

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

F. G. JACOBS

van 8 maart 1989*

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

werd zijn vordering verworpen, doch Betray bleef in Nederland.

1. In deze zaak vraagt de Nederlandse Raad van State het Hof om een prejudiciële beslissing over de vraag, of men de hoedanigheid van werknemer in de zin van het gemeenschapsrecht verkrijgt door een vorm van betaalde arbeid te verrichten in het kader van een nationaal sociaal programma gericht op het behoud, het herstel of de bevordering van de arbeidsgeschiktheid van hen die zich, (doorgaans) vanwege lichamelijke of geestelijke afwijkingen, niet op de gewone arbeidsmarkt kunnen handhaven.

3. Bij besluit van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 10 februari 1983 werd Betray voor de toepassing van de Wet Sociale Werkvoorziening (WSW) gelijkgesteld met een persoon van Nederlandse nationaliteit, aangezien het stelsel van de WSW normaliter is voorbehouden aan Nederlanders. Dit besluit bepaalde uitdrukkelijk, dat de geldende regels met betrekking tot het verblijf in Nederland van vreemdelingen en het door hen verrichten van arbeid hierdoor onverlet bleven. Op 18 april 1983 begon Betray in het kader van de WSW als tijdelijke kracht te werken bij de Ergon-bedrijven te Eindhoven en op 18 juni 1983 werd zijn tijdelijke tewerkstelling stilzwijgend omgezet in een dienstbetrekking voor onbepaalde tijd. Bij de mondelinge behandeling werd medegedeeld, dat hij daar nog steeds werkzaam was.

2. Uit de verwijzingsbeschikking en de bij het Hof ingediende opmerkingen blijkt, dat verzoeker in het hoofdgeding, van Duitse nationaliteit, op 15 juli 1980 naar Nederland kwam. In 1981 en 1982 diende hij bij de Nederlandse autoriteiten een verzoek om een vergunning tot verblijf in; voor het tweede verzoek voerde hij aan, dat hij werd behandeld in een therapeutische gemeenschap voor druggebruikers. Deze verzoeken werden in 1982 afgewezen. Betray diende een herzieningsverzoek in en de rechter hield de beslissing op het beroep aan, ten einde Betray in de gelegenheid te stellen zijn therapie bij de stichting hulp aan druggebruikers af te ronden. In november 1982

4. Op 4 november 1983 diende Betray een nieuw verzoek om een verblijfsvergunning in met als doel het verrichten van arbeid in loondienst. Toen dit verzoek nog dezelfde dag werd afgewezen, diende Betray een herzieningsverzoek in bij de Staatssecretaris die, overeenkomstig het advies van de Adviescommissie voor vreemdelingen, het verzoek op 14 januari 1985 afwees. Tegen deze beslissing stelde Betray op 5 februari 1985 beroep in bij de Raad van State, die het Hof dienaangaande op 6 november 1987 verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

* Oorspronkelijke taal: Engels.

5. „Moet artikel 1, lid 1, van verordening (EEG) nr. 1612/68 van 15 oktober 1968 — inhoudende het recht van een onderdaan van een Lid-Staat, ongeacht zijn woonplaats, op het grondgebied van een andere Lid-Staat arbeid in loondienst te aanvaarden en te verrichten — aldus worden verstaan, dat dit recht mede geldt voor de onderdaan van een andere Lid-Staat, die op het grondgebied van Nederland in het kader van de Wet Sociale Werkvoorziening arbeid verricht, ook indien:

a) hij niet daaraan voorafgaand, anders dan in het kader van een zodanige tewerkstelling, als werknemer in de zin van artikel 48, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap moest worden aangemerkt, en

b) hij evenmin behoort tot de personenkring als bedoeld in Titel III van verordening (EEG) nr. 1612/68 van 15 oktober 1968?”

6. Uit de verwijzingsuitspraak blijkt duidelijk, dat de onderhavige zaak betrekking heeft op het recht van verblijf. De achtergronden van het geschil zijn de volgende. Ingevolge artikel 48 EEG-Verdrag moet het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap worden gewaarborgd, hetgeen de afschaffing inhoudt van elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers der Lid-Staten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden; het houdt, behoudens de uit hoofde van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid gerechtvaardigde beperkingen, het recht in om in te gaan op een feitelijk aanbod tot tewerkstel-

ling, zich te dien einde vrij te verplaatsen binnen het grondgebied der Lid-Staten, in een Lid-Staat te verblijven ten einde daar een beroep uit te oefenen, en daar verblijf te houden, na er een betrekking te hebben vervuld.

7. Overeenkomstig artikel 49 EEG-Verdrag werden deze bepalingen onder meer ten uitvoer gelegd bij verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap (PB 1968, L 257, blz. 2) en richtlijn 68/360/EEG van de Raad, eveneens van 15 oktober 1968, inzake de opheffing van de beperkingen van de verplaatsing en het verblijf van de werknemers der Lid-Staten en van hun familie binnen de Gemeenschap (PB 1968, L 275, blz. 13).

8. Verordening nr. 1612/68 bestaat uit vier delen. Het eerste deel is getiteld: „Tewerkstelling en familie van de werknemers” en het tweede deel: „Tot elkaar brengen en compensatie van aanbiedingen van en aanvragen om werk”. Titel I van het eerste deel draagt het opschrift „Arbeid in loondienst” en artikel 1 luidt als volgt:

„1. Iedere onderdaan van een Lid-Staat, ongeacht zijn woonplaats, heeft het recht, op het grondgebied van een andere Lid-Staat arbeid in loondienst te aanvaarden en te verrichten, overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die de tewerkstelling van de nationale werknemers van deze Staat regelen.

a) Op het grondgebied van een andere Lid-Staat geniet hij met name dezelfde voorrang ten aanzien van het aanvaarden van arbeid in loondienst als de onderdanen van deze Staat.”

9. Richtlijn 68/360 bevat een gedetailleerde regeling betreffende de uitoefening van het recht van verblijf, en is volgens artikel 1 van toepassing op de onderdanen van de Lid-Staten op wie verordening nr. 1612/68 van toepassing is. De strekking van de gestelde vraag is dus, of een onderdaan van een Lid-Staat het recht heeft om in een andere Lid-Staat te verblijven uitsluitend op grond van het feit dat hij daar werkzaam is in het kader van een regeling als voorzien bij de WSW. Zo ja, dan heeft hij krachtens artikel 4 van de richtlijn recht op de in dat artikel voorziene verblijfskaart na overlegging van het document op vertoon waarvan hij het grondgebied heeft betreden en van een door de werkgever verstrekte verklaring van indienstneming of tewerkstelling.

10. Voor een goed begrip van de vraag moet nader worden ingegaan op de regeling van de WSW. Het is een sociale voorziening die gericht is op het behoud, het herstel of de bevordering van de arbeidsgeschiktheid van personen die tot arbeid in staat zijn, doch die, door persoonlijke omstandigheden, (wellicht slechts tijdelijk) niet in staat zijn onder normale omstandigheden arbeid te verrichten. Bij de mondelinge behandeling is gebleken, dat het doel en de draagwijdte van de WSW beperkter zijn dan men zou denken bij lezing van de verwijzingsuitspraak en de bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen. Zij is met name niet te vergelijken met regelingen op grond waarvan gehandicapten in gewone commerciële ondernemingen kunnen worden tewerkgesteld. De vertegenwoordiger van de Nederlandse regering verklaarde bij de mondelinge behandeling, dat een dergelijke regeling in Nederland bestaat, doch dat zij in een aparte wet is geregeld.

11. Voorts is de WSW niet bestemd voor arbeidsgeschikte, al dan niet langdurig

werkloze werknemers. De WSW is alleen bestemd voor degenen die dusdanig lichamelijk of geestelijk arbeidsongeschikt zijn dat zij niet, althans tijdelijk, in staat zijn onder normale omstandigheden arbeid te verrichten. Bettray, die een behandeling wegens verslaving aan verdovende middelen had ondergaan, is wellicht een goed voorbeeld van de categorie personen waarvoor de WSW is bedoeld.

12. De gemeentebesturen zijn belast met de uitvoering van de WSW. Bij de mondelinge behandeling bleek, dat gemeentebesturen in alle delen van Nederland in totaal 108 werkverbanden hebben opgezet om in het kader van de WSW sociale werkgelegenheid te scheppen. Daartoe behoort het bedrijf waar Bettray werkzaam is, de Ergon-bedrijven te Eindhoven (opgericht door de gemeente Eindhoven en de omringende gemeenten). Blijkbaar worden deze werkverbanden uitsluitend opgericht ten behoeve van personen die niet in staat zijn onder normale omstandigheden arbeid te verrichten, hoewel ieder werkverband ook beschikt over een administratieve staf, samengesteld uit personen die niet arbeidsongeschikt zijn en die verantwoordelijk zijn voor de bedrijfsvoering.

13. Deze werkverbanden hebben niet ten doel winst te maken, doch te voorzien in een sociale behoefte door werk te verschaffen voor degenen die anders geen werk zouden kunnen vinden. De regeling wordt hoofdzakelijk gefinancierd door het Rijk en de gemeenten. Hoewel deze werkverbanden niet het oogmerk hebben om winst te maken, wordt blijkbaar wel getracht de deelnemers, binnen de door de wet gestelde grenzen waarop ik hierna nog terugkom, te laten werken onder voorwaarden die zoveel

mogelijk gelijk zijn aan normale arbeidsvoorwaarden. Dit is in overeenstemming met het doel van de WSW, namelijk de bevordering van de deelneming aan of de terugkeer op de arbeidsmarkt van personen met bepaalde moeilijkheden.

verrichten, mee te werken aan het bevorderen van zijn arbeidsgeschiktheid en aan het verkrijgen van passende arbeid onder normale omstandigheden. Het loon, de werktijden en eventuele disciplinaire maatregelen zijn bij of krachtens algemene maatregel van bestuur geregeld.

14. In de WSW (en de uitvoeringsregelingen) wordt bepaald, welke werkzaamheden het werkverband mag verrichten. Zo mag de situatie op de arbeidsmarkt en op de goederenmarkt niet op onverantwoorde wijze worden beïnvloed en mag het produkt niet ten verkoop worden aangeboden op een wijze, die het aanzien van de sociale werkvoorziening schaadt.

15. Wie aan de regeling wenst deel te nemen, dient daartoe een verzoek in bij het gemeentebestuur; dat beslist of hij daarvoor in aanmerking komt. Wordt zijn verzoek ingewilligd, dan moet hij een proeftijd van twee maanden doormaken, waarna zijn indienstneming wordt bevestigd wanneer hij zijn werk naar behoren heeft verricht. Door de indienstneming ontstaat een dienstbetrekking met de gemeente, die de dienstbetrekking ook kan beëindigen. De gemeente betaalt hem zijn loon en hij dient zich tot de gemeente te wenden bij geschillen in verband met zijn plaatsing in het kader van de regeling of de door hem verrichte werkzaamheden. De contractuele verhouding wordt echter uitdrukkelijk beheerst door de WSW zelf, zodat de deelnemers niet beschikken over de status van ambtenaar in overheidsdienst of „gewoon” werknemer. De deelnemer is verplicht de hem opgedragen werkzaamheden naar beste vermogen te

16. De criteria betreffende de hoogte van het loon zijn gebaseerd op het niveau van de verrichte arbeid en corresponderen zoveel mogelijk met het loonniveau voor soortgelijk werk in ondernemingen die op de vrije markt moeten concurreren, doch niet met de feitelijk verrichte hoeveelheid werk, met dien verstande echter dat de werknemer een bepaald minimum ontvangt om voor zich en zijn gezin in de kosten van levensonderhoud te kunnen voorzien. De WSW verdeelt de werknemers in twee categorieën: A en B. De meeste werknemers zijn (evenals Bettray) ingedeeld in categorie A; van deze categorie wordt ongeveer een derde van de produktie van een normale werknemer verwacht. Dit wordt niet verwacht van de werknemers die worden ingedeeld in categorie B; zij behoeven niet meer werk te verrichten dan hun gezondheidstoestand toelaat.

17. De WSW scheidt dus een kader voor de herscholing van degenen die wegens persoonlijke moeilijkheden niet in staat zijn normaal werk te zoeken, met het oog op hun deelneming aan of terugkeer naar de gewone arbeidsmarkt. Voor degenen — meestal in categorie B — die waarschijnlijk nimmer kunnen deelnemen aan de gewone arbeidsmarkt, heeft de regeling een nuttige therapeutische functie.

18. De vraag is nu, of de betrokkene door de tewerkstelling in het kader van een dergelijke regeling de hoedanigheid van werknemer in de zin van het gemeenschapsrecht verkrijgt. Het Hof heeft herhaaldelijk de gelegenheid gehad de term „werknemer” te omschrijven, zodat wij op die uitspraken moeten terugrijpen, hoewel ik — om redenen waarop ik later nog terugkom — niet geloof dat die uitspraken rechtstreeks kunnen worden toegepast op de ongebruikelijke omstandigheden van het onderhavige geval. Het Hof verklaarde, dat deze term de werkingsfeer bepaalt van een van de door het EEG-Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden en uit dien hoofde niet restrictief mag worden uitgelegd (zaak 53/81, Levin, Jurispr. 1982, blz. 1035). In die zaak besliste het Hof, dat ook degene die slechts deeltijdarbeid verricht, moet worden beschouwd als een werknemer in de zin van het gemeenschapsrecht, zelfs wanneer daarmee een lager inkomen wordt verworven dan in de betrokken staat als bestaansminimum wordt beschouwd, zolang hij maar reële en daadwerkelijke arbeid in loondienst verricht.

19. De in het arrest Levin neergelegde criteria zijn in latere jurisprudentie verduidelijkt en aangevuld. U zult zich herinneren, dat in een andere door de Nederlandse Raad van State naar het Hof verwezen zaak (zaak 139/85, Kempf, Jurispr. 1986, blz. 1741), Kempf deeltijdarbeid verrichtte als muzikleraar met ongeveer twaalf lessen per week en dat de Nederlandse regering in dat geval betwijfelde, of die werkzaamheden op zich zelf beschouwd waren aan te merken als reële en daadwerkelijke arbeid in de zin van het arrest Levin. Het Hof besliste echter, dat dit probleem niet behoefde te worden onderzocht, nu de Raad van State in zijn verwijzingsuitspraak zelf uitdrukke-

lijk had vastgesteld, dat Kempfs werkzaamheden niet van zo geringe omvang waren, dat zij een louter marginaal en bijkomstig karakter hadden. Daarop besliste het Hof, dat iemand die reële en daadwerkelijke deeltijdarbeid verricht, niet de hoedanigheid van werknemer in de zin van het gemeenschapsrecht verliest om de enkele reden dat zijn inkomen uit die arbeid onder het bestaansminimum ligt en hij ter aanvulling op dit inkomen een beroep doet op financiële ondersteuning ten laste van de algemene middelen.

20. In zaak 66/85 (Lawrie-Blum, Jurispr. 1986, blz. 2121-2144, r. o. 17) verklaarde het Hof, dat „het hoofdkenmerk van de arbeidsverhouding is, dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt”.

21. In het arrest van 21 juni 1988 (zaak 197/86, Brown, Jurispr. 1988) overwoog het Hof in r. o. 23:

„... een onderdaan van een andere Lid-Staat die in de ontvangende Lid-Staat een arbeidsverhouding voor een periode van acht maanden aangaat met de bedoeling daar vervolgens een universitaire studie op hetzelfde beroepsgebied aan te volgen, en die door de werkgever niet zou zijn aangenomen indien hij niet reeds was toegelaten tot de universiteit, is te beschouwen als een werknemer in de zin van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68”.

Het Hof vervolgde echter in r. o. 27, dat onder dergelijke omstandigheden aan de hoedanigheid van werknemer geen recht op een studietoelage op grond van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 kan worden ontleend, aangezien de arbeidsverhouding dan ten opzichte van de universitaire studie slechts een bijkomstig karakter draagt.

22. De Nederlandse regering betoogt, dat werkzaamheden in het kader van de WSW niet kunnen worden beschouwd als reële en daadwerkelijke arbeid in de zin van het arrest Levin. Zij wijst op de bijzondere doelstellingen en kenmerken van de WSW, en noemt met name de volgende.

23. In de eerste plaats zijn de werkzaamheden gericht op het behoud, herstel of het bevorderen van de arbeidsgeschiktheid van personen die niet onder normale omstandigheden aan het arbeidsproces kunnen deelnemen. Het komt mij echter voor, dat bij voorbeeld een werknemer die arbeidsongeschikt of gehandicapt is en niet onder normale omstandigheden arbeid kan verrichten, maar die niettemin is tewerkgesteld in een werkkring waar hij reële en daadwerkelijke arbeid verricht, moet worden beschouwd als een werknemer in de zin van het gemeenschapsrecht, zodat dit eerste kenmerk de toepassing van het gemeenschapsrecht niet uitsluit. Mijns inziens geldt dit, zelfs wanneer de betrokkene blijvend arbeidsongeschikt is en dus naar alle waarschijnlijkheid niet onder normale omstandigheden weer arbeid zal kunnen verrichten, ook niet na revalidatie en therapie.

24. In de tweede plaats, aldus de Nederlandse regering, is de arbeidsproductiviteit van de WSW-deelnemers te laag om aan het normale arbeidsproces te kunnen deelnemen, is hun loon niet gerelateerd aan hun productiviteit, en worden de kosten van de WSW voor het overgrote deel door de overheid gedragen. Ook dit punt is echter mijns inziens irrelevant, nu het aan de orde van de dag is dat alle mogelijke soorten arbeidsregelingen om velerlei sociale en economische redenen subsidies ontvangen van de overheid — en zelfs van de Gemeenschap.

25. In de derde plaats betoogt de Nederlandse regering (terecht in het licht van het reeds geciteerde arrest Lawrie-Blum), dat het werk in WSW-verband weliswaar elementen van een normale arbeidsverhouding vertoont, namelijk arbeid tegen loon en ondergeschiktheid, doch dat deze elementen slechts een hulpmiddel zijn om de sociale doelstelling van de WSW te realiseren. Het is een voorziening met een sociaal karakter die vrijwel geheel door de overheid wordt gefinancierd.

26. Dit punt, dat bij de mondelinge behandeling door de vertegenwoordiger van de Nederlandse regering werd benadrukt, raakt mijns inziens de kern van de zaak. Wanneer de elementen van de normale arbeidsverhouding inderdaad slechts ondergeschikt zijn aan de sociale doelen van de regeling, dan kan deze arbeid zuiver „bijkomstig” — om een term uit het arrest Levin te gebruiken — worden geacht ten opzichte van die sociale doelen. Wel kan men nog steeds niet zeggen, dat de „werkzaamheden van

zo geringe omvang waren, dat zij louter marginaal en bijkomstig blijken”, want in casu hadden zij beslist wel wat om het lijf. Doch de zaak Levin had betrekking op een normale arbeidsverhouding, terwijl men in casu zou kunnen zeggen, dat de werkzaamheden als geheel als het ware „bijkomstig” waren. Weliswaar overwoog het Hof voorts in de zaak Brown, dat Brown een werknemer was, hoewel zijn tewerkstelling zuiver bijkomstig was ten opzichte van zijn universitaire studie, doch ook deze uitspraak werd gedaan in het kader van een normale arbeidsverhouding.

27. In dit verband is het wellicht zinvol te herinneren aan de doelstelling van het vrije verkeer van werknemers; zoals het Hof verklaarde in het arrest Levin (r. o. 15) dient het „onder meer ter bevordering van de harmonische ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap en ter verbetering van de levensstandaard”.

28. Het vrije verkeer van werknemers heeft inderdaad vergaandere doelstellingen, die met name worden weerspiegeld in de considerans van verordening nr. 1612/68. De derde overweging van de considerans luidt als volgt:

„Overwegende dat het vrije verkeer voor de werknemers en hun familie een fundamenteel recht vormt; dat de mobiliteit der arbeidskrachten in de Gemeenschap één van de middelen moet zijn om aan de werknemer de mogelijkheid tot verbetering van zijn levensomstandigheden en arbeidsvoorwaarden te waarborgen en de verbetering van zijn sociale positie te vergemakkelijken, waardoor terzelfder tijd wordt bijgedragen tot het voldoen aan de behoeften van de economie der Lid-Staten; dat het recht van alle werknemers van de Lid-Staten om de

arbeid van hun keuze binnen de Gemeenschap te verrichten moet worden bevestigd.”

29. Uit deze overweging blijkt duidelijk, dat arbeid naar gemeenschapsrecht geen handelsartikel is en dat met name voorrang moet worden gegeven aan de fundamentele rechten van de werknemers boven het voldoen aan de behoeften van de economie der Lid-Staten.

30. Toch blijkt uit de tekst van de overweging ook duidelijk, dat het Verdrag en de regelingen inzake het vrije verkeer van werknemers de gelijke toegang tot de arbeidsmarkt willen verzekeren voor alle onderdanen van de Gemeenschap, ongeacht hun nationaliteit. Wie niet beschikbaar is voor de arbeidsmarkt, valt niet onder de werkingssfeer van deze bepalingen.

31. Steun voor deze opvatting kan worden gevonden in de bewoordingen van het Verdrag dat in artikel 48, lid 3, sub a, b en c, spreekt van het recht „in te gaan op een feitelijk aanbod tot tewerkstelling”; „zich te dien einde vrij te verplaatsen binnen het grondgebied der Lid-Staten”; en „in een der Lid-Staten te verblijven ten einde daar een beroep uit te oefenen overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen welke voor de tewerkstelling van nationale werknemers gelden”. Dit volgt ook uit de opzet en de afzonderlijke bepalingen van verordening nr. 1612/68, met inbegrip van het reeds geciteerde artikel 1; ik moge eraan herinneren, dat richtlijn 68/360 uitdrukkelijk van toepassing is op de onderdanen der Lid-Staten op wie verordening nr. 1612/68 van toepassing is.

32. Wie niet in staat is om op de arbeidsmarkt aangeboden werk te aanvaarden, valt daarom naar mijn mening niet binnen de doelstellingen van het Verdrag of het bereik van de uitvoeringsregelingen. Bettray, die

een behandeling wegens verslaving aan verdovende middelen had ondergaan, was niet in staat onder normale omstandigheden arbeid te verrichten. Uit zijn plaatsing in WSW-verband blijkt, dat hij niet in staat was onder normale omstandigheden arbeid te verrichten. Hij wedijverde niet met andere werknemers naar een werkkring op de vrije arbeidsmarkt. Wanneer zijn omscholing voltooid is, wordt zijn dienstbetrekking in het kader van de WSW beëindigd en is hij in de positie van een gewone onderdaan van de Gemeenschappen, met het recht van toegang tot de Lid-Staten om daar werk te zoeken en met het recht van verblijf in een staat, indien hij daar reële en daadwerkelijke arbeid in loondienst vindt.

hebben dat zij iets bijdragen aan hun onderhoud. Het is echter niet de bedoeling, dat het door de begunstigen verrichte werk bijdraagt tot de economische activiteiten van de Gemeenschap of tot verhoging van de levensstandaard; het heeft een zuiver sociaal karakter en wordt opzettelijk buiten de vrije markt gehouden. Hoewel de uitvoering van de WSW-regeling berust bij de overheid en niet bij liefdadige instellingen, heeft zij niettemin hoofdzakelijk een sociaal doel; het feit dat werkzaamheden worden verricht en goederen worden geproduceerd, is zuiver bijkomstig. Hoewel in het kader van dergelijke regelingen eventueel goederen kunnen worden geproduceerd en verkocht, en ook al worden werkzaamheden verricht onder voorwaarden die zoveel mogelijk moeten overeenstemmen met normale arbeidsvoorwaarden, zijn die werkzaamheden mijns inziens toch niet te beschouwen als reële en daadwerkelijke arbeid als bedoeld in het arrest Levin of in artikel 48 EEG-Verdrag.

33. Kenmerkend voor deze zaak is het hoofdzakelijk sociale karakter van de WSW-regeling. Hoewel de arbeidsvoorwaarden in het werkverband zoveel mogelijk gelijken op de arbeidsvoorwaarden op de vrije markt, geschiedt dit met het oog op de omscholing; met betrekking tot de geproduceerde goederen en de verrichte werkzaamheden bestaan nauwkeurige voorschriften, opdat aan op de open markt geproduceerde goederen en verrichte werkzaamheden geen onverantwoorde concurrentie wordt aangedaan. Het stelsel is vergelijkbaar met — vaak door liefdadige instellingen georganiseerde — regelingen waarbij gehandicapten kleine artikelen voor dagelijks gebruik vervaardigen of verpakken. Wanneer deze artikelen daarna worden verkocht, is dat doorgaans niet omdat de koper ze bepaald nodig heeft, doch om bij te dragen aan de liefdadige instelling. Op die manier heeft die instelling een dubbele functie. Zij ontvangt gelden en geeft de begunstigen iets te doen, terwijl dezen de indruk

34. In een geval als het onderhavige is de verhouding tussen de betrokkene en zijn werk het omgekeerde van die in een normale dienstbetrekking. De normale dienstbetrekking is gericht op de produktie van goederen of diensten, en het verrichten van arbeid is een middel om dat doel te bereiken. Voorts is de identiteit van de werknemer in het algemeen niet relevant. In regelingen als de hierbedoelde evenwel wordt aan de persoon van de betrokkene een centrale plaats toegekend en is het werk gecreëerd voor en aangepast aan zijn behoeften. De arbeid op zich heeft geen economische betekenis; de arbeidsplaats is gecreëerd met het oog op de doelstellingen van de regeling. Dit zou wellicht anders zijn wanneer de deelnemers aan dergelijke regelingen in gewone bedrijven zouden worden geplaatst.

In casu is het „bedrijf” juist opgericht ten einde voor de deelnemers kunstmatige arbeidsomstandigheden te scheppen.

35. Alvorens mijn conclusie af te ronden een enkel woord over het door Betray subsidiair aangevoerde argument, dat wanneer hij niet moet worden aangemerkt als werknemer, hij toch als dienstenontvanger in een bevoorrechte positie verkeert. Hoewel de verwijzende rechter daaromtrent geen vraag heeft gesteld, kan men zich afvragen, of de betrokkene valt onder het hoofdstuk van het Verdrag inzake diensten (artikelen 59-66 EEG-Verdrag) als dienstenontvanger en of hij zodoende, zoal niet het recht van verblijf als werknemer, dan toch de rechten bezit, voorzien in artikel 4, lid 2, van richtlijn 73/148 van de Raad van 21 mei 1973 inzake de opheffing van de beperkingen van de verplaatsing en het verblijf van onderdanen van de Lid-Staten binnen de Gemeenschap ter zake van vestiging en verrichten van diensten (PB 1973, L 162, blz. 14), luidende als volgt:

„Voor de personen die diensten verrichten en degenen te wier behoeve de dienst wordt verricht, komt het verblijfsrecht overeen met de duur van de dienstverrichting.”

De verdragsbepalingen inzake diensten worden echter in artikel 60 beperkt tot dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, zodat die bepalingen in casu niet van toepassing lijken. Bovendien is daarin geen sprake van een verblijf van zeer lange of onbepaalde duur. In het arrest van

5 oktober 1988 (zaak 196/87, Steymann) verklaarde het Hof, dat een werkzaamheid die duurzaam wordt uitgeoefend of waarvan althans het einde niet valt te voorzien, niet onder de gemeenschapsbepalingen inzake dienstverrichting kan vallen, en voorts dat de artikelen 59 en 60 van het Verdrag niet van toepassing zijn op het geval waarin een onderdaan van een Lid-Staat zich naar het grondgebied van een andere Lid-Staat begeeft en er zijn hoofdvverblijf vestigt, ten einde er gedurende onbepaalde tijd diensten te verrichten of te ontvangen. Op deze gronden moet Betrays subsidiaire argument mijns inziens worden verworpen.

36. Terugkerend tot de hoofdvraag zou ik willen beklamtonen, dat de feiten van de zaak ongebruikelijk zijn en mijn conclusie dus slechts een beperkte draagwijdte heeft. Mijns inziens is het niet beslissend, of iemand vanwege een bepaalde handicap niet in staat is in een normale werkomgeving te werken, aangezien hij niettemin als werknemer zou kunnen worden beschouwd wanneer hem door het treffen van de nodige voorzieningen de mogelijkheid werd verschaft in zulk een omgeving te werken. Ook is niet beslissend, of het stelsel is opgezet door particulieren dan wel hoofdzakelijk door de overheid wordt gefinancierd. Beslissend is niet, of de deelnemer in dienstbetrekking staat tot het bedrijf zelf of tot de overheid; waar het op aankomt, is de inhoud van de afspraken en niet hun juridische vorm. Het enige doorslaggevende criterium is mijns inziens, dat het bedrijf uitsluitend en in het bijzonder bestaat om personen die niet in staat zijn onder normale omstandigheden arbeid te verrichten, een soortgelijke werkzaamheid te verschaffen als die, welke iemand zou kunnen ver-

richten die wel in staat is in een normale werkomgeving te functioneren. In dat geval is de werkzaamheid gecreëerd ten behoeve van de betrokken persoon; het is dus volstrekt geen kwestie van de toegang tot de arbeidsmarkt.

37. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging om de vraag van de Raad van State te beantwoorden als volgt:

„De bepalingen van het gemeenschapsrecht inzake het vrije verkeer van werknemers zijn niet van toepassing op onderdanen van een Lid-Staat die niet in staat zijn onder normale arbeidsomstandigheden te werken, doch die in een andere Lid-Staat beroepswerkzaamheden verrichten in een bedrijf dat uitsluitend en in het bijzonder is opgericht om het verrichten van een dergelijke werkzaamheid mogelijk te maken.”