

GEMEENSCHAPPELIJK HOF VAN JUSTITIE
VAN ARUBA, CURAÇAO, SINT MAARTEN
EN VAN BONAIRE, SINT EUSTATIUS EN SABA

Uitspraak op het hoger beroep van:

Extreme Cleaning & Construction Services B.V., gevestigd op Bonaire
(hierna: Extreme Cleaning),

appellante,

tegen de uitspraak van het Gerecht in eerste aanleg van Bonaire,
Sint Eustatius en Saba van 27 februari 2020 in zaak nr. BON201900384, in
het geding tussen:

appellante

en

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

Procesverloop

Bij beschikking uitgereikt op 28 januari 2019 heeft de minister de aanvraag van Extreme Cleaning om een tewerkstellingsvergunning voor haar werknemer R.E. Perea Ruiz afgewezen.

Bij beschikking van 16 mei 2019 heeft de minister het daartegen door Extreme Cleaning gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 27 februari 2020 (hierna: de aangevallen uitspraak) heeft het Gerecht het door Extreme Cleaning daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard.

Tegen de aangevallen uitspraak heeft Extreme Cleaning hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

Het Hof heeft de zaak ter zitting behandeld in Curaçao op 1 juni 2021. Extreme Cleaning, vertegenwoordigd door mr. M. Bijkerk, advocaat, en de minister, vertegenwoordigd door Z.M.M. Cecilia-Wolff, werkzaam bij de Unit Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Rijksdienst Caribisch Nederland, zijn verschenen. Zij hebben aan de zitting deelgenomen via een videoverbinding met Bonaire.

Overwegingen

Inleiding

1. De toepasselijke nationale regelgeving is opgenomen in de bijlage bij deze uitspraak.
2. Op 16 oktober 2018 heeft Extreme Cleaning een tewerkstellingsvergunning aangevraagd voor Perea Ruiz, die is geboren op 20 februari 1967 en de Colombiaanse nationaliteit heeft, voor de functie van metselaar. Voor hem was eerder een tewerkstellingsvergunning verleend voor de periode van 11 oktober 2016 tot 11 oktober 2017. In september 2017 heeft Perea Ruiz zich ziek gemeld omdat hij aan longkanker leed. Als gevolg daarvan is hij ongeveer twee jaar volledig arbeidsongeschikt geweest. Aan de, in bezwaar gehandhaafde, afwijzing van aanvraag voor een nieuwe tewerkstellingsvergunning heeft de minister ten grondslag gelegd dat Perea Ruiz ouder is dan 45 jaar. Daarbij heeft de minister betrokken dat aannemelijk is dat Perea Ruiz als gevolg van zijn medische situatie een beroep zal kunnen doen op de openbare kas.

Het verbod om een vreemdeling zonder tewerkstellingsvergunning arbeid te laten verrichten

3. Extreme Cleaning betoogt in dit verband allereerst dat het in artikel 2 van de Wet arbeid vreemdelingen BES (hierna: de Wav BES) opgenomen verbod om een vreemdeling zonder tewerkstellingsvergunning

arbeid te laten verrichten zo vergaand is, dat feitelijk sprake is van een arbeidsverbod voor de vreemdeling. Dat is in strijd met het recht op arbeid zoals neergelegd in artikel 6 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (hierna: het IVBPR), in samenhang gelezen met artikel 5 van het IVBPR en artikel 5 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (hierna: het IVESCR). Ook is een zodanig arbeidsverbod voor vreemdelingen in strijd met het discriminatieverbod in artikel 26 van het IVBPR. Verder is het in strijd met zowel artikel 6, artikel 7 als artikel 9 van het IVBPR omdat vreemdelingen daardoor niet in hun levensonderhoud kunnen voorzien, wat hun recht op leven en vrijheid beperkt. Het leidt ook tot een onmenselijke en vernederende behandeling omdat de vreemdeling in vergelijking met lokale werknemers wordt behandeld als tweederangsburger.

3.1. Artikel 5 van het IVESCR en artikel 5 van het IVBPR bepalen dat geen bepaling van het verdrag zodanig mag worden uitgelegd alsof zij het recht zou inhouden enige activiteit te ontplooiën of daad te verrichten die ten doel heeft de in het verdrag erkende rechten of vrijheden te vernietigen of meer te beperken dan bij het verdrag is voorzien.

Artikel 6 van het IVESCR bepaalt dat staten die partij zijn bij het verdrag het recht op arbeid erkennen, dat insluit het recht van een ieder op de mogelijkheid in zijn onderhoud te voorzien door middel van vrijelijk gekozen of aanvaarde werkzaamheden, en dat de staten passende maatregelen nemen om dit recht veilig te stellen.

3.2. Het Hof overweegt dat de artikelen 5 en 6 van het IVESCR en artikel 5 van het IVBPR zich niet lenen voor rechtstreekse toetsing door de rechter. Deze bepalingen bevatten naar hun inhoud geen normen die zonder nadere uitwerking in nationale regelgeving direct toepasbaar zijn en zijn dus niet een ieder verbindend. Alleen al daarom treft het beroep van Extreme Cleaning op deze artikelen geen doel.

3.3. Artikel 6 van het IVBPR bepaalt dat een ieder het recht heeft op leven en dat dit recht door de wet wordt beschermd. Niemand mag naar willekeur van zijn leven worden beroofd.

Artikel 7 van het IVBPR bepaalt dat niemand onderworpen mag worden aan foltering, of aan wrede, onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing.

Artikel 9 van het IVBPR bepaalt dat een ieder recht heeft op vrijheid en veiligheid van zijn persoon. Niemand mag worden onderworpen aan willekeurige arrestatie of gevangenhouding. Niemand mag zijn vrijheid worden ontnomen, behalve op wettige gronden en op wettige wijze.

3.4. Naar het oordeel van het Hof is het in artikel 2 van de Wav BES opgenomen verbod niet in strijd met de artikelen 6, 7 of 9 van het IVBPR. Er is geen grond om aan te nemen dat de wetgever het recht op leven of op vrijheid schendt door te verlangen dat een werkgever een vreemdeling niet zonder tewerkstellingsvergunning arbeid mag laten verrichten. Uit de memorie van toelichting bij de Wav BES, toen nog de Landsverordening arbeid vreemdelingen (PB 2001, 82), komt naar voren dat

de regering een restrictief toelatingsbeleid voor buitenlandse werknemers noodzakelijk acht ter bescherming van lokale arbeidskrachten. Het gaat niet aan nieuwe arbeidskrachten uit het buitenland toe te laten, terwijl op de lokale arbeidsmarkt in potentie een groot aantal arbeidskrachten reeds aanwezig is. Het restrictieve beleid houdt in dat een buitenlandse werknemer pas wordt toegelaten, indien de lokale arbeidsmarkt geen mogelijkheden biedt om in de arbeidsvraag te voorzien omdat er geen of onvoldoende geschikte lokale arbeidskrachten zijn. Met de tewerkstellingsvergunning wordt de bevoegdheid om te beslissen of een werkgever wordt toegestaan een buitenlandse werknemer arbeid te laten verrichten, in handen gelegd van het bestuur omdat dit de lokale arbeidsmarktsituatie het best kan beoordelen. Ook kunnen daardoor beletselen die zijn gelegen in de sfeer van arbeidsvoorwaarden, arbeidsverhoudingen of arbeidsomstandigheden worden opgegeven, aldus de memorie van toelichting. Met het stelsel van de Wav BES is aldus beoogd de lokale arbeidsmarkt te reguleren. Dat een vreemdeling door die regulering kan worden beperkt in zijn wens om arbeid te verrichten en daardoor niet in staat is door middel van zelf gekozen arbeid in zijn levensonderhoud te voorzien, betekent nog niet dat de minister daarmee aan een vreemdeling het recht op leven of op vrijheid ontnemt. Evenmin is er grond om aan te nemen dat die regulering van de lokale arbeidsmarkt een schending zou opleveren van het verbod onderworpen te worden aan een onmenselijke of vernederende behandeling. Daar komt bij dat de Wav BES mede de bescherming van vreemdelingen als arbeidsmigranten tot doel heeft, onder meer door te borgen dat een tewerkstellingsvergunning wordt geweigerd als de arbeidsmigrant niet marktconform wordt beloond of als er ernstige gebreken zijn in de arbeidsomstandigheden.

3.5. Over artikel 26 van het IVBPR overweegt het Hof het volgende. Volgens vaste rechtspraak van het Hof (bijvoorbeeld de uitspraken van 14 december 2012, ECLI:NL:OGHACMB:2012:BY7691, en 15 december 2014, ECLI:NL:OGHACMB:2014:105) zou verboden discriminatie als bedoeld in artikel 26 van het IVBPR zich voordoen indien toepassing van artikel 2 van de Wav BES de minister ertoe zou nopen gelijke gevallen ongelijk te behandelen zonder dat daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. Volgens vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM) komt op het terrein van het economisch en sociaal beleid aan de regelgever in het algemeen een ruime beoordelingsruimte toe bij het beantwoorden van de vraag of er een objectieve en redelijke grond bestaat om bepaalde categorieën van personen verschillend te behandelen. Indien het niet gaat om onderscheid op basis van aangeboren kenmerken van een persoon, zoals geslacht, ras en etnische afkomst, dient het oordeel van de regelgever daarbij te worden geëerbiedigd, tenzij het van redelijke grond ontbloot is. Voor zover artikel 2 van de Wav BES al zou voorzien in ongelijke behandeling van gelijke of gelijk te stellen gevallen, ziet het Hof gelet op het doel van de Wav BES en de beoordelingsruimte die volgens het EHRM aan de regelgever toekomt, geen grond voor het oordeel dat de keuze van de wetgever om een tewerkstellingsvergunning voor te schrijven aan een werkgever die een vreemdeling arbeid wil laten verrichten, van redelijke grond ontbloot is of

dat die keuze leidt tot een ongelijke behandeling die disproportioneel is ten opzichte van het doel van de tewerkstellingsvergunning.

4. Voor het geval haar in 3 weergegeven betoog niet slaagt, voert Extreme Cleaning aan dat de periode waarin het volgens haar onrechtmatige arbeidsverbod geldt, zo kort mogelijk moet zijn. Daarom moet artikel 7 van de Wav BES zo worden uitgelegd dat na een periode van drie jaar geen tewerkstellingsvergunning meer vereist is.

4.1. Gelet op het in 3.4 weergegeven doel van de Wav BES slaagt ook dit betoog niet. De uitleg die Extreme Cleaning aan artikel 7 van de Wav BES geeft, namelijk dat het verbod in artikel 2 van de Wav BES beperkt zou moeten zijn tot een periode van drie jaar, strookt niet met het doel van de Wav BES en zou de werking daarvan ook uithollen. Het Gerecht heeft daarom met juistheid overwogen dat artikel 7 van de Wav BES alleen een maximale geldigheidsduur aan de tewerkstellingsvergunning stelt, maar het verbod om een vreemdeling zonder tewerkstellingsvergunning arbeid te laten verrichten niet opheft na een periode van drie jaar.

5. Voor zover Extreme Cleaning betoogt dat de in artikel 3, aanhef en onderdeel c, van de Wav BES opgenomen uitzondering op Perea Ruiz van toepassing is, overweegt het Hof dat de verdragsrechtelijke bepalingen waarop Extreme Cleaning zich heeft beroepen, niet betreffen bepalingen vastgesteld bij een voor de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie. Alleen al daarom slaagt dit betoog niet.

Eerste aanvraag of verlengingsaanvraag

6. Extreme Cleaning betoogt in dit verband allereerst dat de aanvraag ten onrechte is aangemerkt als een eerste aanvraag en dat daardoor ook ten onrechte is tegengeworpen dat Perea Ruiz ouder is dan 45 jaar. Volgens haar kon de minister er niet van uitgaan dat de aanvraag een jaar na afloop van de eerder verleende tewerkstellingsvergunning is ingediend, omdat er toen direct een nieuwe aanvraag is gedaan. Tegen de buitenbehandelingstelling van die aanvraag is geen bezwaar gemaakt omdat Perea Ruiz destijds voor een medische behandeling in Colombia verbleef. Pas toen hij weer terug was in Bonaire is, op 16 oktober 2018, opnieuw een aanvraag ingediend. Vanwege de overmachtsituatie van Perea Ruiz is het volgens Extreme Cleaning redelijker om uit te gaan van het moment waarop Perea Ruiz bekend raakte met de buitenbehandelingstelling. Dat betekent dat er slechts een periode van ongeveer een half jaar tussen de aanvragen zit en daarmee is de aanvraag van 16 oktober 2018 een verlengingsaanvraag. Aldus Extreme Cleaning.

6.1. Het Hof volgt Extreme Cleaning niet in dit betoog. Vaststaat dat Extreme Cleaning direct na het aflopen van de tewerkstellingsvergunning op 11 oktober 2017 een aanvraag heeft ingediend, waarop de minister op 13 maart 2018 heeft beslist. Die aanvraag moet als een verlengingsaanvraag worden beschouwd. Tegen de buitenbehandelingstelling daarvan heeft Extreme Cleaning geen bezwaar gemaakt. Vanwege die omstandigheid, en

omdat Perea Ruiz vanaf 11 oktober 2017 niet over een geldige verblijfstitel voor het openbaar lichaam Bonaire beschikte, heeft de minister de aanvraag van 16 oktober 2018 als een eerste aanvraag beschouwd. Dat Extreme Cleaning geen bezwaar heeft gemaakt tegen de buitenbehandelingstelling omdat Perea Ruiz in Colombia verbleef en het op dat moment onduidelijk was of en zo ja wanneer hij naar Bonaire zou terugkeren, vormt geen grond voor het oordeel dat aan de zijde van Extreme Cleaning sprake was van overmacht. Het Hof is dan ook met het Gerecht van oordeel dat de minister de aanvraag van 16 oktober 2018 terecht als een eerste aanvraag heeft beschouwd.

7. Voor het geval haar in 6 weergegeven betoog niet slaagt, voert Extreme Cleaning aan dat ten onrechte is tegengeworpen dat Perea Ruiz ouder is dan 45 jaar. Artikel 11, aanhef en onderdeel d, van het Besluit uitvoering Wav BES (hierna: het Besluit) is jegens Perea Ruiz in strijd met het in artikel 26 van het IVBPR neergelegde verbod van leeftijdsdiscriminatie. Het Gerecht heeft niet onderkend dat die discriminatie van redelijke grond ontbloot is en ook disproportioneel is, aldus Extreme Cleaning.

7.1. Het Hof volgt Extreme Cleaning ook in dit betoog niet. De regelgever heeft er ter bescherming van de openbare kas voor gekozen om de minister de ruimte te bieden een eerste aanvraag voor een tewerkstellingsvergunning te weigeren indien de aanvrager ouder is dan 45 jaar. In de Beleidsregels RCN-unit SZW uitvoering Wav BES is daarom opgenomen dat, gezien het grotere risico dat oudere werknemers langdurig een beroep doen op de openbare kas, bij vreemdelingen die ouder zijn dan 45 jaar de aanvraag in de regel moet worden geweigerd als sprake is van een eerste aanvraag. Ter zitting heeft de gemachtigde van de minister toegelicht dat van die bevoegdheid geen gebruik wordt gemaakt bij een vreemdeling ouder dan 45 jaar als het gaat om een functie waarvoor geen arbeidskrachten jonger dan 45 jaar zijn te vinden. Verder wordt bij het toepassen van deze weigeringsgrond de verblijfshistorie van de vreemdeling betrokken. Het Hof is met het Gerecht van oordeel dat, voor zover artikel 11, aanhef en onderdeel d, van het Besluit al zou voorzien in ongelijke behandeling van gelijke of gelijk te stellen gevallen, deze keuze van de regelgever niet van redelijke grond ontbloot is en ook niet tot een ongelijke behandeling leidt die disproportioneel is ten opzichte aan het doel van de leeftijdsgrens. Overigens heeft de gemachtigde van de minister ter zitting aangegeven dat in dit geval bij de afwijzing heeft meegespeeld dat ten tijde van de aanvraag geen tewerkstellingsvergunningen aan Extreme Cleaning werden verleend wegens illegale tewerkstelling van andere vreemdelingen dan Perea Ruiz. De aanvraag van Perea Ruiz zou om die reden ook zijn afgewezen als hij jonger was geweest dan 45 jaar, aldus de gemachtigde van de minister.

Conclusie

8. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak moet worden bevestigd.

9. De minister hoeft geen proceskosten te vergoeden.

Beslissing

Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Aldus vastgesteld door mr. T.G.M. Simons, voorzitter, en mr. E.J. Daalder en mr. B.J. van Ettehoven, leden, in tegenwoordigheid van mr. R.M.C.S. van der Heide, griffier.

w.g. Simons
voorzitter

w.g. Van der Heide
griffier

Uitgesproken in het openbaar op 23 augustus 2021.

BIJLAGE

Wet arbeid vreemdelingen BES

[...]

Artikel 2

1. Het is een werkgever verboden een vreemdeling arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.
2. Het verbod, bedoeld in het eerste lid, is 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.

Artikel 3

Het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, is niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling:

- a. die ingevolge artikel 3 van de Wet toelating en uitzetting BES van rechtswege toelating tot verblijf in de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba heeft;
- b. [vervallen]
- c. ten aanzien van wie, ingevolge bepalingen vastgesteld bij overeenkomsten met andere mogendheden dan wel bij een voor de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie, een tewerkstellingsvergunning niet mag worden verlangd;
- d. die beschikt over een door of namens Onze Minister van Justitie afgegeven verblijfsvergunning voor het verrichten van arbeid als zelfstandige in het desbetreffende eilandgebied, voor zover deze vreemdeling arbeid verricht als zelfstandige;
- e. die behoort tot een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie, die per openbaar lichaam kan verschillen, dan wel bij een algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie van werkzaamheden verricht, welke categorie per openbaar lichaam kan verschillen.

[...]

Artikel 7

1. Een tewerkstellingsvergunning wordt voor ten hoogste drie jaar verleend.
2. Een tewerkstellingsvergunning kan worden verlengd, waarbij de gehele duur van de tewerkstellingsvergunning en de verlenging de termijn van drie jaar niet overschrijdt.
3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat voor de daarbij aangewezen categorieën van vreemdelingen of categorieën van werkzaamheden een tewerkstellingsvergunning die voor minder dan drie jaar is verleend, niet wordt verlengd.

[...]

Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen BES

[...]

Artikel 11

Onverminderd artikel 9 van de wet kan een tewerkstellingsvergunning worden geweigerd indien:

- a. de vreemdeling arbeid zal verrichten die behoort tot een categorie van beroepen of functies waarvan aan het aantal arbeidsplaatsen ten behoeve van vreemdelingen een maximum is gesteld door Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en dit maximum ten tijde van de aanvraag is bereikt;
- b. het vertrek en bijbehoren, bedoeld in artikel 4, aanhef en onderdeel i, naar het oordeel van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ongeschikt zijn gebleken;
- c. overige aan de functie gestelde eisen voor het verrichten van de arbeid als bedoeld in artikel 3, aanhef en onderdeel e, kennelijk onredelijk zijn, met dien verstande dat zij te hoog zijn gesteld of kennelijk onjuist zijn;
- d. de vreemdeling jonger is dan 18 jaar of ouder dan 45 jaar op de dag waarop de aanvraag voor een tewerkstellingsvergunning wordt ingediend.

[...]