

Kenmerk	W12.05.0419/IV
Datum advies	14 oktober 2005
Vindplaats	Bijvoegsel Staatscourant 13 december 2005, nr 242

Volledige tekst

Ontwerpbesluit houdende wijziging van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen en van het Vreemdelingenbesluit 2000, met nota van toelichting.

Bij Kabinetsmissive van 28 september 2005, no.05.003597, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het ontwerpbesluit houdende wijziging van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen en van het Vreemdelingenbesluit 2000, met nota van toelichting.

Het ontwerpbesluit strekt ertoe het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen te wijzigen zodat een vrijstelling geldt van het verbod om werknemers zonder tewerkstellingsvergunning te werk te stellen die in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening tijdelijk in Nederland arbeid verrichten in dienst van een werkgever die in een andere lidstaat is gevestigd. Voor de toepassing van deze vrijstelling geldt een aantal voorwaarden, waaronder de eis, dat de activiteiten voor de aanvang van de te verrichten arbeid schriftelijk worden gemeld bij de Centrale organisatie voor werk en inkomen en dat een aantal bewijsstukken wordt overgelegd, een en ander om misbruik en oneigenlijk gebruik te voorkomen.

Doelstelling van het voorstel is met de invoering van deze voorwaardelijke vrijstelling de belemmeringen voor het vrij dienstenverkeer binnen de Europese Unie tot een minimum te beperken. In dit verband is ook de ingebrekestelling door de Commissie van Nederland naar aanleiding van klachten van Poolse dienstverleners relevant. (*zie noot 1*)

De Raad merkt op dat de voorgestelde wijziging van het stelsel van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: Wav) niet noodzakelijk is om dit stelsel toe te passen in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht. Verder constateert de Raad dat de voorgestelde voorwaardelijke vrijstelling van de tewerkstellingsvergunningplicht onderscheid maakt op grond van de omstandigheid of de dienstverlener binnen Nederland of buiten Nederland in een andere lidstaat is gevestigd. Hij is van oordeel dat dit in strijd is met de in het EG-Verdrag verankerde vrijheid van dienstverlening. Hij is voorts van oordeel dat in verband met deze opmerkingen over het ontwerpbesluit niet positief kan worden geadviseerd.

1. Vrijstelling ex lege

Het voorgestelde artikel 1e van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen beoogt opheffing van het verbod van tewerkstelling zonder tewerkstellingsvergunning voor EU/EER dienstverlening onder de voorwaarde van het voldoen aan een meldingsverplichting. De toelichting erkent in paragraaf 2, gelet op het EG-Verdrag en de jurisprudentie van het Hof

van Justitie van de Europese Gemeenschappen, terecht dat het als een met het Gemeenschapsrecht strijdige beperking van het vrije dienstenverkeer dient 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 werknemersverkeer nog niet geldt, afhankelijk stelt van de eis van een tewerkstellingsvergunning, waarbij die vergunning niet wordt verleend indien op de binnenlandse arbeidsmarkt voldoende arbeidsaanbod voor de te verrichten arbeid aanwezig is.

Dit betekent dat uit het gemeenschapsrecht voortvloeit dat een tewerkstellingsvergunning in deze situatie niet mag worden verlangd.

Artikel 3, eerste lid, aanhef en onder a, Wav luidt:

1. Het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, is niet van toepassing met betrekking tot:

a. een vreemdeling ten aanzien van wie ingevolge bepalingen, vastgesteld bij overeenkomst met andere mogendheden dan wel bij een voor Nederland verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie, een tewerkstellingsvergunning niet mag worden verlangd; (...)

Het voorgestelde artikel 1e beoogt, als gezegd, een voorwaardelijke vrijstelling. Nu echter, zoals hiervoor geconstateerd, het Gemeenschapsrecht in deze situatie het stellen van de eis van een tewerkstellingsvergunning verbiedt, doet zich de situatie voor die is bedoeld in de aangehaalde wetsbepaling, waarin een tewerkstellingsvergunning niet mag worden verlangd. De Raad concludeert dan ook dat een wijziging van het stelsel van de Wav niet noodzakelijk is om dit stelsel toe te passen in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht. In het licht van artikel 8, onder e, van de Vreemdelingenwet 2000 geldt hetzelfde voor de thans eveneens voorgestelde wijzigingen van het Vreemdelingenbesluit 2000.

2. De meldingsplicht

Het voorstel komt in feite neer op het vervangen van de verplichting van een tewerkstellingsvergunning door een stelsel van verplichte melding-vooraf indien werknemers in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening tijdelijk in Nederland arbeid verrichten in dienst van een werkgever die in een andere lidstaat is gevestigd. In deze situatie is het contract tot het verrichten van diensten met de dienstverlener aangegaan en niet met de betrokken werknemers. Als voorwaarde voor vrijstelling wordt het vereiste van voorafgaande melding en overlegging van bepaalde voorgeschreven bewijsstukken ingevoerd.

De meldingsplicht geldt alleen voor dienstverleners uit andere lidstaten, en deze verplichting brengt voor hen extra lasten mee. Het is derhalve buiten twijfel dat sprake is van een belemmering van het vrije dienstenverkeer als bedoeld in artikel 49 van het EG-Verdrag. (zie noot 2)

De vraag is vervolgens of voor deze belemmering een rechtvaardiging bestaat en of zij noodzakelijk en proportioneel is. Nu het een maatregel betreft waarbij onderscheid wordt gemaakt op grond van de omstandigheid dat de dienstverlener buiten Nederland is gevestigd, kan in beginsel alleen een beroep worden gedaan op de verdragsrechtelijke uitzonderingen van de artikelen 45 en 46 van het EG-Verdrag. Artikel 45 is hier niet aan de orde, omdat het hier niet gaat om werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag. Op grond van artikel 46 kunnen belemmeringen gerechtvaardigd zijn in verband met de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid. Gelet op het doel en de opzet van de regeling - het tegengaan van fraude en ontwijking - zijn deze verdragsuitzonderingen in dit geval echter niet van toepassing.

Het zou het op zich mogelijk in de rede kunnen liggen een beroep te doen op één van de "rule of reason"-uitzonderingen. Nu het echter geen maatregel zonder onderscheid betreft, maar een maatregel die discrimineert op basis van de plaats van vestiging van de

dienstverlener, is een dergelijk beroep niet mogelijk.

Voorts merkt de Raad op dat beperkingen door Nederland geen rechtvaardiging vinden in de toetredingsakte met de nieuwe lidstaten. (zie noot 3) Alleen aan Duitsland en Oostenrijk zijn in dat kader - beperkt - mogelijkheden geboden om belemmeringen te handhaven ten aanzien van het dienstenverkeer. Bij de toetreding heeft Nederland zich beperkt tot een voorbehoud ten aanzien van het vrij verkeer van werknemers.

Overigens is de toegevoegde waarde van de voorgestelde melding ten behoeve van controle onduidelijk: werkgevers dienen zich hoe dan ook vooraf af te vragen of zij onder de verplichtingen van de Wav vallen. Indien zij immers ten onrechte ervan uitgaan dat voor de desbetreffende werknemers geen tewerkstellingsvergunning noodzakelijk was, kunnen zij met forse boetes worden geconfronteerd. Ook zonder controle-vooraf kan bij controles ter plaatse altijd worden achterhaald wat de status van de betrokken werknemers is en bestaan nog alle mogelijkheden voor het treffen van maatregelen. (zie noot 4)

De Raad komt tot de conclusie dat het voorgestelde stelsel van verplichte melding vooraf indien werknemers in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening tijdelijk in Nederland arbeid verrichten in dienst van een werkgever die in een andere lidstaat is gevestigd, niet verenigbaar is met de vrijheid van dienstverlening als bedoeld in artikel 49 van het EG-Verdrag.

De Raad van State heeft blijkens het vorenstaande bezwaar tegen het ontwerpbesluit en geeft U in overweging niet dienovereenkomstig te besluiten.

De Vice-President van de Raad van State

Nader rapport (reactie op het advies) van 4 november 2005

1. De Raad merkt op dat, zoals ook in de Nota van Toelichting op het ontwerpbesluit is vermeld, uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG voortvloeit dat het als een met het Gemeenschapsrecht strijdige beperking van het dienstenverkeer dient 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 werknemersverkeer nog niet geldt, afhankelijk stelt van de eis van een tewerkstellingsvergunning, waarbij die vergunning niet wordt verleend indien op de binnenlandse arbeidsmarkt voldoende arbeidsaanbod voor de te verrichten arbeid aanwezig is. De Raad knoopt hieraan de conclusie vast dat, gelet op artikel 3, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wet arbeid vreemdelingen, een tewerkstellingsvergunning reeds thans niet zou mogen worden verlangd van de betrokken dienstverleners, zodat het nu voorliggende besluit niet noodzakelijk zou zijn. Dit oordeel van de Raad deel ik niet.

Artikel 3, eerste lid, aanhef en onder a, strekt er slechts toe de tewerkstellingsvergunningseis te doen vervallen in die gevallen, waarin dit onvoorwaardelijk en rechtstreeks voortvloeit uit internationaalrechtelijke bepalingen. Dat is in casu evenwel niet aan de orde; tot op heden wordt ervan uitgegaan dat artikel 49 van het EG-verdrag zich niet verzet tegen handhaving van een tewerkstellingsvergunningseis als zodanig, mits deze geen disproportionele belemmering oplevert voor het grensoverschrijdend dienstenverkeer. Tegen deze achtergrond is artikel 49 van het EG-verdrag ook niet opgenomen in de bekendmaking, bedoeld in artikel 3, tweede lid, van de Wet arbeid vreemdelingen; wel geldt tot op heden in

het geval van grensoverschrijdende dienstverlening - teneinde te voldoen aan de relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie EG als weergegeven in de Nota van toelichting bij het ontwerpbesluit - een verlichte modaliteit van de vergunningplicht, zoals neergelegd in onderdeel 20 van de bijlage bij het Delegatie- en uitvoeringsbesluit Wet arbeid vreemdelingen. Hierbij worden de vergunningen verleend ongeacht of op de binnenlandse arbeidsmarkt voldoende arbeidsaanbod voor de te verrichten arbeid aanwezig is. Zoals de Raad terecht opmerkt komt het voorstel neer op het vervangen van deze verplichting van een tewerkstellingsvergunning door een stelsel van verplichte melding vooraf indien werknemers in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening tijdelijk in Nederland arbeid verrichten in dienst van een werkgever die in een andere lidstaat is gevestigd. Artikel 3, eerste lid, aanhef en onder a, Wet arbeid vreemdelingen voorziet niet in een dergelijke meldingsverplichting. Ik ben dan ook van mening dat de voorgenomen opheffing van het verbod van tewerkstelling zonder tewerkstellingsvergunning voor EU/EER dienstverlening onder de voorwaarde van het voldoen aan een meldingsverplichting zijn weerslag dient te krijgen in een nieuwe regeling op basis van artikel 3, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wet arbeid vreemdelingen.

2. De Raad stelt dat de in het ontwerpbesluit opgenomen meldingsplicht in het geval van grensoverschrijdende dienstverlening als een met artikel 49 EG-verdrag strijdige belemmering van het vrij dienstenverkeer zou moeten worden beschouwd. De in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG vervatte "rule of reason"-uitzondering op het recht op onbelemmerde dienstverlening acht de Raad niet toepasbaar, in het bijzonder omdat de voorgestelde regeling geen maatregel zonder onderscheid zou inhouden.

Ook dit oordeel van de Raad kan ik niet onderschrijven. Zoals in de Nota van Toelichting is uiteengezet geldt de in het ontwerpbesluit neergelegde meldingsplicht in alle gevallen van grensoverschrijdende dienstverlening vanuit een andere lidstaat, ongeacht of deze dienstverlening uitgaat van een (neven)vestiging van een Nederlandse onderneming, of van een niet-Nederlandse onderneming. De hierbij optredende handhavings- en verificatieproblematiek rechtvaardigt hierbij mijns inziens de voorgestelde meldingsplicht. Dienovereenkomstig oordeelde recent ook advocaat-generaal Geelhoed, in zijn conclusie bij de nog aanhangige zaak C-244/04 (Cie/ Duitsland), punt 22.

Meer in het algemeen kan over de vraag, of een meldingsplicht in gevallen als nu aan de orde verenigbaar kan worden geacht met het Gemeenschapsrecht, worden opgemerkt dat het Hof van Justitie EG in de relevante jurisprudentie uitdrukkelijk heeft uitgesproken dat de lidstaten moeten kunnen nagaan of ondernemingen de vrijheid van dienstverlening niet gebruiken voor een ander doel, b.v. om werknemers voor wie het vrij werknemersverkeer niet geldt werkt te verschaffen of ter beschikking te stellen (zaak C-113/89, Rush Portuguesa, r.o.17; zaak C-445/03, Cie/ Luxemburg, r.o.39). Het Hof heeft daarbij tevens uitgesproken dat een verplichting voor de dienstverlener om de autoriteiten van de ontvangende lidstaat in kennis te stellen van de tijdelijke werkzaamheid van de werknemers, de vermoedelijke duur van die aanwezigheid, en de aard van de dienstverlening die tot deze werkzaamheid aanleiding geeft, een passende maatregel zou kunnen zijn (zaak C-445/03, Cie/ Luxemburg, r.o.31). Advocaat-generaal Geelhoed gaat er daarbij, in zijn conclusie bij de thans bij het Hof van Justitie EG aanhangige zaak C-244/04 (Cie/ Duitsland), van uit dat de autoriteiten van de ontvangende lidstaat, willen controles effectief zijn, op een zodanig moment over de relevante informatie moeten kunnen beschikken dat zij, indien nodig, maatregelen kunnen nemen om openbare belangen te beschermen; een stelsel, waarbij deze informatie wordt verkregen middels verklaringen die door de dienstverlener worden afgelegd, uiterlijk op het moment waarop hij met deze activiteiten begint, wordt door hem als een passend middel

gezien (zaak C-244/04, Cie/ Duitsland, Conclusie, onderdelen 26-27).

De Raad merkt op dat de beperkingen door Nederland geen rechtvaardiging vinden in de toetredingsakte met de nieuwe lidstaten. Dit acht ik in zoverre juist, dat Nederland, anders dan Duitsland en Oostenrijk, als overgangsregiem geen uitzonderingen op de vrijheid van dienstverlening vanuit de nieuwe lidstaten heeft bedongen die afwijken van hetgeen reeds geldt op grond van het EG-verdrag en de daarop gebaseerde jurisprudentie. Nederland heeft als overgangsregeling echter wel een uitzondering bedongen op het vrij werknemersverkeer, hetgeen naar mijn oordeel impliceert dat Nederland gerechtigd is die maatregelen te nemen die nodig zijn om deze uitzondering effectief te handhaven, mits de eventuele belemmering die uit die maatregelen voortvloeit voor het dienstenverkeer proportioneel is. Dit is naar mijn oordeel met de nu voorgestelde regeling het geval.

Tenslotte merkt de Raad op de toegevoegde waarde van de voorgestelde melding ten behoeve van de controle onduidelijk te vinden. Ik ben het geheel met de Raad eens, waar hij in dit verband opmerkt dat werkgevers zich hoe dan ook vooraf dienen af te vragen of zij onder de verplichtingen van de Wet arbeid vreemdelingen vallen, doch dit laat mijns inzien onverlet dat de melding vooraf, zoals vervat in het nu voorliggende ontwerpbesluit, noodzakelijk is voor een doeltreffend toezicht, opdat deze verplichtingen daadwerkelijk worden nageleefd en arbeid in strijd met de Wet arbeid vreemdelingen wordt voorkomen. Bovendien wordt door het nu voorliggende besluit aan de werkgevers meer duidelijkheid verschaft, wanneer de tewerkstellingsvergunningseis wel, en wanneer deze niet vereist is. De eindconclusie van de Raad, dat de nu voorgestelde maatregel in strijd komt met artikel 49 van het EG-verdrag, deel ik derhalve niet.

Ik moge U hierbij, mede namens de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie, het ontwerpbesluit en de Nota van Toelichting wederom doen toekomen en U verzoeken overeenkomstig dit ontwerp te besluiten.

De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

(1) Op 20 juli 2005 heeft de Commissie een met redenen omkleed advies uitgebracht (http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/droit_com/decisions/dec_05_07_20.htm).

(2) Zie o.a. zaken 33/74, Van Binsbergen, Jurispr. 1974, blz. 1299; C-355/98, Commissie - België (beveiligingsactiviteiten), Jurispr. 2000, blz. I-1221.

(3) Verdrag tussen het Koninkrijk België, het Koninkrijk Denemarken, de Bondsrepubliek Duitsland, de Helleense Republiek, het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek, Ierland, de Italiaanse Republiek, het Groothertogdom Luxemburg, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Oostenrijk, de Portugese Republiek, de Republiek Finland, het Koninkrijk Zweden, het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (lidstaten van de Europese Unie) en de Tsjechische Republiek, de Republiek Estland, de Republiek Cyprus, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, de Republiek Hongarije, de Republiek Malta, de Republiek Polen, de Republiek Slovenië, de Slowaakse Republiek betreffende de toetreding van de Tsjechische Republiek, de Republiek Estland, de Republiek Cyprus, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, de Republiek Hongarije, de Republiek Malta, de Republiek Polen, de Republiek Slovenië en de Slowaakse Republiek tot de Europese Unie, met Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden, Bijlagen, Protocolen en Slotakte; Athene, 16 april 2003 (Trb. 2003, 121).

(4) Zie in dit verband ook zaak C-390/99, Canal Satélite Digital, Jurispr. 2002, blz. I-607.