

1. Sinds het Essent-arrest van het HvJ EU van 11 september 2014 (JV 2014/346 m.nt. Groenendijk en de Lange) is er veel veranderd voor ondernemingen uit andere EU lidstaten die diensten willen verrichten in Nederland. Dit arrest, dat kort gezegd de deur opende voor ondernemingen om ook hun niet-EU werknemers die in het vestigingsland van de onderneming wel mogen werken in Nederland in te zetten, riep een aantal vervolgvragen op. Een van die vervolgvragen is in deze uitspraak beantwoord. Voor de volledigheid vermeld ik dat de onderhavige zaak is behandeld door een kantoorgenoot van mij. Ik zal in deze annotatie dan ook niet zozeer ingaan op de feiten van het individuele geval (met name het twistpunt bij welke onderneming de derdelanders in dienst waren), maar focussen op de plaats die deze uitspraak inneemt in de lijn van de Afdeling over grensoverschrijdende dienstverrichting.

2. Op grond van artikel 2, eerste lid, Wav zijn alle werkzaamheden die worden uitgevoerd door derdelanders zonder dat de werkgever beschikt over een tewerkstellingsvergunning (twv) verboden. Op grond van artikel 1e, BuWav zijn werkzaamheden die worden uitgeoefend in het kader van grensoverschrijdende dienstverrichting hiervan uitgezonderd, mits er is voldaan aan een aantal voorwaarden: het betreft een tijdelijke opdracht (eerste lid, aanhef), de werknemer is toegelaten tot de arbeidsmarkt van het land waar de dienstverrichter is gevestigd (sub a), de werkzaamheden zijn genotificeerd (sub b) en er is geen sprake van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (sub c). Deze laatste eis is uitgebreid aan de orde gekomen in het Essent arrest.

3. In de onderhavige zaak lag een andere voorwaarde voor de vrijstelling uit artikel 1e, Buwav voor. Het betrof de vraag of de derdelanders die in Nederland werden ingezet, wel waren toegelaten tot de arbeidsmarkt van Duitsland, waar de dienstverrichter was gevestigd. De rechtbank overwoog dat de Duitse werkvergunningen waarover de derdelanders beschikten (*Werkvertragsarbeitnehmerkarten*) slechts voor een bepaald tijdelijk project geldig waren. De vreemdelingen genoten geen 'vrije toegang' tot de Duitse arbeidsmarkt, en mochten derhalve niet zonder twv in Nederland worden ingezet. De rechtbank overwoog daarbij dat de artikelen 56 en 57 van het VWEU niet van toepassing waren omdat het derdelanders betrof.

4. Met betrekking tot de vraag of die artikelen van toepassing zijn op de onderhavige zaak, volstaat de Afdeling in overweging 3.4 met een korte verwijzing naar punt 39 van het Essent-arrest. Het gaat bij artikel 56 en 57 VWEU niet om de vraag of de vreemdelingen Unieburger zijn, maar of de betrokken ondernemingen in de Unie zijn gevestigd.

5. Even daarvoor geeft de Afdeling in overweging 3.2 van de uitspraak een lezenswaardig overzicht van de Hof jurisprudentie omtrent grensoverschrijdende dienstverrichting. De kern die de Afdeling daaruit destilleert is dat beperkingen op de vrijheid van dienstverrichting slechts onder bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd zijn. De beperking moet worden gerechtvaardigd door de bescherming van een algemeen belang en moet proportioneel zijn. Dat algemeen belang kan gelegen zijn in bescherming tegen verstoring van de arbeidsmarkt, maar er is volgens het Hof geen sprake van verstoring van de arbeidsmarkt als de werknemers na afloop van de werkzaamheden terug keren.

6. Gelet op deze arresten oordeelt de Afdeling dat de Minister ter bescherming van de nationale arbeidsmarkt beperkingen mag opleggen, maar dat de eis dat de derdelanders in het land waar de dienstverrichter is gevestigd vrij arbeid mogen verrichten niet gerechtvaardigd is. Het enkele feit dat de derdelanders in Duitsland alleen beperkte arbeid mochten verrichten in plaats van alle arbeid, maakt niet dat ze daarom bedreiging voor de Nederlandse arbeidsmarkt vormen. De Afdeling overweegt hierbij dat namelijk niets in het dossier erop wijst dat de derdelanders het oogmerk hadden om toe te treden tot de Nederlandse arbeidsmarkt.

7. Uit het jurisprudentieoverzicht van het Hof blijkt ook dat het de lidstaten uiteraard is toegestaan om (controle)maatregelen te nemen om te voorkomen dat er misbruik wordt gemaakt van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende dienstverrichting. De Afdeling overweegt in de onderhavige zaak dat niet in geschil is dat de dienstverrichter geen misbruik wilde maken. Dat blijkt onder meer uit het feit dat de

bepaalde werkzaamheden die de derdelanders in Duitsland mochten verrichten (las- en constructiewerkzaamheden) overeenkomen met de werkzaamheden die ze in Nederland mochten verrichten.

8. De Afdeling schuift in deze uitspraak de bewijslast richting de Minister. Het is telkens aan de Minister om aan te tonen dat de opgelegde beperking (vereisen van een twv) in het individuele geval, in het licht van artikel 56 en 57 VWEU, geoorloofd is. Hier komt treffend het verschil naar voren tussen de nationale systematiek (Wav) en de Europese systematiek (VWEU en verschillende richtlijnen). De Wav gaat uit van een “verbod, tenzij”. Bij grensoverschrijdende dienstverrichting die valt onder het VWEU moet juist worden uitgegaan van “toegestaan, tenzij”. In plaats van dat de ondernemingen moeten aantonen dat het verbod niet van toepassing is moet de Minister aantonen dat de opgeworpen belemmering is toegestaan.

Mr. dr. P.J. Krop, advocaat bij Kroes Advocaten Immigration Lawyers