

1. In dit arrest komen twee verschillende jurisprudentielijnen van het Hof met betrekking tot (de vrijheid van) grensoverschrijdende dienstverrichting binnen de EU mooi samen. Het Hof volstaat hier feitelijk met verwijzing naar de eerdere jurisprudentie daarover: de jurisprudentielijn met betrekking tot de tewerkstelling van burgers uit nieuwe EU-lidstaten waarvoor nog overgangsmaatregelen gelden (verder: nieuwe Unieburgers) met de arresten *Vicoplus* (JV 2011/172 m.nt. M. Tjebbes, ve11000341) en *Martin Meat* (JV 2015/210, ve15001026) én de jurisprudentielijn met betrekking tot de tewerkstelling van derdelanders met het arrest *Essent*, (JV 2014/346 m.nt. C.A. Groenendijk en T. de Lange, ve14001445) en zijn voorgangers.

2. In dit arrest komt duidelijk naar voren dat de intracommunautaire tewerkstelling van nieuwe Unieburgers en van derdelanders anders dient te worden beoordeeld. De tewerkstelling van derdelanders door een onderneming in een lidstaat bij een onderneming in een andere lidstaat valt van oudsher binnen de vrijheid van dienstverrichting als neergelegd in de artikelen 56 en 57 VWEU, waarvoor geen tewerkstellingsvergunning (twv) mag worden verlangd. De beoordeling van de tewerkstelling van nieuwe Unieburgers vindt gedurende de tijd dat na de toetreding van de nieuwe lidstaat overgangsbepalingen van toepassing zijn echter plaats in het licht van de in de betreffende Toetredingsakte neergelegde overgangsbepalingen. In deze overgangsbepalingen is opgenomen dat het vrij verkeer van werknemers - en in sommige gevallen ook bepaalde andere vormen van dienstverrichting - tijdelijk kan worden opgeschort. Als een tewerkstelling binnen de werkingssfeer van zo'n overgangsmaatregel valt, is de verenigbaarheid met de artikelen 56 en 57 VWEU niet meer aan de orde (*Vicoplus*, punt 24) en kan dus wél een twv worden verlangd. Sinds het arrest *Vicoplus* weten we dat dit niet alleen geldt bij nieuwe Unieburgers die op eigen houtje in een andere lidstaat willen gaan werken, maar ook indien ze in dienst van een werkgever in hun lidstaat tewerk worden gesteld in een andere lidstaat, de verplaatsing het doel op zich is van de dienstverrichting en de taken onder toezicht en leiding van de ontvangende onderneming worden uitgevoerd. Dit uitzendwerk, als bedoeld in artikel 1, lid 3, onder c, van de Richtlijn 96/71, wordt in Nederland ook wel aangeduid als "onzuivere dienstverrichting".

3. Dit verschil in toetsing tussen nieuwe Unieburgers en derdelanders is in Nederland lange tijd miskend. Zo overwoog de Afdeling in de verwijzingsuitspraak bij het *Essent*-arrest van 20 februari 2013, nr. 201111933/1/T1/V6 9 (JV 2013/147 m.nt. T. de Lange, ve13000359), nog dat beide groepen op eenzelfde wijze dienen te worden behandeld. Volgens deze oude Nederlandse jurisprudentielijn kon het twv-vereiste bij zogenaamde onzuivere dienstverrichting bij intracommunautaire dienstverrichting altijd, dus ook bij uitzending van derdelanders, worden tegengeworpen. Er was volgens de Afdeling in die verwijzingsuitspraak geen sprake van strijdigheid met de vrijheid van dienstverrichting als neergelegd in de artikelen 56 en 57 VWEU en er werd geen reden gezien daarover vragen te stellen aan het Hof. De vragen die de Afdeling wel ter beantwoording aan het Hof voorlegde hadden betrekking op het Turks Associatierecht. Het Hof dacht, en blijktens deze uitspraak: denkt, toch heel anders over de invulling van de artikelen 56 en 57 VWEU. In het *Essent*-arrest geeft het Hof met verwijzing naar de eerdere jurisprudentie aan dat de vrijheid van dienstverrichting als neergelegd in deze artikelen zich ook in deze situatie verzet tegen het twv-vereiste bij de intracommunautaire terbeschikkingstelling van derdelanders. Dit geldt dus ook voor de dienstverrichting die door Nederland als "onzuiver" wordt gekwalificeerd. In die zaak mocht derhalve geen twv worden geëist en werd de door de Inspectie SZW opgelegde en door de rechtbank in stand gelaten boete voor het ontbreken van een twv na dit arrest van het Hof uiteindelijk alsnog door de Afdeling geheel vernietigd. Op grond hiervan is de Nederlandse regelgeving uiteindelijk met een wijziging van artikel 1e van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen ook aangepast. In mijn artikel *Vrijheid van grensoverschrijdende dienstverrichting "in status quo ante"* (JNVR 2018-3), ga ik hier verder op in en behandel ik ook de vraag of deze wijziging wel *EU-proof* is.

4. De in mijn voornoemde artikel opgeworpen vragen hoe omgegaan dient te worden met de 'hybride-situaties', waarin nieuwe Unieburgers in dienst zijn van een onderneming in een oude lidstaat of derdelanders in dienst zijn van een onderneming in een nieuwe lidstaat en of een verschil tussen beide groepen niet in strijd komt met het voorrangsbeginsel dat geldt voor Unieburgers, worden in dit arrest *Danieli* helaas niet beantwoord. In dit arrest is sprake van een Italiaanse onderneming die voor

een bij een Oostenrijkse onderneming te verrichten opdracht – de bouw van een draadwalserij - gebruik maakt van Kroatische werknemers die in dienst zijn van een Kroatische (zuster)onderneming en van Russische en Belarussische werknemers die in dienst zijn van een andere Italiaanse (zuster)onderneming. Het bijzondere is dat Oostenrijk wel nog gebruik maakt van een overgangsregeling – en Kroaten daar dus niet vrij mogen werken – en Italië niet meer – en Kroaten daar dus wel vrij mogen werken -. Nu de Kroaten echter in Oostenrijk tewerk worden gesteld en Oostenrijk het recht (nog) heeft haar arbeidsmarkt ten aanzien van Kroatische werknemers te beschermen, is de situatie daar bepalend. Dit is ook wel logisch, anders zouden Kroatische werknemers alsnog via een tussenstop – een Italiaanse opdrachtgever – ook toegang tot de Oostenrijkse arbeidsmarkt kunnen verkrijgen. Zoals het Hof in *Vicoplus* immers heeft overwogen zou dit de nuttige werking van deze overgangsbepalingen kunnen ontnemen.

5. In de conclusie van Advocaat-Generaal N. Wahl bij deze zaak *Danieli* (ECLI:EU:C:2018:288 , ve18001045) wordt duidelijk aangetekend dat de Kroatische werknemers een arbeidsovereenkomst hebben met een Kroatische werkgever, in Kroatië zijn aangesloten bij het stelsel van sociale zekerheid en niet actief zijn geweest op de arbeidsmarkt in Italië. De derdeland-werknemers hebben echter een arbeidsovereenkomst met een Italiaanse werkgever, zijn daar ook werkzaam en aangesloten bij het Italiaanse stelsel van sociale zekerheid. Voor wat betreft de Kroatische werknemers toetst het Hof dan ook aan de voor Oostenrijk geldende overgangsbepalingen en komt tot het oordeel dat wordt voldaan aan de in *Vicoplus* geformuleerde criteria en dus sprake is van terbeschikkingstelling van arbeidskrachten waarvoor een werkvergunning mag worden verlangd. Voor wat betreft de derdeland-werknemers toetst het Hof rechtstreeks aan de artikelen 56 en 57 VWEU en komt tot het oordeel dat voor de derdeland-werknemers die vanuit Italië in Oostenrijk worden ingezet geen werkvergunning mag worden verlangd.

6. Stel nu dat de Kroatische werknemers evenals de derdeland-werknemers in deze casus wel al rechtstreeks voor een Italiaanse onderneming werkzaam zouden zijn en in Italië zijn aangesloten bij het stelsel van sociale zekerheid. Van de ene kant kan worden gesteld dat als zij dan in Oostenrijk als uitzendkrachten tewerk worden gesteld ook op die manier – met de vrije toegang tot de Italiaanse arbeidsmarkt - de nuttige werking aan de overgangsbepalingen kan worden ontnomen en dat Oostenrijk daarom ook in die situatie een twv mag eisen. Van de andere kant leidt dit er wel toe dat de Kroatische werknemers slechter worden behandeld dan de derdeland-werknemers, die door de Italiaanse onderneming wel zonder twv in Oostenrijk mogen worden ingezet. Dit komt dan weer in strijd met het ook in de overgangsbepalingen opgenomen voorrangsbeginsel, waarin (Bijlage V Lijst bedoeld in artikel 18 van de Toetredingsakte: overgangsmaatregelen Kroatië, punt 13) is bepaald dat: *“[...] Niettegenstaande de toepassing van het bepaalde in de punten 1 tot en met 12 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.”*

7. Welke overgangsbepaling dient dan te prevaleren? De letterlijke bewoording van het voorrangsbeginsel “niet tegenstaande de toepassing van het bepaalde in de punten 1 tot en met 12 – waarin het recht het vrij werknemersverkeer op te schorten is neergelegd –“ laat mijns inziens geen enkele onduidelijk erover bestaan dat (nieuwe) Unieburgers altijd voorrang dienen te krijgen. Als de Kroaten niet vanuit Italië ingezet kunnen worden voor een klus in Oostenrijk en ieder ander, ook derdelanders, met toegang tot de Italiaanse arbeidsmarkt wel, betekent dit dat de Kroaten – in tegenstelling tot de derdelanders – worden beperkt in hun toegang tot de Italiaanse arbeidsmarkt. De Italiaanse onderneming die een dienst wil verrichten in Oostenrijk zal dit in zo’n geval immers kunnen doen met alle werknemers die legaal voor haar werken, op de Kroatische werknemers na. Kroaten krijgen als Unieburgers dan niet alleen geen voorrang, maar worden juist achtergesteld bij andere, ook derdeland, werknemers met toegang tot de Italiaanse arbeidsmarkt.

8. Als dit voorrangsbeginsel betekent dat Kroaten vrij ingezet moeten kunnen worden op de Italiaanse arbeidsmarkt, ook voor klussen in lidstaten waar nog overgangsbepalingen gelden – zoals hier Oostenrijk -, betekent dit wel dat het openen van de arbeidsmarkt voor de nieuwe Unieburgers door een lidstaat alsnog de nuttige werking van de overgangsbepalingen in de andere lidstaten kan frustreren. Het Hof heeft zich daar in de zaak *Danieli* niet over uitgelaten, maar wellicht dat ondanks dat de meeste lidstaten geen gebruik meer maken van overgangsbepalingen, dit in een zaak die al wat langer speelt en nog niet is uitgeprocedeerd of bij de toetreding van een nieuwe lidstaat alsnog aan het Hof kan worden voorgelegd en door het Hof kan worden uitgelegd.

Erik Scheers, advocaat bij Scheers advocatuur