

Bram van Melle – mr. A.M. van Melle
is redactielid van dit blad en advocaat bij
Everaert Advocaten in Amsterdam.

Grensoverschrijdende dienstverrichting

De aanhouder wint

Unieburgers mogen al vele jaren overal in de EU vrijwel ongehinderd wonen en werken. Dat is een groot goed. Maar hoe zit het met de derdelanders die in een lidstaat zijn toegelaten om te wonen en werken? Mogen die zomaar voor hun werkgever elders in de EU wonen en werken? De regels daarover zijn de afgelopen jaren flink veranderd, als gevolg van de rechtspraak van het Hof van Justitie EU.

Al in 1994 maakte het Hof in de Vander Elst zaak (C-43/93) uit dat geen tewerkstellingsvergunning kan worden geëist voor derdelanders die als werknemers van een grensoverschrijdende dienstverlener werkzaam zijn en niet de bedoeling hebben zich permanent op de arbeidsmarkt van de ontvangende lidstaat te begeven. Het Belgische bedrijf in die zaak mocht zodoende voor het uitvoeren van de dienst in Frankrijk zijn Marokkaanse werknemers, die legaal in België woonden en werkten, meenemen. Voorafgaande toestemming – lees: een tewerkstellingsvergunning – was niet vereist. Sindsdien is aangenomen dat Vander Elst niet zag op dienstverlening die slechts het feitelijk ter beschikking stellen van arbeidskrachten ten doel heeft. In zulke gevallen was nog altijd een tewerkstellingsvergunning vereist. De logische vervolgvraag is dan wat 'zuivere' dienstverlening is en wat ter beschikking stellen van arbeidskrachten is (het 'regelen van handjes' zoals bijvoorbeeld uitzendkrachten). Dergelijke vragen zijn met name beantwoord in de rechtspraak over boetes voor tewerkstelling van werknemers uit de 'nieuwe' EU-lidstaten die tijdens de overgangperiode nog niet het vrij werknemersverkeer genoten, maar voor wie het vrij verkeer van diensten al wel was toegestaan.

In 2013 stelde de Afdeling prejudiciële vragen naar aanleiding van een procedure waarin Essent was beboet (€ 264.000). Die boete was opgelegd omdat bij de bouw van de Eemscentrale door een aannemer een Duits bedrijf was ingeschakeld voor het bouwen van steigers. De Duitse onderaannemer had voor deze klus onder meer negenentwintig legaal in Duitsland bij dat bedrijf werkzame Turkse werknemers ingeschakeld. Omdat

zij zonder tewerkstellingsvergunning in Nederland werkten, legde de Minister van Sociale Zaken zowel aan Essent als aan de uiteindelijke opdrachtgever deze stevige boete op (in Wav-boetezaken krijgt elke schakel in de keten dezelfde boete).

Waar de Afdeling vooral vragen had over de mogelijke toepasselijkheid van associatierecht, concludeerde het Hof op 11 september 2014 (C-91/13) in veel bredere zin dat het eisen van een tewerkstellingsvergunning in zulke situaties in strijd is met het vrij verkeer van diensten (artikelen 56 en 57 VWEU). Deze derdelander werknemers mogen tijdelijk ter beschikking worden gesteld vanuit een andere lidstaat waar zij rechtmatig verblijven en mogen werken.

Zo kwam er na twintig jaar een einde aan de eis van voorafgaande tewerkstellingsvergunningen voor deze variant van grensoverschrijdende dienstverrichting. Uiteindelijk werd op 1 januari 2017 de regelgeving op dit punt aangepast (*Stb.* 2016, 347). Artikel 1e van het Besluit uitvoering Wav vermeldt sindsdien niet meer dat geen sprake mag zijn van dienstverlening die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Grensoverschrijdende dienstverrichting wordt zo een stuk flexibeler.

Met de kennis van nu had ook de andere beboete partij in de Essent zaak (die dezelfde boete was opgelegd), ongetwijfeld graag verder geprocedeerd. Dit bedrijf had echter het verzet tegen de boete na de bezwaarfase gestaakt, en zag enkele jaren later zijn herzieningsverzoek om die reden definitief stranden bij de Afdeling op de formele rechtskracht van de boetebeschikking (JV 2017/192 nt. Van Ooik).

Met de kennis van nu had ook de andere beboete partij ongetwijfeld graag verder geprocedeerd.