

AB 2016/62: Boete Wet arbeid vreemdelingen. Geen strijd met de begunstigingsclausule Bulgaren.

Instantie:	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State	Datum:	4 november 2015
Magistraten:	Mrs. M.G.J. Parkins-de Vin, H.G. Sevenster, A.B.M. Hent	Zaaknr:	201501899/1/V6
Conclusie:	-		
Noot:	B. Wallage	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:RVS:2015:3367, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 04-11-2015		

Wetingang: Art. 2 lid 1 Wet arbeid vreemdelingen; punt 14, alinea 2, bijlage VI Verdrag tussen Lidstaten van de Europese Unie en de republiek Bulgarije en Roemenië betreffende de toetreding van de republiek Bulgarije en Roemenië tot de Europese Unie, 21 juni 2005, I. 157/11

Brondocument: ABRvS, 04-11-2015, nr. 201501899/1/V6

Essentie

De boete die op grond van de Wet arbeid vreemdelingen aan een Bulgaarse werknemer is opgelegd, is niet in strijd met de begunstigingsclausule vanwege het feit dat Japanse werknemers geen tewerkstellingsvergunning nodig hebben.

Samenvatting

In Nederland is de tewerkstelling van derdelanders onderworpen aan de in de Wav neergelegde vergunningplicht. Gelet op de [...] overgangsmaatregelen gold dat tot 1 januari 2014 ook voor Bulgaarse vreemdelingen, zij het dat hun tewerkstelling in bepaalde situaties was uitgezonderd van de vergunningplicht. Aldus golden voor hen geen strengere vereisten voor de toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt dan voor derdelanders in het algemeen. Naar het oordeel van de Afdeling is deze situatie in overeenstemming met punt 14, tweede alinea, van Bijlage VI, zoals door het Hof uitgelegd in het arrest Sommer. Dat in de uitspraak van 24 december 2014 is geoordeeld dat de tewerkstelling van Japanse vreemdelingen niet meer vergunningplichtig is, leidt niet tot een ander oordeel. Daartoe is

redengevend dat het in punt 14, tweede alinea, van Bijlage VI neergelegde beginsel van voorrang niet zover strekt, dat een uitzondering op het uitgangspunt dat derdelanders vergunningplichtig zijn, daarmee in strijd moet worden geacht. Die uitzondering laat het uitgangspunt immers onverlet. De Afdeling is van oordeel dat het beginsel van voorrang niet zo ruim dient te worden uitgelegd als een meestbegunstigingsclausule, zoals die voorlag in de uitspraak van 24 december 2014, waarvan de strekking is dat een Japanse onderdaan in alles wat betreft het verblijf, de uitoefening van zijn bedrijf en beroep en het voeren van zijn bedrijfs- of nijverheidsonderneming in alle opzichten op dezelfde voet moet worden geplaatst als de onderdanen van de meest begunstigde natie. De tekst van punt 14, tweede alinea, van Bijlage VI biedt voor een dergelijke ruime uitleg geen grond. Een zodanig ruime uitleg van het beginsel van voorrang valt ook niet af te leiden uit het arrest Sommer, waarin een situatie voorlag waarin de onderdanen van alle derde landen gunstiger werden behandeld dan Bulgaarse onderdanen.

Partij(en)

Uitspraak op het hoger beroep van appellante, tegen de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 23 januari 2015 in zaak nr. 14/79 in het geding tussen:

appellante

en

de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Uitspraak

Procesverloop

Bij besluit van 11 juli 2013 heeft de minister appellante een boete opgelegd van € 9.500 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, en artikel 15, tweede lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 21 november 2013 heeft de minister het daartegen door appellante gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 23 januari 2015 heeft de rechtbank het daartegen door appellante ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft appellante hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 28 juli 2015, waar appellante, vertegenwoordigd door mr. E.T.P. Scheers, advocaat te Amsterdam, en de minister, vertegenwoordigd door mr. B.J. Drijber en mr. M.M. van Asperen, beiden advocaat te Den Haag, en mr. M.M. Odijk, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

Overwegingen

1. Ingevolge artikel 20, tweede lid, aanhef en onder a, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU), genieten burgers van de Unie de rechten en hebben zij de plichten die bij de Verdragen zijn bepaald. Zij hebben onder meer het recht zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven.

Ingevolge artikel 45, eerste lid, is het verkeer van werknemers binnen de Unie vrij.

Ingevolge Bijlage VI Lijst bedoeld in artikel 23 van de Toetredingsakte: overgangsmaatregelen Bulgarije (*PB* 2005 L 157; hierna: Bijlage VI), onderdeel 1, punt 1, is wat betreft het vrij verkeer van werknemers en het vrij verrichten van diensten dat gepaard gaat met tijdelijk verkeer van werknemers als bedoeld in artikel 1 van Richtlijn 96/71/EG (*PB* 1997 L 18) van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten tussen Bulgarije en Nederland, artikel 45 van het VWEU slechts volledig van toepassing onder voorbehoud van de overgangsregelingen van de punten 2 tot en met 14.

Ingevolge punt 2 zullen de huidige lidstaten, in afwijking van de artikelen 1 tot en met 6 van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot het einde van het tweede jaar na de datum van toetreding van Bulgarije, nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen toepassen om de toegang van Bulgaarse onderdanen tot hun arbeidsmarkten te regelen. De huidige lidstaten mogen dergelijke maatregelen blijven toepassen tot het einde van het vijfde jaar na de datum van toetreding van Bulgarije.

Ingevolge punt 5 mag een lidstaat die aan het einde van de in punt 2 bedoelde periode van vijf jaar de nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen handhaaft, in geval van ernstige verstoringen van zijn arbeidsmarkt of het dreigen daarvan en na kennisgeving aan de Commissie deze maatregelen tot aan het einde van het zevende jaar na de datum van toetreding van Bulgarije blijven toepassen.

Ingevolge punt 14, tweede alinea, geven de huidige lidstaten, niettegenstaande de toepassing van het bepaalde in de punten 1 tot en met 13, wat de toegang tot hun arbeidsmarkt betreft, gedurende eender welke periode tijdens welke nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen worden toegepast, voorrang aan werknemers die onderdaan van de lidstaten zijn boven werknemers die onderdaan van een derde land zijn.

Ingevolge punt 14, derde alinea, mogen legaal in een andere lidstaat verblijvende en werkende Bulgaarse migrerende werknemers en hun gezinnen niet restrictiever worden behandeld dan in de betrokken lidstaat verblijvende en werkende werknemers uit een derde land.

Nederland heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om ingevolge Bijlage VI het recht op het vrij verkeer van werknemers, neergelegd in artikel 45 van het VWEU, tijdelijk te beperken en door voortzetting van de overgangsperiode de vergunningplicht ingevolge de Wav tot 1 januari 2014 gehandhaafd ([Kamerstukken II 2011/12, 29 407, nr. 132](#)).

Gelet op artikel XXV van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving (*Stb.* 2012, 462) is op dit geding de Wav van toepassing zoals deze wet luidde tot 1 januari 2013.

Ingevolge artikel 2, eerste lid, van de Wav is het een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.

Ingevolge artikel 15, eerste lid, draagt de werkgever die een vreemdeling arbeid laat verrichten bij een andere werkgever er bij de aanvang van de arbeid onverwijld zorg voor dat de werkgever bij

wie de arbeid feitelijk wordt verricht een afschrift van het document, bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder 1° tot en met 3°, van de Wet op de identificatieplicht, van de vreemdeling ontvangt. Ingevolge het tweede lid stelt de werkgever die het afschrift van het document, bedoeld in het eerste lid, ontvangt, de identiteit van de vreemdeling vast aan de hand van het genoemde document en neemt het afschrift op in de administratie.

2. Het door een arbeidsinspecteur van de Inspectie SZW op ambtseed opgemaakte boeterapport van 12 april 2013 houdt in dat een vreemdeling van Bulgaarse nationaliteit (hierna: de vreemdeling) in de periode van december 2011 tot en met april 2012 op bouwlocaties in plaatsen voor appellante bouwwerkzaamheden heeft verricht. Het boeterapport houdt voorts in dat de vreemdeling de arbeid verrichtte via een in- en uitleensituatie of aanneming van werk en dat het UWV WERKbedrijf aan appellante noch de andere werkgevers in de keten een tewerkstellingsvergunning heeft afgegeven. Het boeterapport houdt verder in dat appellante heeft nagelaten bij aanvang van de arbeid de identiteit van de vreemdeling vast te stellen aan de hand van een geldig identiteitsdocument en een afschrift daarvan op te nemen in haar administratie.
3. Appellante betoogt, onder verwijzing naar artikel 8:42, eerste lid, en 8:58, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb), alsmede de uitspraak van de Afdeling van 17 juni 2015 in zaak nr. 201406808/1/V6, dat de Afdeling het door de minister ingediende verweerschrift buiten beschouwing moet laten wegens strijd met de goede procesorde.
- 3.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 25 april 2012 in zaak nr. 201109285/1/V6), is de termijn in artikel 8:42, eerste lid, van de Awb een termijn van orde en verbindt de wet geen consequenties aan overschrijding ervan. Dat de minister het verweerschrift na afloop van deze termijn heeft ingediend, leidt er dus niet toe dat dit stuk buiten beschouwing wordt gelaten. Voorts is het verweerschrift op 17 juli 2015 bij de Raad van State ingekomen, waarna de griffier het op 20 juli 2015 heeft verzonden aan de gemachtigde van appellante. Appellante heeft aldus tijdig voor de zitting van het verweerschrift kennis kunnen nemen. Hierbij is van belang dat, mede gelet op hetgeen zij ter zitting heeft aangevoerd, geen grond bestaat voor het oordeel dat appellante niet adequaat op het verweerschrift heeft kunnen reageren. Nog daargelaten dat in de onder 3 vermelde uitspraak van 17 juni 2015 een verweerschrift voorlag dat, anders dan in dit geval, eerst na afloop van de termijn in artikel 8:58, eerste lid, van de Awb was ingediend, treft de verwijzing naar die uitspraak, gelet op hetgeen hiervoor in aanmerking is genomen, geen doel. Het betoog faalt.
4. Appellante betoogt voorts dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de vreemdeling de arbeid als zelfstandige heeft verricht. Zij voert aan dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de bij het boeterapport gevoegde verklaringen van de vreemdeling van 10 mei 2012 en vennoot — wettelijk vertegenwoordiger van bedrijf X., een van de andere werkgevers in de keten — van 6 juli 2012, relevant zijn voor de vaststelling van de gang van zaken bij de in deze zaak voorliggende bouwprojecten. In dit verband wijst appellante erop dat de vreemdeling niet alleen voor bedrijf X., maar ook voor andere opdrachtgevers heeft gewerkt, alsmede dat hij heeft verklaard bijna altijd alleen te werken, zelf verantwoordelijk te zijn voor het geleverde werk en zelf de prijs te bepalen. Voorts heeft de rechtbank de verklaring van vennoot over de vraag of de vreemdeling verzekerd was tijdens het voor bedrijf X. verrichte werk, onjuist geïnterpreteerd. Appellante voert verder aan dat het uitoefenen van enige coördinatie en controle door vennoot, gelet op de op bedrijf X. rustende verantwoordelijkheid en de uitstraling van dat bedrijf, noodzakelijk was. In dit verband wijst appellante onder meer op de uitspraak van de Afdeling van 3 september 2008 in zaak nr.

200707517/1. Appellante voert voorts aan dat de rechtbank er ten onrechte aan is voorbijgegaan dat de onderneming van de vreemdeling is ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel (hierna: de KvK), dat de vreemdeling met bedrijf X. een overeenkomst van opdracht heeft gesloten, voorafgaand aan het werk offertes heeft opgesteld en dat bedrijf X. de gefactureerde bedragen naar zijn zakelijke bankrekening heeft overgemaakt.

- 4.1. Uit vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie (hierna: het Hof; onder meer punt 31 van het arrest van 15 december 2005, C-151/04 en C-152/04, *Nadin en Durré*, [ECLI:EU:C:2005:775](#), en punt 37 van het arrest van 4 december 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media*, [ECLI:EU:C:2014:2411](#)), volgt dat voor beantwoording van de vraag of de vreemdeling als zelfstandige werkzaam was, bepalend is of hij de arbeid zonder gezagsverhouding heeft verricht, waarbij de vraag of hij de arbeid onder eigen verantwoordelijkheid heeft verricht een rol speelt en voorts de feitelijke situatie van belang is.
- 4.2. De vreemdeling en vennoot hebben de bij het boeterapport gevoegde verklaringen afgelegd naar aanleiding van een door de Inspectie SZW verrichte controle bij een bouwproject aan de locatie-a in a-plaats, waar de vreemdeling door bedrijf X. is ingezet. Deze controle heeft geleid tot nadere administratieve controles, waaruit is gebleken dat bedrijf X. de vreemdeling ook op de in deze zaak aan de orde zijnde bouwprojecten heeft ingezet. Nu deze verklaringen, althans relevante gedeelten daarvan, in algemene bewoordingen zijn gedaan, heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat deze niet alleen relevant zijn voor beantwoording van de vraag of bij het bouwproject aan de locatie-a in a-plaats tussen bedrijf X. en de vreemdeling een gezagsverhouding bestond, maar dat daaraan ook betekenis toekomt in deze zaak, waarin de vreemdeling evenzeer door bedrijf X. is ingezet. Dat, aldus appellante, de vreemdeling ook in opdracht van andere opdrachtgevers werkzaam is geweest, wat daar ook van zij, maakt dat niet anders, nu de vreemdeling in deze zaak niet door een van die opdrachtgevers is ingezet.
- In zoverre faalt het betoog.
- 4.3. Vennoot heeft verklaard dat hij, hoewel de vreemdeling zelf verantwoordelijk is voor het geleverde werk, het aanspreekpunt is voor de klant, omdat deze hem kent. Indien de vreemdeling iets fout heeft gedaan, moet hij dat volgens vennoot zelf opknappen. Uit deze verklaring volgt dat de vreemdeling tot op zekere hoogte zelf verantwoordelijk was voor het geleverde werk. Deze en de overige door appellante aangevoerde feiten en omstandigheden, waaronder de inschrijving van de vreemdeling in het handelsregister van de KvK en de omstandigheid dat hij, naar gesteld, ook voor andere opdrachtgevers arbeid heeft verricht, zijn echter, gelet op het volgende, onvoldoende om tot het oordeel te kunnen leiden dat de vreemdeling de onder 2 bedoelde werkzaamheden als zelfstandige heeft verricht.

Uit de verklaringen van de vreemdeling en vennoot volgt dat de vreemdeling werkopdrachten kreeg van vennoot, dat vennoot toezicht hield op de werkzaamheden en bijna dagelijks langskwam op de bouwlocatie, onder meer om het door de vreemdeling verrichte werk te controleren. De rechtbank heeft derhalve terecht overwogen dat de vreemdeling onder gezag van bedrijf X. werkzaam was. Hieruit volgt dat de verwijzing naar onder meer de onder 4 vermelde uitspraak van 3 september 2008, waarin het ging om vreemdelingen die zelf hun werkzaamheden indeelden en toezicht hielden op de uitvoering en voortgang ervan, geen doel treft.

De bij het boeterapport gevoegde overeenkomst van opdracht tussen bedrijf X. en de vreemdeling is niet toegespitst op een bepaalde opdracht, maar is algemeen geformuleerd. Daarin staat immers dat bedrijf X. voornemens is de vreemdeling opdracht te geven tot kleine kluswerkzaamheden,

zoals schilderen, stucen en timmeren, zonder dat dit nader is geconcretiseerd. Voorts is deze overeenkomst ook niet gerelateerd aan de duur van een bepaalde opdracht. De vreemdeling zou voormelde werkzaamheden immers zonder nadere aanduiding gedurende een jaar voor bedrijf X. verrichten. Aldus heeft deze overeenkomst veeleer het karakter van een arbeidsovereenkomst dan van een overeenkomst van opdracht. In dit verband wordt verder in aanmerking genomen dat de vreemdeling heeft verklaard zijn contract met bedrijf X. niet te hebben gelezen en dus niet te weten wat daarin staat, alsmede dat hij geen investeringen in zijn bedrijf heeft gedaan.

In het kader van de vaststelling van de feitelijke situatie wordt in aanmerking genomen dat de vreemdeling heeft verklaard dat hij € 10 per uur verdient, vijf dagen per week voor bedrijf X. werkt, van 07.30 uur tot 15.00 uur, hetgeen volgens hem dezelfde werktijden zijn als die van de overige werknemers. Verder heeft vennoot verklaard dat bedrijf X. voor vervanging zou zorgen indien de vreemdeling ziek is. Ook deze verklaringen duiden erop dat de vreemdeling niet als zelfstandige werkzaam was.

Het betoog faalt.

5. Appellante betoogt verder dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de boeteoplegging in strijd is met artikel 20 van het VWEU. Zij voert, onder verwijzing naar het arrest van het Hof van 8 maart 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano* ([ECLI:EU:C:2011:124](#); hierna: het arrest *Ruiz Zambrano*), aan dat deze bepaling zich verzet tegen nationale maatregelen die tot gevolg hebben dat burgers van de Unie het effectieve genot wordt ontzegd van de belangrijkste aan hun status van burger van de Unie ontleende rechten. Het vereiste van een tewerkstellingsvergunning is een zodanige maatregel, nu, zoals volgt uit het arrest *Ruiz Zambrano*, de weigering om een tewerkstellingsvergunning te verlenen ertoe zou kunnen leiden dat de betrokken persoon niet over voldoende bestaansmiddelen kan beschikken om te voorzien in zijn eigen onderhoud en dat van zijn gezin. Appellante wijst er in dit verband op dat de vreemdeling voor zijn levensonderhoud afhankelijk was van onder meer de voor appellante verrichte arbeid. Zij wijst er voorts op dat artikel 20 van het VWEU niet door de inwerkingtreding van de onder 1 weergegeven overgangsmaatregelen is opgeschort.
- 5.1. Appellante heeft ter zitting van de Afdeling desgevraagd toegelicht dat zij niet betoogt dat in deze zaak eenzelfde feitelijke situatie voorligt als in het arrest *Ruiz Zambrano*, maar dat uit dat arrest volgt dat de vreemdeling ingevolge artikel 20 van het VWEU gerechtigd is in Nederland arbeid te verrichten, zonder dat daarvoor een tewerkstellingsvergunning is vereist.
- 5.2. Dat burgers van de Unie ingevolge artikel 20, gelezen in samenhang met artikel 45 van het VWEU vrij zijn op de Nederlandse arbeidsmarkt, betekent niet dat ook appellante zich in dit geval met succes op die bepaling kan beroepen. Immers, ingevolge Bijlage VI, dat een uitzondering behelst op het vrije verkeer van werknemers, was het Nederland toegestaan gedurende de in onderdeel 1, punt 2, van Bijlage VI bedoelde overgangsperiode de toegang van Bulgaarse onderdanen tot de Nederlandse arbeidsmarkt te regelen, in dit geval door voortzetting van de vergunningplicht ingevolge de Wav. Vergelijk punt 26 van het arrest van het Hof van 10 februari 2011, C-307/09 tot en met C-309/09, *Vicoplus e.a.* ([ECLI:EU:C:2011:64](#)). Uit dit arrest en punt 74 van het arrest van het Hof van 5 oktober 2006, C-140/05, *Valeško* ([ECLI:EU:C:2006:647](#)) volgt dat toetsing aan het primaire Unierecht, in dit geval artikel 20 van het VWEU, in dat geval niet aan de orde kan zijn. Reeds hierom treft de verwijzing naar het arrest *Ruiz Zambrano* en het betoog dat de tewerkstellingsvergunningplicht tot gevolg heeft dat de vreemdeling het effectieve genot wordt ontzegd van de belangrijkste aan zijn status van burger van de Unie ontleende rechten, geen doel. Het betoog faalt.

6. Appellante betoogt voorts dat de rechtbank niet heeft onderkend dat Nederland de onder 1 weergegeven overgangsmaatregelen ten onrechte heeft gehandhaafd tot 1 januari 2014. Zij voert, onder verwijzing naar een bij de zienswijze overgelegd verslag van de Europese Commissie over het functioneren van de overgangsregelingen inzake vrij verkeer van werknemers uit Bulgarije en Roemenië van 11 november 2011 (hierna: het verslag van de Europese Commissie), een brief van Europees Commissaris Andor aan de minister van 15 maart 2012 en de brief van de minister aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 20 november 2014, ([Kamerstukken II 2014/15, 29 407, nr. 198](#)), aan dat niet is voldaan aan het in punt 5 van Bijlage VI neergelegde vereiste dat zich aan het einde van de in punt 2 bedoelde periode een ernstige verstoring van de Nederlandse arbeidsmarkt voordeed, althans dat een dergelijke verstoring dreigde. Gelet hierop heeft Nederland de vergunningplicht voor Bulgaarse vreemdelingen na 31 december 2011 ten onrechte voortgezet en heeft de minister haar ten onrechte beboet, aldus appellante.
- 6.1. De minister heeft zich in het besluit van 21 november 2013 op het standpunt gesteld dat uit het verslag van de Europese Commissie volgt dat deze niet hoeft in te stemmen met de beslissing van een lidstaat om de onder 1 bedoelde overgangsmaatregelen voort te zetten tot 1 januari 2014. Nu Nederland de Europese Commissie tijdig in kennis heeft gesteld van deze beslissing, valt niet in te zien waarom de tewerkstellingsvergunningplicht voor Bulgaarse vreemdelingen ten onrechte is voortgezet tot 1 januari 2014, aldus de minister.
- 6.2. Uit punt 5 van Bijlage VI volgt dat Nederland gerechtigd was om tot het einde van het vijfde jaar na de toetreding van Bulgarije overgangsmaatregelen toe te passen en deze te blijven toepassen tot het einde van het zevende jaar na toetreding in geval van ernstige verstoringen van zijn arbeidsmarkt of het dreigen daarvan, mits hij daarvan kennis had gegeven aan de Europese Commissie. Gelet hierop wordt de bevoegdheid van Nederland om gebruik te maken van de mogelijkheid om de overgangsperiode met twee jaar te verlengen, dat wil zeggen tijdelijk het vrij verkeer op te schorten en de tewerkstellingsvergunningplicht te handhaven, rechtstreeks ontleend aan het Unierecht onder voorwaarde van voormelde kennisgeving. De minister heeft zich derhalve in het besluit van 21 november 2013 terecht op het standpunt gesteld dat instemming van de Europese Commissie met de beslissing tot voortzetting van de hier bedoelde overgangsmaatregel niet was vereist.
- 6.3. Uit de bewoordingen van punt 5 van Bijlage VI volgt dat aan lidstaten beoordelingsruimte toekomt bij beantwoording van de vraag of zich aan het einde van de in punt 2 bedoelde periode een (dreigende) ernstige verstoring van de arbeidsmarkt voordeed. Dit vindt steun in het verslag van de Europese Commissie, waarin staat dat het aan elke lidstaat zelf is een (dreigende) verstoring van zijn arbeidsmarkt vast te stellen.
- Uit jurisprudentie van het Hof (onder meer punt 56 van het arrest van 24 oktober 1996, C-72/95, *Kraaijeveld*, [ECLI:EU:C:1996:404](#), en punt 25 van het arrest van 5 september 2012, C-83-11, *Rahman*, [ECLI:EU:C:2012:519](#)) volgt dat, ook indien een bepaling van Unierecht beoordelingsruimte bevat voor de lidstaten, deze voor de nationale rechter kan worden ingeroepen. Dat een Unierechtelijke bepaling een dergelijke beoordelingsruimte toekent, sluit voor de rechter immers de mogelijkheid niet uit om te toetsen of de betrokken nationale instanties de grenzen van deze beoordelingsruimte hebben overschreden. Punt 5 van Bijlage VI bevat een dergelijke beoordelingsruimte. Bijgevolg kan de rechter slechts toetsen of Nederland bij de beslissing om de onder 1 weergegeven overgangsmaatregelen te handhaven tot 1 januari 2014, binnen de grenzen

van de in punt 5 van Bijlage VI neergelegde beoordelingsruimte is gebleven. De door appellante opgeworpen vraag of de nationale rechter moet toetsen of zich aan het einde van de in punt 2 bedoelde periode een (dreigende) ernstige verstoring van de arbeidsmarkt voordeed, is hiermee beantwoord.

Voor zover appellante betoogt dat Nederland de hiervoor bedoelde grenzen te buiten is gegaan, wordt zij daarin niet gevolgd. Daartoe is redengevend dat de minister zich in zijn brief aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 18 november 2011 ([Kamerstukken II 2011/12, 29 407, nr. 132](#)), waarnaar hij in het verweerschrift in beroep heeft verwezen, in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat voortzetting van de tewerkstellingsvergunningplicht voor Bulgaarse vreemdelingen tot 1 januari 2014 noodzakelijk was om een ernstige verstoring van de Nederlandse arbeidsmarkt te voorkomen. In deze brief heeft de minister uiteengezet dat uit ramingen van het Centraal Planbureau is gebleken dat de arbeidsmigratie uit Bulgarije en Roemenië zou toenemen als Nederland per 1 januari 2012 de grenzen zou openen voor werknemers uit deze landen. Nederland was volgens de minister op dat moment niet klaar voor het ontvangen van nog meer arbeidsmigranten uit EU-lidstaten, gelet op de combinatie van verder oplopende werkloosheid, vooral aan de onderkant van de arbeidsmarkt, verdringing van het onbenutte arbeidspotentieel in Nederland en de nog niet opgeloste problemen met onder meer malafide uitzendbureaus.

Gelet op het vorenstaande heeft de rechtbank appellante terecht, zij het op geheel andere gronden, die thans geen bespreking behoeven, niet gevolgd in haar betoog dat Nederland de vergunningplicht voor Bulgaarse vreemdelingen ten onrechte heeft gehandhaafd tot 1 januari 2014. Het betoog faalt.

7. Appellante betoogt voorts, onder verwijzing naar het arrest van het Hof van 21 juni 2012, C-15/11, *Sommer* ([ECLI:EU:C:2012:371](#); hierna: het arrest *Sommer*), dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de opgelegde boete in strijd is met punt 14, tweede alinea, van Bijlage VI. Ingevolge deze bepaling is Nederland volgens appellante verplicht om, wat de toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt betreft, voorrang te geven aan onderdanen van lidstaten boven derdelanders. Nu uit de uitspraak van de Afdeling van 24 december 2014 in zaak nr. 201403638/1/V6; hierna: de uitspraak van 24 december 2014) volgt dat voor Japanse vreemdelingen de tewerkstellingsvergunningplicht niet meer geldt, dient dat ook voor Bulgaarse vreemdelingen te gelden. Gelet op de uitspraak van 24 december 2014 is de opgelegde boete voorts in strijd met punt 14, derde alinea, van Bijlage VI, aldus appellante.
- 7.1. Het Hof heeft in punt 33 van het arrest *Sommer* overwogen dat punt 14, tweede alinea, van Bijlage VI het beginsel van voorrang vaststelt voor burgers van de Unie, op basis waarvan de lidstaten verplicht zijn om, los van de maatregelen die tijdens de overgangperiode worden genomen, wat de toegang tot hun arbeidsmarkt betreft, voorrang te geven aan onderdanen van de lidstaten boven derdelanders. Ingevolge deze bepaling moeten voor Bulgaarse onderdanen niet enkel dezelfde voorwaarden voor de toegang tot de arbeidsmarkt van de lidstaten gelden als voor derdelanders, maar genieten zij ook een voorkeursbehandeling ten opzichte van laatstgenoemden. Het Hof heeft derhalve voor recht verklaard dat punt 14, tweede alinea, van Bijlage VI aldus moet worden uitgelegd dat de voorwaarden voor de toegang van Bulgaarse studenten tot de arbeidsmarkt niet strenger mogen zijn dan de voor derdelanders geldende voorwaarden, vervat in Richtlijn 2004/114/EG van de Raad van 13 december 2004 betreffende de voorwaarden voor de toelating van onderdanen van derde landen met het oog op studie, scholierenuitwisseling, onbezoldigde

opleiding of vrijwilligerswerk (PB L 375/12).

7.2. In Nederland is de tewerkstelling van derdelanders onderworpen aan de in de Wav neergelegde vergunningplicht. Gelet op de onder 1 weergegeven overgangsmaatregelen gold dat tot 1 januari 2014 ook voor Bulgaarse vreemdelingen, zij het dat hun tewerkstelling in bepaalde situaties was uitgezonderd van de vergunningplicht. Aldus golden voor hen geen strengere vereisten voor de toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt dan voor derdelanders in het algemeen. Naar het oordeel van de Afdeling is deze situatie in overeenstemming met punt 14, tweede alinea, van Bijlage VI, zoals door het Hof uitgelegd in het arrest *Sommer*.

Dat in de uitspraak van 24 december 2014 is geoordeeld dat de tewerkstelling van Japanse vreemdelingen niet meer vergunningplichtig is, leidt niet tot een ander oordeel. Daartoe is redengevend dat het in punt 14, tweede alinea, van Bijlage VI neergelegde beginsel van voorrang niet zover strekt, dat een uitzondering op het uitgangspunt dat derdelanders vergunningplichtig zijn, daarmee in strijd moet worden geacht. Die uitzondering laat het uitgangspunt immers onverlet. De Afdeling is van oordeel dat het beginsel van voorrang niet zo ruim dient te worden uitgelegd als een meestbegunstigingsclausule, zoals die voorlag in de uitspraak van 24 december 2014, waarvan de strekking is dat een Japanse onderdaan in alles wat betreft het verblijf, de uitoefening van zijn bedrijf en beroep en het voeren van zijn bedrijfs- of nijverheidsonderneming in alle opzichten op dezelfde voet moet worden geplaatst als de onderdanen van de meest begunstigde natie. De tekst van punt 14, tweede alinea, van Bijlage VI biedt voor een dergelijke ruime uitleg geen grond. Een zodanig ruime uitleg van het beginsel van voorrang valt ook niet af te leiden uit het arrest *Sommer*, waarin een situatie voorlag waarin de onderdanen van alle derde landen gunstiger werden behandeld dan Bulgaarse onderdanen.

Gelet op het vorenstaande betoogt appellante tevergeefs dat de opgelegde boete in strijd is met punt 14, tweede alinea, van Bijlage VI. Zij betoogt voorts tevergeefs dat de opgelegde boete in strijd is met de derde alinea van die bepaling, reeds omdat de vreemdeling in de onder 2 bedoelde periode niet was toegelaten tot de Nederlandse arbeidsmarkt en hij derhalve geen legaal in Nederland verblijvende en werkende Bulgaarse werknemer was als bedoeld in die alinea. Er bestaat gelet op punt 16 van het arrest van het Hof van 6 oktober 1982, C-283/81, *Cilfit*, ([ECLI:EU:C:1982:335](http://eur-lex.europa.eu/juris/ces/doclist?uri=CELEX:1982:335)), geen aanleiding tot het stellen van prejudiciële vragen, aangezien redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan over de wijze waarop de opgeworpen vraag over de betrokken Unierechtelijke rechtsregel moet worden beantwoord. Het betoog faalt.

8. Appellante betoogt verder dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de minister haar ten onrechte heeft beboet wegens overtreding van artikel 15, tweede lid, van de Wav. Zij voert aan dat uit de tekst van deze bepaling volgt dat de daarin neergelegde verplichting niet geldt voor werkgevers die geen geldig identiteitsdocument hebben ontvangen van de in artikel 15, eerste lid, van de Wav bedoelde werkgever. Gelet hierop is deze boete in strijd met het zogeheten lex-certabeginsel, aldus appellante.

8.1. De rechtbank heeft terecht, onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 11 september 2013 in zaak nr. 201209995/1/V6, overwogen dat het op de weg van appellante had gelegen om, vóórdat zij de vreemdeling arbeid liet verrichten, aan de hand van een van de formele werkgever te ontvangen afschrift van het identiteitsdocument zijn identiteit te verifiëren en dit afschrift op te nemen in haar administratie. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat, zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 3 oktober 2007 in zaak nr. 200701639/1), het de eigen

verantwoordelijkheid van de werkgever is om bij aanvang van de werkzaamheden na te gaan of aan de voorschriften van de Wav wordt voldaan. Anders dan appellante betoogt, volgt uit de tekst van artikel 15, tweede lid, van de Wav, gelezen in samenhang met het eerste lid van die bepaling, genoegzaam dat op haar de verantwoordelijkheid rustte om — zo nodig — een afschrift van het identiteitsdocument van de vreemdeling op te vragen bij de formele werkgever of de daarop volgende inlener/aannemer in de keten, in dit geval Kubus Montagediensten Amsterdam B.V. Vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 18 maart 2015 in zaak nr. 201311699/1/V6. Gelet hierop faalt het betoog van appellante dat de haar opgelegde boete wegens overtreding van artikel 15, tweede lid, van de Wav in strijd is met het lex-certabeginsel.

9. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak moet worden bevestigd, zij het, gelet op hetgeen is overwogen onder 6.3, met verbetering van de gronden waarop deze rust.
10. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:
bevestigt de aangevallen uitspraak.

Noot

Auteur: B. Wallage¹

1. In bovenstaande uitspraak oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) dat een boete opgelegd aan Bulgaren en Roemenen op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: Wav) niet in strijd is met de begunstigingsclausule, opgenomen onder punt 14 alinea 2 van bijl. VI Verdrag tussen Lidstaten van de Europese Unie en de republiek Bulgarije en Roemenië betreffende de toetreding van de republiek Bulgarije en Roemenië tot de Europese Unie, 21 juni 2005, I. 157/11 (hierna: het Toetredingsverdrag). Deze uitspraak is lezenswaardig omdat de Rechtbank Zeeland-West-Brabant op 24 juli 2015 (Rechtbank Zeeland-West-Brabant 24 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4991) in een soortgelijke zaak heeft geoordeeld dat een boete opgelegd aan Bulgaren en Roemenen op grond van de Wav wel degelijk in strijd is met de begunstigingsclausule uit het Toetredingsverdrag.
In deze annotatie zal ik uiteenzetten waarom het oordeel van de Afdeling inhoudelijk discutabel is. Hiertoe zal ik de motivering van de Afdeling vergelijken met die in de uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant en met de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie (HvJ EU). Tot slot zal ik uiteenzetten waarom de Afdeling gehouden was om prejudiciële vragen te stellen. Onderstaand vat ik eerst de belangrijkste feiten samen.
2. De lidstaten Roemenië en Bulgarije zijn in 2007 tot de Europese Unie toegetreden. Op grond van artikel 45 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) bestaat er een vrij verkeer van werknemers binnen de Europese Unie. Op grond van dit artikel mogen lidstaten niet discrimineren op grond van de nationaliteit van de werknemers van de lidstaten. Omdat de lidstaten Roemenië en Bulgarije later tot de Europese Unie zijn toegetreden, is met deze landen een overgangperiode overeengekomen. Het vrije verkeer van werknemers gold op basis van de

overgangperiode uit het toetredingsverdrag pas zeven jaar na toetreding tot de Europese Unie. De Bulgaarse en Roemeense werknemers hadden gedurende deze overgangperiode dus gewoon een tewerkstellingsvergunning nodig op grond van de Wav.

In punt 14, bijlage VI van het Toetredingsverdrag is echter een zogenaamde begunstigingsclausule opgenomen waaruit blijkt dat Roemeense en Bulgaarse onderdanen voorrang van de lidstaten krijgen boven werknemers die onderdaan zijn van een derde land.

De Afdeling heeft op 24 december 2014 (ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4701) geoordeeld dat Japanse werknemers op grond van het Verdrag van handel en scheepvaart tussen het Koninkrijk der Nederlanden en Japan (*Stb.* 1913, 389) vrije toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt hebben. Appellant betoogt in de onderhavige zaak dat de begunstigingsclausule is geschonden, nu Japanse werknemers zonder tewerkstellingsvergunning mogen werken in Nederland en Bulgaarse en Roemeense werknemers niet. De Afdeling is van oordeel dat het enkele feit dat Japanse werknemers vrij toegang hebben tot de Nederlandse arbeidsmarkt, niet wil zeggen dat dit in strijd is met de begunstigingsclausule uit het Toetredingsverdrag. De Afdeling overweegt in deze zaak: *“De tekst van punt 14, tweede alinea, van Bijlage VI biedt voor een dergelijke ruime uitleg geen grond. Een zodanig ruime uitleg van het beginsel van voorrang valt ook niet af te leiden uit het arrest Sommer, waarin een situatie voorlag waarin de onderdanen van alle derde landen gunstiger werden behandeld dan Bulgaarse onderdanen”*. Anders gezegd, derdelanders hebben een tewerkstellingsvergunning nodig. Dat hier voor Japanners een uitzondering op is gemaakt, betekent volgens de Afdeling niet dat de positie van Bulgaren en Roemenen aan die van Japanners gelijk moet worden gesteld op basis van de meest begunstigingsclausule. Ik zal hieronder beredeneren dat deze interpretatie van de Afdeling discutabel is.

3. Het HvJEU concludeerde in de zaak *Sommer* dat de begunstigingsclausule uit punt 14, tweede alinea, van bijlage VI van het Toetredingsverdrag (HvJ EU 21 juni 2012, [ECLI:EU:C:2012:371](#)) als volgt dient te worden uitgelegd:

“overeenkomstig deze bepaling moeten voor Bulgaarse onderdanen niet enkel dezelfde voorwaarden voor toegang tot de arbeidsmarkt van de lidstaten gelden als voor onderdanen van derde landen, maar genieten zij ook een voorkeursbehandeling ten opzichte van laatstgenoemde”.

In de zaak *Sommer* werd de begunstigingsclausule door het HvJEU uitgelegd in het kader van de afgifte van een tewerkstellingsvergunning aan een Bulgaarse onderdaan. Deze afgifte werd afhankelijk gemaakt van een onderzoek naar de situatie op de arbeidsmarkt. Het HvJEU legt de begunstigingsclausule in deze uitspraak ruim uit en oordeelt dat Bulgaarse onderdanen tenminste gelijk moeten worden gesteld met derdelanders. In de zaak *Sommer* oordeelt het HvJEU dat in de lidstaten ten opzichte van derdelanders geen dergelijk onderzoek is vereist en dat zodoende ten opzichte van Bulgarije in strijd met de begunstigingsclausule wordt gehandeld.

De advocaat-generaal Jääskinen verduidelijkt in de conclusie bij deze zaak (Conclusie van advocaat-generaal N. Jääskinen van 1 maart 2012, C-15/11) de werking van de begunstigingsclausule. De advocaat-generaal is van mening dat werknemers uit een derde land, die op basis van een internationale overeenkomst tussen het derde land en de Europese Unie vrij toegang hebben tot de Europese arbeidsmarkt, niet vallen onder de werking van de begunstigingsclausule. Zo stelt hij: *“Hierbij moet worden aangetekend dat als ‘onderdaan van een derde land’ niet kunnen worden beschouwd personen die op grond van tussen de Unie en derde landen gesloten internationale overeenkomsten recht hebben op*

dezelfde behandeling als burgers van de Unie, zoals onderdanen van de Europese Economische Ruimte (EER). Een andere uitlegging zou namelijk de regeling die volgens het protocol gedurende de overgangperiode geldt, buitenspel zetten en het gevaar inhouden dat punt 2, eerste alinea, van bijlage VI, punt 1, bij het protocol, waarin is bepaald dat gedurende die periode nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen zullen worden toegepast, een groot deel van zijn nuttige werking werd ontnomen". In de onderhavige zaak gaat het niet om een internationale overeenkomst gesloten door de *Europese Unie* en een derde land maar om een internationale overeenkomst gesloten door een *lidstaat* (Nederland) en een derde land (Japan). De Afdeling beantwoordt in de onderhavige uitspraak de vraag of uit de bovenstaande overweging van de advocaat-generaal kan worden afgeleid dat Japanners niet moeten worden aangemerkt als "onderdanen van een derde land" omdat zij op grond van een internationaal verdrag tussen Nederland en Japan vrije toegang tot de arbeidsmarkt hebben.

4. De Afdeling is in de onderhavige uitspraak van oordeel dat het arrest *Sommer* niet vergelijkbaar is met de onderhavige situatie. In het arrest *Sommer* werden de onderdanen van alle derde landen gunstiger behandeld ten opzichte van Bulgaarse onderdanen, aldus de Afdeling. In de onderhavige zaken gaat het enkel om een gunstigere behandeling van Japanners. Dat de feiten uit het arrest *Sommer* en de onderhavige zaak van elkaar verschillen, doet niets af aan de ruime uitleg van de begunstigingsclausule die door het Hof van Justitie en de advocaat-generaal zijn gegeven. Daarnaast is de conclusie dat de gunstigere behandeling enkel geldt ten opzichte van Japanners onjuist, zo heeft Nederland ook met andere derde landen een bilateraal verdrag gesloten waarin bepalingen over de toetreding tot de arbeidsmarkt zijn opgenomen. De Afdeling wijkt in de onderhavige uitspraak af van de ruime uitleg van de begunstigingsclausule en oordeelt dat de positie van Bulgaren niet gelijk hoeft te zijn aan de meest begunstigde derdelanders, zoals Japanners, maar wel aan die van gewone derdelanders, die dus wel een tewerkstellingsvergunning nodig hebben. Voornoemde is voor de Afdeling geen reden om prejudiciële vragen te stellen. Hieronder zal ik de uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant bespreken.
5. De Rechtbank Zeeland-West-Brabant oordeelde in de hiervoor genoemde uitspraak dat Japan geen lidstaat is van de Europese Unie en zodoende dient te worden aangemerkt als een derde land. Op basis van het Handelsverdrag tussen Japan en Nederland hebben Japanse werknemers, in tegenstelling tot Roemeense en Bulgaarse werknemers, vrije toegang tot de arbeidsmarkt. De rechtbank is dan ook van mening dat dit in strijd is met de begunstigingsclausule, waaruit blijkt dat Bulgaarse en Roemeense werknemers voorrang hebben boven werknemers uit een derde land, waaronder Japan. De rechtbank is net zoals de Afdeling in de onderhavige zaak van mening dat er geen onduidelijkheid bestaat over de invulling van de begunstigingsclausule. Voor het stellen van prejudiciële vragen is zodoende ook voor de rechtbank geen aanleiding. De rechtbank volgt echter de ruime uitleg van de begunstigingsclausule van het Hof van Justitie en de advocaat-generaal. De rechtbank oordeelt: *"daartoe wijst de rechtbank erop dat de begunstigingsclausule veel van zijn betekenis verliest als met 'een derde land' slechts zou worden bedoeld op een derde land waar Nederland geen bilateraal verdrag mee heeft gesloten. Nederland heeft immers met zeer veel andere staten bilaterale verdragen gesloten, waarin veelal ook bepalingen voorkomen over toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt. De rechtbank voelt zich daarbij gesteund door het Sommer-arrest, waarin het Hof van Justitie van de Europese Unie ook de vergelijking maakt tussen Bulgaarse studenten en studenten die onderdaan zijn van een derde land, zonder daarbij een onderscheid*

te maken tussen derde landen die een bilateraal verdrag met Oostenrijk hebben gesloten en derde landen die dat niet hebben gedaan.¹ Het beroep in de zaak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant is dan ook gegrond.

In het vervolg van deze annotatie zal ik bespreken waarom de Afdeling in de onderhavige uitspraak gehouden was om prejudiciële vragen te stellen.

6. Op grond van art. 277 VWEU zijn de nationale gerechten, waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep, verplicht om prejudiciële vragen te stellen, wanneer zich vragen met betrekking tot de toepassing of uitleg van het Europees recht voordoen (HvJEU 6 oktober 1982, zaak C-283/81). Op basis van het *Sommer*-arrest, de uitleg van advocaat-generaal Jääskinen en de uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant kon het de Afdeling niet duidelijk zijn of werknemers uit Bulgarije en Roemenië op basis van de begunstigingsclausule ook voorrang dienen te krijgen ten opzichte van werknemers uit derde landen waarmee door de lidstaten een bilateraal verdrag zijn gesloten. De uitleg van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant is goed gemotiveerd en sluit aan bij de uitleg van advocaat-generaal Jääskinen. De Afdeling heeft in bovenstaande uitspraak niet gemotiveerd om welke reden er wordt afgeweken van de conclusie van de advocaat-generaal Jääskinen en de motivering van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant. De Afdeling oordeelt enkel dat de vergelijking met het *Sommer*-arrest niet opgaat. Hieronder zal ik tot slot bespreken dat het niet stellen van prejudiciële vragen door de Afdeling kan leiden tot aansprakelijkheid van de Nederlandse staat.
7. De prejudiciële procedure dient er onder andere voor de doorwerking van het Europese recht te garanderen. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat het ontbreken van prejudiciële vragen kan leiden tot aansprakelijkheid van een lidstaat, indien later blijkt dat de nationale rechter het Europees recht niet juist heeft toegepast en er daardoor schade is ontstaan (HvJEU, Zaak C-129/00, *Commissie t. Italië* en HvJ EG, Zaak C-244/01, *Köbler*). Het ten onrechte niet stellen van prejudiciële vragen kan er ook toe leiden dat een nationaal bestuursorgaan een onherroepelijk geworden besluit later moet herzien, indien uit latere Europese rechtspraak blijkt dat het oordeel van de hoogste nationale rechter onjuist was (HvJ EG, Zaak C-453/00, *Kühne & Heitz*). De organisatie die het verzoek doet om de beschikking te herzien, moet dan in eerste instantie wel tot aan de hoogste nationale rechterlijke instantie hebben geprocedeerd.

Voetnoten

[1] Masterstudent ondernemingsrecht en staats- en bestuursrecht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden.