

ECLI	ECLI:NL:RVS:2009:BJ4071
Datum uitspraak	29 juli 2009
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 27 september 2007 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister) aan [appellante] een boete van € 160.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

200900248/1/V6.

Datum uitspraak: 29 juli 2009

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Verwijzingsuitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], gevestigd te [plaats] (Polen),

tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 4 december 2008 in zaak nr. 08/387 in het geding tussen:

[appellante]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

1. Procesverloop

Bij besluit van 27 september 2007 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister) aan [appellante] een boete van € 160.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 10 december 2007 heeft minister het daartegen door [appellante] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 4 december 2008, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank 's-Gravenhage (hierna: de rechtbank) het daartegen door [appellante] ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellante] bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 12 januari 2009, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief van 10 februari 2009. Deze brieven zijn aangehecht.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

[appellante] heeft nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 28 mei 2009, waar [appellante], vertegenwoordigd door mr. M.P. Lewandowski, advocaat te Amsterdam, en de minister, vertegenwoordigd door mr. M.S. van Muiswinkel, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

Bij brief van 19 juni 2009 heeft de Afdeling partijen medegedeeld dat het onderzoek is heropend en dat zij voornemens is het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het Hof) te verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op twee voor te leggen vragen. De tekst van deze vragen was in concept bijgevoegd.

Bij brieven van 30 juni 2009 en van 3, 6 en 8 juli 2009 hebben de minister en [appellante] een reactie gegeven.

2. Overwegingen

Wettelijk kader

2.1. Ingevolge artikel 39, eerste lid, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: het EG-Verdrag) is het verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap vrij.

Ingevolge artikel 49, eerste alinea, zijn in het kader van de daarop volgende bepalingen beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden ten aanzien van de onderdanen der Lid-staten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht.

Ingevolge artikel 50, laatste alinea, voor zover thans van belang, kan degene die de diensten verricht, daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk uitoefenen in het land waar de dienst wordt verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke dat land aan zijn eigen onderdanen oplegt.

Ingevolge Bijlage XII Lijst bedoeld in artikel 24 van de Toetredingsakte: Polen (hierna: Bijlage XII), onderdeel 2, punt 1, zijn wat betreft het vrij verkeer van werknemers en het vrij verrichten van diensten dat gepaard gaat met tijdelijk verkeer van werknemers als bedoeld in artikel 1 van Richtlijn 96/71/EG (hierna: de Detacheringsrichtlijn) tussen, voor zover thans van belang, Polen en Nederland, artikel 39 en de eerste alinea van artikel 49 van het EG-Verdrag slechts volledig van toepassing onder voorbehoud van de overgangsregelingen van de punten 2 tot en met 14.

Ingevolge punt 2, voor zover thans van belang, zullen de huidige lidstaten, in afwijking van de artikelen 1 tot en met 6 van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot het einde van het tweede jaar na de datum van toetreding van Polen, nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen toepassen om de toegang van Poolse onderdanen tot hun arbeidsmarkten te regelen.

Nederland heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om ingevolge voormelde Bijlage XII het recht op het vrij verkeer van werknemers, zoals neergelegd in artikel 39 van het EG-Verdrag, tijdelijk te beperken en heeft door voortzetting van de overgangsperiode de vergunningplicht ingevolge de Wav tot 1 mei 2007 gehandhaafd (Kamerstukken II 2003/04, 29 407, nr. 1 e.v.). In Bijlage XII is tussen Polen en Nederland geen overgangsregeling getroffen voor het vrij verkeer van diensten.

Ingevolge artikel 1, eerste lid, van de Detacheringsrichtlijn is de richtlijn van toepassing op in een Lid-Staat gevestigde ondernemingen die in het kader van transnationale dienstverrichtingen, overeenkomstig lid 3, werknemers ter beschikking stellen op het grondgebied van een andere Lid-Staat.

Ingevolge het derde lid is de richtlijn van toepassing voor zover de in lid 1 bedoelde ondernemingen een van de volgende transnationale maatregelen nemen:

- a) een werknemer voor hun rekening en onder hun leiding op het grondgebied van een andere Lid-Staat ter beschikking stellen, in het kader van een overeenkomst tussen de onderneming van herkomst en de ontvanger van de dienst die in deze Lid-Staat werkzaam is, voor zover er gedurende de periode van terbeschikkingstelling een dienstverband tussen de onderneming van herkomst en de werknemer bestaat, of
- b) een werknemer op het grondgebied van een andere Lid-Staat ter beschikking stellen van een vestiging of een tot hetzelfde concern behorende onderneming, voor zover er gedurende de periode van terbeschikkingstelling een dienstverband tussen de onderneming van herkomst en de werknemer bestaat, of
- c) als uitzendbedrijf of als onderneming van herkomst, een werknemer ter beschikking stellen van een ontvangende onderneming die op het grondgebied van een andere Lid-Staat gevestigd is of er werkzaamheden uitvoert, voor zover er gedurende de periode van terbeschikkingstelling een dienstverband tussen het uitzendbureau of de onderneming van herkomst en de werknemer bestaat.

2.1.1. Ingevolge artikel 1, eerste lid, onderdeel b, onder 1° van de Wav, wordt onder werkgever verstaan degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten.

Ingevolge artikel 2, eerste lid, is het een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.

Ingevolge het tweede lid is het verbod, bedoeld in het eerste lid, niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling ten aanzien van wie tevens een ander als werkgever optreedt, indien die ander beschikt over een voor de desbetreffende arbeid geldige tewerkstellingsvergunning.

Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de artikelen 1 en 2 van de Wav (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, blz. 13) is diegene die een vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten vergunningplichtig werkgever en is deze werkgever te allen tijde verantwoordelijk voor en aanspreekbaar op het al dan niet aanwezig zijn van de benodigde tewerkstellingsvergunning. Of sprake is van een arbeidsovereenkomst of gezagsverhouding is voor het feitelijk werkgeverschap niet relevant. Het feit dat in opdracht of ten dienste van een werkgever arbeid wordt verricht is daarvoor reeds voldoende (Kamerstukken II 1993/94 23 574, nr. 5, blz. 2).

Aldus kunnen ingevolge artikel 1, eerste lid, onderdeel b, onder 1°, van de Wav verschillende werkgevers dezelfde vreemdeling arbeid laten verrichten en kan aan elk van hen ingevolge artikel 2, in samenhang met de hierna vermelde artikelen 18 en 19a, eerste lid, van de Wav een boete worden opgelegd, indien geen van hen over een tewerkstellingsvergunning beschikt.

Ingevolge artikel 3, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wav 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 tewerkstellingsvergunning niet mag worden verlangd.

Ingevolge artikel 3, eerste lid, aanhef en onder c, voor zover thans van belang, is voormeld verbod niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling die behoort tot een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie.

Ingevolge artikel 1e, eerste lid, van het Besluit uitvoering Wav (hierna: het Besluit), voor zover thans van belang, is het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wav niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling die in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening tijdelijk in Nederland arbeid verricht in dienst van een werkgever die buiten Nederland is gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Unie, mits

- a. de vreemdeling gerechtigd is als werknemer van deze werkgever de arbeid te verrichten in het land alwaar de werkgever gevestigd is,
- b. de werkgever de arbeid in Nederland voor de aanvang daarvan schriftelijk aan de Centrale organisatie voor werk en inkomen (hierna: de CWI) heeft gemeld, onder overlegging van een verklaring en bewijsstukken als bedoeld in het tweede lid, en
- c. er geen sprake is van dienstverlening die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.

Ingevolge het tweede lid, voor zover thans van belang, dienen bij de melding, bedoeld in het eerste lid, onder b, indien de desbetreffende vreemdeling beschikt over een andere nationaliteit dan die van een lidstaat van de Europese Unie, bewijsstukken te worden verstrekt, waaruit blijkt dat de vreemdeling gerechtigd is in het land alwaar de werkgever is gevestigd te verblijven en er de arbeid te verrichten, en dient te worden overgelegd:

- a. een volledig ingevulde en voor de desbetreffende arbeid geldige E101-verklaring, waarbij wordt vermeld waar de werknemer in Nederland de arbeid zal verrichten, of
- b. een door de werkgever schriftelijk en naar waarheid afgelegde verklaring, opgesteld op een daartoe door de CWI verstrekt formulier, waarin worden vermeld de naam en het adres van de werkgever, een aanduiding van de aard van zijn onderneming en de registratiegegevens in het land van vestiging, de naam en het adres van degene ten behoeve van wie de dienst wordt verleend, de aard van de te verlenen dienst, waar en wanneer de vreemdeling de arbeid zal verrichten, alsmede de identiteitsgegevens van de vreemdeling.

Ingevolge het derde lid wordt onder E101-verklaring, als bedoeld in het tweede lid, verstaan: het bewijs, bedoeld in artikel 11 van verordening (EEG) 547/72.

Ingevolge artikel 6, eerste lid, van de Wav wordt een tewerkstellingsvergunning aangevraagd door de werkgever.

Ingevolge het tweede lid wordt op een aanvraag binnen vijf weken na ontvangst beslist.

Volgens paragraaf 2.2. van de Beleidsregels CWI uitvoering Wav, voor zover thans van belang, geschiedt het indienen van een aanvraag voor een tewerkstellingsvergunning door indiening van een volledig ingevuld en ondertekend aanvraagformulier dat als bijlage bij de beleidsregels is gevoegd. In dit formulier dienen onder meer te worden vermeld de bedrijfsgegevens, de persoonsgegevens van de te werk te stellen vreemdeling alsmede gegevens over zijn verblijfsstatus en zijn woonsituatie in Nederland. Tevens dient de werkgever aan de hand van dit formulier informatie te verschaffen over de te vervullen

functie, zoals de functie-eisen en de arbeidsvoorwaarden, alsmede over de inspanningen die hij zich heeft getroost om tot invulling van de vacature te komen. Het aanvraagformulier dient vergezeld te gaan van een aantal bewijsstukken, waaronder een recent uittreksel van de inschrijving van de werkgever bij de Kamer van Koophandel, een kopie van het paspoort en de verblijfsvergunning van de vreemdeling en kopieën van gewaarmerkte diploma's en getuigschriften, waarvan de waarde beoordeeld moet zijn door een erkende Nederlandse instelling. Voorts dient met betrekking tot de arbeidsplaats onder meer een op naam van de vreemdeling gestelde, door de werkgever getekende concept-arbeidsovereenkomst te worden overgelegd. Daarnaast dient te worden aangetoond dat de geboden beloning in overeenstemming is met de geldende collectieve arbeidsovereenkomst, dan wel in overeenstemming is met een voor een dergelijke functie gebruikelijke beloning. Met betrekking tot de vacaturevoorziening dient de werkgever onder meer een kopie van de vacaturemelding bij het UWV WERKbedrijf over te leggen alsmede kopieën van bewijsstukken van alle door hem verrichte wervingsinspanningen, zoals personeelsadvertenties en schriftelijke correspondentie met of opdrachten aan uitzendbureaus en/of wervings- en selectiebureaus. Daarnaast dient de werkgever informatie te verschaffen over de resultaten van die wervingsinspanningen, zoals gemotiveerde afwijzingsbrieven en (schriftelijke) reacties van ingeschakelde wervings- en selectiebureaus. Ingevolge artikel 8, eerste lid, van de Wav wordt een tewerkstellingsvergunning geweigerd indien:

- a. voor de desbetreffende arbeidsplaats prioriteitgenietend aanbod op de arbeidsmarkt beschikbaar is;
- b. het een arbeidsplaats betreft waarvan de beschikbaarheid niet ten minste vijf weken vóór het indienen van de aanvraag aan de CWI is gemeld;
- c. het een vreemdeling betreft:

1° die niet beschikt over een voor het verrichten van arbeid geldige vergunning tot verblijf, noch een zodanige vergunning heeft aangevraagd, noch, voor zover ter verkrijging van een dergelijke vergunning vereist, een machtiging tot voorlopig verblijf heeft aangevraagd, dan wel

2° aan wie een vergunning tot verblijf is geweigerd of wiens vergunning tot verblijf is ingetrokken;

- d. het een niet eerder toegelaten vreemdeling betreft, die met de desbetreffende arbeid over een periode van een maand niet ten minste een bedrag verdient gelijk aan het minimumloon, bedoeld in artikel 8, onder a, van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag;
- e. het een arbeidsplaats betreft die behoort tot een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie van werkzaamheden, waarvan het niet in het Nederlands belang is deze door vreemdelingen te laten verrichten.

Ingevolge artikel 9, eerste lid, kan een tewerkstellingsvergunning worden geweigerd indien:

- a. de werkgever niet kan aantonen voldoende inspanningen te hebben gepleegd de arbeidsplaats door prioriteitgenietend op de arbeidsmarkt beschikbaar aanbod te vervullen;
- b. van de te vervullen arbeidsplaats de arbeidsvoorwaarden, arbeidsverhoudingen of arbeidsomstandigheden beneden het niveau liggen dat wettelijk is vereist of in de desbetreffende bedrijfstak gebruikelijk is;

- c. voorzienbaar is dat binnen een redelijke termijn voor de desbetreffende arbeidsplaats prioriteitgenietend aanbod op de arbeidsmarkt beschikbaar zal komen;
- d. het een niet eerder toegelaten vreemdeling betreft, wiens leeftijd niet valt binnen bij ministeriële regeling gestelde leeftijdsgrenzen;
- e. een beperking waaronder een eerdere vergunning is verleend niet in acht is genomen of een daaraan verbonden voorschrift niet is nageleefd;
- f. geen passende huisvesting voor de vreemdeling beschikbaar is;
- g. het een eerder toegelaten vreemdeling betreft voor wie op grond van artikel 11, vierde lid, een niet-verlengbare tijdelijke tewerkstellingsvergunning is verleend en die daarna zijn hoofdverblijf niet ten minste één jaar buiten Nederland heeft verplaatst;
- h. de werving niet heeft plaatsgevonden op een wijze die voor de desbetreffende sector is overeengekomen bij een convenant dat voldoet aan bij ministeriële regeling gestelde eisen;
- i. door de werkgever anderszins belemmeringen zijn opgeworpen waardoor de arbeidsplaats niet overeenkomstig het bij of krachtens deze wet bepaalde door aanbod op de arbeidsmarkt vervuld kon worden.

Ingevolge artikel 18, eerste lid, voor zover thans van belang, wordt het niet naleven van artikel 2, eerste lid als beboetbaar feit aangemerkt.

Ingevolge artikel 19a, eerste lid, legt een daartoe door de minister aangewezen, onder hem ressorterende ambtenaar namens hem de boete op aan degene op wie de verplichtingen rusten welke voortvloeien uit deze wet, voor zover het niet naleven daarvan is aangeduid als een beboetbaar feit.

Ingevolge het tweede lid gelden de terzake van deze wet gestelde beboetbare feiten ten opzichte van elke persoon, met of ten aanzien van wie een beboetbaar feit is begaan.

Ingevolge artikel 19d, eerste lid, onder b, is de hoogte van de boete, die voor een beboetbaar feit kan worden opgelegd, indien begaan door een rechtspersoon, gelijk aan de geldsom van ten hoogste € 45.000,00.

Ingevolge het derde lid stelt de minister beleidsregels vast waarin de boetebedragen voor de beboetbare feiten worden vastgesteld.

Volgens artikel 1 van de Beleidsregels boeteoplegging Wav 2007 (hierna: de beleidsregels), worden bij de berekening van een boete, als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, van de Wav voor alle beboetbare feiten als uitgangspunt gehanteerd de normbedragen die zijn neergelegd in de 'Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wav' (hierna: de Tarieflijst), die als bijlage bij deze beleidsregels is gevoegd.

Volgens artikel 7 van de beleidsregels zal, bij een gedraging in strijd met artikel 2, eerste lid, van de Wav waarbij sprake is van tewerkstelling van een vreemdeling in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening als bedoeld in artikel 1e van het Besluit en waarbij de betrokken dienstverlener binnen twee weken na de constatering van het beboetbare feit alsnog volledig melding doet van de desbetreffende arbeid, de boete worden gematigd tot € 1.500,00 voor het totaal van deze beboetbare feiten.

Volgens de Tarieflijst is het boetenormbedrag voor overtreding van artikel 2, eerste lid, gesteld op € 8.000,00 per persoon per beboetbaar feit.

2.1.2. In de nota van toelichting bij het Besluit van 10 november 2005 tot wijziging van het Besluit en van het Vreemdelingenbesluit 2000 is ten aanzien van artikel 1e van het Besluit, dat op 1 december 2005 in werking is getreden, voor zover thans van belang, het volgende vermeld:

"1. Algemeen

Dit besluit bevat een nadere regeling ten aanzien van het werken door vreemdelingen in Nederland, voor zover het tijdelijke arbeid betreft welke strekt ter uitvoering van een contract tot dienstverlening, gesloten met een dienstverlener welke is gevestigd buiten Nederland, in enige lidstaat van de Europese Unie of een andere staat ten aanzien waarvan Nederland verplichtingen heeft aangegaan inzake vrij dienstenverkeer. Op grond van artikel 2 van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav) behoeft een werkgever die een vreemdeling in Nederland arbeid doet verrichten in het algemeen een tewerkstellingsvergunning alvorens die arbeid is toegestaan. Voor de afgifte van die vergunningen gelden een aantal criteria, als neergelegd in de artt. 8 en 9 van de Wav, welke bescherming van de Nederlandse arbeidsmarkt ten doel hebben. Op grond van de Wav, en het op die wet gebaseerde Besluit uitvoering Wav, geldt een aantal vrijstellingen met betrekking tot deze vergunningplicht, o.m. uit hoofde van internationaal-rechtelijke verplichtingen (b.v. ten aanzien van EU-onderdanen waarvoor het vrije werknemersverkeer geldt) en voor gevallen van incidentele arbeid, waarbij de arbeidsmarktbescherming minder nodig is. Door dit besluit wordt een additionele vrijstelling in het leven geroepen. Doelstelling is hierbij om, met inachtneming van de Europeesrechtelijke randvoorwaarden, de belemmeringen voor het dienstenverkeer binnen de Europese markt tot een minimum te beperken, zonder dat dit misbruik of oneigenlijk gebruik van de regeling mogelijk maakt.

2. Europeesrechtelijke randvoorwaarden

(...) Een bijzondere situatie ontstaat in geval een in enig EU-land gevestigde onderneming in een ander EU-land activiteiten ontplooit ten aanzien waarvan de vrijheid van dienstverlening geldt, doch daarbij gebruik wenst te maken van werknemers voor wie het vrij werknemersverkeer nog niet geldt (niet-EU-burgers, of EU-burgers welken de nationaliteit hebben van een land waarvoor, krachtens het bij de Toetredingsakte overeengekomen overgangsrecht, het vrij werknemersverkeer nog niet geldt).

Deze situatie wordt ingekaderd door een aantal uitspraken van het Hof van Justitie EG. In het bijzonder zij verwezen naar de uitspraken van het Hof van Justitie EG van 27 maart 1990 (zaak C-133/89, Rush Portuguesa, 9 augustus 1994 (zaak C-43/93, Vander Elst) en 21 oktober 2004 (zaak C-445/03, Cie/Luxemburg). Op grond van deze uitspraken dient het als een met het gemeenschapsrecht strijdige beperking van het vrij dienstenverkeer te worden beschouwd indien een lidstaat het verrichten van diensten vanuit een andere lidstaat, onder gebruikmaking van vast in dienst zijnde werknemers waarvoor het vrij verkeer van werknemers nog niet geldt, afhankelijk stelt van de eis van een werkvergunning, waarbij die vergunning niet wordt verleend indien op de binnenlandse arbeidsmarkt voldoende arbeidsaanbod voor de te verrichten arbeid aanwezig is. Een uitzondering geldt hierbij evenwel voor dienstverlening welke enkel bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, aangezien dergelijke dienstverlening juist ten doel heeft werknemers toegang te verschaffen tot de arbeidsmarkt van de ontvangende staat. (...)

5. Inhoud van de vrijstellingsregeling

Het besluit houdt in dat een grensoverschrijdende dienstverlener die zijn diensten verleent

met gebruikmaking van werknemers waarvoor het vrije werknemersverkeer niet geldt wordt vrijgesteld van de thans geldende vergunningseis.

(...)

d. De vrijstellingsregeling geldt niet voor dienstverlening die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. In het kader van dit besluit wordt met het begrip ter beschikking stellen verwezen naar de feitelijke omstandigheden waaronder de arbeidskrachten worden tewerkgesteld. Het gaat om de situatie waarin een onderneming aan een andere onderneming personeel verschaft teneinde onder gezag van laatstgenoemde onderneming werkzaamheden te verrichten. Niet van belang is hoe de buiten Nederland gevestigde werkgever en de derde in Nederland aan wie de arbeidskrachten ter beschikking worden gesteld de arbeidsrelatie aanduiden. In de praktijk worden termen gebruikt als arbeidspooling, detachering, outsourcing, bodyshopping, uitleenen, uitzenden en ter beschikking stellen. In het kader van dit besluit is het begrip ter beschikking stellen ook niet beperkt tot het tot stand brengen van arbeidsverhoudingen die naar Nederlands recht kunnen worden gekarakteriseerd als uitzendovereenkomsten in de zin van artikel 7:690 van het Burgerlijk Wetboek; ook uitzendrelaties welke tot stand worden gebracht door een onderneming waarvoor het ter beschikking van personeel niet de primaire bedrijfsactiviteit is, moeten onder omstandigheden beschouwd worden als ter beschikking stellen in de zin van dit besluit, b.v. de intraconcernuitzending of de collegiale uitleen. Europeesrechtelijk gaat het om de terbeschikkingstellingsituaties als bedoeld in artikel 1, derde lid, onder b en c, van Richtlijn 96/71 EG (de zgn. detacheringsrichtlijn). Veelal zal de rechtsverhouding tussen de buitenlandse onderneming en de Nederlandse onderneming naar Nederlands recht gekarakteriseerd moeten worden als een overeenkomst van opdracht, als bedoeld in artikel 7:400 van het Burgerlijk Wetboek, maar dit zal niet altijd het geval zijn. Ook de ter beschikking stelling om niet en, onder omstandigheden, de als aanneemovereenkomst geconstrueerde overeenkomst kunnen, afhankelijk van de inhoud van het contract en de feitelijke uitvoering daarvan, ter beschikking stelling in de zin van dit besluit opleveren. Bepalend is slechts of de inlener feitelijk, krachtens het contract, zo nodig aangevuld met aanwijzingen over de uitvoering van het contract, bepaalt of kan bepalen welke arbeid door de arbeidskrachten wordt verricht, en de omstandigheden waaronder dit plaatsvindt.

Over de vraag, wanneer sprake is van het ter beschikking stellen van personeel, kan ten slotte nog het volgende worden opgemerkt. Indien uit het contract met de opdrachtgever voortvloeit dat een dienst zal worden verricht onder gebruikmaking van op eigen risico door de dienstverlener aangeschafte bedrijfsmiddelen en aangeschafte materialen, en de dienstverlener die bedrijfsmiddelen laat bedienen en de materialen laat verwerken door eigen werknemers, is de vrijstellingregeling van toepassing, tenzij de beschikbaarstelling van de bedrijfsmiddelen en materialen slechts een ondergeschikt onderdeel vormt van de overeengekomen dienstverrichting, en de beschikbaarstelling van personeel aan de inlener overheerst."

Algemeen

2.2. Artikel 1e van het Besluit, ook wel aangeduid als de notificatieregeling, is per 1 december 2005 in werking getreden en tot stand gekomen onder druk van de Europese Commissie die een inbreukprocedure was gestart, omdat Nederland tot dan toe - naar het oordeel van de Europese Commissie in strijd met artikel 49 van het EG-Verdrag - de eis van een tewerkstellingsvergunning voor onderdanen van de op 1 mei 2004 toegetreden landen uit Midden- en Oost-Europa ook voor dienstverleningssituaties had gehandhaafd. De notificatieregeling heeft hierin in zoverre verandering gebracht dat voor onderdanen van die

Lid-Staten in geval van zogenoemde "zuivere" dienstverlening, bijvoorbeeld aanneming van werk, de eis van een tewerkstellingsvergunning is vervallen. Voor die gevallen kan worden volstaan met een melding door de werkgever van de arbeid in Nederland voor de aanvang daarvan aan de CWI. Voor dienstverlening die enkel bestaat uit het ter beschikking stellen van werknemers - door de minister aangeduid als "onzuivere" dienstverlening, bijvoorbeeld uitzendconstructies - is tot 1 mei 2007 de eis van een tewerkstellingsvergunning voor onderdanen van bedoelde Lid-Staten, ook na invoering van de notificatieregeling, onverkort blijven gelden. Dit laatste heeft overigens opnieuw tot een "met redenen omkleed advies" van de Europese Commissie geleid. De Europese Commissie stelt zich op het standpunt dat de eis van een tewerkstellingsvergunning ook in die gevallen in strijd is met artikel 49 van het EG-Verdrag.

Uit de in 2.1.2. weergegeven toelichting bij het Besluit volgt dat de eis van een tewerkstellingsvergunning voor zogeheten "onzuivere" dienstverlening geldt voor situaties waarin een in een andere Lid-Staat gevestigde dienstverrichter gebruik wenst te maken van werknemers voor wie het vrije werknemersverkeer niet geldt. Daarbij gaat het zowel om niet EU-onderdanen (zogeheten derdelanders) als om EU-onderdanen die de nationaliteit hebben van een land op wie krachtens het bij de Toetredingsakte overeengekomen overgangsrecht gedurende bepaalde tijd het vrije werknemersverkeer nog niet van toepassing is. Zo geldt de eis van een tewerkstellingsvergunning voor dienstverlening die enkel bestaat uit het ter beschikking stellen van werknemers thans voor onderdanen van Bulgarije en Roemenië, aangezien Nederland bij de toetreding van die Lid-Staten, op 1 januari 2007, een identieke overgangsregeling als ten aanzien van de op 1 mei 2004 toegetreden landen uit Midden- en Oost-Europa heeft getroffen, welke overgangsregeling nog tot 1 januari 2012 van toepassing is.

Feiten

2.3. Het op ambtseed onderscheidenlijk ambtsbelofte door inspecteurs van de Arbeidsinspectie opgemaakte boeterapport van 2 april 2007 (hierna: het boeterapport) houdt in dat, naar aanleiding van binnengekomen informatie met betrekking tot mogelijke illegale tewerkstelling, op 2 mei 2006 een onderzoek is ingesteld in de administratie van [belanghebbende]. In de administratie waren kopieën van identiteitsbewijzen aanwezig van 20 vreemdelingen van Poolse nationaliteit (hierna: de vreemdelingen). De vreemdelingen verrichtten over de periode van week 48 van 2005 tot en met week 17 van 2006 arbeid door het ophalen van huisvuil met vuilniswagens gereden door chauffeurs van [belanghebbende], terwijl daarvoor geen tewerkstellingsvergunningen waren afgegeven.

[appellante] is sedert medio juni 2006 de rechtsopvolger van [bedrijf], gevestigd te [plaats] (Polen). [bedrijf] hield zich ten tijde van belang, blijkens de doelomschrijving in het Handelsregister van Rumia (Polen), bezig met werving en bemiddeling van werknemers, toeristische agentschappen, volwassenonderwijs en overige onderwijsvormen, elders niet geclassificeerd, alsmede vertalingen en secretariële werkzaamheden. Voorts stond [bedrijf] sedert 24 januari 2005 in het landelijk register van ondernemingen bij het Bureau voor de Statistiek te Gdansk (Polen) geregistreerd met als voornaamste activiteit: het werven en bemiddelen van personeel, terwijl [appellante] sedert 28 december 2005 in dat register is geregistreerd met als voornaamste activiteit: bouwwerkzaamheden op het gebied van staalconstructies. Uit een certificaat van de Poolse minister van Economische Zaken en Werkgelegenheid volgt voorts dat [bedrijf] met ingang van 14 april 2005 als uitzendbedrijf stond ingeschreven in het register van uitzendbureaus.

[bedrijf] (hierna ook: [appellante]) en [belanghebbende] hebben op 15 november 2005 een

overeenkomst gesloten, waarbij [appellante] de opdracht heeft aanvaard over de periode van week 48 van 2005 tot en met week 26 van 2006 vuilniswagens van [belanghebbende] te voorzien van bij [appellante] in dienst zijnde personeel, ten einde op met name genoemde trajecten volgens een afgesproken schema tegen een vast bedrag, € 94.800,00, te factureren in zeven maandelijkse termijnen, afvalverwerkingsdiensten te verrichten. Volgens een bij die overeenkomst behorend uitvoeringsoverzicht van gelijke datum zal [belanghebbende] zorgen voor de benodigde wagens met chauffeur. [appellante] is verplicht voldoende personeel in te zetten om de trajecten binnen een normale dagplanning te voltooien (maximaal negen uur). Omdat op beide trajecten dagelijks gemiddeld zeven wagens worden ingezet, houdt dit in dat er bij aanvang minimaal zeven vuilnisophalers nodig zijn, toenemend tot minimaal veertien vuilnisophalers tegen het aanvangen van de drukke tijd (rond eind maart). De vuilnisophalers worden verdeeld door een door [appellante] aangestelde functionaris. [appellante] voorziet het personeel van duurzame veiligheidskleding volgens de Nederlandse eisen, veiligheidsschoenen en handschoenen. Als [appellante] dit verzuimt, zal [belanghebbende] de vuilnisophalers van deze materialen voorzien en de rekening daarvan aan [appellante] sturen. Als er vuilnisophalers zijn die niet voldoen aan de normale gedragsregels, moeten zij onmiddellijk worden vervangen door [appellante]. Mocht [appellante] veranderingen aanbrengen in het personeelsbestand, dan moet [belanghebbende] hiervan tevoren op de hoogte worden gesteld. Van alle in dienst genomen personeelsleden moet er een gewaarmerkte kopie van identiteitsbewijs, E101-certificaat of een vergelijkbaar document bij [belanghebbende] aanwezig zijn, aldus voormeld uitvoeringsoverzicht.

Volgens de schriftelijke beantwoording van een aan [bestuurder] van [appellante], voorgelegde vragenlijst, heeft het bij [appellante] in dienst zijnde Poolse personeel vuilnis opgehaald met de vuilniswagens van [belanghebbende]. De verantwoordelijkheid voor het vuilnis ophalen lag bij [appellante], in het bijzonder bij haar voorman. [appellante] heeft ten behoeve van de coördinatie door de voorman de nodige kantoorbenodigdheden verschaft. De belastingen, sociale premies en algemene verzekeringen zijn betaald door [appellante].

Niet in geschil is dat de vreemdelingen na de beëindiging van het project zijn teruggekeerd naar Polen.

2.3.1. Binnen twee weken na het onderzoek op 2 mei 2006 is de arbeid voor 18 van de 20 vreemdelingen alsnog gemeld in de zin van artikel 1e, eerste lid, van het Besluit.

2.3.2. Ten aanzien van [belanghebbende] is een afzonderlijk boeterapport opgemaakt, waarna ook aan dat bedrijf voor de door de vreemdelingen bij haar verrichte werkzaamheden een boete is opgelegd van € 160.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav. Tegen de handhaving in bezwaar heeft [belanghebbende] beroep ingesteld, welk beroep bij uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda van 28 januari 2008 in zaak nr. 07/5418 en 07/5419 ongegrond is verklaard. Daartegen is geen hoger beroep ingesteld, zodat de boeteoplegging aan [belanghebbende] rechtens onaantastbaar is geworden.

Besluiten

2.4. Bij besluit van 27 september 2007 heeft de minister aan [appellante] een boete opgelegd van € 160.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav. Aan dit besluit heeft de minister, voor zover thans van belang, ten grondslag gelegd dat [appellante] de vreemdelingen in Nederland arbeid heeft laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunningen, terwijl die waren vereist, en voorts niet is gebleken dat de geconstateerde overtreding [appellante] niet aan te rekenen zou zijn.

2.4.1. Bij besluit van 10 december 2007 heeft de minister het daartegen door [appellante] gemaakt bezwaar ongegrond verklaard.

In dat besluit heeft de minister zich op het standpunt gesteld dat, voor zover thans van belang, de Wav onverkort van toepassing is, aangezien de dienstverlening door [appellante] slechts heeft bestaan uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de zin van artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit. Volgens de minister is de in artikel 1e, eerste lid, van het Besluit neergelegde vrijstellingsregeling slechts van toepassing, indien uit het contract met de opdrachtgever voortvloeit dat een dienst zal worden verricht onder gebruikmaking van op eigen risico door de dienstverlener aangeschafte bedrijfsmiddelen en materialen en de dienstverlener die bedrijfsmiddelen laat bedienen en die materialen laat verwerken door eigen werknemers. Ter adstructie van dit standpunt heeft de minister er op gewezen dat de door [appellante] aan [belanghebbende] verleende dienst bestond uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten voor werkzaamheden die in hoge mate waren vervlochten met de bedrijfsvoering van [belanghebbende], dat gebruik werd gemaakt van de vrachtwagens van [belanghebbende] en dat deze werden bestuurd door chauffeurs van [belanghebbende]. Dat de werkzaamheden onder toezicht van [appellante] werden uitgevoerd en dat deze ook door [appellante] werden gepland, doet hieraan niet af. Voorts heeft de minister zich op het standpunt gesteld dat de werkzaamheden verricht door de vreemdelingen niet kunnen worden genotificeerd, omdat de dienstverlening door [appellante] louter heeft bestaan uit de terbeschikkingstelling van arbeid.

Verweerschrift

2.5. In zijn verweerschrift bij de rechtbank heeft de minister zijn standpunt, dat de dienstverlening door [appellante] slechts heeft bestaan uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten als bedoel in artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit, nader toegelicht. In dit verband heeft de minister aangevoerd dat uit het boeterapport volgt dat het ophalen van huisvuil niet tot de hoofdactiviteiten van [appellante] in de Lid-Staat van herkomst behoort. Daarbij heeft de minister er op gewezen dat [appellante] sedert 28 december 2005 in Polen staat ingeschreven als onderneming met als hoofdactiviteit bouwwerkzaamheden op het gebied van staalconstructies. In het onderhavige geval is het beperken van de vrijheid van dienstverrichting gerechtvaardigd, omdat slechts werd beoogd om de vreemdelingen te laten toetreden tot de Nederlandse arbeidsmarkt. Aldus heeft de minister de aard van de dienstverlening bepalend geacht.

Aangevallen uitspraak

2.6. In de uitspraak van 4 december 2008 heeft de rechtbank, voor zover thans van belang, onder verwijzing naar het arrest van het Hof van 27 maart 1990 in zaak no. C-113/89 (Rush Portuguesa), overwogen dat onder bepaalde omstandigheden beperkingen en voorwaarden, zoals het eisen van een tewerkstellingsvergunning, op het vrij verkeer van diensten mogen worden toegepast. Voorts heeft de rechtbank overwogen dat de minister zich op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat de dienstverlening door [appellante] aan [belanghebbende] heeft bestaan uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de zin van artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit. In dit verband heeft de rechtbank van belang geacht dat niet is gebleken dat het ophalen van huisvuil tot de activiteiten van [appellante] in Polen behoort. Het tegendeel blijkt veeleer uit de in het handelsregister opgenomen bedrijfsactiviteiten van [appellante]. Bovendien behoren de door de vreemdelingen uitgevoerde werkzaamheden tot de normale werkzaamheden van [belanghebbende]. Ook is bij de werkzaamheden geen gebruik gemaakt van gereedschappen

of materialen van [appellante]. [appellante] heeft daarentegen gebruik gemaakt van vrachtwagens van [belanghebbende]. De door [appellante] genoemde feiten en omstandigheden waaruit een eigen inbreng en een eigen verantwoordelijkheid met betrekking tot de werkzaamheden zou moeten blijken, zijn van ondergeschikt belang en leiden niet tot een ander oordeel.

Op grond van het vorenstaande heeft de rechtbank geconcludeerd dat het eisen van een tewerkstellingsvergunning niet in strijd is met het EG-recht.

Beoordeling

2.7. [appellante] betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat, ook al zou de dienstverlening door haar bedrijf hebben bestaan uit het louter ter beschikking stellen van arbeidskrachten, de eis van een tewerkstellingsvergunning in strijd met het EG-recht moet worden geacht. Daartoe voert [appellante] aan dat Nederland ten aanzien van het vrij verkeer van diensten in Bijlage XII bij de Toetredingsakte met Polen geen voorbehoud heeft gemaakt, terwijl, gelet op de verwijzing in die Bijlage naar de definitie van artikel 1 van de Detacheringsrichtlijn, daaronder ook moet worden begrepen dienstverlening die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Voorts berust de in artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit neergelegde uitzondering op een onjuiste interpretatie van de relevante jurisprudentie van het Hof over de artikelen 49 en 50 van het EG-Verdrag. Volgens het Hof is van misbruik van de vrijheid van dienstverrichting geen sprake, indien een dienstbetrekking bestaat tussen de terbeschikkinggestelde werknemer en de dienstverrichter, die werknemer zijn hoofdactiviteit in de Lid-Staat van herkomst uitoefent en hij na de dienstverrichting naar die Lid-Staat terugkeert. Gelet op die jurisprudentie, vormt de eis van een tewerkstellingsvergunning voor dienstverlening die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten een te vergaande beperking van de vrijheid van dienstverrichting, aldus [appellante].

2.7.1. Voor het geval dit betoog niet slaagt, betwist [appellante] het oordeel van de rechtbank dat de dienstverlening in dit geval enkel heeft bestaan uit het aan [belanghebbende] ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de hiervoor bedoelde zin. Daartoe voert [appellante] aan dat, samengevat weergegeven, zij met [belanghebbende] een aannemingsovereenkomst heeft gesloten, waarbij de werkzaamheden van de werknemers van [appellante] plaatsvonden onder leiding en gezag van [appellante]. [appellante] heeft de overeengekomen werkzaamheden voor eigen rekening en eigen risico uitgevoerd. [belanghebbende] had geen invloed op de wijze waarop de overeengekomen dienst werd uitgevoerd. Het was [appellante] die bepaalde hoeveel werknemers nodig waren om de werkzaamheden uit te voeren. Het enkele feit dat betrokken partijen tot overeenstemming zijn gekomen over de minimale bezettingsgraad van de vuilniswagens doet hieraan niet af. De planning en de aansturing van de werknemers lagen volledig in handen van [appellante]. De voorman van [appellante], [naam], een van de vreemdelingen, had toezicht op de werknemers van [appellante] en de chauffeurs van [belanghebbende] en stuurde hen ook aan. Overleg over vrije dagen, arbeidstijden, ziekte en dergelijke vond plaats met [appellante]. [appellante] zorgde voor accommodatie en vervoer van haar personeel. [belanghebbende] gaf geen opdrachten of instructies aan de vreemdelingen. Van het verrichten van werkzaamheden door de vreemdelingen onder het feitelijk gezag van [belanghebbende] was dan ook geen sprake, zodat met notificatie kon worden volstaan. De vreemdelingen zijn na de beëindiging van het project naar Polen teruggekeerd en hebben aldaar hun werkzaamheden voor [appellante] hervat, aldus [appellante].

2.7.2. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer de uitspraak van 30 januari 2008 in zaak nr. [200702763/1](#)) leidt de Afdeling uit voormeld arrest Rush Portuguesa alsmede

uit de arresten van 9 augustus 1994, in zaak no. C-43/93 (Vander Elst), 21 oktober 2004 in zaak no. C-445/03 (Commissie tegen Luxemburg), 19 januari 2006 in zaak no. C-244/04 (Commissie tegen Duitsland) en van 21 september 2006 in zaak no. C-168/04 (Commissie tegen Oostenrijk) af, dat het beperken van de vrijheid van dienstverrichting door middel van nationale maatregelen gerechtvaardigd kan zijn, in de situatie waarin met de terbeschikkingstelling wordt beoogd de betrokken werknemer, anders dan voor zover nodig voor de tijdelijke terbeschikkingstelling, te laten toetreden tot de arbeidsmarkt van de Lid-Staat van tewerkstelling dan wel de beperkingen met betrekking tot het vrije verkeer van werknemers te omzeilen. De Afdeling leidt uit genoemde rechtspraak eveneens af dat die situatie zich in het algemeen niet voordoet, indien een dienstbetrekking bestaat tussen de terbeschikkinggestelde werknemer en de dienstverrichter, die werknemer zijn hoofdactiviteit in de Lid-Staat van herkomst uitoefent en hij na de dienstverrichting naar die Lid-Staat terugkeert.

De Afdeling heeft evenzeer eerder overwogen (onder meer de uitspraak van 5 maart 2008 in zaak nr. 200704304/1) dat uit voormelde jurisprudentie volgt dat een beperking van de vrijheid van dienstverrichting moet worden gerechtvaardigd door de bescherming van een algemeen belang en proportioneel moet zijn en dat nationale maatregelen - zoals de eis van een tewerkstellingsvergunning - ter controle of het vrij verkeer van diensten niet wordt gebruikt voor een ander doel dan de betrokken dienst zelf - zoals de omzeiling van de beperkingen op het vrij verkeer van werknemers - in ieder geval niet tot gevolg mogen hebben dat het vrij verkeer van diensten illusoir wordt. Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat volgens het Hof de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting niet aan de beoordelingsvrijheid van de administratie onderworpen mag zijn.

2.7.3. Niet in geschil is en ook voor de Afdeling staat vast dat het tijdelijk ter beschikking stellen van arbeidskrachten valt onder het begrip 'verrichten van diensten' in artikel 49 van het EG-Verdrag.

De Afdeling stelt vast dat de vreemdelingen ten tijde van de controle door de Arbeidsinspectie in dienst waren bij [appellante] en dat onbestreden is gebleven dat zij na afloop van de werkzaamheden bij [belanghebbende] naar Polen zijn teruggekeerd.

2.7.4. Met haar betoog dat, nu is voldaan aan de in 2.7. vermelde criteria, de eis van een tewerkstellingsvergunning ingevolge voormelde jurisprudentie van het Hof in dit geval in strijd is met de artikelen 49 en 50 van het EG-Verdrag, stelt [appellante] in wezen de verenigbaarheid van artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit met voormelde verdragsbepalingen aan de orde. Niet in geschil is dat de eis van een tewerkstellingsvergunning voor dienstverrichting die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten een beperking van de vrijheid van dienstverrichting oplevert. Gelet op de in 2.1.2. weergegeven toelichting bij het Besluit, strekt artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit in het bijzonder tot bescherming van de Nederlandse arbeidsmarkt. Het beschermen van de nationale arbeidsmarkt heeft het Hof in zijn jurisprudentie in zijn algemeenheid aanvaard als een doelstelling van algemeen belang op grond waarvan een beperking van de vrijheid van dienstverrichting gerechtvaardigd kan zijn. Het betoog spitst zich derhalve toe op de vraag of tegen de achtergrond van die doelstelling de eis van een tewerkstellingsvergunning voor dienstverlening die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de zin van artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit, in het licht van de jurisprudentie van het Hof over de artikelen 49 en 50 van het EG-Verdrag een proportionele maatregel is. In een geval als het onderhavige, waarbij het gaat om onderdanen van één van de op 1 mei 2004 toegetreden landen uit Midden- en Oost-Europa, speelt daarbij het door Nederland in voormelde Bijlage XII gemaakte voorbehoud een rol.

2.7.5. Uit de toelichting bij het Besluit, als in 2.1.2. weergegeven, volgt dat artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, betrekking heeft op terbeschikkingstellingsituaties als bedoeld in artikel 1, derde lid, aanhef en onder b en c, van de Detacheringsrichtlijn.

Vaststaat dat de situatie bedoeld in artikel 1, derde lid, aanhef en onder b, van de Detacheringsrichtlijn zich hier niet voordoet.

Uit voormelde toelichting en het verweerschrift bij de rechtbank volgt voorts dat de handhaving van de eis van een tewerkstellingsvergunning voor dienstverrichting die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de zin van artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit met name is gebaseerd op het arrest *Rush Portuguesa*. Daarin heeft het Hof, voor zover thans van belang, het volgende overwogen:

"16. Voor zover het begrip dienstverrichting in de zin van artikel [50 EG]- Verdrag activiteiten van zeer uiteenlopende aard omvat, geldt niet voor alle gevallen dezelfde conclusie. Inzonderheid moet worden erkend dat, gelijk de Franse regering heeft opgemerkt, een onderneming die arbeidskrachten ter beschikking stelt, weliswaar dienstverrichter is in de zin van het Verdrag, maar werkzaamheden verricht die juist tot doel hebben, werknemers toegang te geven tot de arbeidsmarkt van de ontvangende Lid-Staat. In een dergelijk geval zou het in strijd zijn met artikel 216 van de Toetredingsakte, dat een dienstverrichtende onderneming uit Portugal afkomstige werknemers ter beschikking stelt.

17. Het voorgaande heeft echter generlei gevolg heeft voor het recht van een dienstverrichter in de sector bouwnijverheid en openbare werken, zich met zijn Portugese personeel te verplaatsen voor de duur van de aangenomen werkzaamheden. In dat geval moeten de Lid-Staten wel kunnen nagaan, of een Portugese onderneming werkzaam in de sector bouwnijverheid of openbare werken de vrijheid van dienstverrichting niet gebruikt voor een ander doel, bijvoorbeeld teneinde haar personeel te laten overkomen om werknemers in strijd met artikel 216 van de Toetredingsakte werk te verschaffen of ter beschikking te stellen. Die controle moet geschieden met inachtneming van de door het gemeenschapsrecht gestelde beperkingen, met name die voortvloeiend uit de vrijheid van dienstverrichting, die niet illusoir mag worden gemaakt en waarvan de uitoefening niet aan de beoordelingsvrijheid van de administratie onderworpen mag zijn."

2.7.6. Het in voormelde overwegingen gemaakte onderscheid moet volgens de minister in de hier aan de orde zijnde situatie aldus worden verstaan, dat het door een Pools uitzendbedrijf of daarmee op een lijn te stellen onderneming in Nederland enkel ter beschikking stellen van eigen werknemers, in de zin van artikel 1, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit, weliswaar valt aan te merken als het verrichten van diensten in de zin van de artikelen 49 en 50 van het EG-Verdrag, maar dat in dat geval de werknemers tot de arbeidsmarkt van Nederland toetreden en de overgangsregeling voor de toegang van werknemers van toepassing is, zodat Nederland bevoegd is maatregelen te treffen - zoals de in de Wav voor de werkgever neergelegde vergunningplicht - om de toegang van deze werknemers tot de arbeidsmarkt te regelen.

2.7.7. In de latere arresten *Commissie tegen Luxemburg*, *Commissie tegen Duitsland* en *Commissie tegen Oostenrijk* heeft het Hof hetgeen is overwogen in rechtsoverweging 16 van het arrest *Rush Portuguesa* niet herhaald. Gelet hierop doet zich de vraag voor of het Hof thans van oordeel is dat ook dienstverrichting die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten als bedoeld in voormelde rechtsoverweging niet van de afgifte van een voorafgaande vergunning afhankelijk mag worden gesteld. In dat geval is artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit, gelet op hetgeen het Hof in de rechtsoverwegingen

37-48 van het arrest Commissie tegen Luxemburg, 39-42 van het arrest Commissie tegen Duitsland en 54-58 van het arrest Commissie tegen Oostenrijk heeft overwogen, in strijd met de artikelen 49 en 50 van het EG-Verdrag, aangezien handhaving tot 1 mei 2007 van de vergunningplicht voor grensoverschrijdende dienstverrichting die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten is ingegeven door overwegingen die verband houden met de bescherming van de Nederlandse arbeidsmarkt.

Duidelijk is dit niet, aangezien in die arresten de aard van de daar aan de orde zijnde dienstverlening niet wordt toegelicht. Voorts is daarin, anders dan in het arrest *Rush Portuguesa*, geen overgangsregeling in het kader van de toetreding van nieuwe Lid-Staten van toepassing, maar sprake van de situatie waarin een in een andere Lid-Staat gevestigde onderneming onderdanen van een derde land ter beschikking stelt voor het verrichten van diensten in de desbetreffende Lid-Staten. Voorts heeft het Hof in die arresten, onder verwijzing naar rechtsoverweging 17 van het arrest *Rush Portuguesa*, herhaald dat een Lid-Staat mag nagaan of een in een andere Lid-Staat gevestigde onderneming die op zijn grondgebied werknemers ter beschikking stelt voor het verrichten van diensten, de vrijheid van dienstverrichting niet voor een ander doel dan de betrokken dienst gebruikt, bijvoorbeeld om haar personeel te laten overkomen of ter beschikking te stellen. Niet duidelijk is of het Hof onder "ter beschikking te stellen" in dit verband ook verstaat dienstverrichting door een uitzendbedrijf of een daarmee op een lijn te stellen onderneming.

2.7.8. De Afdeling ziet zich geplaatst voor de vraag of met het oog op de bescherming van de nationale arbeidsmarkt de eis van een tewerkstellingsvergunning op grond van artikel 2 van de Wav, zoals in 2.1.1. geschetst, voor dienstverrichting die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in het licht van de artikelen 49 en 50 van het EG-Verdrag, mede gelet op het in Bijlage XII gemaakte voorbehoud, een proportionele maatregel is. Zij ziet daarom aanleiding om het Hof te verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de volgende vraag:

Moeten de artikelen 49 en 50 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling, zoals vervat in artikel 2 van de Wet arbeid vreemdelingen, gelezen in samenhang met artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen, op grond waarvan voor het ter beschikking stellen van werknemers als bedoeld in artikel 1, derde lid, aanhef en onder c, van Richtlijn 96/71/EG een tewerkstellingsvergunning is vereist?

2.7.9. Indien het Hof voormelde vraag ontkennend beantwoordt, is vervolgens aan de orde of de dienstverrichting door [appellante] in dit geval heeft bestaan uit het ter beschikking stellen van werknemers in de zin van artikel 1, derde lid, aanhef en onder c, van de Detacheringsrichtlijn.

2.7.10. De minister heeft aan zijn standpunt dat van zodanige dienstverrichting in dit geval sprake is ten grondslag gelegd dat de door [appellante] aan [belanghebbende] verleende dienst slechts bestond uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten voor werkzaamheden die in hoge mate waren vervlochten met de bedrijfsvoering van [belanghebbende], dat gebruik werd gemaakt van de vrachtwagens van [belanghebbende] en dat deze werden bestuurd door chauffeurs van [belanghebbende], dat de trajecten vooraf waren bepaald volgens een afgesproken schema en op afgesproken data, waarbij de starttijd en het startpunt eveneens vaststonden. Voorts heeft hij bij zijn standpunt betrokken dat het ophalen van huisvuil niet tot de hoofdactiviteiten behoort die [appellante] ook in de Lid-Staat van herkomst uitoefent; ten tijde van de controle stond [appellante] ingeschreven als wervings- en bemiddelingsbureau. Volgens de minister kan daarom niet worden

voorbijgegaan aan de aard van de dienstverlening, te weten dienstverrichting door een uitzendbedrijf. Daarbij heeft de minister in zijn verweerschrift in hoger beroep voorts van belang geacht dat geen aanknopingspunt is te vinden voor het oordeel dat de vreemdelingen hun hoofdactiviteit ook in Polen en in dienst van [appellante] hebben voortgezet, nu [appellante] zich in Polen in het geheel niet bezighoudt met het ophalen van huisvuil. In dit verband heeft de minister naar voren gebracht dat het begrip hoofdactiviteit niet inhoudt dat de werknemers eenmaal terug in Polen ook eventueel iets anders kunnen gaan doen, zoals studeren, voor hun gezin gaan zorgen of andere activiteiten gaan verrichten voor eventueel andere ondernemingen. Ter zitting heeft de minister onderstreept dat in de tussen [appellante] en [belanghebbende] gesloten overeenkomst niet een bepaald resultaat is overeengekomen, maar dat de overeenkomst voor het vullen van de vuilniswagens van [belanghebbende] een bepaalde looptijd had, te weten tot 1 juli 2006, waarbij [appellante] zich had verplicht om voldoende personeel in te zetten om de dagplanning te voltooien. Daarmee onderscheidt dit geval zich van het geval van zuivere grensoverschrijdende dienstverlening, dat in de uitspraak van de Afdeling van 20 mei 2009 in zaak nr. 200807325/1, aan de orde was, aldus de minister.

2.7.11. Ter toelichting op haar standpunt dat de door [appellante] verleende diensten uit meer bestonden dan het ter beschikking stellen van werknemers in evenbedoelde zin, heeft [appellante] naar voren gebracht dat - samengevat weergegeven - zij zich tegenover [belanghebbende] contractueel niet heeft verplicht tot het uitlenen van personeel, maar tot het uitvoeren tegen een vaste aanneemsom van specifieke, vooraf bepaalde werkzaamheden die de vreemdelingen zelfstandig en onder toezicht en voor rekening van [appellante] hebben verricht. Ter toelichting wijst [appellante] op feiten en omstandigheden, zoals weergegeven in 2.7.1..

Ter zitting heeft [appellante] dit onderstreept door erop te wijzen dat van een gezagsverhouding tussen de vreemdelingen en [belanghebbende] geen sprake is geweest, [appellante] anders dan de rechtbank heeft overwogen wel degelijk kleding en schoenen ten behoeve van de werkzaamheden heeft verschaft en dat de planning en aansturing door haar voorman, die mede op de chauffeurs van [belanghebbende] betrekking had, zou worden miskend indien die, zoals de rechtbank heeft gedaan, wordt gekarakteriseerd als van ondergeschikt belang voor de overeengekomen dienstverrichting. Voorts zijn de voor notificatie benodigde E101-verklaringen overgelegd, aldus [appellante].

2.7.12. Aangezien de tekst van artikel 1, derde lid, van de Detacheringsrichtlijn niet als zodanig reeds duidelijk is en de jurisprudentie die duidelijkheid vooralsnog niet volledig heeft geboden, is het, mede gelet op de uiteenlopende argumenten die partijen aan hun standpunten ten grondslag hebben gelegd, naar het oordeel van de Afdeling van belang te weten welke uitleg moet worden gegeven aan de in voormelde bepaling gehanteerde begrippen teneinde het geschil op dit punt te kunnen beslechten. Met name is het van belang te weten wanneer sprake is van de in artikel 1, derde lid, aanhef en onder a, dan wel van de in artikel 1, derde lid, aanhef en onder c, van de Detacheringsrichtlijn omschreven situatie en welke betekenis in dit verband toekomt aan de aard van de hoofdactiviteit van de dienstverrichtende onderneming in het land van vestiging, onderscheidenlijk de aard van de hoofdactiviteit van de werknemer in de Lid-Staat van herkomst.

2.7.13. Gelet hierop, ziet de Afdeling aanleiding om het Hof te verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de volgende vraag:

Aan de hand van welke criteria dient te worden bepaald of sprake is van het ter beschikking stellen van werknemers in de zin van artikel 1, derde lid, aanhef en onder c, van Richtlijn

96/71/EG?

2.8. Gelet op het vorenstaande, zal de behandeling van het hoger beroep worden geschorst, als na te melden.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op de hierboven geformuleerde vragen:

1. Moeten de artikelen 49 en 50 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling, zoals vervat in artikel 2 van de Wet arbeid vreemdelingen, gelezen in samenhang met artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen, op grond waarvan voor het ter beschikking stellen van werknemers als bedoeld in artikel 1, derde lid, aanhef en onder c, van Richtlijn 96/71/EG een tewerkstellingsvergunning is vereist?

2. Aan de hand van welke criteria dient te worden bepaald of sprake is van het ter beschikking stellen van werknemers in de zin van artikel 1, derde lid, aanhef en onder c, van Richtlijn 96/71/EG?;

II. schorst de behandeling van het hoger beroep;

III. houdt iedere verdere beslissing aan.

Aldus vastgesteld door mr. H.G. Lubberdink, voorzitter, en mr. A.W.M. Bijloos en mr. H.G. Sevenster, leden, in tegenwoordigheid van mr. H.W. Groeneweg, ambtenaar van Staat.

w.g. Lubberdink w.g. Groeneweg
voorzitter ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 29 juli 2009

32.