ECLI:NL:RVS:2013:BZ1632

Instantie	Raad van State
Datum uitspraak	20-02-2013
Datum publicatie	20-02-2013
Zaaknummer	201111933/1/T1/V6
Rechtsgebieden	Bestuursrecht Europees bestuursrecht Vreemdelingenrecht
Bijzondere kenmerken	Tussenuitspraak bestuurlijke lus
Inhoudsindicatie	I. Kan in een situatie als aan de orde in het hoofdgeding een opdrachtgever die ingevolge artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen 1994 moet worden aangemerkt als werkgever van de desbetreffende Turkse werknemers, zich jegens de Nederlandse overheid beroepen op de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 of de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol? II.a Moet de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 of de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol aldus worden uitgelegd dat deze in de weg staat aan de invoering van een verbod als bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen 1994, voor opdrachtgevers om werknemers, met de nationaliteit van een derde land, in dit geval Turkije, zonder tewerkstellingsvergunning in Nederland arbeid te laten verrichten, indien deze werknemers in dienst zijn bij een Duitse onderneming en via een Nederlandse inlenende onderneming ten behoeve van de opdrachtgever in Nederland werken? II.b Is daarbij van belang dat het een werkgever reeds vóór de inwerkingtreding van zowel de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol als de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 verboden was een vreemdeling zonder tewerkstellingsvergunning arbeid te laten verrichten op grond van een arbeidsovereenkomst en dat dit verbod eveneens vóór de inwerkingtreding van de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 is uitgebreid tot inlenende ondernemingen aan wie vreemdelingen ter beschikking worden gesteld?
Wetsverwijzingen	Wet arbeid vreemdelingen Wet arbeid vreemdelingen 2 Wet arbeid vreemdelingen 18
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NJB 2013/622 JV 2013/147 met annotatie van dr. T. de Lange

Uitspraak

201111933/1/T1/V6.

Datum uitspraak: 20 februari 2013

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Verwijzingsuitspraak in het kader van het hoger beroep van:

[appellante], gevestigd te [plaats],

tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 27 september 2011 in zaak nr. 11/295 in het geding tussen:

[appellante]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister).

Procesverloop

Bij besluit van 11 mei 2010 heeft de minister [appellante] een boete van € 264.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav 1994).

Bij besluit van 22 december 2010 heeft de minister het door [appellante] daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 27 september 2011 heeft de rechtbank het door [appellante] daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellante] hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 12 april 2012, waar [appellante], vertegenwoordigd door mr. T.L. Badoux, advocaat te Amsterdam, en mr. E. Vorstenbosch, bedrijfsjurist bij [appellante], en de minister, vertegenwoordigd door mr. M.C. Stokman en mr. I. Santucci, beiden werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

Bij brieven van 20 december 2012 heeft de Afdeling partijen medegedeeld dat het onderzoek is heropend en dat zij voornemens is het Hof van Justitie (hierna: het Hof) te verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op voor te leggen vragen. De tekst van deze vragen was in concept bijgevoegd.

Bij brieven van 21 januari 2013 en 23 januari 2013 hebben [appellante] en de minister ieder een reactie gegeven.

Overwegingen

Wettelijk kader

1. Ingevolge artikel 45, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU), is het verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap vrij.

Ingevolge artikel 56, eerste alinea, van het VWEU, zijn in het kader van de volgende bepalingen de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.

Ingevolge artikel 57, laatste alinea, van het VWEU, 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 artikel 1, eerste lid, van richtlijn 96/71 EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (PB 1997 L 18; hierna: de richtlijn) is de richtlijn van toepassing op in een lidstaat gevestigde ondernemingen die in het kader van transnationale dienstverrichtingen, overeenkomstig lid 3, werknemers ter beschikking stellen op het grondgebied van een andere lidstaat.

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 lidstaat ter beschikking stellen, in het kader van een overeenkomst tussen de onderneming van herkomst en de ontvanger van de dienst die in deze lidstaat 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 lidstaat 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 lidstaat 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.

Bij de overeenkomst, waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese Economische Gemeenschap en de Republiek Turkije (hierna: de Associatieovereenkomst) is een Associatieraad ingesteld. De Associatieovereenkomst is namens de Gemeenschap gesloten, goedgekeurd en bevestigd bij besluit 64/732/EEG van de Raad van de Gemeenschap van 23 december 1963 (PB 1964, 217).

Op 23 november 1970 is een Aanvullend Protocol bij de Associatieovereenkomst (hierna: het Aanvullend Protocol) ondertekend. Het is namens de Gemeenschap gesloten, goedgekeurd en bevestigd bij verordening (EEG) nr. 2760/72 van de Raad van 19 december 1972 (PB L 293). Voor het Europese deel van het Koninkrijk der Nederlanden is het protocol op 1 januari 1973 in werking getreden.

Ingevolge artikel 41, eerste lid, van het Aanvullend Protocol voeren de Overeenkomstsluitende partijen onderling geen nieuwe beperkingen in met betrekking tot de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten (hierna: de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol).

Ingevolge artikel 59 mag de behandeling van Turkije op de onder het Aanvullend Protocol vallende gebieden niet gunstiger zijn dan die welke de lidstaten elkaar toekennen krachtens het Verdrag tot oprichting van de Gemeenschap.

De Associatieraad heeft krachtens artikel 12 van de Associatieovereenkomst en artikel 36 van het Aanvullend Protocol op 20 december 1976 Besluit nr. 2/76 genomen, dat volgens artikel 1 ervan bedoeld is als een eerste stap op weg naar de verwezenlijking van het vrije verkeer van werknemers tussen de lidstaten van de Gemeenschap en Turkije.

Op 19 september 1980 heeft de Associatieraad Besluit nr. 1/80 betreffende de ontwikkeling van de Associatie genomen (hierna: Besluit nr. 1/80). Dit besluit dient er volgens de derde overweging van de considerans toe om op sociaal gebied de regeling voor werknemers en hun gezinsleden te verbeteren ten opzichte van de regeling die is ingevoerd bij voormeld Besluit nr. 2/76.

Ingevolge artikel 13 van Besluit nr. 1/80 mogen de lidstaten van de Gemeenschap en Turkije geen nieuwe beperkingen invoeren met betrekking tot de toegang tot de werkgelegenheid van werknemers en hun gezinsleden wier verblijf en arbeid op hun onderscheiden grondgebied legaal zijn (hierna: de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80).

Ingevolge artikel 16 is die bepaling met ingang van 1 december 1980 van toepassing.

Op 1 januari 1973 was de tewerkstelling van vreemdelingen in Nederland geregeld in de Wet arbeidsvergunning vreemdelingen 1964 (Stb. 1964, 72; hierna: de Wav 1964).

Ingevolge artikel 2 van de Wav 1964 is het vreemdelingen verboden krachtens overeenkomst tegen betaling, al dan niet in geld, in dienst van een ander arbeid te verrichten zonder vergunning.

Ingevolge artikel 12 is het verboden arbeid, tot het verrichten waarvan een vergunning als in artikel 2 van de Wav 1964 bedoeld vereist is, te doen verrichten door een vreemdeling, die niet in het bezit is van een zodanige vergunning.

Op 1 december 1980 was de tewerkstelling van vreemdelingen in Nederland geregeld in de Wet arbeid buitenlandse werknemers (Stb. 1978, 737; hierna: de Wabw).

Ingevolge artikel 1, aanhef en onderdeel b, onder 1°, van de Wabw, wordt voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde onder werkgever verstaan degene jegens wie een ander zich bij een arbeidsovereenkomst tot het verrichten van arbeid verbindt, behalve indien die ander als arbeidskracht aan een derde ter beschikking wordt gesteld en op deze terbeschikkingstelling de Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (Stb. 1965, 379) van toepassing is.

Ingevolge artikel 1, aanhef en onderdeel b, onder 3°, wordt onder werkgever tevens verstaan degene aan wie een ander als arbeidskracht ter beschikking wordt gesteld, indien op deze terbeschikkingstelling de Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten van toepassing is.

Ingevolge artikel 4 is het een werkgever verboden een vreemdeling arbeid te doen verrichten zonder vergunning van Onze Minister.

Ingevolge artikel 1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, wordt onder het ter beschikking stellen van arbeidskrachten verstaan het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, in diens onderneming verrichten van aldaar gebruikelijke arbeid.

Ingevolge artikel 1, derde lid, aanhef en onder a, worden voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde met een onderneming gelijkgesteld inrichtingen en kantoren die daartoe niet behoren.

Op dit geding is de Wav 1994 van toepassing zoals die wet luidde tot de inwerkingtreding van de wet van 25 juni 2009 (Stb. 2009, 265) op 1 juli 2009.

Ingevolge artikel 1, eerste lid, aanhef en onderdeel b, onder 1°, van de Wav 1994, 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 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 tewerkstellingsvergunning niet mag worden verlangd.

Ingevolge artikel 18 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 ter zake 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, aanhef en onder a, 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.

Ingevolge artikel 1e, eerste lid, van het Besluit uitvoering Wav, voor zover thans van belang, is het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wav 1994 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 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.

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 1994 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 de beleidsregels is gevoegd.

Volgens artikel 4 bestaat de totale bij een boetebeschikking op te leggen boete, ingeval sprake is van meer beboetbare feiten, uit de som van de per beboetbaar feit berekende boetebedragen.

Volgens de Tarieflijst is het boetenormbedrag voor overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav 1994 op € 8.000,00 gesteld per persoon per beboetbaar feit.

Feiten

2. Het door inspecteurs (hierna: de inspecteurs) van de Arbeidsinspectie (thans: de Inspectie SZW) op ambtsbelofte onderscheidenlijk ambtseed opgemaakte boeterapport van 8 maart 2010 houdt in dat uit een administratief onderzoek dat ten tijde van de controle op 15 mei 2008 bij een nevenvestiging van [appellante] in Geertruidenberg is verricht en dat is voortgezet op 19 en 20 mei 2008, is gebleken dat 29 vreemdelingen van Turkse nationaliteit (hierna: de Turkse vreemdelingen), twee vreemdelingen van ex-Joegoslavische nationaliteit, een vreemdeling van Marokkaanse nationaliteit en een vreemdeling van Macedonische nationaliteit (hierna tezamen: de vreemdelingen) tussen 1 januari 2008 en 20 mei 2008 bij de nevenvestiging arbeid hebben verricht, bestaande uit het opbouwen van steigers. Het boeterapport houdt voorts in dat [bedrijf A], gevestigd te [plaats], de opdracht voor deze werkzaamheden heeft aangenomen van [appellante]. [bedrijf A] heeft ter uitvoering van deze opdracht de vreemdelingen

ingeleend van [bedrijf B], gevestigd te [plaats], de Duitse onderneming waarbij de vreemdelingen in dienst waren. Voor de door de vreemdelingen bij [appellante] verrichte arbeid waren noch aan [appellante] en [bedrijf A], noch aan [bedrijf B] Nederlandse tewerkstellingsvergunningen afgegeven.

Besluiten

3. De minister heeft bij besluit van 11 mei 2010 aan [appellante] een boete van € 264.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav 1994. De minister heeft daaraan ten grondslag gelegd dat [appellante] de vreemdelingen arbeid heeft laten verrichten zonder te beschikken over tewerkstellingsvergunningen, terwijl die wel waren vereist. De minister heeft zich in dit verband op het standpunt gesteld dat, hoewel [appellante] heeft gesteld dat de vreemdelingen legaal in Duitsland werken en aldaar over een verblijfsvergunning beschikken, dat niet betekent dat zij in Nederland mogen verblijven en arbeid mogen verrichten zonder door het UWV WERKbedrijf afgegeven tewerkstellingsvergunningen. Dit was volgens de minister voor [appellante] ook kenbaar geweest indien zij voorafgaand aan de tewerkstelling van de vreemdelingen informatie had ingewonnen bij het UWV WERKbedrijf of de website van de overheid dan wel de Arbeidsinspectie had geraadpleegd. Dat [appellante] direct na de constatering van de overtreding tewerkstellingsvergunningen heeft aangevraagd en maatregelen heeft getroffen om te voorkomen dat zij de Wav 1994 opnieuw zal overtreden, doet volgens de minister niet af aan de begane overtreding. Van [appellante] mocht worden verwacht dat zij op de hoogte was van de relevante regelgeving en voorzieningen had getroffen om te voorkomen dat zij de Wav 1994 overtrad. Gelet hierop is [appellante] volledig te verwijten dat zij de Wav 1994 heeft overtreden en bestaat geen aanleiding de opgelegde boete te matigen, aldus de minister.

3.1. De minister heeft het door [appellante] tegen het besluit van 11 mei 2010 gemaakte bezwaar ongegrond verklaard bij besluit van 22 december 2010. De minister heeft daaraan ten grondslag gelegd dat, anders dan [appellante] heeft gesteld, de dienstverrichting door [bedrijf B] in dit geval slechts heeft bestaan uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten als bedoeld in artikel 1, derde lid, aanhef en onder c, van de richtlijn. Gedurende de verrichte werkzaamheden bestond volgens de minister een arbeidsverhouding tussen [bedrijf B] en de vreemdelingen. Daar komt bij dat, aldus de minister, de vreemdelingen de arbeid onder leiding en toezicht van [bedrijf A] hebben verricht en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten het enige doel was van de dienstverrichting door [bedrijf B]. Gelet hierop hebben de vreemdelingen de arbeid niet verricht in het kader van zuivere grensoverschrijdende dienstverrichting en diende [appellante], als opdrachtgever en daarmee werkgever van de vreemdelingen in de zin van de Wav 1994, over tewerkstellingsvergunningen te beschikken. Nu zich geen omstandigheden voordoen op grond waarvan de opgelegde boete onevenredig is in verhouding tot het doel van de Wav 1994, bestaat geen aanleiding deze te matigen, aldus de minister.

Arrest van het Hof in de gevoegde zaken Vicoplus e.a.

4. Het Hof heeft in het arrest van 10 februari 2011 in de gevoegde zaken C-307/09 tot en met C-309/09, Vicoplus e.a. (www.curia.europa.eu; hierna: het arrest Vicoplus) de voorgelegde prejudiciële vragen over grensoverschrijdende dienstverrichting als volgt beantwoord.

"1) De artikelen 56 VWEU en 57 VWEU verzetten zich er niet tegen dat een lidstaat, gedurende de overgangsperiode die is voorzien in hoofdstuk 2, punt 2, van bijlage XII bij de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Tsjechische Republiek, de Republiek Estland, de Republiek Cyprus, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, de Republiek Hongarije, de Republiek Malta, de Republiek Polen, de Republiek Slovenië en de Slowaakse Republiek en de aanpassing van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond, vereist dat voor de terbeschikkingstelling in de zin van artikel 1, lid 3, sub c, van richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, op zijn grondgebied, van werknemers die Pools onderdaan zijn, een tewerkstellingsvergunning wordt verkregen.

2) De terbeschikkingstelling van werknemers in de zin van artikel 1, lid 3, sub c, van richtlijn 96/71 is een dienstverrichting tegen vergoeding waarbij de ter beschikking gestelde werknemer in dienst blijft van de dienstverrichtende onderneming en er geen arbeidsovereenkomst tot stand komt met de inlenende onderneming. Zij wordt erdoor gekenmerkt dat de verplaatsing van de werknemer naar de lidstaat van ontvangst het doel op zich van de dienstverrichting door de dienstverlenende onderneming vormt en dat deze werknemer zijn taken onder toezicht en leiding van de inlenende onderneming vervult."

Aangevallen uitspraak

5. De rechtbank heeft in de aangevallen uitspraak, onder verwijzing naar het arrest Vicoplus, geoordeeld dat de minister zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat, nu de dienstverrichting door [bedrijf B] in dit geval slechts bestond uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten als bedoeld in artikel 1, derde lid, aanhef en onder c, van de richtlijn en geen tewerkstellingsvergunningen waren afgegeven, [appellante] terecht is beboet. De rechtbank heeft daartoe overwogen dat, hoewel het in het arrest Vicoplus ging om dienstverrichting die bestond uit terbeschikkingstelling van Poolse arbeidskrachten, uit dat arrest is af te leiden dat in een situatie waarin het tewerkstelling betreft van arbeidskrachten die onderdaan zijn van een derde land, de artikelen 56 en 57 van het VWEU zich niet verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat, in dit geval artikel 2, eerste lid, van de Wav 1994, op grond waarvan voor de terbeschikkingstelling van werknemers op het grondgebied van deze lidstaat een tewerkstellingsvergunning is vereist.

De rechtbank heeft over het door [appellante] in beroep ingenomen standpunt, dat de boeteoplegging in strijd is met de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80, overwogen dat, nu de Turkse vreemdelingen legaal in Duitsland werken en beschikken over een Duitse verblijfsvergunning, zij in Duitsland de aan het Associatierecht ontleende rechten kunnen inroepen. Gelet hierop en in aanmerking genomen dat het Associatierecht niet tot doel heeft Turkse werknemers rechtstreeks toegang te verlenen tot de Nederlandse arbeidsmarkt, anders dan wanneer deze legaal in Nederland verblijven en werken, kan [appellante] niet met succes beroep doen op de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80. De rechtbank heeft [appellante] evenmin gevolgd in haar standpunt dat de boeteoplegging in strijd is met de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol, nu [appellante] niet heeft gesteld en naar het oordeel van de rechtbank niet is gebleken dat de Turkse vreemdelingen diensten hebben verleend of anderszins moeten worden aangemerkt als zelfstandigen.

Beoordeling

Onzuivere grensoverschrijdende dienstverrichting

6. [appellante] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat uit het arrest Vicoplus kan worden afgeleid dat de artikelen 56 en 57 van het VWEU zich niet verzetten tegen het vereiste van een tewerkstellingsvergunning. Zij voert daartoe aan dat het arrest Vicoplus niet van toepassing is op deze zaak omdat de tewerkgestelde vreemdelingen, anders dan in het arrest Vicoplus, afkomstig zijn uit een derde land. Gelet hierop en in aanmerking genomen dat de vreemdelingen beschikten over verblijfsrecht in Duitsland, in dat land gerechtigd waren om te werken en na de in Nederland verrichte werkzaamheden weer terugkeerden naar Duitsland, heeft de rechtbank niet onderkend dat de door de vreemdelingen verrichte werkzaamheden als grensoverschrijdende dienstverrichting moeten worden aangemerkt waarvoor geen tewerkstellingsvergunningen mochten worden geëist, aldus [appellante]. [appellante] heeft de Afdeling verzocht hierover prejudiciële vragen te stellen aan het Hof.

6.1. Het Hof heeft in het arrest Vicoplus in punt 37 overwogen dat in de arresten van 21 oktober 2004 in zaak C-445/03, Commissie tegen Luxemburg, en 21 september 2006 in zaak C-168/04, Commissie tegen Oostenrijk (beide: www.curia.europa.eu), weliswaar niet uitdrukkelijk is verwezen naar punt 16 van het arrest van het Hof van 27 maart 1990 in zaak C-113/89, Rush Portuguesa (www.curia.europa.eu), maar wel naar punt 17 van laatstvermeld arrest. Daarin is uiteengezet dat uit punt 16 voortvloeit dat een lidstaat moet kunnen nagaan, mits daarbij de door het Unierecht gestelde grenzen in acht worden

genomen, of een dienstverrichting niet in werkelijkheid terbeschikkingstelling van arbeidskrachten tot doel heeft, die geen recht op vrij verkeer van werknemers hebben. Nu, zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 30 november 2011 in zaak nr. 201012777/1/V6), de arresten Commissie tegen Luxemburg en Commissie tegen Oostenrijk, evenals voorliggende zaak, betrekking hebben op de situatie waarin een in een lidstaat gevestigde onderneming onderdanen van een derde land ter beschikking stelde voor het verrichten van diensten in een andere lidstaat, dient uit de onder 4 weergegeven beantwoording van de eerste vraag in het arrest Vicoplus te worden afgeleid dat de artikelen 56 en 57 van het VWEU zich er evenmin tegen verzetten dat een lidstaat vereist dat voor de terbeschikkingstelling in de zin van artikel 1, derde lid, sub c, van de richtlijn, op zijn grondgebied van werknemers die afkomstig zijn uit een derde land, een tewerkstellingsvergunning wordt verkregen.

Gelet op het vorenstaande en nu niet in geschil is dat de dienstverrichting door [bedrijf B] in dit geval alleen heeft bestaan uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in vorenbedoelde zin, heeft de rechtbank in zoverre terecht geoordeeld dat de minister [appellante] terecht heeft beboet. Er bestaat gelet op het arrest van het Hof van 6 oktober 1982, zaak 283/81, Cilfit, punten 13 en 14, (www.curia.europa.eu), anders dan [appellante] voorstelt, in zoverre geen aanleiding tot het stellen van prejudiciële vragen, aangezien de door [appellante] opgeworpen vraag kan worden beantwoord aan de hand van de rechtspraak van het Hof.

Het betoog faalt.

De standstill-bepalingen van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 en artikel 41 van het Aanvullend Protocol

7. [appellante] betoogt voorts dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat zij met betrekking tot de tewerkstelling van de Turkse vreemdelingen niet met succes beroep kan doen op de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80. Zij voert daartoe aan, onder verwijzing naar de arresten van het Hof van 17 september 2009 in zaak C-242/06, Sahin (hierna: het arrest Sahin), 29 april 2010 in zaak C-92/07, Commissie tegen Koninkrijk der Nederlanden (hierna: het arrest Commissie tegen Nederland) en 9 december 2010 in zaak C-300/09, Toprak en Oguz (alle: www.curia.europa.eu), dat beperkingen van de uitoefening van het vrije verkeer van werknemers die niet reeds bestonden bij de inwerkingtreding van de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80, daarmee in strijd zijn. [appellante] voert voorts aan dat met de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 niet is beoogd Turkse werknemers te beschermen die reeds in een lidstaat verblijven en aldaar beschikken over een verblijfs- en tewerkstellingsvergunning, maar dat deze bepaling juist van toepassing is op Turkse staatsburgers voor wie dat nog niet geldt, zoals de onderhavige Turkse werknemers in Nederland. [appellante] voert verder aan dat voor de inwerkingtreding van Besluit nr. 1/80 op 1 december 1980, voor werkgevers weliswaar ingevolge de Wabw een vergunningplicht gold ten aanzien van Turkse werknemers, maar dat het daarbij louter ging om het verrichten van arbeid op grond van een arbeidsovereenkomst tussen een Nederlandse werkgever en een Turkse werknemer. Gelet hierop en op de uitspraak van de Afdeling van 2 februari 2011 in zaak nr. 201002877/1/V6, hierna: de uitspraak van 2 februari 2011) mist het ruime werkgeversbegrip van de Wav 1994, op grond waarvan zij als opdrachtgever vergunningplichtig is ten aanzien van de Turkse vreemdelingen, in dit geval toepassing en is zij in zoverre ten onrechte beboet, aldus [appellante].

7.1. Het Hof heeft onder punt 2 van het arrest Commissie tegen Nederland overwogen dat, gelet op artikel 2, eerste lid, van de Associatieovereenkomst, deze overeenkomst tot doel heeft de gestadige en evenwichtige versterking van de commerciële en economische betrekkingen tussen de Overeenkomstsluitende partijen te bevorderen, met inbegrip van die inzake arbeidskrachten, door geleidelijk het vrije verkeer van werknemers tot stand te brengen en door de beperkingen van de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten op te heffen.

Het Hof heeft in het arrest van 21 oktober 2003 in de gevoegde zaken C-317/01 en C-369/01, Abatay en Sahin (www.curia.europa.eu, hierna: het arrest Abatay en Sahin, punten 66 tot en met 74 en 117), overwogen dat de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 in het algemeen de invoering verbiedt van alle nieuwe maatregelen die tot doel of tot gevolg zouden hebben dat de uitoefening door een

Turks onderdaan van werknemersverkeer op het nationaal grondgebied wordt onderworpen aan strengere voorwaarden dan die welke voor de betrokken lidstaat golden bij de inwerkingtreding van Besluit nr. 1/80.

7.2. [appellante] heeft aan [bedrijf A] opdracht gegeven tot het verrichten van de onder 2 omschreven arbeid. [bedrijf A] heeft ter uitvoering van deze opdracht de Turkse vreemdelingen ingeleend van [bedrijf B], de in Duitsland gevestigde onderneming waarbij de vreemdelingen in dienst waren.

7.3. Uit de toepasselijke wettelijke bepalingen, weergegeven onder 1, volgt dat vóór de inwerkingtreding van Besluit nr. 1/80 voor een werkgever een vergunningplicht gold ingevolge artikel 1, aanhef en onderdeel b, onder 1°, van de Wabw indien deze een vreemdeling arbeid liet verrichten op grond van een arbeidsovereenkomst, behalve indien de vreemdeling ter beschikking werd gesteld aan een derde en op die terbeschikkingstelling de Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten van toepassing was. Ingevolge artikel 1, aanhef en onderdeel b, onder 3°, van de Wabw, was in dat geval degene aan wie de vreemdeling ter beschikking werd gesteld, werkgever in de zin van die wet. Hieruit volgt dat [bedrijf A], welk bedrijf de vreemdelingen heeft ingeleend van [bedrijf B], ook vóór de inwerkingtreding van Besluit nr. 1/80 vergunningplichtig werkgever zou zijn geweest. Anders dan [appellante] stelt, gold vóór de inwerkingtreding van Besluit nr. 1/80 de vergunningplicht ten aanzien van een Turkse vreemdeling niet uitsluitend voor degene die deze vreemdeling arbeid liet verrichten op grond van een arbeidsovereenkomst, doch evenzeer voor inlenende ondernemingen.

7.4. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de artikelen 1 en 2 van de Wav 1994 (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, blz. 13 en nr. 5, blz. 2) volgt dat degene die een vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten vergunningplichtig werkgever is en dat deze werkgever te allen tijde verantwoordelijk is voor en aanspreekbaar op het al dan niet aanwezig zijn van de benodigde tewerkstellingsvergunning. Of sprake is van een arbeidsovereenkomst of gezagsverhouding is daarbij niet relevant. Dat in opdracht of ten dienste van een werkgever arbeid wordt verricht is voor het feitelijk werkgeverschap reeds voldoende. Deze aanpassing was nodig omdat in de praktijk steeds naar wegen werd gezocht om via sluipwegen en ingewikkelde constructies het verbod vreemdelingen tewerk te stellen - en daarmee de vergunningplicht - te ontgaan. Er is gekozen voor een zodanig ruime definitie dat er in feite altijd sprake is van een vergunningplicht, tenzij kan worden aangetoond dat een van de uitzonderingen van toepassing is (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, blz. 4).

Gelet op dit ruime werkgeversbegrip van de Wav 1994 geldt in een situatie als hier aan de orde het vereiste van een tewerkstellingsvergunning niet alleen voor de inlenende onderneming, in dit geval [bedrijf A], maar ook voor de andere werkgevers in de werkgeversketen, waaronder de opdrachtgever, in dit geval [appellante]. Derhalve betoogt [appellante] terecht dat in de Nederlandse rechtsorde het begrip 'werkgever' is verruimd door de invoering van de Wav 1994.

8. De Afdeling ziet zich gesteld voor de vraag of deze verruiming moet worden aangemerkt als een nieuwe beperking in de zin van de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 en, in het verlengde daarvan, of de boeteoplegging aan [appellante] daarmee in strijd is. Daartoe dient eerst de vraag te worden beantwoord, of [appellante] zich op deze bepaling kan beroepen. Op een aantal punten biedt de bestaande rechtspraak van het Hof voor de beantwoording van deze vraag naar het oordeel van de Afdeling onvoldoende duidelijkheid. In dit verband wordt het volgende overwogen.

8.1. Het Hof heeft onder punt 58 en 59 van het arrest Abatay en Sahin overwogen dat zowel artikel 41, eerste lid, van het Aanvullend Protocol als artikel 13 van Besluit nr. 1/80 rechtstreekse werking hebben. Uit de duidelijke, nauwkeurige en onvoorwaardelijke bewoordingen van deze artikelen blijkt dat zij ondubbelzinnige standstill-bepalingen bevatten, welke een door de overeenkomstsluitende partijen aangegane verplichting inhouden, die juridisch gezien erop neerkomt dat zij niet mogen ingrijpen. Op beide bepalingen kan derhalve door Turkse onderdanen op wie zij van toepassing zijn, voor de nationale rechter een beroep worden gedaan om ermee strijdige regels van nationaal recht buiten toepassing te laten. Hieruit volgt dat de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 in ieder geval voor de nationale rechter kan worden ingeroepen door werknemers. Met betrekking tot de standstill-bepaling van

artikel 41 van het Aanvullend Protocol heeft het Hof in de punten 105, 106 en 117 van het arrest Abatay en Sahin bepaald dat dit artikel niet alleen door de dienstverrichter zelf kan worden ingeroepen, maar ook door diens werknemers.

Het Hof heeft voorts onder punt 18 tot en met 25 van het arrest van 7 mei 1998 in zaak C-350/96, Clean Car (www.curia.europa.eu; hierna: het arrest Clean Car) overwogen, dat artikel 45, eerste lid, van het VWEU in algemene bewoordingen bepaalt dat het vrij verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap tot stand wordt gebracht. Hoewel de uit artikel 45 voortvloeiende rechten ongetwijfeld ten goede komen aan degenen op wie dit artikel rechtstreeks betrekking heeft, werknemers, wijst niets in de bewoordingen van die bepaling erop dat deze rechten niet ook kunnen worden ingeroepen door anderen, met name werkgevers. Het recht van werknemers om zonder discriminatie te worden tewerkgesteld en een beroep uit te oefenen, wil het doeltreffend en zinvol zijn, moet noodzakelijkerwijs het recht van werkgevers als complement hebben om werknemers met inachtneming van de regels betreffende het vrije verkeer in dienst te nemen.

De Afdeling leidt uit deze rechtspraak van het Hof af dat ook een werkgever zich kan beroepen op de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80, maar dat daarmee niet is gezegd dat dit ook geldt voor opdrachtgevers als [appellante], die in het kader van de Wav 1994 als werkgever worden aangemerkt. Niet duidelijk is of [appellante] zich in dit geding kan beroepen op de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80.

8.2. Zoals volgt uit het arrest van het Hof van 18 juli 2007 in zaak C-325/05, Derin (www.curia.europa.eu), hebben Turkse werknemers, anders dan werknemers uit de lidstaten, niet het recht zich vrij binnen de Europese Unie te verplaatsen, maar genieten zij bepaalde andere rechten en dat alleen in de lidstaat van ontvangst.

Het Hof heeft onder punt 79 en 81 van het arrest Abatay en Sahin overwogen dat het doel van de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 niet is de bescherming van de rechten van Turkse onderdanen op het gebied van het verrichten van arbeid, aangezien die rechten reeds volledig zijn geregeld in artikel 6 van Besluit nr. 1/80. Wel beoogt de standstill-bepaling van artikel 13 ten aanzien van de voorwaarden voor toegang tot de arbeidsmarkt een situatie te scheppen waarin de nationale autoriteiten zich onthouden van het vaststellen van bepalingen die de verwezenlijking van de doelstelling van Besluit nr. 1/80 - de invoering van het vrij verkeer van werknemers - hinderen. De standstill-bepaling is, zoals het Hof heeft overwogen onder punt 51 en 52 van het arrest Sahin, niet bedoeld om reeds in de arbeidsmarkt van een lidstaat geïntegreerde Turkse onderdanen te beschermen, maar om juist van toepassing te zijn op Turkse onderdanen die nog niet in aanmerking komen voor de rechten op het gebied van arbeid en, in samenhang daarmee, van verblijf uit hoofde van artikel 6, eerste lid, van Besluit nr. 1/80.

De Afdeling leidt uit deze rechtspraak van het Hof af dat voor een succesvol beroep op de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 niet is vereist dat de betrokken Turkse onderdanen rechten kunnen ontlenen aan artikel 6 van Besluit nr. 1/80. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen is de standstill-bepaling van artikel 13 ook van toepassing op Turkse onderdanen die voornemens zijn toe te treden tot de arbeidsmarkt (uitspraak van 6 juli 2010 in zaak nr. 200806533/1/V3). Dit laat onverlet dat met artikel 6 en artikel 13 wordt beoogd dezelfde, hiervoor weergegeven doelstelling van Besluit nr. 1/80 te verwezenlijken, te weten de geleidelijke invoering van het vrij verkeer van werknemers. Nu het Hof heeft vastgesteld dat Turkse onderdanen aan artikel 6 van Besluit nr. 1/80 slechts rechten kunnen ontlenen in de lidstaat van ontvangst, zou hetzelfde kunnen gelden voor de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80.

In deze zaak hebben de Turkse vreemdelingen niet in Duitsland, de lidstaat die voor zover artikel 6 van Besluit nr. 1/80 betreft moet worden aangemerkt als hun gastlidstaat, ten behoeve van [appellante] arbeid verricht. Zij waren voorts niet voornemens toe te treden tot de Nederlandse arbeidsmarkt, aangezien zij in Nederland slechts verbleven in het kader van grensoverschrijdende dienstverrichting en na de ten behoeve

van [appellante] verrichte arbeid zijn teruggekeerd naar Duitsland.

Gelet op het vorenstaande is niet duidelijk of in de onderhavige zaak de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 door [appellante] kan worden ingeroepen.

9. [appellante] betoogt verder dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat zij met betrekking tot de tewerkstelling van de Turkse vreemdelingen evenmin met succes beroep kan doen op de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol. [appellante] voert daartoe aan dat de rechtbank niet heeft onderkend, dat de vreemdelingen ten behoeve van [bedrijf A] en [bedrijf B] diensten hebben verricht en derhalve gebruik hebben gemaakt van het vrij verkeer van diensten als bedoeld in de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol. Gelet hierop heeft de rechtbank miskend dat de minister haar ten aanzien van de Turkse vreemdelingen ten onrechte het vereiste van een tewerkstellingsvergunning heeft tegengeworpen, aldus [appellante].

9.1. Gelet op hetgeen onder 6.1 is overwogen kan niet worden staande gehouden dat de Turkse vreemdelingen zelf diensten hebben verricht ten behoeve van [bedrijf A] en [bedrijf B]. Voorts is niet in geschil dat de vreemdelingen de onder 2 omschreven arbeid niet als zelfstandigen hebben verricht. De standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol is derhalve niet op de Turkse vreemdelingen van toepassing, zodat de rechtbank in zoverre terecht heeft geoordeeld dat [appellante] hierop geen succesvol beroep kan doen.

In zoverre faalt het betoog.

9.2. Dit laat onverlet dat [appellante], als opdrachtgever van de door de vreemdelingen verrichte arbeid, is aan te merken als ontvanger van dienstverrichting door [bedrijf A]. Zoals is overwogen onder 6.1, is [bedrijf A] naast [appellante] aan te merken als ontvanger van dienstverrichting door [bedrijf B], die in dit geval heeft bestaan uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de zin van artikel 1, derde lid, sub c, van de richtlijn. Derhalve dient te worden beoordeeld of [appellante] zich in zoverre kan beroepen op de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol.

9.3. Het Hof heeft onder punt 107 van het arrest Abatay en Sahin overwogen dat, hoewel volgens vaste rechtspraak het recht van vrije dienstverrichting door een dienstverrichter kan worden ingeroepen tegenover de lidstaat waarin hij is gevestigd, degene ten behoeve van wie de diensten worden verricht in een andere lidstaat moet zijn gevestigd. In punt 108 van dit arrest heeft het Hof hieraan de gevolgtrekking verbonden dat ook de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol niet kan worden ingeroepen wanneer de dienstverrichter en de dienstenontvanger in dezelfde lidstaat zijn gevestigd.

Nu zowel [bedrijf A] als [appellante] zijn gevestigd in Nederland, kan [appellante] derhalve de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol niet inroepen ten aanzien van de door [bedrijf A] aan haar verleende diensten.

[bedrijf B] heeft wèl diensten verricht ten behoeve van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming, [bedrijf A]. Deze dienstverrichting, bestaande uit intra-communautaire terbeschikkingstelling van arbeidskrachten, was onderworpen aan de artikelen 56 en 57 VWEU. Onder 6.1 is reeds getoetst of de aan [appellante] tegengeworpen nationale maatregel - het in artikel 2, eerste lid, van de Wav 1994 neergelegde vereiste om over tewerkstellingsvergunningen te beschikken - in strijd is met de artikelen 56 en 57 van het VWEU. Het is de Afdeling niet duidelijk, of uit de punten 107 en 108 van het arrest Abatay en Sahin moet worden afgeleid dat de dienstverrichting door [bedrijf B] aan [bedrijf A] naast de artikelen 56 en 57 van het VWEU tevens is onderworpen aan de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol. In dit verband wijst de Afdeling, onder verwijzing naar punt 69 van het arrest Sahin, ook op artikel 59 van het Aanvullend Protocol, dat lidstaten verbiedt Turkse staatsburgers gunstiger te behandelen dan in een vergelijkbare situatie verkerende Unieburgers. Artikel 56 van het VWEU bevat anders dan artikel 41 van het Aanvullend Protocol geen standstilbepaling, zodat in een vergelijkbare situatie Turkse staatsburgers zich wel tegen nieuwe wetgeving zouden kunnen verzetten en Unieburgers

niet. Niet duidelijk is of, indien de dienstverrichting door [bedrijf B] aan [bedrijf A] onder het bereik van de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol zou vallen, in onderhavige zaak ook [appellante] daarop een beroep kan doen.

10. Gelet op hetgeen hiervoor onder 8.1 tot en met 9.3 is overwogen, is voor de Afdeling niet buiten tot prejudiciële verwijzing nopende twijfel, of [appellante] zich kan beroepen op de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 of op de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol. De Afdeling ziet dan ook aanleiding het Hof te verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op de volgende vraag:

I. Kan in een situatie als aan de orde in het hoofdgeding een opdrachtgever die ingevolge artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen 1994 moet worden aangemerkt als werkgever van de desbetreffende Turkse werknemers, zich jegens de Nederlandse overheid beroepen op de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 of de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol?

11. Indien het Hof voormelde vraag bevestigend beantwoordt, moet vervolgens worden beoordeeld of het vereiste van een tewerkstellingsvergunning ten opzichte van de op 1 januari 1973 dan wel 1 december 1980 geldende regelgeving een nieuwe beperking behelst als bedoeld in onderscheidenlijk de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol en de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80. Het door [appellante] hierover ingenomen standpunt wordt aldus begrepen dat het ruimere werkgeversbegrip dat in de Wav 1994 wordt gehanteerd, ertoe leidt dat de Turkse vreemdelingen verder worden beperkt in hun toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt. De Afdeling begrijpt het door de minister hierover ingenomen standpunt aldus dat, omdat Duitsland moet worden aangemerkt als zogenoemde gastlidstaat, de Turkse vreemdelingen alleen in die lidstaat rechten hebben opgebouwd en dat [appellante] zich niet met succes kan beroepen op de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80.

De rechtspraak van het Hof biedt ook over het begrip ‘’beperking’’ de Afdeling onvoldoende houvast voor het beslechten van het geschil. Het Hof heeft in punt 63 van het arrest Sahin dit begrip uitgelegd als alle nieuwe nationale maatregelen die tot doel of tot gevolg hebben dat aan de gebruikmaking door een Turks staatsburger van het vrij verkeer van werknemers op het nationale grondgebied, strengere voorwaarden worden gesteld dan die welke golden bij de inwerkingtreding van Besluit nr. 1/80. Die rechtspraak heeft echter betrekking op nationale maatregelen die direct raken aan de rechten van arbeid en verblijf onderscheidenlijk vestiging en dienstverlening. Niet duidelijk is voor de Afdeling welke nationale maatregelen niet vallen onder het begrip beperking. De Afdeling staat voor de vraag, of de voorliggende zaak daarvan een voorbeeld is. Daartoe wordt het volgende overwogen.

11.1. Met de onder 7.4 weergegeven wetswijziging is beoogd de handhaving van de bestaande beperkingen van het recht van buitenlandse werknemers om in Nederland te worden tewerkgesteld, te verbeteren door uitbreiding van de kring van werkgevers voor wie de vergunningplicht op grond van de Wav 1994 geldt. De mogelijkheden van Turkse vreemdelingen om te worden toegelaten tot de Nederlandse arbeidsmarkt worden daarmee naar het oordeel van de Afdeling niet beperkt. Dat het in artikel 2, eerste lid, van de Wav 1994 neergelegde vereiste van een tewerkstellingsvergunning ook geldt voor een opdrachtgever, laat onverlet dat het ook vóór de inwerkingtreding van de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 en de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol verboden was een Turkse vreemdeling in Nederland op basis van een arbeidsovereenkomst arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning, zoals in dit geval door [bedrijf B]. Dit verbod gold sinds de inwerkingtreding van de Wabw in 1979, derhalve na de inwerkingtreding van het Aanvullend Protocol, maar voor de inwerkingtreding van Besluit nr. 1/80, niet uitsluitend voor de werkgever die de betrokken vreemdeling arbeid liet verrichten op grond van een arbeidsovereenkomst, doch ook voor inleners zoals in dit geval [bedrijf A]. Het is de Afdeling niet duidelijk of door voormelde wetswijziging strengere voorwaarden worden gesteld als bedoeld in punt 63 van het arrest Sahin.

11.2. Zoals volgt uit onder meer de arresten van het Hof van 7 maart 1990 in zaak C-69/88, Krantz, punt 11, 20 juni 1996 in zaak C-418/93, Semeraro Casa Uno, punt 32, 27 januari 2000 in zaak C-190/98, Graf,

punt 24-25, 1 april 2008 in zaak C-212/06, Regering van de Franse Gemeenschap en Waalse regering, punt 51, en 7 april 2011 in zaak C-291/09, Francesco Guarnieri & Cie (hierna: het arrest Francesco Guarnieri & Cie), punt 17 (alle: www.curia.europa.eu), staan onderscheidenlijk de artikelen 34, 45 en 49 van het VWEU niet in de weg aan nationale maatregelen, indien de gestelde beperkende werking daarvan te onzeker en indirect is om op grond daarvan te kunnen aannemen dat het vrij verkeer van goederen, het vrij verkeer van werknemers of de vrijheid van vestiging worden belemmerd. Uit onder meer het arrest Francesco Guarnieri & Cie blijkt dat dit ook het geval kan zijn indien de betrokken nationale maatregel onderscheid maakt naar nationaliteit.

11.3. Een vergelijkbare benadering zou kunnen opgaan voor de uitleg van het begrip beperking in de zin van beide standstill-bepalingen. Het begrip ''belemmering'' is in de rechtspraak over de onder 11.2 vermelde bepalingen van het VWEU door het Hof zeer ruim uitgelegd, maar indien het Hof het begrip heeft begrensd, dan zou een dergelijke begrenzing des temeer kunnen gelden voor het begrip ''beperking". In de voorliggende zaak is het door [appellante] gestelde gevolg van het ruimere werkgeversbegrip dat in de Wav 1994 wordt gehanteerd - een verdere beperking van de toegang van Turkse werknemers tot de Nederlandse arbeidsmarkt - te onzeker en indirect om te kunnen leiden tot het oordeel dat zich door de invoering van die wet een beperking voordoet in de zin van de standstill-bepalingen. Zoals immers is overwogen onder 11.1, gold het in artikel 2, eerste lid, van de Wav 1994 neergelegde vereiste van een tewerkstellingsvergunning ook vóór de inwerkingtreding van de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 en de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol, zij het niet voor een opdrachtgever als [appellante].

Zelfs indien ervan moet worden uitgegaan dat met de onder 7.4 weergegeven wetswijziging strengere voorwaarden worden gesteld als bedoeld in punt 63 van het arrest Sahin, staan, gelet op het vorenstaande, de standstill-bepalingen van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 en artikel 41 van het Aanvullend Protocol naar het oordeel van de Afdeling niet in de weg aan het tegenwerpen van het vereiste van een tewerkstellingsvergunning aan [appellante]. Het is echter niet zeker, of de onder 11.2 vermelde rechtspraak van het Hof van overeenkomstige toepassing is op de standstill-bepalingen en of de Afdeling terecht van oordeel is dat het door [appellante] gestelde gevolg van het ruimere werkgeversbegrip dat in de Wav wordt gehanteerd, te onzeker en indirect als bedoeld in die rechtspraak is om te kunnen aannemen dat het communautaire vrij verkeer wordt belemmerd.

11.4. Indien door de onder 7.4 weergegeven wetswijziging strengere voorwaarden worden gesteld als bedoeld in punt 63 van het arrest Sahin, de onder 11.2 vermelde rechtspraak van het Hof niet van toepassing is op de voorliggende zaak en [appellante] moet worden gevolgd in haar betoog, dat de boeteoplegging in strijd is met de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 of de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol, dan leidt dat ertoe dat in een situatie als hier aan de orde, waarin het de tewerkstelling betreft van zowel Turkse vreemdelingen als andere derdelanders en de dienstverlening van de uitlenende onderneming alleen heeft bestaan uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de zin van artikel 1, derde lid, sub c, van de richtlijn, het in artikel 2, eerste lid, van de Wav 1994 neergelegde vergunningvereiste niet mag worden gesteld ten aanzien van de Turkse vreemdelingen, maar wel ten aanzien van de andere tewerkgestelde derdelanders. Dit laatste geldt, gelet op het arrest Vicoplus, evenzeer ten aanzien van vreemdelingen die onderdaan zijn van Bulgarije of Roemenië, de lidstaten waarvoor thans de onder 4 bedoelde toetredingsvoorwaarden gelden. Het is de Afdeling niet duidelijk hoe dit zich verhoudt tot artikel 59 van het Aanvullend Protocol, op grond waarvan de behandeling van Turkije op de onder dit protocol vallende gebieden niet gunstiger mag zijn dan die welke de lidstaten elkaar toekennen krachtens het Verdrag tot oprichting van de Gemeenschap.

12. Gelet op hetgeen hiervoor onder 11.1 tot en met 11.4 is overwogen, is voor de Afdeling niet buiten tot prejudiciële verwijzing nopende twijfel of het tegenwerpen van het vereiste van een tewerkstellingsvergunning aan [appellante] een nieuwe beperking behelst als bedoeld in de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 of artikel 41 van het Aanvullend Protocol. De Afdeling ziet dan ook aanleiding het Hof te verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op de volgende vragen:

II.a Moet de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 of de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol aldus worden uitgelegd dat deze in de weg staat aan de invoering van een verbod als bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen 1994, voor opdrachtgevers om werknemers, met de nationaliteit van een derde land, in dit geval Turkije, zonder tewerkstellingsvergunning in Nederland arbeid te laten verrichten, indien deze werknemers in dienst zijn bij een Duitse onderneming en via een Nederlandse inlenende onderneming ten behoeve van de opdrachtgever in Nederland werken?

II.b Is daarbij van belang dat het een werkgever reeds vóór de inwerkingtreding van zowel de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol als de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 verboden was een vreemdeling zonder tewerkstellingsvergunning arbeid te laten verrichten op grond van een arbeidsovereenkomst en dat dit verbod eveneens vóór de inwerkingtreding van de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 is uitgebreid tot inlenende ondernemingen aan wie vreemdelingen ter beschikking worden gesteld?

13. Gelet op hetgeen onder 10 en 12 is overwogen, zal de behandeling van het hoger beroep worden geschorst, als na te melden.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verzoekt het Hof van Justitie bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op de volgende vragen:

I. Kan in een situatie als aan de orde in het hoofdgeding een opdrachtgever die ingevolge artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen 1994 moet worden aangemerkt als werkgever van de desbetreffende Turkse werknemers, zich jegens de Nederlandse overheid beroepen op de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 of de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol?

II.a Moet de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 of de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol aldus worden uitgelegd dat deze in de weg staat aan de invoering van een verbod als bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen 1994, voor opdrachtgevers om werknemers, met de nationaliteit van een derde land, in dit geval Turkije, zonder tewerkstellingsvergunning in Nederland arbeid te laten verrichten, indien deze werknemers in dienst zijn bij een Duitse onderneming en via een Nederlandse inlenende onderneming ten behoeve van de opdrachtgever in Nederland werken?

II.b Is daarbij van belang dat het een werkgever reeds vóór de inwerkingtreding van zowel de standstill-bepaling van artikel 41 van het Aanvullend Protocol als de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 verboden was een vreemdeling zonder tewerkstellingsvergunning arbeid te laten verrichten op grond van een arbeidsovereenkomst en dat dit verbod eveneens vóór de inwerkingtreding van de standstill-bepaling van artikel 13 van Besluit nr. 1/80 is uitgebreid tot inlenende ondernemingen aan wie vreemdelingen ter beschikking worden gesteld?

II. schorst de behandeling en houdt iedere verdere beslissing aan.

Aldus vastgesteld door mr. M.G.J. Parkins-de Vin, voorzitter, en mr. A.W.M. Bijloos en mr. E. Steendijk, leden, in tegenwoordigheid van mr. L. Groenendijk, ambtenaar van staat.

w.g. Parkins-de Vin w.g. Groenendijk

voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 20 februari 2013

164-670.