

Potentieel prejudicieel

In de rubriek ‘Potentieel Prejudicieel’ formuleren deskundigen in het Europees migratierecht prejudiciële vragen die aan het Hof van Justitie van de Europese Unie zouden kunnen of moeten worden gesteld. In deze aflevering

formuleren Erik Scheers en Bart Maes vragen over het Europeesrechtelijke voorrangsbeginsel met betrekking tot toelating tot de arbeidsmarkt.

35 Hoe ver reikt de voorrang van nieuwe Unieburgers op derdelanders?

Erik Scheers en Bart Maes¹

Aanleiding voor de vraag

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft eind vorig jaar geoordeeld² over het Europeesrechtelijke voorrangsbeginsel, op grond waarvan (nieuwe) Unieburgers voor wat betreft de toelating tot de arbeidsmarkt voorrang hebben op derdelanders.³ De Afdeling oordeelde – samengevat – dat dit beginsel niet zover strekt, dat met dat beginsel in strijd is dat nieuwe Unieburgers over een tewerkstellingsvergunning moeten beschikken, waar een bepaalde groep derdelanders – in dit geval: Japanners – hiervan is uitgezonderd. De Afdeling meende echter dat het uitgangspunt is dat

derdelanders *in het algemeen* vergunningplichtig zijn en dat het voorrangsbeginsel niet moet worden uitgelegd als een meestbegunstigingsclausule. Op deze uitspraak is de nodige kritiek geuit,⁴ die zich mede richt op de gebrekkige motivering. In deze kritische noten wordt aangegeven dat het in de rede ligt om over de uitleg van dit Europeesrechtelijke begrip vragen aan het Europese Hof te stellen.

Nieuwe Unieburgers en hun toegang tot de arbeidsmarkt

Nederland heeft bij de toetreding van nieuwe lidstaten tot de Europese Unie⁵ gebruik gemaakt

1 Mr. E.T.P. Scheers is advocaat bij Everaert Advocaten en mr. B.J. Maes is advocaat bij Maes Staudt Advocaten N.V.
2 ABRvS 4 november 2015, onder meer ECL:NL:RVS:2015:3367.
3 Punt 14 respectievelijk 13 van de respectievelijke Bijlagen VI, VII en V bij de Toetredingsaktes van respectievelijk Bulgarije, Roemenië en Kroatië.

4 Zie de noten bij deze uitspraak van T. de Lange, «JV» 2016/5, en B. Wallage, *AB* 2016/62, alsmede het artikel van de schrijvers van dit artikel in *A&MR* 2016 nr. 5.
5 Op dit moment bevindt alleen Kroatië zich nog in een overgangsfase, waarbij Nederland eerder ook gebruik heeft gemaakt van deze overgangsregeling ten aanzien van de daarvoor toetgetreden lidstaten, waaronder het meest recent Bulgarije en Roemenië.

van de mogelijkheid om gedurende een overgangstermijn in de eerste periode na de toetreding het vrije werknemersverkeer op te schorten.⁶ Deze overgangstermijn kan maximaal $2 + 3 + 2 = 7$ jaren beslaan. De overgangstermijn houdt in dat deze nieuwe Unieburgers na toetreding van hun lidstaat gedurende die termijn nog geen vrije toegang hebben tot de arbeidsmarkt, zodat hun werkgevers en opdrachtgevers voor hun werkzaamheden het eerste jaar over een tewerkstellingsvergunning (twv) dienen te beschikken. Deze twv wordt in beginsel pas verleend als aangetoond kan worden dat er geen prioriteitgenietend aanbod voor het werk is. In de praktijk komt het erop neer dat prioriteitgenietend aanbod bijna altijd aanwezig wordt geacht en dat deze twv's slechts zeer sporadisch worden verleend. De rechtspraak laat zien dat veruit het grootste deel van de op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) voor illegale arbeid opgelegde boetes betrekking heeft op werkzaamheden door deze nieuwe Uniebur-

gers.⁷ Hierbij is van belang dat deze nieuwe Unieburgers wel als zelfstandige dienstverrichter of in het kader van een opdracht onder leiding en toezicht van de werkgever in hun lidstaat in Nederland werkzaamheden mogen verrichten, maar niet als werknemer of feitelijk onder leiding en toezicht van een andere partij dan de formele werkgever. Het onderscheid tussen deze categorieën is niet altijd zo eenvoudig te maken, maar geeft wel aanleiding tot hoge boetes en vele rechterlijke uitspraken.

Derdelanders en hun toegang tot de arbeidsmarkt

Ook werkgevers en opdrachtgevers van derdelanders dienen in beginsel over een twv te beschikken. Deze twv-plicht geldt in tegenstelling tot de nieuwe Unieburgers voor alle werkzaamheden die ten behoeve van een ander worden verricht, dus ook die werkzaamheden die als zelfstandige of als dienstverrichter worden verricht. Niet alle derdelanders hoeven echter te beschikken over een twv. Er zijn derdelanders die louter op grond van hun nationaliteit vrij zijn op de arbeidsmarkt. In dit geval hoeft de werkgever of opdrachtgever dus niet te beschikken over een twv. Dat heeft te maken met bilaterale verdragen die Nederland met de landen van deze derdelanders heeft afgesloten, waarin een meestbegunstigingsclausule is opgenomen.⁸ Zo'n meestbegunstigingsclausule houdt meestal in dat de betreffende derdelanders voor wat betreft verblijf, uitoefening van bedrijf en beroep en voeren van onderneming gelijk moeten worden behandeld met onderdanen van de meest begunstigde natie.

6 Ingevolge 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 art. 45 VWEU slechts volledig van toepassing onder voorbehoud van de overgangsregelingen van de punten 2 t/m 14. Ingevolge punt 2 zullen de huidige lidstaten, in afwijking van art. 1 t/m 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. In de toetredingsbepalingen bij de toetreding van Roemenië en Kroatië tot de EU zijn vergelijkbare bepalingen opgenomen.

7 De Minister van SZW raamde het boetebedrag dat betrekking heeft op werkzaamheden door nieuwe Unieburgers op 150 tot 200 miljoen euro, zie het artikel in *Trouw* d.d. 29 juli 2015, 'Boete voor "illegaal" werk geschrap'.

8 Het grootste deel daarvan dient gemeld te worden aan 'Brussel' en staat samengevat in de bijlage bij Beschikking 2001/855/EG.

De gepubliceerde jurisprudentie over meestbegunstigingsclausules gaat over de clausule in het Nederlands-Japans Handelsverdrag.⁹ Bij de toepassing van die clausule wordt aansluiting gezocht bij de Zwitsers.¹⁰ Nu de Zwitsers op grond van het Nederlands-Zwitsers Traktaat¹¹ voor hun werkzaamheden niet over een twv hoeven te beschikken, dient dit op grond van de meestbegunstigingsclausule – zoals uitgelegd in de sinds 11 november 2016 achterhaalde jurisprudentie van de Afdeling daarover – ook voor Japanners te gelden. Naar aanleiding van de eerdere jurisprudentie zijn Japanners feitelijk vrijgesteld van het twv-vereiste, welke vrijstelling thans nog tot 1 januari 2017 zal gelden.¹²

9 *Stb.* 1913, 293 en *Stb.* 1913, 389, *Trb.* 1954, 168.

10 ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:332, «JV» 2013/329, m.nt. Reurs, en ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4701, «JV» 2015/45, m.nt. S.J. van der Woude. Zie ook het artikel van J. Luscuer, 'Japanners zijn bijna Nederlanders', in *A&MR* 2015/7, p. 258-263.

11 *Stb.* 1878, 4 en *Stb.* 1878, 137.

12 Deze vrijstelling vervalt per 1 januari 2017. De Nederlandse en Zwitserse regering hebben een interpretatieve verklaring bij het Traktaat opgesteld, waarin zij verduidelijken dat het verblijf, de vestiging en de toegang tot de arbeidsmarkt van beide landen op basis van het Traktaat onderworpen zijn aan nationale wetgeving. De verklaring is op maandag 20 juni 2016 gepubliceerd in het *Tractatenblad* en heeft tot gevolg dat voor Japanners die in Nederland willen komen werken weer een twv is vereist. Hiervoor wordt een overgangstermijn gehanteerd tot 1 januari 2017. Op 11 november 2016 (nr. 201506840/1/V1) is de Afdeling geheel omgegaan ten aanzien van de mogelijkheid voor Zwitsers – en daarmee Japanners – een beroep te doen op het Traktaat. De Afdeling overweegt dat, anders dan voorheen, een Japanse onderdaan geen beroep (meer) kan doen op het Zwitsers Traktaat en evenmin op de Overeenkomst tussen de EEG en haar lidstaten en de Zwitserse Bondsstaat. Wat daar ook van zij, het zal Nederland naar onze mening in het kader van het voorrangsbeginsel niet mogen baten voor gevallen tot 1 januari 2017, nu Japanners tot 1 januari 2017 in ieder geval – en in tegenstelling tot de nieuwe Unieburgers – (feitelijk) vrij zijn geweest op de Nederlandse arbeidsmarkt.

Gunstigere behandeling Japanners dan nieuwe Unieburgers

Het vorenstaande betekent dus dat Japanners als derdelanders *wel* vrije toegang hebben tot de Nederlandse arbeidsmarkt en de nieuwe Unieburgers die onder een overgangsbepaling vallen *niet*. Dit leidt ertoe dat een groep derdelanders (Japanners) voor wat betreft de toelating tot de Nederlandse arbeidsmarkt gunstiger dan deze nieuwe Unieburgers – en deze nieuwe Unieburgers ongunstiger dan deze groep derdelanders – wordt behandeld. De vraag ligt dan ook voor of deze ongunstigere behandeling niet in strijd is met het eveneens in de overgangsbepalingen opgenomen beginsel dat de nieuwe Unieburgers met betrekking tot de toegang tot de arbeidsmarkt niet alleen minstens even gunstig, maar juist ook voorrang moeten hebben op derdelanders. Waar de Rechtbank Zeeland-West-Brabant, met verwijzing naar het hierna te bespreken arrest *Sommer* van het Europese Hof, oordeelde dat de strengere voorwaarden voor de nieuwe Unieburgers (daar: Roemenen) voor de toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt dan voor onderdanen van een derde land (Japan), in strijd is met het voorrangsbeginsel, oordeelde de Afdeling daar dus, zoals hiervoor reeds aangegeven, anders over.

Uitleg van het voorrangsbeginsel door het Europese Hof in het arrest *Sommer*

In *Sommer* kwam de vraag aan de orde of de voorwaarden voor de toegang van Bulgaarse studenten tot de arbeidsmarkt gedurende de overgangperiode strenger mogen zijn dan de in Richtlijn 2004/114 /EG ('de studentenrichtlijn') met betrekking tot derdelanders aangegeven voorwaarden. Waar studenten uit een derde land op grond van deze richtlijn voor een aantal uren per week arbeid mogen verrichten zonder dat lidstaten hierbij rekening mogen houden met de situatie op hun arbeidsmarkt, werd de situatie op de (Oostenrijkse) arbeidsmarkt – en de aanwezigheid van prioriteitgenietend aan-

bod – op grond van de overgangsbepalingen wel aan Bulgaarse studenten, die als Unieburger niet vallen onder deze richtlijn, tegengeworpen.

Advocaat-Generaal Jääskinen legt in zijn Conclusie in deze zaak het voorrangsbeginsel – ook wel begunstigingsclausule genoemd – ruim uit en stelt dat:

“Op grond van het beginsel van preferentie van burgers van de Unie mag een Bulgaarse onderdaan als die waarom het in het hoofdinge gaat, dus niet minder gunstig worden behandeld (beginsel zoals geformuleerd in punt 14, derde alinea, van bijlage VI, punt 1, bij het protocol) dan een in een vergelijkbare situatie verkerende onderdaan van een derde land. Wat de toegang tot de arbeidsmarkt betreft, moet een Bulgaarse onderdaan bovendien niet alleen op even gunstige voorwaarden als een onderdaan van een derde land, maar ook met voorrang boven een dergelijke onderdaan tot de arbeidsmarkt worden gelaten.”¹³

Het Hof van Justitie oordeelt vervolgens in lijn met deze Conclusie dat de lidstaten op basis van het voorrangsbeginsel:

“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 werknemers die onderdaan van een derde land zijn.” (...) “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.” En verder: “Uit de begunstigingsclausule volgt derhalve dat Bul-

gaarse onderdanen op de genoemde datum het recht hadden om toegang te krijgen tot de arbeidsmarkt onder voorwaarden die niet strenger waren dan de in richtlijn 2004/114 voor onderdanen van derde landen genoemde voorwaarden. Wanneer aan een student die onderdaan is van een derde land toegang tot de Oostenrijkse arbeidsmarkt moet worden verleend volgens de modaliteiten van richtlijn 2004/114, dient dus een dergelijke toegang aan een Bulgaarse student te worden verleend onder voorwaarden die minstens even gunstig zijn en dient laatstgenoemde bovendien voorrang te krijgen boven een student die onderdaan is van een derde land.”¹⁴

Uitspraak van de Afdeling over het voorrangsbeginsel

De Afdeling oordeelt in de hiervoor vermelde uitspraak van 4 november 2015 dat de situatie in Nederland in overeenstemming is met het in Punt 14, tweede alinea, van Bijlage VI neergelegde voorrangsbeginsel, zoals door het Hof is uitgelegd in *Sommer*. De Afdeling wijst hiertoe op de algemene vergunningplicht die geldt voor derdelanders, alsook voor Bulgaarse vreemdelingen, op grond waarvan voor Bulgaarse vreemdelingen geen strengere vereisten voor de toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt gelden dan voor derdelanders in het algemeen. Dat Japanse vreemdelingen niet (meer) vergunningplichtig zijn, leidt volgens de Afdeling niet tot een ander oordeel, omdat dit voorrangsbeginsel volgens de Afdeling

“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

¹³ Conclusie van 1 maart 2012, zaak C-15/11, ECLI:EU:C:2012:116, punt 47.

¹⁴ Arrest van 21 juni 2012, zaak C-15/11 (*Sommer*), punt 33 en 35.

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.”

Volgens de Afdeling kan er met toepassing van de *Cilfit*-criteria redelijkerwijs geen twijfel bestaan over de wijze waarop de opgeworpen vraag over de betrokken Unierechtelijke rechtsregel moet worden beantwoord en bestaat er derhalve geen aanleiding tot het stellen van prejudiciële vragen. Op deze Afdelingsuitspraak is vanuit verschillende hoek kritiek gekomen.

Kritiek op de Afdelingsuitspraak, prejudiciële vragen geïndiceerd

Ook al betrof de situatie in *Sommer* een ietwat andere situatie en werden daarin *alle* studenten uit een derde land die onder de Studentenrichtlijn vielen gunstiger behandeld – dus niet de onderdanen van alle derde landen, zoals de Afdeling opmerkt –, dit neemt niet weg dat het Hof punt 14 tweede alinea van Bijlage VI in het arrest *Sommer* wel ruim uitlegt en dat hieruit zeker niet de beperkte uitleg van de Afdeling kan worden afgeleid. Het Hof heeft het immers niet over ‘alle onderdanen van derde landen’ of ‘onderdanen van alle derde landen’, maar over ‘onderdanen van derde landen’, waarbij de A-G zelfs spreekt over ‘een onderdaan van een derde land’. Dat het hierbij moet gaan om alle derdelanders, of de algemene regeling in een lidstaat

ten aanzien van ‘de derdelanders’, zonder hierbij te kijken naar derdelanders die hiervan zijn uitgezonderd, en dat het voorrangsbeginsel niet zo ruim moet worden uitgelegd als een meestbegunstigingsclausule, wordt door ons – gesteund door de rechtswetenschap – dan ook niet gevolgd. Deze uitleg zou bovendien het nuttig effect aan deze bepaling ontnemen, omdat er verschillende uitzonderingen – al dan niet op grond van meestbegunstigingsclausules – mogelijk zijn en het voorrangsbeginsel een dode letter zou worden indien de nieuwe Unieburger al deze derdelanders op de arbeidsmarkt voor zou moeten laten gaan. Ook Rechtbank Zeeland-West-Brabant kwam eerder tot een andere conclusie dan de Afdeling en oordeelde dat de achterstelling van de nieuwe Unieburgers op de Japanners wel degelijk in strijd is met het voorrangsbeginsel. Hetzelfde geldt voor de bij de Afdeling in het geding gebrachte conclusies van twee hoogleraren, Groenendijk en Kochenov,¹⁵ die beiden onafhankelijk van elkaar en zeer goed onderbouwd het oordeel van deze rechtbank onderschreven. Aan deze conclusies, waarin ook is gekeken naar andere taalversies en gewezen is op vaste rechtspraak van het Hof, waarin uitzonderingen op de hoofdregel van vrij verkeer van werknemers in beperkte zin moeten worden uitgelegd, besteedt de Afdeling in de uitspraak geen enkele aandacht. En ook al ligt een ruime uitleg, die ons inziens uit *Sommer*, de Conclusie van de A-G daarbij en de opinies van de twee hoogleraren kan worden afgeleid, in de rede, echte zekerheid krijgen we pas van het Hof.

Voorop staat wel dat de conclusie van de Afdeling dat er redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan over de wijze waarop de opgeworpen vraag moet worden beantwoord, gelet op het voorgaande, in ieder geval niet volgehouden kan worden. Op grond hiervan hebben wij dan ook prompt een klacht ingediend bij de Europese

¹⁵ Op Migratieweb (ve15001877) als bijlagen bij de Afdelingsuitspraak van 4 november 2015 gevoegd.

Commissie, die door de Commissie ook is opgepakt zodat er thans een ‘pré-infractieprocedure’ loopt, en hebben wij een oproep gedaan aan vakbroeders en -zusters om lagere rechters te overtuigen van de noodzaak om hierover prejudiciële vragen te stellen. Ook deze lagere rechters zijn immers bevoegd om vragen aan het Hof te stellen en zijn, als zij vinden dat er in ieder geval twijfel over de uitleg van de Afdeling kan bestaan, mogelijk zelfs hiertoe verplicht. Nu de Afdeling ook in latere jurisprudentie volstaat met een verwijzing naar de eerdere uitspraken van 4 november 2015 en zijn oordeel evenmin nader motiveert, is dit de enige manier om de gewenste duidelijkheid hierover te krijgen. Het lijkt er thans op dat er rechters zijn die deze handschoen willen oppakken en wij hopen dat dit artikel daarbij en bij de formulering van de vra(a)g(en) behulpzaam kan zijn.

Mogelijke prejudiciële vragen

In één van de zaken die thans voorligt, werd in beroep aan de rechtbank letterlijk de navolgende vraag gesuggereerd:

Vraag 1

“Moet punt 14 van afdeling 1 van bijlage VI bij het toelatingsprotocol aldus worden uitgelegd, dat de voorwaarden voor de toegang van Bulgaarse werknemers tot de arbeidsmarkt gedurende de in punt 2, eerste alinea, van afdeling 1 bepaalde overgangperiode, niet strenger mogen zijn dan de voorwaarden voor toegang van werknemers uit een derde land tot de arbeidsmarkt en is het vereiste van een tewerkstellingsvergunning voor de werkzaamheden van een Bulgaarse werknemer en het opleggen van een boete aan de werkgever en opdrachtgever(s) van deze Bulgaarse werknemer in strijd met het voornoemde punt 14, indien aan een onderdaan van een derde land – in casu: Japan – dit vereiste niet wordt gesteld en deze boete niet aan de werkgever en opdrachtgever(s) van deze wordt opgelegd?”

Verder zouden nog de volgende aanvullende vragen kunnen worden gesteld aan het Hof:

Vraag 2

Indien de vorige vraag bevestigend wordt beantwoord, en als de groep derdelanders die is vrijgesteld van het vereiste van een tewerkstellingsvergunning op enig moment de bijzondere positie op de Nederlandse arbeidsmarkt verliest, staat voor de burgers van de Unie voor wie daarvoor en daarna overgangsmaatregelen gelden (thans alleen nog de onderdanen van Kroatië) en die eerder op grond van het voorrangsbeginsel vrijgesteld waren van het vereiste van een tewerkstellingsvergunning, de standstillbepaling, zoals opgenomen in punt 13, eerste lid van afdeling 2 van Bijlage V bij het Toetredingsverdrag met de Republiek Kroatië, er dan aan in de weg dat deze burgers van de Unie hun eerder bevoorrechte positie verliezen en alsnog over een tewerkstellingsvergunning moeten beschikken (vergelijk uw arrest van 9 december 2010 inzake Toprak en Oguz (C-300/09, C-301/09)?

Vraag 3

Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord, leidt de schade als gevolg van reeds eerder voor werkzaamheden van een Bulgaarse werknemer tijdens de overgangperiode aan de werkgever en opdrachtgever(s) opgelegde boetes – waarvan kan worden vastgesteld dat deze ten onrechte, want in strijd met het voorrangsbeginsel, zijn opgelegd – dan tot aansprakelijkheid van de Nederlandse Staat daarvoor en de plicht de daardoor ontstane schade te vergoeden? Is het voor de beantwoording van deze vraag nog relevant of de eerder opgelegde boete onherroepelijk is geworden en of tegen de oplegging van deze boete tot en met de hoogste nationale rechtsinstantie is geprocedeerd?