

## No. 37: Japans Theehuis

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State  
24 december 2014, 201403638/1/V6 (Parkins-de  
Vin, van Eck en Drop)

**Art. 2 lid 1 Wv, art. 1, onder 1° Nederlands  
-Japans Verdrag, art. 1 Nederlands -Zwitsers  
Tractaat**

*Dat het verrichten van arbeid in loondienst in Nederland ten tijde van het sluiten van het Nederlands-Japans Verdrag en het Nederlands -Zwitsers Tractaat nog niet was gereguleerd, betekent niet zonder meer dat, zoals de minister betoogt, de relevante bepalingen in het Nederlands-Japans Verdrag en het Nederlands-Zwitsers Tractaat niet ertoe strekken het vrij verrichten van arbeid in loondienst door Japanse en Zwitserse vreemdelingen mogelijk te maken. Bovendien strookt dit betoog niet met de in de uitspraak van de Afdeling van 19 juni 2013 in zaak nr. 201107973/1/V1 gegeven uitlegging van de meestbegunstigingsclausule, die inhoudt dat een Japanse onderdanen 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 rechtbank heeft in dit verband terecht geoordeeld dat het woord "beroepen" in de meestbegunstigingsclausule hetzelfde moet worden geïnterpreteerd als het woord "beroepen" in artikel 1 van het Nederlands -Zwitsers Tractaat, dat volgens de rechtbank mede op arbeid in loondienst riep. Bij dit laatste heeft de rechtbank terecht het rapport van de minister van Buitenlandse Zaken, als geciteerd in de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats Haarlem, van 26 september 2000 (ECLI:NL:RBSGR:2000:AA8384), in aanmerking genomen, waaruit volgt dat de gelijkstelling van nationalen in artikel 1 van het Nederlands -Zwitsers Tractaat een ruimere strekking heeft dan het mogelijk maken van handelsactiviteiten en dat het tvv-vereiste voor Zwitserse onderdanen die in Nederland arbeid in loondienst willen verrichten, in strijd is met die gelijkstelling.*

appellante sub 2A, sub 2B en sub 2C  
tegen  
de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

(...)

*Procesverloop*

Bij drie onderscheiden besluiten van 6 maart 2013 heeft de minister [appellante sub 2A] en [appellante sub 2B] elk een boete opgelegd van € 24.000,00 en [appellant sub 2C] een boete opgelegd van € 12.000,00, alle wegens overtreding van artikel 2,

eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wv). Bij besluiten van 21 augustus 2013, 11 oktober 2013 en 16 oktober 2013 heeft de minister de daartegen door [appellant sub 2C], [appellante sub 2A] onderscheidenlijk [appellante sub 2B] gemaakte bezwaren gegrond verklaard voor zover het de hoogte van de boetes betreft, de drie onderscheiden besluiten van 6 maart 2013 in zoverre herroepen en de boetes vastgesteld op € 12.000,00, € 12.000,00 onderscheidenlijk € 6.000,00. Bij uitspraak van 25 maart 2014 heeft de rechtbank het daartegen door [appellante sub 2A] en anderen ingestelde beroep gegrond verklaard en het besluit van 11 oktober 2013 vernietigd. Deze uitspraak is aangehecht. Tegen deze uitspraak heeft de minister hoger beroep ingesteld. [appellante sub 2A] en anderen hebben een verweerschrift ingediend en incidenteel hoger beroep ingesteld. De minister heeft een zienswijze naar voren gebracht.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 30 oktober 2014, waar de minister, vertegenwoordigd door mr. W.F. Jacobson, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, en [appellante sub 2A] en anderen, vertegenwoordigd door drs. J.J.P.H. van Nispen, [gemachtigde] en T.J.A. van de Wetering, directeur, bestuurslid onderscheidenlijk penningmeester van [appellante sub 2A], bijgestaan door mr. J. Luscuere, advocaat te Rotterdam, zijn verschenen.

*Overwegingen*

1. Ingevolge artikel 1 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (Trb. 1985, 79; hierna: het Verdrag van Wenen) is dit Verdrag van toepassing op verdragen tussen staten.

Ingevolge artikel 31, eerste lid, moet een verdrag te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag. Ingevolge het derde lid, aanhef en onder a, moet behalve met de context ook rekening worden gehouden met iedere later tot stand gekomen overeenstemming tussen de partijen over de uitlegging van het verdrag of de toepassing van zijn bepalingen. Ingevolge artikel 32, aanhef en onder b, kan een beroep worden gedaan op aanvullende middelen van uitlegging en in het bijzonder op de voorbereidende werkzaamheden en de omstandigheden waaronder het verdrag is gesloten, om de betekenis die voortvloeit uit de toepassing van artikel 31 te bevestigen of de betekenis te bepalen indien de uitlegging, geschied overeenkomstig artikel 31, leidt tot een resultaat dat duidelijk ongerijmd of onredelijk is.

Ingevolge artikel 1, onder 1°, van het Verdrag van handel en scheepvaart tussen het Koninkrijk der Nederlanden en Japan (Stb. 1913, 389; hierna: het Nederlands-Japans Verdrag) zullen de onderdanen van de beide Hoog Contracterende Partijen volle

vrijheid hebben met hun gezinnen binnen te komen en zich te vestigen in de gehele uitgestrektheid van elkanders gebieden of bezittingen en, indien zij zich gedragen naar de wetten van het land, zullen zij in alles wat betreft het reizen en het verblijf, de studies en onderzoeken, de uitoefening van hun bedrijven en beroepen en het voeren van hun bedrijfs- of nijverheidsondernemingen in alle opzichten op dezelfde voet geplaatst zijn als de onderdanen of burgers van de meest begunstigde natie (hierna: de meestbegunstigingsclausule).

Ingevolge artikel 1 van het Tractaat van vriendschap, vestiging en handel tussen het Koninkrijk der Nederlanden en Zwitserland (Stb. 1878, 137; hierna: het Nederlands-Zwitsers Tractaat) zullen de wederzijdse onderdanen en burgers van de beide Hoog Contracterende Partijen volkomen met de nationalen worden gelijkgesteld, voor al wat aangaat het verblijf en de vestiging, de uitoefening van de handel, de nijverheid en de beroepen, de betaling van de belastingen, de uitoefening van de godsdiensten, het recht om allerlei roerende en onroerende eigendommen te verkrijgen en daarvoor te beschikken bij koop, verkoop, schenking, ruil, laatste wilsbeschikking en erfopvolging bij versterf. Zij zullen volkomen worden gelijkgesteld met de onderdanen van de meest bevoorrechte vreemde natie, voor zoveel aangaat hun persoonlijke staat onder alle andere opzichten.

Gelet op artikel XXV van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving (Stb. 2012, 462) is op dit geding de Wav van toepassing zoals deze wet luidt tot 1 januari 2013.

Ingevolge artikel 2, eerste lid, van de Wav is het een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning (hierna: twv).

Ingevolge artikel 3, eerste lid, aanhef en onder a, is het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling ten aanzien van wie ingevolge bepalingen vastgesteld bij overeenkomst met andere mogendheden dan wel bij een voor Nederland verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie, een twv niet mag worden verlangd.

Ingevolge artikel 1, eerste lid, aanhef en onderdeel a, onder 1°, van het Besluit uitvoering Wav (hierna: het Besluit) is het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wav niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling die zijn hoofdverblijf buiten Nederland heeft en die incidentele arbeid verricht bestaande uit het monteren of repareren van door zijn, buiten Nederland gevestigde, werkgever geleverde werktuigen, machines of apparatuur.

2. De drie onderscheiden, door een inspecteur van de Inspectie SZW op ambtseid opgemaakte boeterapporten van 8 oktober 2012 (hierna: de boeterapporten) houden in dat drie vreemdelingen van Japanse nationaliteit (hierna: de vreemdelingen) op

7 februari 2012 op het adres [locatie] in [plaats] ten behoeve van [appellante sub 2A] en anderen bouwwerkzaamheden hebben verricht, zonder dat het UWV WERKbedrijf daarvoor twv's heeft afgegeven. De boeterapporten houden voorts in dat de vreemdelingen ten tijde van belang in dienst waren bij [appellante sub 2B] en de arbeid verrichtten via een in- en uitleensituatie of aanneming van werk, waarbij [appellante sub 2A] is aan te merken als opdrachtgever, [appellant sub 2C] als hoofdaannemer en [appellante sub 2B] als onderaannemer. De boeterapporten houden verder in dat de vreemdelingen geen incidentele arbeid hebben verricht in de zin van artikel 1, eerste lid, aanhef en onderdeel a, onder 1°, van het Besluit.

### Hoger beroep van de minister

3. De minister betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat voor de tewerkstelling van de vreemdelingen twv's waren vereist. De minister voert daartoe aan dat de door [appellante sub 2A] en anderen ingeroepen meestbegunstigingsclausule, bezien in samenhang met het Nederlands-Zwitsers Tractaat, niet ziet op het recht op het vrij verrichten van arbeid in loondienst, nu ten tijde van het sluiten van het Nederlands-Zwitsers Tractaat het verrichten van dergelijke arbeid in Nederland nog niet was gereguleerd. Daar komt bij dat, aldus de minister, het twv-vereiste niet afdoet aan het in het Nederlands-Japans Verdrag en het Nederlands-Zwitsers Tractaat neergelegde recht op vestiging en verblijf. De minister voert verder aan dat, zelfs indien ervan moet worden uitgegaan dat laatstvermeld recht mede het recht op het vrij verrichten van arbeid in loondienst omvat, dat niet betekent dat voor de tewerkstelling van Japanse vreemdelingen geen twv mag worden geëist. De minister wijst er daartoe op dat na de inwerking-treding van het Nederlands-Zwitsers Tractaat latere overeenstemming is bereikt over de uitlegging ervan in de zin van artikel 31, derde lid, aanhef en onder a, van het Verdrag van Wenen, aangezien tot 27 november 2001 voor de tewerkstelling van Zwitserse vreemdelingen in Nederland een twv was vereist en de Zwitserse autoriteiten een vergelijkbaar vereiste stelden voor Nederlandse onderdanen. Het in weerwil hiervan toestaan van ongeclausuleerde toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt van Japanse vreemdelingen krachtens het Nederlands-Zwitsers Tractaat zou volgens de minister leiden tot een duidelijk ongerijmd of onredelijk resultaat als bedoeld in artikel 32, aanhef en onder b, van het Verdrag van Wenen.

3.1. Dat het verrichten van arbeid in loondienst in Nederland ten tijde van het sluiten van het Nederlands-Japans Verdrag en het Nederlands-Zwitsers Tractaat nog niet was gereguleerd, betekent niet zonder meer dat, zoals de minister betoogt, de relevante bepalingen in het Nederlands-Japans Verdrag en het Nederlands-Zwitsers Tractaat niet ertoe strekken het vrij verrichten

van arbeid in loondienst door Japanse en Zwitserse vreemdelingen mogelijk te maken. Bovendien strookt dit betoog niet met de in de uitspraak van de Afdeling van 19 juni 2013 in zaak nr. 201107973/1/V1 gegeven uitlegging van de meestbegunstigingsclausule, die inhoudt 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 rechtbank heeft in dit verband terecht geoordeeld dat het woord "beroepen" in de meestbegunstigingsclausule hetzelfde moet worden geïnterpreteerd als het woord "beroepen" in artikel 1 van het Nederlands-Zwitsers Tractaat, dat volgens de rechtbank mede op arbeid in loondienst ziet. Bij dit laatste heeft de rechtbank terecht het rapport van de minister van Buitenlandse Zaken, als geciteerd in de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats Haarlem, van 26 september 2000 (ECLI:NL:RBSGR:2000:AA8384), in aanmerking genomen, waaruit volgt dat de gelijkstelling van nationalen in artikel 1 van het Nederlands-Zwitsers Tractaat een ruimere strekking heeft dan het mogelijk maken van handelsactiviteiten en dat het twv-vereiste voor Zwitserse onderdanen die in Nederland arbeid in loondienst willen verrichten, in strijd is met die gelijkstelling.

Zelfs indien de minister zou moeten worden gevolgd in zijn betoog dat na de inwerkingtreding van het Nederlands-Zwitsers Tractaat latere overeenstemming is bereikt over de uitlegging ervan in de zin van artikel 31, derde lid, aanhef en onder b, van het Verdrag van Wenen, laat dat onverlet dat die overeenstemming op 7 februari 2012, de datum van de vermeende overtredingen in deze zaak, niet meer bestond. Het twv-vereiste voor tewerkstelling van Zwitserse vreemdelingen gold immers tot 27 november 2001. Gelet hierop faalt het betoog van de minister dat de door de rechtbank gegeven uitlegging van het Nederlands-Japans Verdrag en het Nederlands-Zwitsers Tractaat leidt tot een duidelijk ongerijmd of onredelijk resultaat in de zin van artikel 32, aanhef en onder b, van het Verdrag van Wenen.

Gelet op het vorenstaande heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat de boetes in strijd zijn met de meestbegunstigingsclausule, bezien in samenhang met artikel 1 van het Nederlands-Zwitsers Tractaat. Het betoog faalt.

#### **Incidenteel hoger beroep van [appellante sub 2A] en anderen**

4. Nu de minister [appellante sub 2A] en anderen ten onrechte heeft beboet, slaagt hun betoog dat de rechtbank zelf in de zaak had moeten voorzien, door de drie onderscheiden besluiten van 6 maart 2013 te herroepen.

5. [appellante sub 2A] en anderen betogen voorts dat de rechtbank hun verzoek om schadevergoeding ten

onrechte heeft afgewezen. Zij voeren daartoe aan dat de door [appellante sub 2B] en [appellante sub 2C] gemaakte bancaire kosten en het door hen geleden valutakoersverlies directe gevolgen zijn van de onrechtmatige besluiten. In dit verband wijzen [appellante sub 2A] en anderen erop dat [appellante sub 2B] en [appellante sub 2C] in Japan zijn gevestigd en dus genoodzaakt waren de verschuldigde boetebedragen via een Japanse bank te voldoen.

5.1. Ingevolge artikel 8:88, eerste lid, aanhef en onder a, van de Algemene wet bestuursrecht is de bestuursrechter bevoegd op verzoek van een belanghebbende een bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van schade die de belanghebbende lijdt of zal lijden als gevolg van een onrechtmatig besluit.

5.2. Zelfs indien [appellante sub 2A] en anderen zouden moeten worden gevolgd in hun betoog dat [appellante sub 2B] en [appellante sub 2C] genoodzaakt waren de verschuldigde boetebedragen via een Japanse bank te voldoen, leidt dat niet tot het oordeel dat de door hen gestelde schade voor vergoeding in aanmerking komt. Zoals de rechtbank immers terecht heeft overwogen, vloeien de kosten die gepaard gaan met het zakelijk betalingsverkeer met Nederland voort uit de keuze van [appellante sub 2B] en [appellante sub 2C] om vanuit Japan in Nederland zaken te doen – en derhalve niet uit de onrechtmatigheid van de in beroep bestreden besluiten.

Het betoog faalt.

6. [appellante sub 2A] en anderen betogen verder dat de rechtbank ten onrechte is voorbijgegaan aan hun verzoek om de wegingsfactor voor de proceskosten in beroep vast te stellen op twee, als bedoeld in onderdeel C1 van de bijlage bij het Besluit proceskosten bestuursrecht. Zij wijzen daartoe op de complexiteit van de zaak, het aantal belanghebbenden en de omstandigheid dat de zaak in eerste aanleg in een laat stadium is verwezen naar een meervoudige kamer van de rechtbank.

6.1. Onder verwijzing naar de uitspraak van 24 november 2010 in zaak nr. 201002518/1/H3 overweegt de Afdeling dat de behandeling van een zaak in bezwaar en beroep in beginsel tot de categorie 'gemiddeld' met wegingsfactor één behoort, tenzij er duidelijke redenen zijn die nopen tot afwijking van dit uitgangspunt. Reeds gelet op de complexiteit van de zaak heeft de rechtbank niet onderkend dat zich in dit geval een zodanige reden voordoet en dat aanleiding bestond de wegingsfactor vast te stellen op twee.

Het betoog slaagt.

#### **Conclusie**

7. Het hoger beroep van de minister is ongegrond en het incidenteel hoger beroep van [appellante sub 2A] en anderen is gegrond. De aangevallen uitspraak moet worden vernietigd voor zover de rechtbank heeft nagelaten de besluiten van 21 augustus 2013 en 16 oktober 2013 te vernietigen, de drie onderschei-

den besluiten van 6 maart 2013 te herroepen en voor zover zij een proceskostenveroordeling ten bedrage van €974,00 heeft vastgesteld. Voor het overige moet de aangevallen uitspraak worden bevestigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, worden de besluiten van 21 augustus 2013 en 16 oktober 2013 vernietigd en de drie onderscheiden besluiten van 6 maart 2013 herroepen.

8. De minister moet op na te melden wijze in de proceskosten worden veroordeeld. Gelet op hetgeen is overwogen onder 6.1 bestaat aanleiding de wegingsfactor voor de proceskosten in beroep en hoger beroep vast te stellen op twee.

### Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het hoger beroep van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ongegrond;

II. verklaart het incidenteel hoger beroep van [appellante sub 2A], [appellante sub 2B] en [appellant sub 2C] gegrond; III. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 25 maart 2014 in zaken nrs. 13/8589, 13/8053 en 13/8055, voor zover de rechtbank heeft nagelaten de besluiten van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 21 augustus 2013 en 16 oktober 2013, kenmerk WBJA/JA-WAV/1.2013.0573.001/BOB onderscheidenlijk WBJA/JA-WAV/1.2013.0572.001/BOB, te vernietigen, de drie onderscheiden besluiten van 6 maart 2013, kenmerk 071205640/03, 071205642/04 onderscheidenlijk 071205641/04, te herroepen en voor zover zij een proceskostenveroordeling ten bedrage van € 974,00 heeft vastgesteld;

IV. bevestigt de aangevallen uitspraak voor het overige;

V. vernietigt voormelde besluiten van 21 augustus 2013 en 16 oktober 2013;

VI. herroept voormelde besluiten van 6 maart 2013;

VII. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van de door de Afdeling en de rechtbank vernietigde besluiten;

VIII. veroordeelt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van bij [appellante sub 2A], [appellante sub 2B] en [appellant sub 2C] in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 4.870,00 (zegge: vierduizend achthonderzeventig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

IX. verstaat dat de griffier van de Raad van State van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid griffierecht heft voor de behandeling van het hoger beroep ten bedrage van € 493,00 (zegge: vierhonderddrieënnegentig euro).

(...)

### Noot

1. In deze uitspraak beslist de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) dat Japanse onderdanen niet langer een tewerkstellingsvergunning nodig hebben als zij in Nederland betaalde arbeid willen verrichten. Het ging in deze uitspraak om de bouw van een Japans theehuis in Rotterdam. De beboete rechtspersonen hadden hiervoor gespecialiseerde Japanse timmermannen ingehuurd. De werkgever(s) beschikten echter niet over een tewerkstellingsvergunning en werden vervolgens beboet voor in totaal €60.000,-. In de uitspraak wordt deze boete van tafel geveegd, omdat het tewerkstellingsvergunningsvereiste strijdig is met het Verdrag van Handel en Scheepvaart tussen Nederland en Japan (Trb. 1912, 389; Nederlands-Japans Verdrag). Dit is een doorkruising van de standaardregel dat werkgevers van derdelanders in Nederland een tewerkstellingsvergunning (dan wel anderszins werkautorisatie) nodig hebben voor het legaal tewerkstellen van hun werknemers van buiten de Europese Unie. Dat zegt veel over de reikwijdte en het belang van het Nederlands-Japans Verdrag maar ook over het belang van dergelijke vriendschaps- en handelsverdragen in het algemeen, ook voor verdragen waarover nog niet is geprocedeerd, zoals bijvoorbeeld het Handelsverdrag van 24 december 1927 tussen Nederland en Ethiopië (Trb 1927, 410).

2. Hieronder wordt eerst ingegaan op de regels voor zelfstandigen en de wijze waarop verdragen die regels doorkruisen. Dat het doorbreken van het vereiste van de tewerkstellingsvergunning voor Japanse onderdanen – wat in bovenstaande uitspraak is gebeurd – zeer relevant is, wordt geïllustreerd door de hierna gepubliceerde uitspraak, waarin het reguliere en zeer restrictieve systeem voor de verlening van tewerkstellingsvergunningen.

3. Er is al jaren veel te doen over de vriendschaps- en handelsverdragen die Nederland dan wel de Europese Unie met derde landen heeft afgesloten. Deze verdragen blijken vaak clausules te bevatten waaraan derdelanders verblijfs- dan wel andere aanspraken kunnen ontlenen. Rechten die de opstellers van de verdragen destijds niet hadden voorzien. Een voorbeeld daarvan zijn de Turkse Associatieakkoorden die de Europese Unie (toen nog EEG) al in de jaren zeventig heeft gesloten met Turkije, en die tot op de dag van vandaag tot allerhande uitzonderingssituaties voor Turkse onderdanen leiden ten opzichte van andere derdelanders.

4. De handels- en vriendschapsverdragen bevatten over het algemeen twee type clausules die de rechtspraktijk veel plezier opleveren: stand-still clausules en meestbegunstigingsclausules. Over de stand-still clausules is het meest te doen in de Turkse Associatieakkoorden (zie daarover bijvoorbeeld ook nr. 42

in deze bundel. In deze uitspraak gaat het om een meestbegunstigingsclausule.

5. De bovenstaande uitspraak zal zeker niet de laatste zijn in de rij van uitspraken, waarin de aanspraken op verdragsrecht het nationale vreemdelingenrecht doorkruisen, maar hij is wel enigszins revolutionair omdat in de voorgaande uitspraken over handels- en vriendschapsverdragen alleen extra aanspraken voor zelfstandigen werden aangenomen, en deze uitspraak zich ook uitstrekt tot arbeid in loondienst (van in dit geval Japanse werknemers).

6. Anderzijds is deze uitspraak wel een logisch gevolg op de uitspraak van de Afdeling van 19 juni 2013 (JV 2013/329 nt. M.A.G. Reurs), waarin is geoordeeld 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. Het ging in die zaak echter nog om een zelfstandige. De situatie van Japanners werd gelijk getrokken met de situatie van Zwitsers, nu tussen Nederland en Zwitserland nog een oud verdrag van toepassing was, te weten het Tractaat van vriendschap, vestiging en handel tussen het Koninkrijk der Nederlanden en Zwitserland, ofwel Nederlanden-Zwitserland Tractaat (Stb. 1878, 137).

7. Een vreemdeling die zich als zelfstandige in Nederland wil vestigen zal op grond van artikel 3.30 lid 1 Vb 2000 moeten aantonen dat met zijn komst een wezenlijk Nederlands belang wordt gediend. Het eerste van een wezenlijk Nederlands belang wordt in het Vv 2000 nader ingevuld met het door de Minister van Veiligheid en Justitie in overeenstemming met de Minister van Economische Zaken vastgestelde puntenstelsel (artikel 3.20a jo. Bijlage 8a Vv 2000). In dit puntenstelsel is op redelijk hoog detailniveau geregeld waaraan ondernemersactiviteiten moeten voldoen om tot de conclusie te kunnen komen dat met de komst van de ondernemer een wezenlijk economisch belang wordt gediend.

8. In dit puntenstelsel wordt gekeken naar de persoonlijke ervaring van de ondernemer (heeft hij de juiste kwalificaties, heeft hij al eerdere ondernemerschapservaring etc.), het business plan voor de onderneming (is de financiering op orde, is er voldoende marktonderzoek gedaan etc.?) en heeft de onderneming toegevoegde waarde voor de Nederlandse economie (hoe is het gesteld met de innovativiteit van de onderneming, en de mate waarin er nieuwe banen worden gecreëerd met de onderneming etc.). De IND legt aanvragen voor ondernemers voor aan de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO), en deze dienst adviseert de IND of er voldoende punten gescoord worden om positief te adviseren voor de onderneming. Als in alle drie de categorieën 30 punten of meer worden gescoord, dan wel in de eerste twee categorieën 45 punten of meer, geeft RVO

een positief advies af, hetgeen de IND eigenlijk altijd volgt.

9. Dit is een volledig economische invulling van het begrip wezenlijk Nederlands belang. Er is echter ook de mogelijkheid om verblijf als zelfstandige te baseren op een wezenlijk cultureel belang. Zo kunnen kunstenaars in beginsel in Nederland een verblijfsrecht krijgen als zij kunnen aantonen dat zij zich in hun komst (of voortgezet verblijf na bijvoorbeeld studie) gesteund weten door gerenommeerde culturele instellingen. In deze zaken stuurt de IND de aanvraag niet naar RVO, maar legt het de aanvraag ter toetsing voor aan het Ministerie van OC&W

10. Dat is het standaardsysteem, en voor veel ondernemers is het zeer lastig om door het toch enigszins rigide puntenstelsel te komen. Sinds 1 januari 2015 is er daarnaast een bijzondere regeling voor startende ondernemers (artikel 3.30 lid 6 Vb 2000 jo artikel 3.20b lid 1 sub b jo bijlage 8b Vv 2000). Die kunnen een verblijfsvergunning voor één jaar krijgen, als zij aantonen innovatief te zijn, over voldoende en duurzame middelen beschikken en door een erkende begeleider (een bedrijf) worden ondersteund. Laatstgenoemde eis houdt in dat er een bedrijf moet zijn dat de startende ondernemer begeleidt, met bijvoorbeeld (toegang tot) coaching, technologie, onderzoek, bescherming intellectueel eigendom, marktonderzoek en financiering. Na een jaar, moet de startende onderneming dan overigens alsnog een aanvraag doen op grond van het puntenstelsel.

11. Op Japanners en Amerikanen is het puntensysteem voor zelfstandigen niet (meer) van toepassing, door respectievelijk het handels- en vriendschapsverdrag dat tussen Nederland en deze landen is gesloten. Eigenlijk is voor Amerikanen en was voor Japanners slechts vereist dat men aantoonde een onderneming te drijven (waarbij het vrijwel irrelevant was wat de rechtsvorm was) en dat er een aanzienlijk kapitaal in de onderneming was geïnvesteerd. Voor eerstgenoemden geldt deze kapitaaleis nog steeds omdat deze rechtstreeks uit het verdrag volgt. Er werd aangenomen dat dit het geval was indien er tenminste €4500,- in de onderneming geïnvesteerd was en dat ook met een balans en rekeningafschriften aangetoond kan worden. Voor Japanners is de situatie al met de eerdergenoemde Afdelingsuitspraak in 2013 veranderd toen hun situatie gelijk gesteld werd met Zwitserse onderdanen (ABRVs 19 juni 2013, JV 2013/329, m.nt. M.A.G. Reurs). Toen werd duidelijk dat de kapitaaleis van €4500,- (die was afgeleid van de situatie bij Amerikanen, waarbij Japanners in elk geval geen ongunstigere behandeling mochten genieten) voor Japanners eigenlijk al van de baan was.

12. Momenteel vermeldt paragraaf B6/2.5 Vc 2000 nog wel de kapitaaleis, ook voor Japanners, maar in de praktijk kan het – bij een lagere investering – ook voldoende zijn als de Japanse burger in kwestie over voldoende middelen beschikt. Daarbij wordt in

de regelgeving in beginsel aangehaakt bij de eis dat middelen voldoende zijn, als bedoeld in artikel 3.74 lid 1 onder a Vb 2000, maar verdedigbaar is dat de ondergrens eigenlijk zou moeten zijn of al dan niet een beroep op de publieke middelen gedaan wordt. Het verdrag spreekt immers slechts van de mogelijkheid personen uit te zetten 'wien het aan middelen van onderhoud mogt ontbreken'. Dat lijkt te zien op diegenen die een beroep op de publieke middelen doen, niet op de rechtvaardiging voor bijvoorbeeld de eis dat nog voor minimaal één jaar middelen beschikbaar moeten zijn. Doet de Japanse onderdaan geen beroep op publieke middelen, dan kan worden aangenomen dat de Japanse onderdaan – blijikbaar – over voldoende middelen beschikt.

13. Het praktisch nut van deze verdragen valt nauwelijks te onderschatten. Jaarlijks vragen vele Amerika-

nen en Japanners verblijf aan in Nederland voor henzelf en hun gezinsleden op grond van deze verdragen, waarbij ze niet door de nauwe hoepels van het puntenstelsel hoeven te springen. Met deze uitspraak zijn de aanspraken die Japanners aan het verdrag ontlenen weer een stapje verder uitgebreid, en vervalt hiermee ook de plicht een tewerkstellingsvergunning voor Japanse werknemers aan te vragen.

14. Eerder verscheen een uitvoerige(re) analyse van de hand van Simon van der Woude over het belang van deze uitspraak in JV 2015/45, en ook de mogelijke relevantie van meestbegunstigingsclausules in andere vriendschaps- en handelsverdragen, waarover nog niet is geprocedeerd.

Bram van Melle