

- 2 Aanvullend protocol van 23 november bij de Overeenkomst van 12 september 1963 waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese Economische Gemeenschap en Turkijke voor de overgangsfase van de associatie .
- 3 Richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging (PB L 251, blz. 12).
- 4 Arrest Dereci e.a., C-256/11 EU:C:2011:734).
- 5 Arrest Demirkan, C-221/11, EU:C:2013:583).

 MIGRATIERECHT

Ontwikkelingen met betrekking tot EU verblijfsrecht derdelanders

14-99

In de afleveringen van september en november 2012 heb ik 'de Europese verblijfsroute voor de niet-Europeaan' besproken. In die laatste aflevering heb ik aangekondigd dat onze hoogste rechterlijke instantie op het gebied van het immigratierecht, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (verder: de Raad van State), vragen heeft gesteld aan het Europese Hof van Justitie over de uitleg van het Europese verblijfsrecht. Het Europese Hof van Justitie heeft inmiddels uitspraak hierover gedaan¹ en de Raad van State heeft deze zaken op grond hiervan beslecht². Deze zaken gaan over het verblijfsrecht van gezinsleden uit een derde (niet-EU) land bij hun Nederlandse gezinslid in Nederland. Normaal gesproken valt de Unieburger die in zijn eigen lidstaat verblijft - de Nederlander in Nederland³ - niet onder het EU-recht en moet er worden voldaan aan de strengere nationale voorwaarden voor gezinshereniging. Als deze Nederlander echter gebruik heeft gemaakt van zijn recht op vrij verkeer en met dit gezinslid in een andere lidstaat heeft verbleven, waarna zij samen terugkeren naar Nederland (de zogenaamde Europaroute of België-route), dan blijven zij onder voorwaarden wel onder het gunstigere EU-recht vallen en mag het gezinslid bij het Nederlandse gezinslid in Nederland verblijven. Onder welke voorwaarden dit geldt, is nu dus door deze arresten duidelijker geworden. Verder is ook duidelijker geworden of het gezinslid van de Nederlandse grensarbeider die in Nederland woont, maar in een andere lidstaat werkt of werkzaamheden verricht, onder het EU-recht valt en in Nederland mag verblijven. Tot slot wordt zeer binnenkort na het schrijven van dit artikel, op 11 september 2014, een ander arrest van het Europese Hof verwacht, waarin wordt ingegaan op het recht van een onderneming die is gevestigd in een lidstaat om derdeland werknemers van die onderneming een dienst te laten verrichten in een andere lidstaat. Ook bij die zaak is mijn kantoor rechtstreeks betrokken. In dit artikel zal ik deze drie situaties kort schetsen en aangeven wat er is veranderd althans verduidelijkt en wat er mogelijk nog gaat veranderen.

Europa-route

Veel gezinsleden van Nederlanders die niet of niet op korte termijn aan de nationale regels voor gezinshereniging kunnen of willen voldoen, waaronder met name het inburgeringsvereiste en de eis dat de gezinshereniger duurzaam (voor minimaal een jaar) beschikt over voldoende inkomen, zoeken hun toevlucht in het Europees recht. Als zij onder het Europees verblijfsrecht vallen gelden deze eisen namelijk niet en volstaat dat de Nederlander als werknemer of zelfstandige kan worden aangemerkt of over voldoende middelen beschikt ter voorkoming van een beroep op de bijstand. Om onder het Europees recht te vallen zal deze Nederlander wel gebruik moeten maken of hebben gemaakt van het recht op vrij verkeer, door zich bijvoorbeeld met het gezinslid in een andere lidstaat, de gastlidstaat, te vestigen. Als deze Nederlander na het verblijf in de gastlidstaat weer wil terugkeren naar Nederland, dan betekent dit niet per definitie dat het gezinslid hier ook bij deze Nederlander mag verblijven. Zo vangt de partner van een Nederlander die denkt na een kort gezamenlijk toeristisch uitstapje naar Duitsland in Nederland te kunnen verblijven bot. Maar wat als zij nu enkele maanden samen in Duitsland hebben verbleven en daarna samen naar Nederland komen? Met het arrest van het Europese Hof is verduidelijkt onder welke voorwaarden zij (blijven) vallen onder het Europees recht. Als de weigering om het gezinslid verblijf toe te staan afbreuk kan doen aan het recht van vrij verkeer van de Nederlander, omdat deze dan niet de zekerheid heeft dat hij bij terugkeer naar Nederland het in die andere lidstaat opgebouwde of bestendige gezinsleven kan voortzetten, heeft het gezinslid een afgeleid verblijfsrecht. Zoals nu duidelijk is geworden moet er dan wel sprake zijn van vestiging en dus van 'daadwerkelijk verblijf' van de Nederlander met het gezinslid in die andere lidstaat. Om te bepalen of er sprake is van daadwerkelijk verblijf wordt aangesloten bij de in de Europese Verblijfsrichtlijn 2004/38 aangegeven termijn van drie maanden. Verblijf van kortere duur en ook meerdere verblijven van kortere duur die bij elkaar

wel de drie maanden overschrijden is volgens het hof in principe onvoldoende. Verder moet het gezinslid al in de gastlidstaat gezinslid zijn geweest en valt gezinsleven dat eerst na de terugkeer van de Nederlander ontstaat hier niet onder. Zoals een Nederlandse rechtbank naar aanleiding van het Hof-arrest heeft geoordeeld⁴, betekent dit echter niet dat het gezinslid van de Nederlander die zich in Duitsland heeft gevestigd en daar ruim twee maanden met hem heeft verbleven, geen verblijfsrecht in Nederland heeft. Nu de Nederlander hierdoor zou worden belemmerd in zijn essentiële recht op vrij verkeer, heeft ook het gezinslid volgens de rechtbank in Nederland rechtmatig verblijf. Hierbij wordt opgemerkt dat de Nederlander wel langer dan drie maanden in Duitsland had verbleven, evenals zijn schoonmoeder en schoonbroer, die hierna wel in Nederland verblijfsrecht hadden gekregen, maar dat enkel zijn echtgenote zich later bij het gezin in Duitsland had gevoegd. Volgens de IND zou alleen deze echtgenote dus buiten de boot vallen. De rechtbank denkt daar mijns inziens terecht anders over en het hele gezin kan alsnog het verblijfsrecht in Nederland voortzetten.

Grensarbeiders

Ook het gezinslid van de Nederlandse grensarbeider die in Nederland woont en in een andere lidstaat werkt of werkzaamheden verricht kan onder bepaalde voorwaarden op grond van het Unierecht in Nederland verblijfsrecht hebben. Deze Nederlander hoeft dan niet eerst met dit gezinslid in een andere lidstaat te hebben verbleven. Elke Unieburger die in het kader van een arbeidsovereenkomst beroepsactiviteiten verricht in een gastlidstaat valt onder het vrij verkeer van werknemers. Dit geldt zowel in het geval dat de werkgever in die andere lidstaat zit, als in het geval dat de Nederlandse werknemer voor zijn Nederlandse werkgever werkzaamheden in die andere lidstaat moet verrichten. Uit het Hof-arrest kan worden opgemaakt dat het gezinslid van deze Nederlander een van deze afgeleid verblijfsrecht in Nederland heeft, onder de voorwaarde dat dit noodzakelijk is om te garanderen dat de Nederlander zijn recht op vrij verkeer kan uitoefenen. Dit kan het geval zijn indien dit gezinslid voor het kind van deze Nederlander zorgt. Daarbij wordt door het hof wel een onderscheid gemaakt tussen welk gezinslid het betreft: als het de vader of moeder van de (partner van de) Unieburger betreft, dan is het feit dat het wenselijk zou kunnen lijken dat deze voor het kind van de Unieburger zorgt op zich onvoldoende. De vraag of dit louter wenselijk is of toch eerder noodzakelijk, dient volgens de Raad van State restrictief te worden geïnterpreteerd. Zoals de Raad van State in de zaak naar aanleiding van

het arrest van het Europese Hof heeft geoordeeld, zal deze situatie zich niet snel voordoen en dient het gezinslid deze noodzakelijkheid aannemelijk te maken. Ook als opa of oma al jarenlang het kind heeft verzorgd, de echtgenote van deze Nederlander zelf ook werkzaam is en zij problemen zullen ondervinden wanneer opa of oma niet (meer) beschikbaar is om voor het kind te zorgen, is dit onvoldoende om opa of oma verblijfsrecht te verlenen. Duidelijk zal moeten worden gemaakt dat de Nederlander alleen met deze vorm van zorg voor zijn kind zijn recht op vrij verkeer kan uitoefenen. Dit dient kennelijk eerder te worden aangenomen indien het gezinslid de partner van de Nederlander betreft dan als het een ander gezinslid, zoals de ouder van de Unieburger, betreft⁵.

Vrijheid van dienstverrichting voor ondernemingen met werknemers uit een derde land

Op 11 september heeft het Europese Hof een mogelijk baanbrekende uitspraak gedaan over de vraag of een onderneming werknemers uit een derde land die rechtmatig verblijven in de lidstaat van deze onderneming en daar voor deze onderneming werkzaam zijn, een dienst mag laten verrichten in een andere lidstaat. Deze uitspraak is mogelijk baanbrekend, omdat als het hof de conclusie van zijn belangrijkste adviseur, Advocaat-generaal Bot, volgt, dit de Nederlandse praktijk van het vragen van een tewerkstellingsvergunning bij het beschikbaar stellen van arbeidskrachten door bedrijven uit andere lidstaten en het beboeten van werkgevers en opdrachtgevers die hier niet aan voldoen, op de kop kan zetten. Verder is deze zaak baanbrekend, omdat de Raad van State heeft aangenomen dat dit wel duidelijk is en hierover geen vragen heeft gesteld, terwijl de vragen die de Raad van State wel aan het Europese Hof heeft gesteld over het Turks Associatierecht door deze adviseur voor de beslechting van het geschil niet relevant worden bevonden. Kort samengevat gaat deze zaak over een Nederlands energiebedrijf dat opdracht had verleend aan een ander Nederlands bedrijf om steigers te bouwen. Dit andere Nederlandse bedrijf heeft daarvoor een gespecialiseerd Duits bedrijf benaderd en verschillende werknemers van dit Duitse bedrijf, met name van Turkse nationaliteit, zijn deze klus gaan klaren. Het Nederlands energiebedrijf heeft hiervoor een hoge boete gekregen omdat er volgens de Inspectie sprake is van 'onzuivere dienstverrichting', oftewel het louter ter beschikking stellen van arbeidskrachten, waarvoor volgens de Inspectie een tewerkstellingsvergunning nodig is. Volgens de Advocaat-generaal vormt deze Nederlandse vergunningplicht echter een ongeoorloofde belemmering van de vrijheid van dienstverrichting van dit Duitse bedrijf, gelet

waarop deze boetes ten onrechte zouden zijn opgelegd. Als het Hof deze conclusie volgt, dan betekent dit dat het Nederlandse beleid hierover wordt afgestraft en dat veel boetes op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) in deze situaties mogelijk ten onrechte zijn opgelegd.

Het Hof is nu aan zet en zal bepalen of de vrijheid van dienstverrichting iets vrijer dient te worden of dat de Nederlandse autoriteiten de vrijheid van dienstverrichting in deze gevallen terecht hebben ingeperkt.

Auteur: Erik Scheers, advocaat bij Everaert te Amsterdam, (scheers@everaert.nl, www.everaert.nl)

Noten:

1. Arresten van het Hof van Justitie van 12 maart 2014, zaken C-456/12 en C-457/12.
2. Uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 20 augustus 2014, nrs. 201007849/1/V2 en 201011889/1/V2.
3. Uiteraard geldt voor andere Unieburgers die in hun eigen lidstaat verblijven hetzelfde. Voor de leesbaarheid zal ik in dit artikel uitgaan van de Nederlander.
4. Uitspraak van rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg, van 10 april 2014, AWB 13/31715.
5. In de zaak van mijn cliënt, waar het gezinslid de echtgenote betrof, heeft de IND het hoger beroepschrift tegen de voor mijn cliënt positieve uitspraak van de rechtbank ingetrokken. Gelet hierop heeft de Raad van State geen uitspraak gedaan over deze zaak.

JURISPRUDENTIE

Nederlandse fiscale verwerking van Belgische socialezekerheidsbijdragen voor zelfstandigen 14-100

Belanghebbende woont in België en drijft een onderneming in Nederland en België. Hij is onderworpen aan de in België geldende socialezekerheidsregeling voor zelfstandigen. Uit dien hoofde is hij verplicht verzekerd volgens het Belgische sociaal statuut der zelfstandigen van het Rijksinstituut voor de sociale verzekering der zelfstandigen (RSVZ). Belanghebbende opteert in Nederland om te worden behandeld als binnenlands belastingplichtige. In geschil is of de RSVZ-bijdragen, voor zover zij zien op de elementen 'ziekte en invaliditeit', 'pensioenen' en 'rest' in aftrek komen bij de vaststelling van het belastbare inkomen uit werk en woning in Nederland voor de jaren 2006 en 2007.

Volgens de rechtbank waren de pensioencomponent en de restcomponent van de RSVZ-bijdragen aftrekbaar van de winst van belanghebbende. De inspecteur ging in hoger beroep. Op basis van een arrest van de Hoge

Raad van 4 juni 2010 besliste het Hof dat de RSVZ-bijdragen niet tot de winstfeer behoorden. Volgens het Hof had belanghebbende ook geen recht op gedeeltelijke aftrek van de RSVZ-bijdragen, voor zover die zien op de pensioencomponent, aangezien het Belgische sociaal verzekeringsfonds geen toegelaten pensioenverzekeraar is (conform artikel 3.126, lid 1, Wet IB 2001). Belanghebbende had ook niet aannemelijk gemaakt dat het sociaal verzekeringsfonds vergelijkbaar is met de in dat artikel genoemde pensioenverzekeraars.

Verder beroept belanghebbende zich op de Schumacker-rechtspraak (aangezien hij heeft geopteerd om in Nederland als binnenlands belastingplichtige te worden behandeld). Dit beroep faalt omdat hij op dezelfde wijze wordt behandeld als een binnenlands belastingplichtige en op die grond dus niet wordt gediscrimineerd.

Bron: Hof Den Haag, 5 november 2013, nr. 11/00908

JURISPRUDENTIE

Geen schadevergoeding voor niet in Nederland belastingen van prepensioenen 14-101

Belanghebbende ontving vanaf 1 januari 2008 een Nederlandse prepensioenuitkering. In 2009 woonde hij in België. Volgens de inspecteur was bedoelde prepensioenuitkering in 2009 belast in België, op grond van het belastingverdrag tussen Nederland en België. Belanghebbende ging in beroep, omdat

hij van mening was dat hij schade leed door het feit dat de Belastingdienst dit standpunt innam. De Belgische belastingheffing was immers hoger.

Het Hof was van mening dat belanghebbende de (eventueel) geleden schade had moeten proberen te beperken. Hij had zich daarom tot