

*Over meestbegunstigingsclausules en voorrangsbeginselen*

# *Wat hebben nieuwe EU-burgers en Japanners met elkaar gemeen?*

Bedrijven die Bulgaarse werknemers zonder tewerkstellingsvergunning in dienst hebben genomen mogen worden beboet, besliste de Afdeling onlangs. Dat andere derdelanders geen vergunningplicht hebben, betekent niet dat ook Bulgaren van deze plicht zijn verlost. Bart Maes en Erik Scheers bestrijden deze interpretatie van het voorrangsbeginsel: de nieuwe EU-burgers zouden op grond van de overgangsbepalingen gunstiger moeten worden behandeld dan derdelanders.

Japanners moeten voor wat betreft verblijf, uitoefening van bedrijf en beroep en voeren van onderneming, gelijk worden behandeld met onderdanen van de meest begunstigde natie, te weten de Zwitsers. Dit is de zogenoemde meestbegunstigingsclausule.<sup>1</sup> Gunstige uitzonderingen voor Zwitsers – op de voor derdelanders geldende verblijfs- en vestigingsvoorwaarden – dienen ook voor Japanners te gelden. De sterke rechtspositie van Japanners werd bereikt door het afstoffen van de gelijkbegunstigingsbepalingen uit het Japans Handelsverdrag uit 1912 (JHV),<sup>2</sup> in samenhang met het Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag uit 1956<sup>3</sup> en het Zwitsers Traktaat<sup>4</sup> uit 1875.<sup>5</sup> Voor nieuwe Unieburgers geldt een voorrangsbeginsel, dat is neergelegd in verschillende EU-toetredingsovereenkomsten.<sup>6</sup>

In hoeverre verschilt deze meestbegunstigingsclausule nu van het voorrangsbeginsel? Het voorrangsbeginsel houdt in dat lidstaten de regels voor werknemers van toetredende EU-lidstaten niet strikter mogen maken dan de regels voor derdelanders – het beginsel verplicht zelfs tot voorrang boven derdelanders.

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant oordeelde in lijn hiermee n dat de voorrang van nieuwe Unieburgers op Japanners als derdelanders betekent dat voor hun werkzaamheden evenals voor de werkzaamheden van Japanners geen tewerkstelling (twv) mag worden verlangd; daarom vernietigde de rechtbank de boete die i.c. aan de opdrachtgever van de nieuwe Unieburger was opgelegd.<sup>7</sup> Niettemin was de Afdeling op 4 november 2015 van oordeel dat het voorrangsbeginsel niet net zo ruim dient te worden uitgelegd als een meestbegunstigingsclausule en dat de twv-plicht – en voor het ontbreken hiervan opgelegde boetes – gehandhaafd kon blijven.<sup>8</sup>

Het belang bij duidelijkheid over het voorrangsbeginsel is enorm, nu de meeste boetes die de Inspectie SZW heeft opgelegd betrekking hebben op werkzaamheden van deze nieuwe Unieburgers. De Minister van SZW raamde het boetebedrag voor

1 ABRvS 19 juni 2013, JV 2013/329 m.nt. M.A.G. Reurs, ECLI:NL:RVS:203:332, Migratieweb ve13001444 en ABRvS 24 december 2014, JV 2015/45, m.nt. S.J. van der Woude, ECLI:NL:RVS2014:4701, Migratieweb ve15000040.

2 Stb. 1913, 293 en Stb. 1913, 389, Trb. 1954, 168

3 Trb. 1956, 40

4 Stb. 1878, 4 en Stb. 1878, 137

5 Julien Luscuere, die hierover schrijft ('Japanners zijn bijna Nederlanders' in A&MR 2015-7, p. 258-263), constateert dat de sterke rechtspositie kan worden afgeleid uit verschillende Afdelingsuitspraken, uit het beleid dat in de Vreemdelingencirculaire is neergelegd (voor Japanse zelfstandigen – Vc 2000 B6/2.5, onder 'Het Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag en Het Verdrag van handel en scheepsvaart tussen Nederland en Japan'), en uit een brief van UWV (voor de vrijstelling van het twv-vereiste voor werkgevers van Japanners – Brief UWV, 19-2-2015, AJD/TWV/2015, Migratieweb ve15000326.).

Luscuere constateert ook dat deze rechten in het najaar van 2015 nog steeds niet verder waren verankerd in de Nederlandse regelgeving. Ook op het moment van het schrijven van dit artikel, weer een half jaar later, is deze speciale rechtspositie nog steeds niet in de regelgeving terug te vinden.

6 Op dit moment bevindt alleen Kroatië zich nog in een overgangsfase, hoewel dit ook gevolgen zal hebben voor de zaken die nog lopen. In deze zaken zijn boetes opgelegd voor werkzaamheden van Bulgaren en Roemenen. Er zijn mogelijk ook gevolgen voor oudere boetezaken, met boetes voor werkzaamheden door Unieburgers uit de weer dáárvoor toegetreden lidstaten.

7 Rechtbank 's-Gravenhage, zittingsplaats Zeeland-West-Brabant, 24 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:4991, Migratieweb ve15001332.

8 ABRvS 4 november 2015, JV 2016/5, m.nt. T. de Lange, AB2016/62 m.nt. Wallage, ECLI:NL:RVS:2015:3367, Migratieweb ve15001877; zie ook de tien uitspraken, met de zaaknummers 201501898/1, 201501901/1, 201501902/1, 201501905/1, 20151906/1, 201501907/1, 201501908/1, 201501909/1 en 201501910/1 (www.raadvanstate.nl). In deze zaken trad mr. Erik Scheers op als gemachtigde van de beboete partijen.

deze groep zelfs op 150 tot 200 miljoen euro.<sup>9</sup> Zijn al deze boetes ten onrechte opgelegd?<sup>10</sup>

## 1. Meestbegunstigingsclausule en recht op voorrang

Het voorrangsbeginsel bij de Toetredingsaktes met Bulgarije en Roemenië<sup>11</sup> luidt:

‘Niettegenstaande de toepassing van het bepaalde in de punten 1 tot en met 13 geven de huidige lidstaten, 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.’

### *De nieuwe EU-onderdanen hadden op zijn minst gelijk aan Japanners vrije toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt moeten krijgen.*

In het Sommer-arrest<sup>12</sup> laat het Europese Hof van Justitie zich uit over de vraag of voor Bulgaarse studenten strengere eisen mogen gelden voor de toegang tot de Oostenrijkse arbeidsmarkt dan voor studenten uit niet EU-landen die vallen onder de Studentenrichtlijn 2004/114. Het ging in dit arrest dus om een groep derdelanders – studenten – die op grond van een Europese richtlijn beter werden behandeld dan deze nieuwe Unieburgers. Het Hof beantwoordt de vraag ontkennend en legt daarbij het voorrangsbeginsel als volgt uit:

‘Overeenkomstig deze bepaling moeten voor Bulgaarse onderdanen niet enkel dezelfde voorwaarden voor de toegang tot de arbeidsmarkt van de lidstaten gelden als voor onderdanen van derde landen, maar genieten zij ook een voorkeursbehandeling ten opzichte van laatstgenoemden.’<sup>13</sup>

De Afdeling bepaalde op 24 december 2014 dat Japanners qua toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt gelijkgesteld dienen te worden met de onderdanen van de meest begunstigde natie: de Zwitsers.<sup>14</sup> De Japanners hadden in ieder geval sinds 27 november 2001 – vanaf toen gold het twv-vereiste niet meer voor Zwitsers – vrije toegang moeten krijgen tot de Nederlandse arbeidsmarkt. Deze vrije toegang tot de arbeidsmarkt dient ons inziens op grond van het voorrangsbeginsel (ook wel begunstigingsclausule genoemd)<sup>15</sup> ook en minimaal te gelden voor de (nieuwe) EU-onderdanen. Zij dienen voorrang te krijgen op – niet enkel dezelfde voorwaarden maar zelfs een voorkeursbehandeling (punt 33 Sommer arrest) vergeleken met – deze derdelanders. Waar het in het arrest Sommer ging om voorrang op een groep gunstiger behandelde derdelanders die valt onder de

Studentenrichtlijn, gaat het hier om voorrang op een groep derdelanders die op grond van een bilateraal verdrag – het JHV – op dit moment gunstiger wordt behandeld. In Sommer meestbegunstigd op grond van een Europese richtlijn, in dit geval meestbegunstigd op grond van het JHV. Dat de Afdeling hier anders over denkt, bespreken we verderop in dit artikel.

Ten aanzien van Japanse onderdanen – anders dan ten aanzien van Zwitsers<sup>16</sup> – staat zonder meer vast dat zij derdelanders zijn in Unierechtelijke zin. Voor onderdanen van de nieuwe lidstaten (eerder MOE-8 landers,<sup>17</sup> Roemenen en Bulgaren, thans de Kroaten) gelden strengere voorwaarden en zij worden restrictiever behandeld dan sommige derdelanders, te weten Japanners – waardoor deze laatste groep gunstiger wordt behandeld dan deze nieuwe EU-burgers. Daar verzetten genoemde clausules bij de respectievelijke toetredingsverdragen zich tegen. De nieuwe

EU-onderdanen hadden minstens gelijk met Japanners, sinds 27 november 2001 of in elk geval vanaf hun toetreding tot de EU, vrije toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt moeten krijgen. Zodat van enige twv-plicht en overtredingen op grond van artikel 2, lid 1, van de Wet arbeid vreemdelingen (verder: Wav) vanwege illegale tewerkstelling van deze groep, mede gezien het (ten overvloede) bepaalde in artikel 3, lid 1 aanhef en onder a, van de Wav, geen sprake kon zijn.

Ook de Unierechtelijke (rechts)orde vereist dat EU-onderdanen te allen tijde voorrang moeten krijgen boven derdelanders en gunstiger – zeker niet restrictiever – behandeld moeten worden dan derdelanders.<sup>18</sup> Sinds 2001 zou daarom de twv vervallen moeten zijn. Dit is ook de conclusie van het Hof in het Sommer-arrest. Bovendien lijkt het voorrangsbeginsel een *lex specialis* te zijn – of in elk geval een nadere uitwerking van – bij het algemene non-discriminatiebeginsel ex artikel 18 VWEU.

In de zaak St. Gobain<sup>19</sup> bepaalde het Hof dat bepaalde belastingvoordelen die een lidstaat op grond van bilaterale verdragen (verdragen ter voorkoming van dubbele belasting) wél aan (rechts)personen uit, of onderdanen van, derde landen verleende, ook moesten worden verleend aan onderdanen van de andere lidstaten. Barents en Brinkhorst verbinden daaraan terecht de conclusie dat het algemene discriminatieverbod van artikel 18 VWEU het karakter van een *meestbegunstigingsclausule* krijgt.<sup>20</sup> Deze zaak vertoont opmerkelijke parallellen met de thans aan de orde zijnde problematiek.

Punt 14 respectievelijk 13 van de respectievelijke Bijlagen VI en VII en V bij de Toetredingsaktes van Bulgarije respectievelijk Roemenië respectievelijk Kroatië maken integraal onderdeel uit van de overgangsregelingen:

‘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 tussen Bulgarije [en Roemenië en Kroatië, BM en ES] enerzijds en elk van de huidige lidstaten anderzijds, is artikel 45 van het

9 Zie *Trouw* d.d. 29 juli 2015, ‘Boete voor “illegaal” werk geschrapt’.

10 Zoals we zullen bespreken, is ook de Europese Commissie gevraagd zich hiermee te bemoeien; zie Migratieweb ve15002165.

11 Het is één van de drie onderdelen van punt 14 van Bijlage VI respectievelijk VII bij die Toetredingsaktes; de andere twee zijn een standstill bepaling en de communautaire preferentie. In punt 13 van Bijlage V bij de Toetredingsakte met Kroatië is een vrijwel gelijke bepaling opgenomen.

12 HvJ EU 21 juni 2012, C-15/11, ECLI:EU:C:2012:371, *Sommer*.

13 HvJ EU 21 juni 2012, C-15/11, ECLI:EU:C:2012:371, *Sommer*, punt 33.

14 Zoals gezegd op grond van het JHV 1912 in relatie tot het Nederlands Zwitsers Tractaat 1875.

15 Voor de leesbaarheid zullen we hierna waar het gaat om het JHV – en andere verdragen tussen Nederland en derde landen – spreken over ‘meestbegunstigingsclausule’ en daar waar het gaat om bij de toetredingsaktes met de nieuwe lidstaten opgenomen voorkeursbehandeling spreken over ‘voorrangsbeginsel’. Dit laatste beginsel wordt in *Sommer* ook wel aangeduid met ‘begunstigingsclausule’, wat verwarrend is ten opzichte van de andere in bilaterale verdragen gebruikte term ‘meestbegunstigingsclausule’.

16 Zie onder meer de conclusie van A-G N. Jaaskinen van 1 maart 2012 in zaak C-15/11 (*Sommer*), punt 48.

17 De acht Midden- en Oost-Europese landen.

18 Zie onder meer artikel 18 VWEU.

19 HvJ EU, 21 september 1999, C-307/97, St. Gobain.

20 R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van het Europese recht*, 13e druk, Kluwer Deventer 2012, nr. 715.

VWEU slechts volledig van toepassing onder voorbehoud van de overgangsregelingen van de punten 2 tot en met 14.<sup>21</sup>

Uit een puur tekstuele uitleg van deze overeenkomst volgt dat de voorwaarden voor toegang tot de arbeidsmarkt van toekomstige EU-burgers minstens gelijk moet zijn aan de voorwaarden die gelden voor derdelanders. Ook als het de bedoeling is geweest van de verdragsluitende partijen (EU en toetredende lidstaat) om een overgangsperiode in te bouwen waarin restrictieve maatregelen gelden voor toegang tot de arbeidsmarkt, wijst een tekstuele uitleg van de overeenkomst erop dat dergelijke maatregelen niet mogelijk zijn indien een lidstaat op grond van bilaterale verdragen bepaalde derdelanders vrije toegang tot haar arbeidsmarkt verleent.

Gelet daarop was de minister niet bevoegd om een boete op te leggen. Aan een bespreking van de overige beroepsgronden komt de rechtbank niet toe.’

De Afdeling heeft deze uitspraak op 28 januari 2016 vernietigd<sup>23</sup> met een enkele verwijzing naar een Afdelingsuitspraak van 4 november 2015<sup>24</sup> (die wij hieronder bespreken). De Afdeling verwijst de zaak terug naar Rechtbank Zeeland-West-Brabant om de overige beroepsgronden te beoordelen, uiteraard met inachtneming van het andersluidende oordeel van de Afdeling over deze begunstigingsclausule. Dit is, voor zover wij weten, niet in Wav-zaken voorgekomen sinds in 2009 artikel 8:72a in de Awb werd opgenomen, waarin de rechter en de Afdeling wordt opgedragen zelf te beslissen over het opleggen van een boete.<sup>25</sup>

### *Beperking van de toegang voor nieuwe EU-burgers op grond van de overgangsbepalingen is niet mogelijk als derdelanders wel vrije toegang hebben.*

#### 2. Uitspraak Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Rechtbank Zeeland-West-Brabant verwees in haar uitspraak van 24 juli 2015 naar het oordeel van het Hof in *Sommer* en merkte ten aanzien van het voorrangsbeginsel voor nieuwe Unieburgers in verhouding tot de Japanners het volgende op:<sup>22</sup>

‘nu Japan geen lidstaat is van de EU, [moet] dit land (...) worden aangemerkt als een derde land zoals bedoeld in punt 14, tweede alinea, van Bijlage VII van het Toetredingsverdrag. Vastgesteld moet worden dat Japanse onderdanen vrije toegang hebben tot de Nederlandse arbeidsmarkt en dat voor hen, in tegenstelling tot Roemenen, derhalve geen twv-plicht geldt. Gelet hierop gelden voor Roemenen, als onderdanen van een lidstaat van de EU, strengere voorwaarden voor de toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt dan voor onderdanen van een derde land. Daarmee is niet voldaan aan het bepaalde in punt 14, tweede alinea van Bijlage VII van het Toetredingsverdrag dat de huidige lidstaten voorrang geven aan werknemers van de lidstaten boven werknemers van een derde land.

Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat de boetes in strijd zijn met deze begunstigingsclausule. In de voorliggende kwestie is de eis van een twv in strijd met artikel 3, eerste lid, aanhef en onder a van de Wav, gesteld.’

De rechtbank volgt niet het standpunt van de Minister van SZW. Deze had gesteld dat het begrip ‘een derde land’ in de tekst van het Toetredingsverdrag en in het *Sommer*-arrest moet worden geabstraheerd van individuele bilaterale verdragen, zodat de vergelijking tussen Roemenië (en de andere nieuwe EU-lidstaten) en Japan of Zwitserland niet opgaat. De rechtbank wijst er op:

‘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.

#### 3. Uitspraak Afdeling 4 november 2015

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant achtte de boetes voor nieuwe EU-burgers voor werkzaamheden ten tijde van de overgangsmaatregelen in strijd met artikel 14, tweede alinea van Bijlage VII bij de Toetredingsakte met Roemenië – in relatie tot de positie van Japanse onderdanen op de Nederlands arbeidsmarkt. Maar de Afdeling beslist op 4 november 2015 dat dat niet het geval is:

‘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 overgangsperiode 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* [curs. BM & ES]. 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

21 Punt 1 van de overgangsregelingen.

22 Rechtbank Zeeland- West-Brabant, 24 juli 2015, (ECLI:NL:RBZWB:2015:4991), JV 2015/272.

23 ABRvS 28 januari 2016, nr. 201506203/1.

24 ABRvS 4 november 2015, JV 2016/5, m.nt. T. de Lange, AB2016/62 n.nt. Wallage, ECLI:NL:RVS:2015:3367, Migratiewev 15001877.

25 Ondanks dat de ABRvS die bevoegdheid heeft op grond van art. 8:115 eerste lid onder b Awb.

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* [curs. BM & ES], 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* [curs. BM & ES].

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 is op zijn minst twijfel over de vraag of het voorrangsbeginsel niet net zo ruim werkt als een meestbegunstigingsclausule, daarom had de Afdeling prejudiciële vragen moeten stellen.*

En de Afdeling acht het niet noodzakelijk om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU:

‘aangezien redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan over de wijze waarop de opgeworpen vraag over de betrokken Unierechtelijke rechtsregel moet worden beantwoord.’<sup>26</sup>

Als we de uitspraak van de Afdeling analyseren valt allereerst op dat de Afdeling meent dat *alle* derdelanders een gunstige(r) positie moeten hebben op de Nederlandse arbeidsmarkt voordat ook EU-burgers voor wie overgangsmaatregelen gelden daarvoor in aanmerking komen. Dat begrijpen wij tenminste uit de zin: *‘Aldus golden voor hen geen strengere vereisten voor de toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt dan voor derdelanders in het algemeen’*. Met deze zin wordt het nuttig effect aan de tweede alinea van punt 14 ontnomen.

Uit het Sommer-arrest van het Hof kan a contrario deze beperkte uitleg van de Afdeling niet worden afgeleid. Het Hof heeft het immers over ‘onderdanen van derde landen’ sec en niet over ‘alle onderdanen van derde landen’ of ‘onderdanen van derde landen in het algemeen’. A-G Jääskinen is op dat vlak zelfs nog iets duidelijker, nu hij het in zijn conclusie inzake *Sommer* uitdrukkelijk heeft over ‘onderdaan’ in het enkelvoud.

Dat ‘in het algemeen’ heeft de Afdeling er dus zelf van gemaakt, op aangeven van de Minister. De Afdeling erkent dat, waar het *‘van oordeel [is] dat het beginsel van voorrang niet zo ruim dient te worden uitgelegd als een meestbegunstigingsclausule’*. Dit is een rechtspolitiek oordeel, waarbij de Afdeling niet toelicht waarom het beginsel van voorrang niet zo ruim moet worden uitgelegd

als een meestbegunstigingsclausule en waarom de uitzondering voor Japanners niet van invloed zou zijn op (nieuwe) EU-onderdanen.

De opmerking dat een ruime uitleg niet valt af te leiden uit het arrest Sommer, waarin de onderdanen van alle derde landen gunstiger werden behandeld dan Bulgaarse onderdanen, is naar onze mening onjuist. Want in *Sommer* ging het niet om de onderdanen van *alle* derde landen maar om een specifieke groep, namelijk studenten uit een derde land die vallen onder Studierichtlijn 2004/114 ten opzichte van Bulgaarse studenten. De beperkte uitleg van de Afdeling kan evenmin uit dit arrest of uit andere arresten van het Hof worden afgeleid.

Er is op zijn minst twijfel over de vraag of het voorrangsbeginsel niet net zo ruim dient te worden uitgelegd als een meestbegunstigingsclausule, die geldt voor de Japanners. Daarom had de Afdeling prejudiciële vragen moeten stellen.

Er zijn voldoende argumenten om het oordeel van de Afdeling in twijfel te trekken. Allereerst geeft het Sommer-arrest daar zelf aanleiding toe, gezien de uitleg die het Hof daarin heeft gegeven van de tweede alinea van punt 14. In haar annotatie bij de Afdelingsuitspraak<sup>27</sup> komt De Lange, mede op basis van de Engelse tekst van het Sommer-arrest, terecht tot de conclusie dat het gaat om twee verschillende rechten: een meestbegunstigingsclausule én een recht op voorrang. Het oordeel van de Afdeling dat het voorrangsbeginsel (voorrang op derdelanders) niet leidt

tot voorrang op een specifieke groep (meestbegunstigde) derdelanders, kan daarom niet duidelijk uit de EU-bepalingen of uit jurisprudentie van het Hof worden afgeleid.

Ten tweede is het de vraag of de Afdeling op grond van haar beperkte, niet nader toegelichte, uitleg van EU-bepalingen en jurisprudentie zonder meer een beperkte uitleg kan geven. Die uitleg moet op grond van het Cilfit-arrest voor iedere rechter, inclusief het Hof zelf, volkomen evident zijn, wil een nationale rechter de zaak zonder prejudiciële verwijzing kunnen afdoen. Bovendien is er de St. Gobain uitspraak: als het voorrangsbeginsel al niet net zo ruim als een meestbegunstigingsclausule zou mogen worden uitgelegd, krijgt het algemene *lex generalis* non-discriminatieverbod ex artikel 18 VWEU in de onderhavige context nog altijd het karakter van een meestbegunstigingsclausule. Wij zijn ervan overtuigd dat het Hof ook langs die weg tot de conclusie zou komen dat EU-onderdanen niet mogen worden gediscrimineerd ten opzichte van (bepaalde) derdelanders.

#### 4. Geen prejudiciële vragen?

Hoe het Hof zou hebben geoordeeld kunnen we wel vermoeden, maar we weten het niet zeker want de Afdeling heeft het Hof niets gevraagd. Dat is, in de woorden van A-G Sharpston,<sup>28</sup> ‘deeply unfortunate’! Deze kritiek geldt voor het zinnetje waarmee de Afdeling het verzoek om vragen te stellen aan het HvJ EU afdoet, gezien het aangehaalde punt 16 van het Cilfit-arrest:

<sup>27</sup> Noot T. de Lange bij ABRvS, 4 november 2015, 201501899/1/V6, JV 2016/5, ve15001877.

<sup>28</sup> HvJ EU 18 juni 2015, C-586/13, ECLI:EU:C:2015:15, Martin Meat.

<sup>26</sup> R.o. 7.2 in ABRvS 4 november 2015.

‘Ten slotte kan de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo evident zijn, dat redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de wijze waarop de gestelde vraag moet worden opgelost. Alvorens tot het besluit te komen dat dit het geval is, dient de nationale rechter ervan overtuigd te zijn dat die oplossing even evident zou zijn voor de rechterlijke instanties van de andere lidstaten en voor het Hof van Justitie. Enkel wanneer aan deze voorwaarden is voldaan, kan de nationale rechter ervan afzien de vraag aan het Hof voor te leggen, en ze op eigen verantwoordelijkheid oplossen.’

De oplossing van de Afdeling is dus allesbehalve evident. Niet alleen dacht Rechtbank Zeeland-West-Brabant heel anders over deze problematiek, ook twee in het geding gebrachte opinies van de hoogleraren Groenendijk en Kochenov<sup>29</sup> (van vóór de uitspraak van de rechtbank) hadden, onafhankelijk van elkaar, die strekking. Zo merkt Groenendijk na het bestuderen van verschillende taalversies op dat de voorkeursbehandeling ten minste dezelfde behandeling impliceert als van de meestbegunstigde werknemer uit een derde land. Hij wijst erop dat het vaste rechtspraak van het Hof is dat uitzonderingen op de hoofdregel van vrij verkeer in beperkte zin moeten worden uitgelegd en dat de grenzen die in punt 14 aan de uitzondering op de hoofdregel van vrij verkeer van werknemers worden gesteld, daarom niet beperkt mogen worden uitgelegd. In de door hem geciteerde woorden van A-G Jääskinen: ‘dat de status van een Bulgaarse onderdaan zo min mogelijk zou moeten afwijken van die van onderdanen van de andere lidstaten.’

*Het is niet de eerste keer dat de Afdeling een Europese regel duidelijk acht terwijl het Hof daar heel anders over blijkt te denken.*

Ook het Sommer-arrest en de conclusie van A-G Jääskinen laten niets aan de verbeelding over. Waarom zou er dan redelijkerwijs geen twijfel bestaan over het antwoord op de opgeworpen vraag over de uitleg van het Unierecht?

Ook T. de Lange was in haar noot bij de uitspraak van de Afdeling kritisch over deze gang van zaken: ‘De Afdeling vond het niet nodig om over deze kwestie prejudiciële vragen te stellen. Daar kun je op verschillende manieren tegenaan kijken. Juridisch-technisch én om praktische redenen meen ik dat er toch wel reden is om de kwestie voor te leggen aan het Hof nu de Afdeling er voor kiest om Sommer niet te volgen. Welke rechtbank neemt de handschoen op?’

Maar, wat niet is, kan nog komen. Op 8 december 2015 hebben wij een klacht bij de Europese Commissie ingediend met het verzoek om een infractieprocedure te entameren tegen Nederland. Voorts lijkt onze oproep op Migratieweb en de website van Everaert Advocaten en de oproep van De Lange ook gehoor te vinden. Nu de Afdeling alle zaken waarin kritiek wordt geleverd op de uitspraak van 4 november 2015 afdoet met een eenvoudige verwijzing naar die uitspraak, is onze hoop ook gevestigd op de rechtbanken, die eveneens het recht en i.c. zelfs de plicht hebben om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof.<sup>30</sup> Bij verschillende rechtbanken liggen daartoe op dit moment verzoeken. Rechtbanken hebben al eerder de handschoen opgepakt die de Afdeling liet liggen.<sup>31</sup>

29 Op migratieweb als bijlagen bij de Afdelingsuitspraak van 4 november 2015 gevoegd, Migratieweb ve 15001877

30 Artikel 267 WVEU.

31 Zie de uitspraak van Rechtbank Den Haag zp Zwolle van 31 maart 2011, Awb 10/9716, ve 11000798, waarin deze rechtbank zelf prejudiciële vragen heeft gesteld aan het HvJ EU over het inburgeringsvereiste. Eerst na deze uitspraak en na verdere verzwaring van dit examen stelde ook de Afdeling in de uitspraak van 1 april 2014 (zaak nrs. 201211916/1/V2, 201300404/1/V2,

En het is niet de eerste keer dat de Afdeling een Europese regel duidelijk acht terwijl het Hof daar toch heel anders over bleek te denken, met alle gevolgen van dien.<sup>32</sup>

### 5. Andere verdragen met meestbegunstigingsclausules

Daarmee is de kous voor de Nederlandse overheid nog niet af. Behalve de hier behandelde toetredingsovereenkomsten bestaan nog andere, veelal stokoude verdragen in ons rechtsverkeer waarin dergelijke meestbegunstigingsclausules staan. Het grootste deel daarvan dient gemeld te worden aan ‘Brussel’ en staat keurig samengevat in de bijlage bij Beschikking 2001/855/EG.<sup>33</sup> Wat te denken van bijvoorbeeld het al lang vergeten verdrag met het Koninkrijk Zuidslavië uit 1930, waarvan de verplichtingen onder andere door Kroatië en Macedonië zijn overgenomen. Artikel 1, lid 1 van dat verdrag luidt:

‘De onderdanen van elk der beide Hooge Verdragsluitende Partijen zullen op het gebied van de andere voor al hetgeen betreft de vestiging en de uitoefening van den handel, de nijverheid en de scheepvaart op even gunstige wijze behandeld worden als de onderdanen van de meestbegunstigde natie.’

Al deze verdragen zijn opgenomen in de verdragenbank en te raadplegen via [overheid.nl](http://overheid.nl). Deze verdragen zouden zomaar, eenmaal van onder de mottenballen vandaan gehaald, nog een

belangrijke rol kunnen gaan spelen in het Nederlandse vreemdelingenrecht, tenzij de Zwitsers hun status van meestbegunstigde natie zouden verliezen omdat het Tractaat wordt opgezegd of inhoudelijk wordt aangepast.<sup>34</sup>

Gezien de afspraken met Zwitserland op Europees niveau, lijkt die opzegging of aanpassing niet veel gevolgen te hebben voor deze twee landen en hun onderdanen. Bovendien zou dat alleen gevolgen hebben voor zaken – boetes – opgelegd nadat de Zwitsers hun meestbegunstigde positie tegenover Nederlanders zouden verliezen. Maar voor Japanners zou het betekenen dat zij hun bijzondere positie in Nederland verliezen.

*Wordt ongetwijfeld vervolgd...*

ECLI:NL:RVS:2014:1196, *K. en A., JV 2014/163* prejudiciële vragen, die door het Hof in het arrest van 9 juli 2014, C-153/14, *K. en A., JV 2015/232*, m. nt. C. A. Groenendijk, zijn beantwoord. Zie ook het lezenswaardige commentaar van T. Strik in A&MR 2015 nr. 7 hierover.

32 Zie ook het Essent-arrest van 11 september 2014, (C-91/13), waarin het Hof in tegenstelling tot de Afdeling oordeelt dat het eisen van een tewerkstellingsvergunning voor onderdanen uit derde landen die in dienst zijn bij een bedrijf in de ene lidstaat en voor dit bedrijf een dienst verrichten in een andere lidstaat, in strijd is met de vrijheid van dienstverrichting door dit bedrijf. Op grond van deze Essent-uitspraak kan worden vastgesteld dat vele in het verleden voor ‘onzuivere dienstverrichting’ opgelegde Wav-boetes ten onrechte zijn opgelegd.

33 2001/855/EG: Beschikking van de Raad van 15 november 2001 houdende machtiging tot stilziggende verlenging of handhaving van de bepalingen betreffende aangelegenheden die vallen onder de gemeenschappelijke handelspolitiek en die vervat zijn in de tussen de lidstaten en derde landen gesloten vriendschaps-, handels- en scheepvaartverdragen en handelsovereenkomsten

34 Telefonisch contact met de Inspectie SZW op 14 maart 2016 leerde ons dat daar inderdaad over wordt nagedacht en zelfs over wordt gepraat met de Zwitsers.