

### 3 Vrijheid van grensoverschrijdende dienstverrichting “in status quo ante”

Erik Scheers<sup>1</sup>

#### 1. Inleiding

Sinds de jaren negentig is een bestendige lijn te ontwaren in de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie in Luxemburg met betrekking tot de vrijheid van ondernemingen binnen de EU om met eigen personeel een dienst te verrichten in een andere lidstaat. De vrijheid van deze grensoverschrijdende dienstverrichters is neergelegd in de artikelen 56 en 57 VWEU en mag door andere lidstaten niet worden beperkt. Door lidstaten aan zo'n onderneming en haar werknemers opgelegde beperkingen, veelal gericht op regulering en bescherming van de nationale arbeidsmarkt en controle van sociale regels, zijn door het Hof in verschillende arresten telkens onevenredig en ongerechtvaardigd bevonden. Het Hof heeft in het *Vicoplus*-arrest<sup>2</sup> wel een uitzondering aanvaard voor werknemers uit een nieuwe lidstaat, in dat arrest Polen. De andere, 'oude', lidstaten konden na toetreding van deze nieuwe lidstaat tot de EU gebruik maken van de mogelijkheid om de toegang tot hun arbeidsmarkt door deze nieuwe Unieburgers tijdelijk op te schorten. Deze mogelijkheid is in de overgangsbepalingen bij deze toetreding opgenomen en is gericht op het voorkomen van een potentieel omvangrijke verplaatsing van werknemers uit deze nieuwe lidstaat en verstoring van de arbeidsmarkt van

de andere lidstaten. Het Hof heeft in dit arrest geoordeeld dat deze mogelijkheid er ook is als deze werknemers niet rechtstreeks, maar via een uitzendconstructie, hun arbeidsmarkt willen betreden. Uitzending van werknemers heeft namelijk, anders dan de andere vormen van dienstverrichting, tot doel deze werknemers toegang te geven tot de arbeidsmarkt, en kan, evenals rechtstreekse toegang, leiden tot omvangrijke verplaatsingen en verstoring van de arbeidsmarkt en valt dus binnen de overgangsbepalingen. Het door Nederland gemaakte onderscheid tussen 'zuivere dienstverrichting' en 'onzuivere dienstverrichting' is daarmee door het Hof voor deze situatie gesanctioneerd. Als sprake is van 'onzuivere dienstverrichting', oftewel uitzending van werknemers, mag een lidstaat de toegang van deze werknemers tot hun arbeidsmarkt beperken door gebruik te maken van de nationale regels ter bescherming van de arbeidsmarkt. Nederland doet dit door voor deze werkzaamheden op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) een tewerkstellingsvergunning (twv) te eisen en bij het ontbreken daarvan boetes op te leggen. Dit heeft geleid tot vele hoge boetes en zaken daarover, waarin de vraag voorlag of nu sprake was van zuivere dienstverrichting – en geen twv mag worden verlangd en geen boete voor het ontbreken hiervan mag worden opgelegd – of van onzuivere dienstverrichting – waarin dit wel mag. De door het Hof in het *Vicoplus*-arrest aangegeven en later in het *Martin Meat*-arrest<sup>3</sup> verduidelijkte

1 Mr. Erik Scheers is advocaat bij Scheers Advocatuur. Dit artikel is een bewerking van het gelijknamige artikel van zijn hand in *Liber Amicorum Ted L. Badoux* (Sdu, 2018).

2 HvJ EU 10 februari 2011, zaken C-307/09-C tot en met 309/09 (*Vicoplus e.a.*), ECLI:EU:C:2010:510.

3 HvJ EU 18 juni 2015, zaak C-586/13 (*Martin Meat*), ECLI:EU:C:2015:405.

criteria ter beantwoording van deze vraag, hebben dit nauwelijks veranderd.

Nederland maakte dit onderscheid tussen zuivere en onzuivere dienstverrichting bij alle grensoverschrijdende dienstverrichtingen binnen de EU – door ondernemingen uit zowel de nieuwe als de oude lidstaten – en legde vaak hoge boetes op, wat ook door de (hoogste) Nederlandse rechters werd gesanctioneerd. Het Hof heeft in het *Essent*-arrest,<sup>4</sup> waarin het ging om een volgens Nederland onzuivere dienstverrichting met niet-EU-werknemers door een Duitse onderneming in Nederland, echter opnieuw geoordeeld dat de twv-eis het vrij verkeer belemmert en in strijd is met de vrijheid van dienstverrichting. Op grond hiervan is de daar opgelegde hoge boete, evenals vele andere boetes voor (gestelde) illegale tewerkstelling, ten onrechte opgelegd en gehandhaafd.

Waar we nu weten dat de vrijheid van grensoverschrijdende dienstverrichting sterk wordt beschermd en deze vrijheid niet door lidstaten mag worden belemmerd, bijvoorbeeld door het eisen van een twv – waarop alleen bij ‘onzuivere dienstverrichting’ door werknemers uit de nieuwe lidstaten een uitzondering mag worden gemaakt – zijn er toch nog enkele ‘open eindjes’. Mag een onderneming uit een oude lidstaat naast haar niet-EU-werknemers ook werknemers uit een nieuwe lidstaat die legaal bij haar in dienst zijn naar een andere lidstaat uitzenden? Mag een onderneming uit een nieuwe ‘overgangs’lidstaat niet-EU-werknemers die legaal bij haar in dienst zijn naar een andere lidstaat uitzenden? Moeten de werknemers van de dienstverrichter die een dienst in een andere lidstaat wil verrichten verplicht in de lidstaat van deze dienstverrichter woonachtig zijn? Zijn de criteria die Nederland sinds 1 januari 2017

stelt aan grensoverschrijdende dienstverrichters wel EU-proof?

In dit artikel ga ik in op de rechtspraak over de vrijheid van dienstverrichting binnen Europa, de openstaande punten die nog niet in de rechtspraak zijn besproken en de complicaties daarbij.

## 2. Grensoverschrijdende dienstverrichting, vanaf het begin

In het arrest *Rush Portuguesa* van 27 maart 1990,<sup>5</sup> oordeelde het Hof over een in Portugal gevestigde onderneming *Rush Portuguesa*, die met een Frans bedrijf een onderaannemingsovereenkomst had afgesloten voor de uitvoering van bouwwerken voor de aanleg van een spoorlijn in Frankrijk. *Rush Portuguesa* liet daartoe uit Portugal eigen Portugees personeel overkomen. Dit speelde zich af in een periode waarin Portugal was toegetreden tot de EU, maar waarin voor Portugal nog wel overgangsmaatregelen golden met tijdelijke uitzonderingen op het vrij verkeer van werknemers. In dit geval ging het echter niet om het vrij verkeer van werknemers, maar om de vrijheid van de Portugese werkgever om met haar werknemers een dienst te verrichten in een andere lidstaat. Deze vrijheid van dienstverrichting was in tegenstelling tot het vrije werknemersverkeer niet opgeschort en had direct vanaf de Portugese toetreding werking.

De vraag die in deze zaak voorlag, was of het Franse recht, waarin was bepaald dat alleen de Franse immigratiedienst buitenlandse werknemers kon aanwerven, in strijd is met de vrijheid van dienstverrichting van het Portugese bedrijf. Het Hof oordeelde hier dat de overgangsmaatregelen bij de toetreding van Portugal zien op Portugese werknemers die toetreden tot de

4 HvJ EU 11 september 2014, zaak C-91/13 (*Essent*), ECLI:EU:C:2014:2206.

5 HvJ EG 27 maart 1990, zaak C-113/89 (*Rush Portuguesa*), ECLI:EU:C:1990:142.

arbeidsmarkt, maar dat deze niet gelden als het gaat om tijdelijke verplaatsing van werknemers naar een andere lidstaat in het kader van een dienstverrichting van hun werkgever. Die werknemers keren na voltooiing van hun taak immers terug naar hun land van herkomst, zonder dat zij toegang krijgen tot de arbeidsmarkt van de ontvangende lidstaat. Frankrijk kan in dit geval volgens het Hof geen voorwaarden stellen met betrekking tot het ter plaatse aanwerven van arbeiders of het verkrijgen van een werkvergunning voor het Portugese personeel.

Enkele jaren hierna oordeelde het Hof in de zaak *Vander Elst*<sup>6</sup> dat Frankrijk opnieuw in strijd handelde met de vrijheid van dienstverrichting. Nu ging het om niet-EU-werknemers die legaal in dienst waren van een onderneming in een andere lidstaat. Het Belgische Vander Elst heeft in Brussel een gespecialiseerd sloopbedrijf, waar ook verschillende Marokkaanse werknemers legaal voor haar werkten. Toen dit bedrijf met deze Marokkaanse werknemers werkzaamheden in Frankrijk verrichtte, stelden de Franse autoriteiten dat hiervoor een werkvergunning benodigd was en legden zij Vander Elst een boete op. Het Hof herhaalt hier dat werknemers die in dienst zijn van een in een lidstaat gevestigde onderneming en die tijdelijk worden uitgezonden naar een andere lidstaat om daar diensten te verrichten, niet de bedoeling hebben zich op de arbeidsmarkt van die laatste lidstaat te begeven, aangezien zij, na hun taak te hebben volbracht, naar hun land van herkomst of woonplaats terugkeren. De verplichting om voor deze werknemers over een werkvergunning te beschikken, is volgens het Hof dan ook hier in strijd met de vrijheid van dienstverrichting.

Hierna volgden verschillende door de Europese Commissie geïnitieerde inbreukprocedures tegen meerdere lidstaten, die eveneens eisen

stelden aan de terbeschikkingstelling van niet-EU-werknemers vanuit andere lidstaten. Deze procedures leidden alle tot veroordelingen door het Hof van deze eerstgenoemde lidstaten. In de zaak *Commissie tegen Luxemburg*<sup>7</sup> oordeelde het Hof over de door Luxemburg verplicht gestelde werkvergunning voor in andere lidstaten gevestigde dienstverrichters die werknemers uit een derde land ter beschikking wilden stellen. Deze werkvergunning werd pas afgegeven na een arbeidsmarkttoets, een overeenkomst voor onbepaalde tijd en een voorafgaande tewerkstelling bij de dienstverrichter van ten minste zes maanden. De door Luxemburg aangevoerde noodzaak hiervoor om op deze wijze de naleving van allerlei sociaalrechtelijke regels te waarborgen, overtuigde het Hof niet. Deze door Luxemburg gestelde voorwaarden werden door het Hof allemaal niet relevant of onevenredig bevonden, omdat ook met een meldplicht op een minder restrictieve en even doeltreffende wijze kan worden gewaarborgd dat die werknemers zich in een reguliere situatie bevinden en de sociale reglementering kan worden gecontroleerd. Ook de Duitse eisen van controle vooraf en de beperking van de terbeschikkingstelling tot niet-EU-werknemers die gedurende ten minste één jaar bij de in een andere lidstaat gevestigde onderneming werkzaam zijn, gaat volgens het Hof in *Commissie tegen Duitsland*<sup>8</sup> te ver. Ook hier memoreert het Hof dat een eenvoudige verklaring vooraf en eventuele controle achteraf een minder restrictieve en even doeltreffende waarborg kan bieden dat de situatie legaal is en misbruik wordt voorkomen. Het vereiste van voorafgaande tewerkstelling van ten minste één jaar bij de dienstverlennende onderneming vormt eveneens een beperking, in het bijzonder voor ondernemingen in sectoren waarin vaak overeenkomsten

6 HvJ EG 9 augustus 1994, zaak C-43/93 (*Vander Elst/OMI*), ECLI:EU:C:1994:310.

7 HvJ EG 21 oktober 2004, zaak C-445/03 (*Commissie/Luxemburg*), ECLI:EU:C:2004:655.

8 HvJ EG 19 januari 2006, zaak C-244/04 (*Commissie/Duitsland*), ECLI:EU:C:2006:49.

voor korte tijd of voor een bepaald werk worden gesloten, of voor pas opgerichte ondernemingen. Ook dit vereiste wordt door het Hof met verwijzing naar hetgeen in *Commissie tegen Luxemburg* reeds was bepaald, onevenredig geacht.

Het Hof onderzoekt in deze arresten telkens of de door een lidstaat opgelegde beperkingen van de vrijheid van dienstverrichting gerechtvaardigd zijn door een doelstelling van algemeen belang en, zo ja, of zij nodig zijn om die doelstelling doeltreffend en met passende middelen na te streven.

Ook Oostenrijk, dat voor de tewerkstelling van derdelanders een vergunning – door Oostenrijk ‘EU-detacheringsverklaring’ genoemd – eist, welke aanvraag administratieve en financiële lasten met zich meebrengt en waarvan de afgifte zes weken kan duren, wordt door het Hof in *Commissie tegen Oostenrijk*<sup>9</sup> berispt. Het staat volgens het Hof ‘buiten kijf’ dat deze voorwaarden de voorgenomen detachering en dienstverrichting bemoeilijken. De ‘EU-detacheringsverklaring’ gaat volgens het Hof ook hier verder dan noodzakelijk is om het doel van bescherming van de werknemers te verwezenlijken en is onevenredig in het kader van de doelstelling een verstoring van de arbeidsmarkt te voorkomen. Ditzelfde geldt voor de automatische weigering van een werknemer die zonder visum Oostenrijk is binnengekomen.

### 3. ‘Onzuivere’ dienstverrichting door werknemers uit nieuwe lidstaten

Hiervoor hebben we gezien dat het Europees Hof herhaaldelijk heeft bepaald dat de grensoverschrijdende dienstverrichter het recht heeft om zonder beperkingen met haar werknemers in een andere lidstaat diensten te verrichten,

<sup>9</sup> HvJ EG 21 september 2006, zaak C-168/04 (*Commissie/Oostenrijk*), ECLI:EU:C:2006:595.

ook als deze werknemers uit een derde, niet-EU-land komen. Dit betekent dat lidstaten voor werkzaamheden van deze werknemers geen werkvergunning (in Nederland: twv) mogen vragen en ook op andere wijze deze dienstverrichting niet mogen belemmeren. Lidstaten mogen daarentegen wel van de dienstverrichter vragen deze werkzaamheden te melden, waarvan Nederland middels de notificatieplicht ook gebruikmaakt. Deze meldplicht mag echter weer niet de dienstverrichting door administratieve en financiële lasten voor de dienstverrichter en een verplichte melding vooraf bemoeilijken, zoals het Hof in *Commissie tegen Oostenrijk* heeft bepaald.

Nederland maakte echter voor dienstverrichtingen met werknemers voor wie geen vrijwerknemersverkeer geldt<sup>10</sup> een onderscheid tussen ‘zuivere’ en ‘onzuivere’ dienstverrichting en verlangde bij ‘onzuivere dienstverrichting’ (hier ook genoemd: uitzending van werknemers<sup>11</sup>) nog steeds een twv. Dit houdt in dat ook in die gevallen, evenals bij de reguliere toelating van werknemers uit derde landen, getoetst wordt aan de beschikbaarheid van prioriteitgenietend aanbod: personen die al het recht hebben in

<sup>10</sup> Hieronder vallen naast de derde (niet EU)landers ook de werknemers uit nieuwe lidstaten voor wie na toetreding van hun lidstaat het vrij werknemersverkeer op grond van overgangsmaatregelen tijdelijk was opgeschort.

<sup>11</sup> De term ‘ter beschikkingstelling van werknemers’ is enigszins verwarrend, omdat deze terugkomt in de Detacheringsrichtlijn 96/71/EG, *PbEU* 1997 L-18/1, in artikel 1 lid 3 aangegeven varianten van dienstverrichting, waaronder ook het uitbesteden van werk (aanhef en onderdeel a) en de tijdelijke overplaatsing in concernverband (aanhef en onderdeel b), dus niet alleen bij de in de aanhef en onderdeel c aangegeven variant van uitzending van werknemers. Voor de leesbaarheid is er daarom voor gekozen om in het geval met ‘ter beschikkingstelling van werknemers’ wordt bedoeld op de onder c aangegeven variant – evenals A-G Sharpston in haar conclusie bij het arrest *Martin Meat* (zie verder in dit artikel) – naast het door Nederland gebruikte begrip ‘onzuivere dienstverrichting’ te spreken over ‘uitzending van werknemers’.

Nederland arbeid te verrichten krijgen voorrang en alleen als dit prioriteitgenietend aanbod er niet is, wordt een twv verleend. In de praktijk worden deze twv's slechts na een maandenlang wervingstraject en dan nog mondjesmaat – vooral bij zeer gespecialiseerd werk waarvoor de kennis buiten de EU moet worden gevonden – verleend. Dit betekent feitelijk dat de grensoverschrijdende dienstverrichter in de door Nederland als 'onzuivere dienstverrichting' aangemerkte variant, haar diensten niet door derdelanders kan laten verrichten.

Dit terwijl het Hof juist eerder had bepaald dat zo'n vergunningsvereiste voor werknemers van een grensoverschrijdende dienstverrichter in strijd is met het vrije dienstenverkeer, waaronder ook de uitzending van werknemers valt.<sup>12</sup> Dit vrije dienstenverkeer geldt niet alleen voor de oude lidstaten, maar ook voor de nieuwe lidstaten waarvoor na toetreding tijdens de overgangperiode het vrije werknemersverkeer was opgeschort. Immers, het vrije dienstenverkeer was in die overgangsbepalingen niet opgeschort en had vanaf het moment van toetreding van de lidstaat directe werking. Nederland mag dus geen beperkingen opleggen aan grensoverschrijdende dienstverrichters, ook niet aan dienstverrichters uit deze nieuwe lidstaten. Nederland stelde echter dat hier weliswaar sprake is van dienstverrichting, maar dat de werkzaamheden die in het kader van uitzending van werknemers werden verricht juist tot doel hebben deze werknemers toe te laten treden tot de arbeidsmarkt. In dat geval is de overgangsregeling voor de toegang van werknemers van toepassing en is Nederland bevoegd maatregelen te treffen, waaronder een vergunningsplicht, om de toegang van deze werknemers tot de arbeidsmarkt te regelen. Dit standpunt is ook door de

<sup>12</sup> Zie hiervoor de in de Detacheringsrichtlijn genoemde varianten van grensoverschrijdende dienstverrichting, waaronder ook de uitzending van werknemers valt.

Afdeling bevestigd.<sup>13</sup> De Europese Commissie stond hier echter anders in en vond dat Nederland ook in deze situatie ten onrechte twv's verlangt.

#### 4. Criteria 'onzuivere' dienstverrichting, van *Vicoplus* naar *Martin Meat*

Uiteindelijk, mogelijk door druk uit Europa, heeft de Afdeling er in 2009 voor gekozen om in verschillende zaken waarin boetes waren opgelegd voor werkzaamheden van diverse Poolse werknemers tijdens het na toetreding van Polen geldende overgangsregime, uitleg hierover te vragen aan het Europees Hof van Justitie. De Afdeling vroeg het Hof bij wijze van prejudiciële vraag of de artikelen 56 en 57 VWEU in de weg staan aan het Nederlandse twv-vereiste bij het ter beschikking stellen (uitzenden) van werknemers. Voorts wilde de Afdeling weten aan de hand van welke criteria dient te worden bepaald of sprake is van het uitzenden van werknemers.<sup>14</sup> A-G Bot herformuleerde in zijn conclusie van 9 september 2010 in deze in het spraakgebruik aangeduide '*Vicoplus*-zaak'<sup>15</sup> deze Afdelingsvragen met het oog op de uitlegging van de overgangsbepalingen en onderzocht of de uitzending van werknemers binnen de werkingssfeer van deze overgangsbepalingen valt. Pas indien dit niet het geval is, dient volgens Bot te worden onderzocht of het twv-vereiste een gerechtvaardigde beperking van het vrije dienstenverkeer vormt. Bot zet in deze conclusie uiteen dat de uitzending van werknemers weliswaar een dienstverrichting is, maar dat de bij-

<sup>13</sup> Zie onder meer ABRvS 2 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY5516; ECLI:NL:RVS:2006:AY5513; ECLI:NL:RVS:2006:AY5514 en ECLI:NL:RVS:2006:AY5515.

<sup>14</sup> Zie ABRvS 29 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ4071; ECLI:NL:RVS:2009:BJ4133 en ECLI:NL:RVS:2009:BJ4140.

<sup>15</sup> Conclusie A-G Bot 9 september 2010, zaken C-307/09-C tot en met 309/09 (*Vicoplus e.a.*), ECLI:EU:C:2010:510.

zondere aard van deze dienstverrichting tot interactie met de regels inzake het vrij verkeer van werknemers leidt. Met verwijzing naar het arrest *Rush Portuguesa*, waarin het Hof volgens Bot ook al een bijzonder voorbehoud heeft gemaakt met betrekking tot de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten, de bijzondere aard van deze dienstverrichting, het doel van de overgangsmaatregel en de noodzaak om de nuttige werking ervan te behouden, stelt Bot dat de uitzending van werknemers binnen de werkingssfeer van deze overgangsbepaling valt. Lidstaten hebben op grond van deze overgangsmaatregelen het recht om de toegang van de werknemers van de nieuwe lidstaten tot hun arbeidsmarkt te controleren of te beperken teneinde verstoringen daarvan ten gevolge van onmiddellijke, massale verplaatsingen van werknemers te vermijden. Hierbij zou het volgens Bot gekunsteld zijn om onderscheid te maken tussen een werknemer die rechtstreeks en zelfstandig tot de arbeidsmarkt van een ontvangende lidstaat toetreedt, dan wel middels een bedrijf dat de uitzending van werknemers als doel heeft. In beide gevallen gaat het immers om potentieel omvangrijke verplaatsingen van werknemers die na nieuwe toetredingen de arbeidsmarkt van de lidstaten dreigen te verstoren.<sup>16</sup> In het *Vicoplus*-arrest van 10 februari 2011 volgt het Hof Bot hierin en krijgt Nederland alsnog gelijk, nu ook van de hoogste Europese rechter, in het maken van onderscheid tussen 'zuivere' en 'onzuivere' dienstverrichting en het mogen verlangen van een twv in het laatste geval. Zoals later met het *Essent*-arrest zal blijken, geldt dit onderscheid echter alleen voor dienstverrichters met werknemers uit de nieuwe lidstaten en niet voor dienstverrichters uit lidstaten waarvoor geen overgangsmaatregelen (meer) gelden.

Ten aanzien van de vraag aan de hand van welke criteria kan worden bepaald of sprake is van

<sup>16</sup> *Ibidem* punt 51.

uitzending van werknemers, hanteert het Hof – eveneens in navolging van Bot – drie criteria. Het eerste criterium is niet onderscheidend, want ook op andere vormen van dienstverrichting toepasselijk: er is sprake van een dienstverrichting tegen vergoeding, waarbij de ter beschikking gestelde werknemer in dienst blijft van de dienstverrichtende onderneming en geen arbeidsovereenkomst tot stand komt met de inlenende onderneming. Als wel onderscheidende criteria noemt het Hof dat:

- bij de uitzending van werknemers de verplaatsing van de werknemer naar de lidstaat van ontvangst het doel op zich van de dienstverrichting vormt en
- deze werknemer zijn taken onder toezicht en leiding van de inlenende onderneming vervult.

Aan deze criteria moet dus cumulatief zijn voldaan, wil sprake zijn van uitzending van werknemers en een twv-plicht mogen worden tegen-gevoerd.

De door Nederland gebruikte criteria met betrekking tot de terugkeer van de werknemer naar zijn lidstaat van herkomst na de voltooiing van de dienstverrichting en de overeenstemming tussen de door de werknemer in de lidstaat van ontvangst verrichte taken en de hoofdactiviteit van zijn werkgever, worden door het Hof niet bepalend geacht. Hiervan kan immers zowel bij 'zuivere' als 'onzuivere' dienstverrichting sprake zijn.

De invulling van de door het Hof wel relevant bevonden criteria blijkt in de praktijk echter nog niet zo eenvoudig en leidt tot veel rechtsonzekerheid: hebben de uit- en inlenende bedrijven een twv nodig en kan bij het ontbreken daarvan een boete worden opgelegd, of valt de terbeschikkingstelling van werknemers onder de vrijheid van dienstverrichting en is een twv niet vereist? Nu bovendien veruit de meeste en hoogste Wav-boetes worden opgelegd voor 'onzuivere' dienstverrichting, komt dit onder-

scheid en de invulling van deze criteria ook in de Nederlandse rechtspraak veelvuldig terug. Het valt daarbij op dat vooral in de eerste zaken zwaar werd gehecht aan het leiding-en-toezichtcriterium; als bleek dat de inlenende Nederlandse onderneming enige vorm van gezag of controle uitoefende, zou er volgens de Nederlandse autoriteiten al worden voldaan aan dit criterium, was sprake van uitzending van werknemers en kon een boete wegens het ontbreken van een twv worden opgelegd. Het herhaaldelijk, mede door mij, naar voren gebrachte argument dat enige vorm van toezicht en controle door de inlenende Nederlandse onderneming ook voorkomt bij zuivere dienstverrichting en nog niet betekent dat de leiding en het toezicht door de werkgever van de werknemer is overgedragen aan de Nederlandse partij, vond in veel zaken geen gehoor. Dit veranderde pas echt nadat het Hof een nieuw arrest wees met betrekking tot grensoverschrijdende dienstverrichting, waarin het Hof deze criteria verduidelijkte: de *Martin Meat*-zaak.

In de zaak *Martin Meat* werd door de Oostenrijkse onderneming Alpenrind een overeenkomst gesloten met de Hongaarse onderneming Martin Meat voor het verwerken en verpakken van vlees door de Hongaarse werknemers van Martin Meat. Dit speelde zich af in de periode waarin voor Hongarije als nieuwe lidstaat nog overgangsmaatregelen golden. Ook hier lag de vraag voor of deze dienstverrichting al dan niet als uitzending van werknemers zou moeten worden aangemerkt en Oostenrijk beperkingen hieraan mag opleggen. Bij het criterium of de verplaatsing het doel op zich is van de dienstverrichting, vindt het Hof van belang voor wiens rekening het komt als de in de overeenkomst vastgelegde dienst niet conform die overeenkomst is uitgevoerd. Wanneer in de overeenkomst is vastgelegd dat de dienstverrichter de daarin vastgelegde dienst naar behoren moet uitvoeren, is het volgens het Hof minder waarschijnlijk dat sprake is van uitzending van werk-

nemers dan wanneer dit niet zo is.<sup>17</sup> Het Hof acht ook van belang wie het aantal werknemers bepaalt met wie de dienst wordt verricht: is dit aan de dienstverrichter, dan wijst dit erop dat de verplaatsing van de werknemers niet het doel op zich is, maar ondergeschikt is aan de uitvoering van de dienst en dus sprake is van 'zuivere dienstverrichting'.<sup>18</sup> Het Hof vindt het niet of minder relevant of de dienstverrichter slechts één klant in de lidstaat van ontvangst heeft en of hij de ruimten waar de dienstverrichting plaatsvindt en de machines huurt. Voor wat betreft het leiding-en-toezichtcriterium dient volgens het Hof – in navolging van A-G Sharpston – onderscheid te worden gemaakt tussen controle en leiding over de werknemers zelf en de verificatie door een klant dat een dienstverrichtingsovereenkomst naar behoren is uitgevoerd. Het Hof merkt hierbij op dat het bij een dienstverrichting immers gebruikelijk is dat een klant controleert of de dienst conform de overeenkomst is uitgevoerd en dat de klant bovendien bepaalde aanwijzingen kan geven aan de werknemers van de dienstverrichter die hij nodig acht voor de uitvoering van de dienst, zonder dat daarbij ten aanzien van die werknemers sprake is van uitoefening van leiding en toezicht.<sup>19</sup> Met deze uitspraak dient de nauwe interpretatie door Nederland van de door het Hof eerder in *Vicoplus* gegeven criteria te worden verlaten. In de recente Afdelingsjurisprudentie wordt dit *Martin Meat*-arrest ook genoemd en betrokken en is ook een kritische blik met betrekking tot de invulling van deze criteria waar te nemen. Inmiddels zijn er diverse uitspraken waarin de Afdeling, in tegenstelling tot de minister (Inspectie SZW) en de rechtbank, tot het oordeel komt dat niet wordt voldaan aan beide, cumulatief gestelde, criteria,

<sup>17</sup> *Ibidem* punt 36.

<sup>18</sup> *Ibidem* punt 38.

<sup>19</sup> *Ibidem* punt 40.

dus geen sprake is van uitzending van werknemers en ten onrechte boetes zijn opgelegd.<sup>20</sup>

### 5. Essent, terug naar de basis

Dan de *Essent*-zaak, waarop in de inleiding al een voorschot is genomen. De Afdeling – en met haar ook vele lagere Nederlandse rechters – heeft het beleid van de Inspectie SZW, waarin het onderscheid tussen ‘zuivere’ en ‘onzuivere’ dienstverrichting op zowel ondernemingen uit de nieuwe ‘overgangs’lidstaten als op ondernemingen uit de ‘oude lidstaten’ werd toegepast, meermalen gesanctioneerd. Op grond van dit beleid is Essent een boete van € 264.000 opgelegd. Bij de uitbesteding van steigerbouwwerkzaamheden door Essent aan een Nederlandse partij, was gebruik gemaakt van niet-EU-werknemers, die door deze Nederlandse partij van een Duitse onderneming waren ingeleend. Volgens de Inspectie SZW, gevolgd door de rechtbank, hadden voor deze werkzaamheden die werden verricht door 33 niet-EU-werknemers – de meesten van Turkse nationaliteit – twv’s moeten worden aangevraagd. Vanwege het ontbreken van deze twv’s werden aan verschillende partijen, waaronder Essent, boetes opgelegd en in beroep gehandhaafd. De Afdeling twijfelde er echter over of de standstillbepaling van artikel 13 van het Associatiebesluit tussen de Europese lidstaten en Turkije, in de weg staat aan het opleggen van boetes voor de werkzaamheden van deze Turkse werknemers en stelde hierover prejudiciële vragen. Uit de verwijzingsuitspraak blijkt dat het voor de Afdeling wel duidelijk was dat de vrijheid van dienstverrichting zich in dit geval niet verzette tegen het twv-vereiste en het opleggen van boetes bij het ontbreken van twv’s.

<sup>20</sup> Zie onder meer ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1819 en ECLI:NL:RVS:2017:1818; ABRvS 5 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:924 en ECLI:NL:RVS:2017:925. Zie ook ABRvS 26 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1149 en ABRvS 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:338.

Hierover werd dan ook geen vraag gesteld. De Afdeling verwees hiertoe naar de arresten *Vicoplus* en *Rush Portuguesa*, maar deze arresten waren nu juist expliciet beoordeeld binnen de werkingssfeer van de in die tijd geldende overgangsmatregelen met Polen respectievelijk Portugal. Deze overgangsmatregelen strekten ertoe te vermijden dat zich na de toetreding van een nieuwe lidstaat door een onmiddellijke, massale toevloed van werknemers verstoringen voordoen op de arbeidsmarkt van de andere lidstaten. In de *Essent*-zaak speelden echter geen overgangsmatregelen – het ging om de vrijheid van dienstverrichting van een Duitse onderneming – en was sprake van tijdelijke verplaatsing van werknemers die legaal voor deze Duitse onderneming werkzaam waren. In tegenstelling tot de arresten met betrekking tot de overgangsmatregelen lag een potentieel omvangrijke verplaatsing van werknemers die de arbeidsmarkt verstoort dan ook geenszins in de rede. Gelet hierop heeft (de advocaat van) Essent de vraag naar de verenigbaarheid met de vrijheid van dienstverrichting in deze prejudiciële procedure voorgelegd aan het Hof. Het is immers volgens vaste Europese jurisprudentie aan het Hof om, ongeacht de vragen van de verwijzende rechter, uit de zaak de elementen van het Unierecht te putten die uitlegging behoeven.<sup>21</sup>

Nadat A-G Bot evenals Essent de vrijheid van dienstverrichting in zijn conclusie voor dit

<sup>21</sup> HvJ EU 10 februari 2011, zaken C-307/09 tot en met C-309/09 (*Vicoplus e.a.*), ECLI:EU:C:2011:64, «JV» 2011/172, m.nt. M.Tjebbes, punt 81 en de daar aangehaalde rechtspraak.



arrest<sup>22</sup> betrok en kwam tot een schending daarvan, wees het Hof hierna in de lijn van deze conclusie van A-G Bot en het standpunt van Essent, het *Essent*-arrest. Waar het Hof zelf in tegenstelling tot A-G Bot geen woorden wijt aan het verschil met het *Vicoplus*-arrest, komt het Hof “in status quo ante” met verwijzing naar de eerdere arresten *Commissie tegen Oostenrijk*, *Commissie tegen Luxemburg* en *Commissie tegen Duitsland*, tot het oordeel dat de artikelen 56 en 57 VWEU zich ook in dit geval verzetten tegen het twv-vereiste bij grensoverschrijdende dienstverrichting.

## 6. Varia, openstaande punten met betrekking tot het vrije dienstenverkeer

Het is nu duidelijk geworden dat het vrije dienstenverkeer binnen de EU niet mag worden beperkt door de lidstaten. De enige uitzondering die hierop door het Hof is aangenomen, betreft de werknemers uit de nieuwe lidstaten op wie na toetreding van hun lidstaat tijdelijke overgangsmaatregelen van toepassing zijn. Deze werknemers mogen wel in het kader van een opdracht van hun werkgever, maar niet feitelijk als uitzendkracht zonder twv tewerk worden gesteld. Maar wat betekent dit als een onderneming uit een nieuwe ‘overgangs’lidstaat werknemers uit een derde land wil uitzenden? En wat betekent dit als een onderneming uit een

‘oude’ lidstaat werknemers uit een nieuwe lidstaat wil uitzenden? Als deze ondernemingen geen nieuwe Unieburgers, maar wel niet-EU-werknemers mogen uitzenden, zou dit betekenen dat deze Unieburgers in een slechtere positie zouden komen te verkeren dan de derdelanders. En mag van een grensoverschrijdende dienstverrichter worden verlangd dat haar niet-EU-werknemers verblijven en werkzaam zijn in haar lidstaat, of mag zij haar diensten ook verrichten met werknemers die daar niet verblijven, maar wel legaal bij haar in dienst zijn en beschikken over een werkvergunning in de lidstaat van waaruit de werkzaamheden worden verricht? Dit zijn openstaande punten, waarover in een enkel geval wel al een rechtbank, maar nog niet de Afdeling en het Hof zich hebben uitgelaten.

### 6.1 Onderneming nieuwe lidstaat met werknemers uit een derde land

Alhoewel mij geen rechtspraak hierover bekend is, lijkt het mij duidelijk dat de overgangsbepalingen enkel zien op onderdanen van de betreffende nieuwe lidstaat en dus niet op werknemers uit een niet-EU-land, ook niet als deze niet-EU-werknemers werkzaam zijn voor een onderneming uit zo'n nieuwe lidstaat. De vrijheid van dienstverrichting dient in dit geval dan ook zonder beperkingen te worden toegepast. Op grond hiervan is het uitzendbureau uit zo'n nieuwe lidstaat naar mijn mening wel gerechtigd niet-EU-werknemers uit te zenden naar een andere lidstaat. Dit leid ik af uit de overgangsbepalingen zelf, waarin is aangegeven dat de huidige lidstaten nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen kunnen toepassen om de *toegang van onderdanen van deze nieuwe lidstaat* (cursivering ES) tot hun arbeidsmarkt te regelen. Ook het doel van deze bepaling, namelijk ‘het voorkomen dat zich na toetreding van de nieuwe lidstaten tot de Unie verstoringen voordoen op de arbeidsmarkt van de oude lidstaten ten gevolge van de onmiddellijke komst van een groot aantal werk-

22 Conclusie A-G Bot 8 mei 2014, zaak C-91/13 (*Essent*), ECLI:EU:C:2014:312. Hij geeft de Afdeling hierin een duidelijke reprimande, zie punt 61: “De verwijzende rechter oordeelt echter ten onrechte dat de rechtspraak van het Hof reeds een duidelijk antwoord geeft op de vraag of de Nederlandse regeling, voor zover zij voorschrijft dat een twv nodig is voor werknemers die onderdaan zijn van derde landen en door een onderneming van een lidstaat ter beschikking worden gesteld aan een onderneming in een andere lidstaat, in overeenstemming is met de artikelen 56 VWEU en 57 VWEU” en punt 62: “Inzonderheid ben ik van mening, anders dan de verwijzende rechter aangeeft, dat het antwoord op de vragen die in de onderhavige zaak naar voren komen, niet duidelijk uit het arrest *Vicoplus* voortvloeit.”

nemers die onderdaan van die nieuwe lidstaten zijn'<sup>23</sup> (cursivering ES) en de uitspraak van het Europees Hof inzake *Vicoplus*, waarin voor recht is verklaard dat 'de artikelen 56 VWEU en 57 VWEU zich er niet tegen verzetten dat een lidstaat, gedurende de overgangperiode (...), vereist dat voor de terbeschikkingstelling (...) op zijn grondgebied, van werknemers die Pools onderdaan zijn (cursivering ES), een tewerkstellingsvergunning wordt verkregen' leiden naar mijn mening tot deze conclusie. Dit zou echter wel leiden tot een slechtere behandeling van werknemers uit de eigen lidstaat – en dus Unieburgers – ten opzichte van werknemers uit derde landen. Dit zou in strijd komen met de ook in de overgangsbepalingen opgenomen voorrangs- of begunstigingsclausule, op grond waarvan aan Unieburgers voorrang moet worden gegeven boven derdelanders. Waar mede door mij veel is geprocedeerd over de voorrangsclausule in relatie tot werknemers uit een derde land (Japan) die in Nederland wel al vrije toegang hadden tot de arbeidsmarkt – wat na een tournure door de Afdeling op grond waarvan Japanse werknemers geen vrije toegang meer hebben tot de arbeidsmarkt een stuk lastiger is geworden<sup>24</sup> – kan de voorrangsclausule ook in dit opzicht naar voren worden gebracht. Ditzelfde speelt ook bij dienstverrichting door een onderneming uit een oude lidstaat met zowel werknemers uit een derde land als werknemers uit een nieuwe lidstaat, welke problematiek ik hierna behandel.

23 HvJ EU 10 februari 2011, zaken C-307/09 tot en met C-309/09 (*Vicoplus e.a.*), ECLI:EU:C:2011:64, punt 34.

24 Zie B. Maes en E. Scheers, 'Wat hebben nieuwe EU-burgers en Japanners met elkaar gemeen?', *A&MR* 2016/5, p. 225-229 en S.H.J.M. Roelofs, 'Bres in toelatingsbeleid gedicht. Ontmanteling van het Nederlands-Japans handelsverdrag', *A&MR* 2017/1, p. 10-14.

## 6.2 Onderneming oude lidstaat met werknemers uit een nieuwe lidstaat

De vraag die hier in de kern voorligt is of de onderneming uit een oude lidstaat die met werknemers uit een nieuwe lidstaat een dienst wil verrichten valt onder de 'Vicoplus-toets' – nu het in deze situatie gaat om onderdanen van een nieuwe lidstaat – of dat de 'Essent-toets' moet worden verricht – nu het hier gaat om een dienstverlenende onderneming uit een oude lidstaat. Zoals hiervoor is besproken kan in het laatste geval geen twv worden vereist, ook niet als er sprake is van uitzending van werknemers, en kan in het eerste geval bij uitzending van werknemers wel een twv worden vereist.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft in een zaak waarin Inspectie SZW boetes had opgelegd voor werkzaamheden van Roemeense werknemers die door een Slowaakse onderneming tijdens de overgangperiode op een Nederlands bouwproject waren ingezet, deze boetes vernietigd.<sup>25</sup> De rechtbank oordeelde dat deze zaak weliswaar afwijkt van het *Essent*-arrest, omdat hier Roemeense werknemers en derhalve geen derdelanders werkzaam zijn, maar dat het in strijd met de eveneens in de overgangsbepalingen opgenomen begunstigingsclausule is als voor Roemeense werknemers wel een twv wordt geëist, maar voor werknemers uit een derde land niet. In de uitspraak op het hoger beroep van de minister tegen deze uitspraak<sup>26</sup> laat de Afdeling zich niet uit over de toepassing van deze begunstigingsclausule, maar ziet de Afdeling – nu het gaat om de bevoegdheid een boete op te leggen – aanleiding de boeteoplegging te toetsen aan het arrest *Vicoplus* en in het verlengde daarvan het arrest *Martin Meat*. De Afdeling komt vervolgens, toetsend aan de door het Hof in deze arresten geformuleerde criteria,

25 Rb. Zeeland-West-Brabant 18 januari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:456.

26 ABRvS 26 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1149, «JV» 2017/145, m.nt. T. Badoux.

tot het oordeel dat niet aan alle criteria is voldaan, de minister zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de dienstverrichting louter bestond uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (uitzending van arbeidskrachten) en dat de rechtbank terecht, zij het op andere gronden die volgens de Afdeling geen bespreking behoeven, de beroepen gegrond heeft verklaard en de boetebesluiten heeft vernietigd. De Afdeling bevestigt vervolgens de uitspraak voor zover aangevallen.

Alhoewel de Afdeling zich dus niet expliciet uitlaat over de vraag of hier sprake is van een ‘Essent-situatie’ of een ‘Vicoplus-situatie’ en hoe de overgangsbepalingen met de daarin opgenomen begunstigingsclausule zich verhouden tot deze situatie, toetst de Afdeling wel aan deze overgangsbepalingen en de in dat licht relevante *Vicoplus*- en *Martin Meat*-arresten. Hierbij vernietigt de Afdeling de uitspraak niet, noch bevestigt de Afdeling deze uitspraak met verbetering van de gronden, terwijl de grieven van de minister zich wel expliciet richten op de toepasselijkheid van het *Essent*-arrest versus het *Vicoplus*-arrest. Het lijkt er naar mijn mening op dat de Afdeling zich niet wil uitlaten over de toepasselijkheid van de begunstigingsclausule, mogelijk ook omdat de Afdeling er in dat geval niet aan ontkomt vanwege de onduidelijkheid daarover prejudiciële vragen te stellen en het Hof in de beantwoording daarvan wel eens een verder strekkende uitleg aan deze clausule kan geven dan in eerdere arresten door de Afdeling is gedaan.<sup>27</sup>

Uiteindelijk zal de Afdeling, dan wel een andere rechter in een nieuwe zaak waarin sprake is van uitzending van arbeidskrachten en de juiste grieven daartegen worden aangevoerd, niet onder de uitleg van de begunstigingsclausule uit

kunnen komen. Het is naar mijn mening dan ook een gemiste kans van de Afdeling, want duidelijkheid hierover wordt alleen maar op de lange baan geschoven, met alle gevolgen voor ondernemingen die hierdoor mogelijk ten onrechte worden geconfronteerd met hoge boetes en de daardoor ontstane rechtsonzekerheid en eventuele lange procedures van dien.<sup>28</sup>

Wellicht dat de toepasselijkheid van de begunstigingsclausule overigens wel aan bod komt in een prejudiciële zaak die door het *Verwaltungsgerichtshof* in Oostenrijk bij het Hof aanhangig is gemaakt.<sup>29</sup> In deze zaak is sprake van werknemers van een in Kroatië gevestigde vennootschap die naar een in Italië gevestigde vennootschap zijn overgeplaatst, met het doel voor deze Italiaanse vennootschap een dienst in Oostenrijk te verrichten. Hiernaast zijn ook Russische en Wit-Russische werknemers van een in Italië gevestigde vennootschap naar deze (tweede) Italiaanse vennootschap overgeplaatst met het

28 Zie voor de consequentie hiervan ABRvS 7 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1507, m.nt. R.H. van Ooik. In deze aan *Essent* gerelateerde zaak was verzoekt om herziening van de opgelegde boete, omdat achteraf op grond van het *Essent*-arrest bleek dat deze ten onrechte, in strijd met het Unierecht, was opgelegd. De Afdeling acht echter van doorslaggevend belang dat de appellant in deze zaak geen rechtsmiddelen had aangewend, zodat het boetebesluit in rechte onaantastbaar was geworden. Dat er – zoals later blijkt in deze situatie – geen boete kan worden opgelegd, weegt volgens de Afdeling minder zwaar dan het rechtszekerheidsbeginsel, op grond waarvan deze ten onrechte opgelegde boete in stand blijft. Mijn vraag bij deze uitspraak is wiens rechtszekerheid hiermee wordt gediend. Wellicht dat een civiele procedure op grond van onrechtmatige rechtspraak nog enig soelaas kan bieden? In ieder geval zijn alle partijen vooralsnog verplicht om tot het einde door te procederen – ook als dat op grond van Afdelingsjurisprudentie op dat moment zinloos lijkt –, willen ze kans maken om een boete die mogelijk ten onrechte is opgelegd uiteindelijk vernietigd te krijgen.

29 Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door het *Verwaltungsgerichtshof* (Oostenrijk) op 16 januari 2017, zaak C-18/17 (*Danieli & C. Officine Meccaniche e.a.*).

27 Zie onder meer ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3367, «JV» 2016/5, m.nt. T. de Lange.

oog op het verrichten van deze dienst in Oostenrijk. Alhoewel hier enkel is gevraagd naar de uitleg van de artikelen 56 en 57 VWEU en niet aan de begunstigingsclausule is gerefereerd, ligt ook hier mijns inziens de vraag voor of bij de uitkomst dat een Italiaanse onderneming wel Russische werknemers mag detacheren, het voorrangsbeginsel niet voorschrijft dat ook Kroatische werknemers op deze wijze mogen worden gedetacheerd.

### 6.3 *Verblijf werknemers in lidstaat dienstverrichter doorslaggevend?*

In een zaak die op het moment van het schrijven van dit artikel bij de rechtbank in beroep ligt, speelt de vraag of de werknemers van een dienstverrichter die voor deze dienstverrichter een dienst in een andere lidstaat verrichten, legaal moeten verblijven in de lidstaat waar deze dienstverrichter is gevestigd. In dit geval gaat het om werknemers die door deze dienstverrichter ter beschikking zijn gesteld voor het verrichten van diverse hotel- en cateringwerkzaamheden op een passagiersschip van een dienstenontvanger in een andere lidstaat. Deze werknemers hebben voor hun werkzaamheden in de lidstaat waar het schip zich hoofdzakelijk bevindt en van waaruit het schip ook andere lidstaten aandoet, een werkvergunning. De Inspectie SZW stelt dat de werkgevers voor deze werkzaamheden ook in Nederland over een twv dienden te beschikken. Dit betekent dat het uitvoeren van deze werkzaamheden door niet-EU-werknemers van deze grensoverschrijdende dienstverrichter onmogelijk wordt gemaakt. Immers, het is ondoenlijk om in elke lidstaat die dit schip aandoet, soms voor slechts enkele dagen, een (getoetste) werkvergunning te verkrijgen. Een mijns inziens evidente belemmering van het vrij verkeer. Maar is deze wel van toepassing op werknemers die niet legaal in de lidstaat van de dienstverrichter verblijven, in dit geval omdat daar geen enkele noodzaak toe is omdat het schip niet deze lidstaat, maar wel andere lidstaten aandoet? De Inspectie SZW

vindt van wel en heeft boetes opgelegd, omdat het Hof in meerdere arresten ook heeft gemereerd dat de betrokken werknemers legaal in de betreffende lidstaat verbleven. Maar is dit door het Hof als vereiste aangegeven, of moet dit worden geplaatst in de context van die specifieke zaken en is het voldoende dat de betrokken werknemers legaal 'op reguliere basis' voor de betreffende onderneming werkten en voor deze werkgever slechts tijdelijk in Nederland werkzaam waren? Deze werknemers hebben ook geenszins de bedoeling zich op de Nederlandse arbeidsmarkt te begeven en hebben, na hun tijdelijke werkzaamheden voor hun werkgever in Nederland, Nederland weer verlaten. Het Hof heeft zich hier niet eerder over uitgelaten en het zou dan ook goed kunnen dat ook hierover prejudiciële vragen worden gesteld.

## 7. **Nieuwe Nederlandse criteria grensoverschrijdende dienstverrichting EU-proof?**

Met ingang van 1 januari 2017 heeft Nederland artikel 1e van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen (BuWav) aangepast en daarin nieuwe voorwaarden gegeven voor grensoverschrijdende dienstverrichting. In de toelichting op dit artikel is aangegeven dat, nu de twv-plicht als gevolg van het *Essent*-arrest niet langer van toepassing is op de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten, het wenselijk is om nadere voorwaarden te stellen met betrekking tot de aard en omvang van de werkzaamheden in Nederland door de ter beschikking gestelde arbeidskrachten van buiten de EU.

In dit gewijzigde artikel is geregeld dat het verbod om arbeid zonder twv te verrichten bij tijdelijke intracommunautaire grensoverschrijdende dienstverrichting niet van toepassing is, mits:

- a. de vreemdeling voldoet aan alle voorschriften inzake verblijf, werkvergunning en sociale zekerheid om als werknemer van de

- werkgever arbeid te verrichten in het land waar de werkgever gevestigd is,
- b. de vreemdeling arbeid verricht die gelijksoortig is aan de arbeid waartoe de vreemdeling gerechtigd is in het land waar de werkgever gevestigd is,
  - c. de vreemdeling slechts de vervanger is van een andere vreemdeling die gelijksoortige arbeid heeft verricht, indien de totale duur van de overeengekomen dienstverrichting niet wordt overschreden, en
  - d. de werkgever daadwerkelijk substantiële activiteiten verricht als bedoeld in artikel 6, lid 3, onderdeel a, van de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de EU.

Voor de eerste twee voorwaarden is in de toelichting op dit besluit<sup>30</sup> vermeld dat hiermee invulling is gegeven aan de handhavingsmogelijkheden die het arrest *Essent* biedt. Voor de laatste twee voorwaarden is aangegeven dat daarnaast nog die voorwaarden worden gesteld.

Waar de eerste voorwaarde a inderdaad rechtstreeks voortvloeit uit de jurisprudentie van het Hof, is dat bij de tweede voorwaarde b nog maar de vraag. In de toelichting op deze voorwaarde lijkt deze voorwaarde namelijk te worden verruimd: waar in de voorwaarde zelf staat dat de vreemdeling in het land van zijn werkgever gerechtigd moet zijn gelijksoortige arbeid als in

Nederland te verrichten, staat in de toelichting dat de door de vreemdeling verrichte arbeid gelijksoortig moet zijn aan de arbeid die de vreemdeling in het land van zijn werkgever verricht. Het gerechtigd zijn om daar dezelfde arbeid te verrichten is uiteraard minder beperkend dan het daar daadwerkelijk verricht hebben van deze zelfde arbeid. Voor zover door Nederland de voorwaarde wordt gesteld dat de werknemer daar dezelfde arbeid moet hebben verricht, wijs ik op het *Vicoplus*-arrest. Het Hof overweegt in dit arrest dat het feit dat geen overeenstemming bestaat tussen de door de werknemer in de lidstaat van ontvangst verrichte taken en de hoofdactiviteit van zijn werkgever weliswaar de indruk kan wekken dat sprake is van uitzending, maar dat met name niet kan worden uitgesloten dat die werknemer voor zijn werkgever een dienst verricht die tot het gebied van zijn secundaire of nieuwe activiteiten behoort.<sup>31</sup> Het Hof heeft bovendien ook al eerder geoordeeld dat hij het begrip 'op reguliere basis in vaste dienst' niet vergezeld heeft doen gaan van een voorwaarde inzake woonplaats of tewerkstelling van een bepaalde duur in de staat van vestiging van de dienstverrichter en dat een vereiste van een periode van voorafgaande tewerkstelling van één jaar een beperking van het vrij verrichten van diensten vormt. Deze voorwaarde is immers bijzonder nadelig voor ondernemingen in sectoren waarin vaak overeenkomsten voor korte tijd of voor een bepaald werk worden gesloten, of voor pas opgerichte ondernemingen.<sup>32</sup> Voor zover Nederland de onder b gestelde voorwaarde zo uitlegt dat de werknemer eerder al dezelfde arbeid moet hebben verricht in het land van zijn werkgever, lijkt dit op grond van het voorgaande dan ook een onevenredige beperking van het vrij verrichten van diensten op te leveren.

30 Besluit van 28 september 2016, houdende wijziging van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen en het Vreemdelingenbesluit 2000 in verband met het vervallen van de vergunningsplicht bij terbeschikkingstelling van vreemdelingen afkomstig uit derde landen bij tijdelijke arbeid in Nederland, de uitbreiding vrijstelling tewerkstellingsvergunning voor buitenlandse studenten bij een niet-verplichte stage, de uitbreiding van de vrijstelling tewerkstellingsvergunningsplicht voor studenten die een opleiding volgen aan een Academie van Bouwkunst en het vervallen van de maximumtermijn voor de uitzondering op de tewerkstellingsvergunningsplicht voor docenten en onderzoekers aan instellingen van hoger onderwijs, *Stb.* 2016, 347.

31 HvJ EU 10 februari 2011, zaken C-307/09 tot en met C-309/09 (*Vicoplus e.a.*), ECLI:EU:C:2011:64, punt 50.

32 HvJ EG 19 januari 2006, zaak C-244/04 (*Commissie/Duitsland*), ECLI:EU:C:2006:49, punten 53 en 55.

Dan de voorwaarden die volgens het besluit naast de handhavingsmogelijkheden die het *Essent*-arrest biedt worden gesteld. De onder c genoemde voorwaarde blinkt allereerst uit in onduidelijkheid. Volgens dit artikelonderdeel is het twv-verbod niet van toepassing bij grensoverschrijdende dienstverrichting, voor zover (mede) wordt voldaan aan de voorwaarde dat de vreemdeling slechts een andere vreemdeling die gelijksoortige arbeid verricht vervangt, indien de totale duur van de overeengekomen dienstverrichting niet wordt overschreden. Hieruit zou je kunnen afleiden dat de vreemdeling een andere vreemdeling *moet* vervangen. Dit kan natuurlijk niet de bedoeling zijn. Immers, normaal gesproken zal juist geen sprake zijn van vervanging maar van een specifieke opdracht. Uit de toelichting op dit onderdeel blijkt dat de werknemer juist *niet* een andere uitzendkracht mag vervangen die hetzelfde werk doet. Verder is hier aangegeven dat deze voorwaarde is opgenomen om te voorkomen dat het begrip tijdelijkheid van de dienstverrichting wordt opgerekt en de arbeidsmarkt wordt verstoord door het vervangen van de ene vreemdeling door de andere vreemdeling van dezelfde dienstverrichter die in Nederland op dezelfde werkplek en in dezelfde functie arbeid verrichten. Moet dit zo worden gelezen dat de vreemdeling zonder meer niet een andere vreemdeling mag vervangen die hetzelfde werk heeft verricht? Maar waarom dan die toevoeging “indien de totale duur van de dienstverrichting (niet) wordt overschreden?” Voor zover deze voorwaarde zo moet worden gelezen dat, *in het geval dat* de vreemdeling slechts de vervanger is van een andere vreemdeling (die volgens de toelichting dus ook van dezelfde dienstverrichter moet komen en waarbij het moet gaan om dezelfde werkplek en dezelfde functie), de totale duur van de overeengekomen dienstverrichting niet mag worden overschreden, roept dit bij mij ook de nodige vragen op. Immers, mag de duur van de overeengekomen

dienstverrichting dan volgens de minister wel worden overschreden als geen sprake is van vervanging? En mogen werknemers elkaar volgens de minister dan wel vervangen zolang de duur van de dienstverrichting niet wordt overschreden? Het lijkt mij in ieder geval inherent aan zuivere dienstverrichting, dat de opdrachtnemer bepaalt hoeveel en welke werknemers worden ingezet op een opdracht en, bij bijvoorbeeld ziekte of disfunctioneren, worden vervangen. En verder kan de duur van een opdracht natuurlijk altijd wegens omstandigheden worden verlengd. Het Hof heeft zelf over de duur van de dienstverrichting aangegeven, dat een lidstaat een dienstverrichter mag verplichten de autoriteiten onder meer in kennis te stellen van de *vermoedelijke* (cursivering ES) duur van de aanwezigheid van de ter beschikking gestelde werknemers. Autoriteiten hebben dan de mogelijkheid om in voorkomend geval na afloop van de voorziene duur van de terbeschikkingstelling maatregelen te nemen.<sup>33</sup> Het Hof heeft niet aangegeven wat deze totale duur mag zijn noch dat de duur later niet kan worden verlengd. Zolang de dienstverrichting maar als tijdelijk valt te kwalificeren en wordt voldaan aan de voorschriften inzake verblijf, werkvergunning en sociale zekerheid, wordt ook voldaan aan de door het Hof aangegeven voorwaarden. Andere, verder beperkende, voorwaarden, zullen mijns inziens al snel opnieuw kunnen leiden tot een ongerechtvaardigde beperking van de vrijheid van dienstverrichting.

Als laatste de voorwaarde bij onderdeel d, die volgens de toelichting dient te voorkomen dat de dienstverrichting plaatsvindt vanuit een postbusfirma. De beoordeling of sprake is van daadwerkelijk substantiële activiteiten wordt door de Inspectie SZW gedaan bij het verrichten van controles. Dit betreft dus een voorwaarde waaraan kennelijk niet bij de notificatie, maar

<sup>33</sup> HvJ EU 11 september 2014, zaak C-91/13 (*Essent*), ECLI:EU:C:2014:2206, punt 59.

eerst achteraf bij een controle wordt getoetst. In de jurisprudentie van het Hof wordt inderdaad gememoreerd dat de werknemers ‘op reguliere basis in vaste dienst’ moeten zijn bij de dienstverrichter, gelet waarop in de situatie waarin de werkgever slechts een postbusfirma betreft en deze werkgever buiten Nederland geen daadwerkelijke activiteiten verricht, ook naar mijn mening geen gebruik gemaakt kan worden van deze vrijheid. Dit kan mijns inziens overigens wel weer anders zijn, als de dienstverrichter pas is opgericht en voor een dienst in een andere lidstaat nieuwe werknemers aanneemt. Het zal dan wel moeten blijken dat deze dienstverrichter naast deze dienst ook daadwerkelijk andere activiteiten zal ontplooiën.

Tot slot wordt opgemerkt dat met deze wijziging van artikel 1e geen rekening lijkt te zijn gehouden met de werknemers van grensoverschrijdende dienstverrichters uit de nieuwe lidstaten voor wie het vrije werknemersverkeer nog niet geldt. Nu voor deze groep in dit artikel geen uitzondering is opgenomen, zouden ingevolge dit artikel de nieuwe voorwaarden – waarin niet zoals eerder onderscheid wordt gemaakt tussen ‘zuivere’ en ‘onzuivere’ dienstverrichting – ook op deze categorie van toepassing zijn. In dat geval zouden ‘onzuivere’ werkzaamheden zonder twv op grond van dit artikel niet meer beboet kunnen worden, wat niet alleen geldt voor de boetes van na 1 januari 2017, maar op grond van het *lex mitior*-beginsel ook voor boetes die voor die tijd zijn opgelegd. In paragraaf 4a van Bijlage 1 – Uitvoeringsregels, behorende bij de artikelen van de Regeling uitvoering Wet arbeid vreemdelingen 2014 (RuWav) – bij het RuWav, wordt weliswaar gepoogd aan te geven dat deze twv-vrijstelling niet van toepassing is op onzuivere dienstverrichting door nieuwe Unieburgers, maar dit betreft lagere regelgeving die geen afbreuk kan doen aan zonder voorbehoud geformuleerde voorwaarden in hogere regelgeving en zal dus buiten toepassing moeten

worden gelaten.<sup>34</sup> Dit punt is ook in een hogere beroepszaak naar voren gebracht. Het ligt thans dus bij de Afdeling wat er moet gebeuren met zaken waarin boetes zijn opgelegd voor werkzaamheden van nieuwe Unieburgers, waarin door de Inspectie SZW enkel het standpunt is ingenomen dat sprake is van ‘onzuivere dienstverrichting’ en niet is getoetst aan deze nieuwe voorwaarden.

<sup>34</sup> Zie hierover de annotatie van B.J. Maes in *Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming* bij de Afdelingsuitspraken van 5 juli 2017, nrs. 201603422/1/V6 (ECLI:NL:RVS:2017:1819) en 201603427/1/V6 (ECLI:NL:RVS:2017:1818): ‘Het punitieve sanctierecht en de vrijheid van dienstverrichting nader beschouwd’.