; HvJ EG 11 november 1999, zaak C-179/98 (*Mesbah*), *Jur.* 1999, p. I-7955, r.o. 29; HvJ EG 20 februari 2001, zaak C-192/99 (*Kaur*), *Jur.* 2001, p. I-1237, r.o. 19; (*Zhu en Chen*), r.o. 37.
- 21 Het bekendste voorbeeld is wellicht het verstrengen van de Ierse nationaliteitswetgeving in 2004, die onder druk was komen staan onder meer in het licht van de (toen hangende) *Zhu en Chen*-zaak. Zie B. Ryan, 'The Celtic Cubs: The Controversy over Birthright Citizenship in Ireland', *Eur. J. Migration & L.* 2004, 173-193.
- 22 Zie in dit verband de conclusie van A-G Poiares-Maduro, r.o. 28-33.
- 23 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 16 juni 1998, zaak C-162/96 (*Racke*), *Jur.* p. I-3655, r.o. 45-46.
- 24 Zie artikel 6 VEU.
- 25 Zie reeds S. Hall, 'Loss of Union Citizenship in Breach of Fundamental Rights' *E.L. Rev.* 1996, 129-143.
- 26 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 25 juli 2008, zaak C-127/08 (*Metock e.a.*), *Jur.* 2008, p. I-6241 en de Beschikking van de president van het Hof in die zaak (voor een bespreking zie N. Cambien in *Colum. J. Eur. L.* 2009, p. 321-341). Uiteraard moet er rekening mee worden gehouden dat een inmenging kan worden gerechtvaardigd onder artikel 8(2) EVRM.
- 27 Artikel 4(3) VEU (zie oud artikel 10 EG).
- 28 De Groot, 'Towards a European Nationality Law', *Electronic Journal of Comparative Law* 2004, 12. Zie ook Hall, *Nationality, migra-*

- tion rights and citizenship of the Union*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff 1995, 63 e.v.
- 29 Dit lijkt zeer waarschijnlijk te zijn, afgaande op de opmerkingen van de Oostenrijkse regering voor het Hof: *Rottmann*, r.o. 11-13.
- 30 Dit werd gesuggereerd door de verwijzende rechter: *Rottmann*, r.o. 34.

N E D E R L A N D S E R E C H T E R S

182 Afdeling bestuursrecht- spraak van de Raad van State, nr. 200806537/1/V6, LJN BL9661

Uitspraak van 31 maart 2010

Vrij verkeer van diensten – Richtlijn EG/96/71 (Detacheringsrichtlijn) – Concernoverplaatsing – Tewerkstellingsvergunning – Overgangsmaatregel nieuwe lidstaten – Prejudiciële vragen

Achtergrond

Een groothandel in levensmiddelen en genotartikelen gevestigd te Maastricht, gespecialiseerd in het verwerken van wild- en konijnenproducten, wordt op 15 november 2005 door de Arbeidsinspectie (AI) betrapd op het zonder vergunning tewerkstellen van acht Polen in een productiehuis voor de verwerking van vlees. Op 21 december 2005 wordt wederom een controle uitgevoerd, nu worden zeven Polen aangetroffen voor wie geen tewerkstellingsvergunning is afgegeven. De groothandel krijgt hiervoor twee administratieve boetes opgelegd op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) van respectievelijk € 64.000 en € 56.000. Dit is conform het standaardbedrag van € 8000 per aangetroffen vreemdeling zoals vastgesteld in de Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wav.¹ De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verklaarde het door de Maastrichtse groothandel ingediende bezwaar ongegrond. Het door de groothandel ingestelde beroep bij de Rechtbank Maastricht werd eveneens ongegrond verklaard. De groothandel stelt hoger beroep in bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling).

De werknemers waren in dienst bij een onderneming gevestigd in Polen. Zij kregen hun salaris rechtstreeks van deze onderneming uitbetaald. De directie van het Poolse bedrijf is tevens de directie van de groothandel. Tussen de groothandel en het Poolse bedrijf is een Studie Training Overeenkomst opgesteld, voor beide partijen ondertekend

door dezelfde persoon (de directeur van beide bedrijven). De overeenkomst houdt in dat het Poolse bedrijf elke zes tot acht weken een groep van acht personen naar de groothandel stuurt, die zal zorgen voor een opleiding. De Polen leren de kneepjes van het vak door middel van het meedraaien in het bedrijf en door het volgen van theoretische lessen. Ingevolge de overeenkomst worden schriftelijke verslagen opgemaakt. Het Poolse bedrijf selecteert de personen die voor de opleiding in aanmerking komen. De Polen keren na afloop van de periode weer terug naar Polen. Uit verklaringen bleek dat de Polen nagenoeg volledig meedraaiden in het bedrijf en zich vijf dagen per week, acht uur per dag bezighielden met het productiewerk. De Polen hadden geen stageboek, kregen geen cijfers of beoordelingen en geen theoretische lessen, stagetoeslag of diploma.

Ingevolge de artikelen 45 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) is het verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap vrij. Ingevolge artikel 57 VWEU kan degene die diensten verricht daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk uitoefenen in het land waar de dienst verricht wordt, onder dezelfde voorwaarden als die welke dat land aan zijn eigen onderdanen oplegt. Nederland heeft het recht op vrij verkeer van werknemers tussen Polen en Nederland de eerste twee jaar na de toetreding van Polen beperkt. Op grond van de overgangsregeling² was Verordening (EEG) nr. 1612/68 deels niet van toepassing. Tot 1 mei 2007 bleven de nationale regels van kracht.³ Dat betekende dat voor de tewerkstelling van onderdanen uit de nieuwe lidstaten een tewerkstellingsvergunning verplicht was. Het recht op vrij verkeer van diensten en op vrije vestiging gold wel meteen voor onderdanen uit de nieuwe lidstaten.

Ter bescherming van de nationale arbeidsmarkt en om te kunnen controleren of in geval van grensoverschrijdende dienstverlening geen sprake is van misbruik of oneigenlijk gebruik van het vrije verkeer van diensten, heeft de Nederlandse Minister van SZW een zogenaamde notificatieregeling ingesteld (artikel 1-eeerste lid Besluit uitvoering Wav).⁴ Op grond van deze regeling is geen tewerkstellingsvergunning vereist voor een vreemdeling die in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening tijdelijk in Nederland arbeid verricht in dienst van een werkgever die buiten Nederland is gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie. Er is echter wel een aantal voorwaar-

den aan deze vrijstelling verbonden: (a) de vreemdeling is in het vestigingsland van de werkgever gerechtigd te werken, (b) de werkgever meldt de arbeid in Nederland voor aanvang daarvan schriftelijk aan bij de aangevoerde instantie (de notificatie), en (c) de dienstverlening bestaat niet uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.

Als de dienstverlening bestaat uit het louter ter beschikking stellen van werknemers houdt de Nederlandse overheid dus vast aan de tewerkstellingsvergunningplicht. Of deze belemmeringen al dan niet zijn toegestaan wordt ingekaderd door een aantal uitspraken van het Hof van Justitie EG. De Afdeling verwijst hiervoor naar het Hof van Justitie EG van 27 maart 1990 (zaak C-133/89, *Rush Portuguesa*), 9 augustus 1994 (zaak C-43/93, *Vander Elst*) en 21 oktober 2004 (zaak C-445/03, *Commissie/Luxemburg*). Op grond van deze uitspraken dient het als een met het gemeenschapsrecht strijdige beperking van het vrij dienstenverkeer te worden beschouwd:

‘(...) indien een lidstaat het verrichten van diensten vanuit een andere lidstaat, onder gebruikmaking van vast in dienst zijnde werknemers waarvoor het vrij verkeer van werknemers nog niet geldt, afhankelijk stelt van de eis van een werkvergunning, waarbij die vergunning niet wordt verleend indien op de binnenlandse arbeidsmarkt voldoende arbeidsaanbod voor de te verrichten arbeid aanwezig is. Een uitzondering geldt hierbij evenwel voor dienstverlening welke enkel bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, aangezien dergelijke dienstverlening juist ten doel heeft werknemers toegang te verschaffen tot de arbeidsmarkt van de ontvangende staat. (...)’, aldus de Afdeling.

Het ter beschikking stellen van arbeidskrachten is een vorm van dienstverlening in de zin van artikel 1 Richtlijn EG/96/71 (Detacheringsrichtlijn). De Detacheringsrichtlijn kent drie vormen van detachering:

- a. Een werknemer is voor rekening en onder leiding van een onderneming werkzaam op het grondgebied van een lidstaat, in het kader van een overeenkomst tussen de onderneming van herkomst en de ontvanger van de dienst die in deze lidstaat werkzaam is. Er is sprake van een dienstverband tussen de onderneming van herkomst en de werknemer.
- b. Een werknemer is op het grondgebied van een lidstaat ter beschikking gesteld van een vestiging of een tot hetzelfde concern behorende onderneming. Er is

sprake van een dienstverband tussen de onderneming van herkomst en de werknemer.

- c. Een werknemer is ter beschikking gesteld van een ontvangende onderneming die gevestigd is in een lidstaat of daar werkzaamheden uitvoert. Er is sprake van een dienstverband tussen de onderneming van herkomst of het uitzendbedrijf en de werknemer.

Bij detachering zoals bedoeld in b of c is, zoals hiervoor is uiteengezet, in Nederland een tewerkstellingsvergunning vereist omdat het hier gaat om grensoverschrijdende dienstverlening die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.⁵

De Afdeling stelt vast dat de terbeschikkingstelling van werknemers door het Poolse bedrijf aan de groothandel moet worden aangemerkt als grensoverschrijdende intraconcernuitlening als bedoeld in artikel 1 lid 3 aanhef en onder b van de Detacheringsrichtlijn. Zodoende:

‘(...) ziet de Afdeling zich thans geplaatst voor de vraag of met het oog op de bescherming van de nationale arbeidsmarkt de eis van een tewerkstellingsvergunning (...) voor dienstverrichting die bestaat uit het ter beschikking stellen van werknemers als bedoeld in artikel 1, derde lid, aanhef en onder b, van de Detacheringsrichtlijn, in het licht van de artikelen 56 en 57 van het VWEU, mede gelet op het in Bijlage XII [zoals bedoeld in art. 24 van de toetredingsakte: Polen] gemaakte voorbehoud, een proportionele maatregel is. Zij ziet daarom aanleiding om het Hof van Justitie van de Europese Unie te verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de volgende vraag:

Moeten de artikelen 56 en 57 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling, zoals vervat in artikel 2 van de Wet arbeid vreemdelingen, gelezen in samenhang met artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen, op grond waarvan voor het ter beschikking stellen van werknemers als bedoeld in artikel 1, derde lid, aanhef en onder b, van Richtlijn 96/71/EG een tewerkstellingsvergunning is vereist?’

Commentaar

Met deze prejudiciële vragen legt de Afdeling aan het Hof van Justitie EU de vraag voor of de eis, te beschikken over een tewerkstellings-

vergunning bij grensoverschrijdende dienstverlening binnen concernverband die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, zoals bedoeld in artikel 1 lid 3 onder c Detacheringsrichtlijn, in strijd is met de artikelen 56 of 57 VWEU. De vraag is dus of de wens om misbruik of oneigenlijk gebruik van het vrije dienstenverkeer via concernoverplaatsingen te voorkomen de tewerkstellingsvergunningplicht rechtvaardigt. (Zie uitgebreid over deze materie het artikel van De Lange, *SEW* 2010-9, p. 336.)

Over de derde vorm van detachering uit de Detacheringsrichtlijn⁶, waarbij het gaat om het ter beschikking stellen van arbeidskrachten door bijvoorbeeld uitzendbureaus en waarvoor ook een tewerkstellingsvergunning vereist is, stelde de Afdeling in de zomer van 2009 al prejudiciële vragen.⁷ Daarbij werd ook gevraagd aan de hand van welke criteria moet worden bepaald of er sprake is van het ter beschikking stellen van werknemers, zoals bedoeld in artikel 1 lid 3 aanhef en onder c van de Detacheringsrichtlijn.

In al dit soort zaken houden bestuursrechters in afwachting van het oordeel van het HvJ EU hun oordeel aan. Om hoeveel zaken het gaat waarin sprake is van zo'n concernoverplaatsing, is niet bekend. Het aantal lopende zaken waarin het gaat om uitzendarbeid en vergelijkbare vormen van het ter beschikking stellen van arbeid waarvoor een tewerkstellingsvergunning gevraagd moet worden, zal beduidend hoger liggen. Jaarlijks gaat het om miljoenen euro's aan boetes die de Arbeidsinspectie oplegt wegens de vermeende illegale tewerkstelling van unieburgers. De indruk is dat de Arbeidsinspectie deze praktijk niet opschort in afwachting van het antwoord van het HvJ EU. Voor de rechtshulpverlening is het niet onbelangrijk te beseffen dat in dit soort zaken een beroep moet worden gedaan op het Europese recht, anders bestaat het risico dat zo'n zaak door de bestuursrechter niet aangehouden wordt wegens mogelijke schending van Europees recht. De zaak wordt dan geheel nationaalrechtelijk beoordeeld en dat betekent al snel een hoge boete.

Opgemerkt zij nog dat het in deze zaak, hoewel het daar de schijn van heeft, niet gaat om stagiairs. Dat is relevant omdat de Afdeling eerder overwoog (ABRvS 18 november 2009, *LJN BK3672, Jurisprudentie Vreemdelingenrecht* 2010/60, m.nt. M. Tjebbes) dat het drie weken lang in Nederland scholen in Slowaakse werknemers van een zusterbedrijf, met het oogmerk scholing en het verwerven van praktijkkennis, geen dienstverlening is die enkel bestaat uit het ter beschikking stellen

van arbeidskrachten. De vreemdelingen moesten zodoende conform de notificatieregeling worden aangemeld; een tewerkstellingsvergunning was niet vereist. In de zaak waarin de Afdeling nu prejudiciële vragen stelt kan van scholing dus geen sprake zijn, omdat de Afdeling gelet op deze eerdere uitspraak, dan niet aan de door haar gestelde vraag toe zou zijn gekomen. Mocht het Hof van Justitie EU de tewerkstellingsvergunningplicht niet disproportioneel achten en in stand laten, dan geeft het verschil in de mate van scholing de doorslag bij het wel of niet in aanmerking komen voor de notificatieregeling. Dat lijkt ons echter onwaarschijnlijk omdat niets in de Detacheringsrichtlijn erop wijst dat een dergelijk onderscheid tussen de verschillende vormen van detachering bedoeld is.

Conclusie

Als het Hof van Justitie zal oordelen dat de eis van de tewerkstellingsvergunning geen

gerechtvaardigde beperking van het vrij verkeer van diensten is, en dat ligt wat ons betreft wel in de lijn der verwachtingen, dan zal de dienst alleen gemeld hoeven worden, via de hiervoor al genoemde en waarschijnlijk binnenkort te wijzigen notificatieregeling. Als het Hof echter meent dat de tewerkstellingsvergunningplicht wel een gerechtvaardigde beperking van het vrij verkeer van diensten is dan zou de tewerkstellingsvergunning wel verplicht kunnen worden gesteld. Dat is dan overigens voor de Roemeense en Bulgaarse dienstverleners een tijdelijke barrière, die zal komen te vervallen zodra de Nederlandse overgangsregeling ten aanzien van het vrije verkeer van werknemers uit die landen vervalt. Voor toekomstige uitbreidingen van de EU scheidt de af te wachten jurisprudentie natuurlijk ook helderheid, een helderheid die de afgelopen jaren in de Nederlandse rechtspraak vaak ontbrak.

P. Krop en T. de Lange

Voetnoten

- 1 Zie voor de meest recente versie hiervan de *Stcrt.* 17 februari 2010, 2166, te raadplegen via <www.overheid.nl>.
- 2 Op grond van Bijlage XII bij artikel 24 van de Toetredingsakte: Polen.
- 3 M.S. Houwerzijl, T. de Lange en C. Pool, 'De "status aparte" van werknemers uit de nieuwe EU-lidstaten', *MigrantenRecht* 2005, nr. 5, p. 148-156.
- 4 Handhaving van de naleving van deze notificatieplicht door middel van een bestuurlijke boete ontbeert een wettelijke grondslag, zo oordeelde de Afdeling: ABRvS 17 maart 2010, *LJN* BL7833, *JV* 2010/179, m.nt. T. de Lange; zie ook T. de Lange, 'Nederlands arbeidsmigratiebeleid en de Europese interne markt, een gestaag proces van toenadering', *SEW* 2010-9, p. 336, par. 4.3.4.
- 5 Nota van toelichting bij de Wijziging Besluit uitvoering Wav en het Vreemdelingenbesluit 10 november 2005 *Stb.* 2007, 577, p. 8.
- 6 Artikel 1 lid 3 aanhef en onder c Detacheringsrichtlijn.
- 7 ABRvS 29 juli 2009, *LJN* BJ4133, *LJN* BJ4140 en *LJN* BJ4071. De zaken zijn bij het HvJ EG genummerd als C-307/09, C-308/09 en C-309/09. Zie ook annotatie Tjebbes, *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht* 2009/404.