



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Recht doen of recht hebben: een analyse van de rechten van de migrant op bescherming door de staat tegen arbeidsuitbuiting

Lodder, G.G.

Citation

Lodder, G. G. (2022, April 21). *Recht doen of recht hebben: een analyse van de rechten van de migrant op bescherming door de staat tegen arbeidsuitbuiting*. Meijers-reeks. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3284950>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3284950>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

4 | Vrij verkeer van Unieburgers en de bescherming tegen arbeidsuitbuiting

4.1 INLEIDING. WAT IS ER AAN DE HAND?¹

In het vorige hoofdstuk zijn meerdere strafrechtelijke zaken besproken waarbij er mogelijk sprake was van arbeidsuitbuiting als een vorm van mensenhandel van Unieburgers in Nederland. In veel van deze zaken is de rechter ook tot een veroordeling gekomen.² In enkele zaken oordeelde de rechter dat er wel misstanden waren, maar dat deze niet ernstig genoeg waren om te concluderen dat dit arbeidsuitbuiting in strafrechtelijk zin vormde.³

Intra-Europese arbeidsmigratie is de laatste jaren om verschillende redenen een heet hangijzer. Op de eerste plaats bestaan er in diverse lidstaten grote zorgen over de gevolgen van de EU-arbeidsmigratie voor de lokale werknemers. Denk bijvoorbeeld aan de motivatie van de *leave*-stemmers bij het Brexit-referendum, het Polen-meldpunt of de ‘Code Oranje’ boodschap van voormalig minister Asscher.⁴ Arbeidsmigratie van met name EU-burgers uit de Midden- en Oost Europese landen (Moe-landers) zou leiden tot verdringing van de lokale arbeiders en sociale dumping. Dit laatste begrip kent geen universele definitie maar kan omschreven worden als een situatie waarbij de arbeidsvoorwaarden van de eigen bevolking onder druk staan door de aanwezigheid van arbeidsaanbod van migranten die bereid zijn om tegen minder gunstige voorwaarden hetzelfde werk te doen. Arbeidsmigratie van EU-burgers blijft ook actueel door regelmatige berichten over uitbuiting van deze werknemers. De in opdracht van de Tweede Kamer in 2011 ingestelde ‘Tijdelijke commissie arbeidsmigratie’ stelde toen al geschrokken te zijn van de aard en omvang van uitbuitingssituaties.⁵ Sindsdien zijn er verschillende rapporten en onder-

1 Dit hoofdstuk is gebaseerd op G.G. Lodder, ‘Loon naar werken voor de EU-arbeidsmigrant?’ *NJB* 2016/37, p. 2744-2752.

2 Zie bijv. de zaak van de Oost-Europese en Portugese aspergestekers in Someren, Rb. ’s-Hertogenbosch 4 oktober 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BT6501 of van de Oost-Europese en Slowaakse aardbeienplukkers in Steenwijk, Rb. Overijssel 28 november 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2951.

3 Zie bijv. de zaak waar Oost-Europese en met name Poolse werknemers op verschillende plekken werkten via een uitzendbureau, en het Hof in hoger beroep oordeelde dat er geen sprake was van arbeidsuitbuiting: Rb. 14 december 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:2188 en Hof Arnhem-Leeuwarden, 18 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2256.

4 Asscher & Goodhart 2013.

5 Tijdelijke commissie Lessen uit recente arbeidsmigratie, Arbeidsmigratie in goede banen (*Kamerstukken II* 2011/12, 32680, nr. 4, p. 15).

zoeken verschenen over de situatie van EU-arbeidsmigranten.⁶ Ook op beleidsniveau is Europese arbeidsmigratie een onrustig terrein. In Nederland volgen de maatregelen en regelgeving elkaar in hoog tempo op.⁷ Op Europees niveau was de termijn voor de implementatie van de Handhavingsrichtlijn⁸ nog niet verstreken of de Europese Commissie (EC) kwam met een voorstel tot aanpassing van de Detacheringsrichtlijn.⁹ De herziene Detacheringsrichtlijn is in 2018 aangenomen en op 30 juli 2020 in werking getreden.¹⁰

In de discussie over de vermeende negatieve aspecten van EU-arbeidsmigratie worden de drie begrippen verdringing, sociale dumping en uitbuiting vaak in een adem genoemd. De precieze betekenis van en de onderlinge relatie tussen deze begrippen is echter niet duidelijk.¹¹

Maatregelen ter bestrijding van uitbuiting van arbeidsmigranten, zoals het versterken van hun rechtspositie door aanpassing van de Detacheringsrichtlijn 1996, zijn vaak tegelijk bedoeld om verdringing en sociale dumping tegen te gaan. Als lokale werknemers inderdaad worden verdrongen doordat goedkope EU-arbeidskrachten worden ingezet, zouden maatregelen om de kostenvoordelen van de inzet van EU-arbeidsmigranten teniet te doen, ertoe kunnen leiden dat die niet meer geworven worden.¹² Dat is ook een van de redenen waarom er binnen de EU geen overeenstemming bestaat over hoe verschil in beloning en andere arbeidsvoorwaarden tussen binnenlandse werknemers en EU-arbeids-

6 McGauran e.a. 2016. Zie ook o.a. SER 2014; Cremers 2011; Rijken & De Volder 2014; CRM 2013; Roemer 2020 en Roemer 2020a.

7 Zie voor een overzicht van de maatregelen de kamerstukken in het dossier 34108 (Aanpak schijnconstructies).

8 Richtlijn 2014/67/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt („de IMI-verordening”) (PbEU 2014, L 159/11).

9 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging 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, COM (2016)128.

10 De Detacheringsrichtlijn en de herziening van deze richtlijn worden in paragraaf 4.4 besproken. In het vervolg van dit hoofdstuk wordt de ‘oude’ detacheringsrichtlijn aangeduid met Detacheringsrichtlijn 1996 en de ‘nieuwe’ richtlijn met herziene Detacheringsrichtlijn.

11 Zie bijv. SER 2014, p. 99, waarin een neutrale definitie van verdringing wordt gegeven (het vervangen van een groep werknemers door een andere groep); het rapport van Berkhout, Bisschop & Volkerink 2014, p. 57, waarin verdringing wordt beschouwd als het gevolg van oneerlijke concurrentie of de minister van SZW die ook stelt dat verdringing het gevolg is van oneerlijke concurrentie, Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 1 oktober 2014 (*Kamerstukken II* 2014/15, 29544, nr. 588).

12 Uit diverse onderzoeken blijkt dat er in bescheiden mate sprake is van verdringing. Op macroniveau is er wel sprake van verdringing maar zijn de gevolgen beperkt. De effecten op microniveau concentreren zich op risicogroepen zoals laagopgeleiden, allochtonen en jongeren in bepaalde segmenten. Zie bijv. Berkhout, Bisschop & Volkerink 2014, p. II-IV, Gardeniers e.a. 2015; Home Office UK 2014; Van den Berge 2018.

migranten gekwalificeerd en aangepakt moet worden. Verschillende auteurs wijzen op het spanningsveld tussen Oost- en West-Europa; tussen de zendlanden en de ontvangende landen.¹³ Wat door de ene lidstaat wordt gezien als oneerlijke concurrentie of misschien zelfs uitbuiting, wordt door het andere land gezien als gebruik maken van een legitiem kostenvoordeel.¹⁴

De discussie over of en hoe de ongelijke behandeling van lokale- en EU-arbeiders moet worden aangepakt, wordt verder bemoeilijkt door de bereidheid van werknemers uit landen waar de lonen lager liggen dan in West-Europa om voor een lager bedrag te werken, dat vaak nog wel veel hoger is dan het salaris dat zij in hun eigen land zouden kunnen verdienen.¹⁵

De positie van EU-arbeidsmigranten hangt mede af van de juridische grondslag waarop een Unieburger in een andere lidstaat werkt. Het Unierecht voor Unieburgers biedt drie legale constructies om te werken en verblijven in een andere lidstaat van de Europese Unie: a) het vrij verkeer van werknemers, b) de vrijheid van vestiging, en c) de vrijheid diensten te verrichten. Deze vrijheden maken deel uit van de vrijheden die aan de basis liggen van de interne markt die in het werkingsverdrag van de Europese Unie zijn neergelegd (VWEU).¹⁶ Het arbeidsrecht inclusief het bepalen van de arbeidsvoorwaarden en beloning is echter nog grotendeels¹⁷ een nationale aangelegenheid.¹⁸ In geval van een internationale situatie geeft in beginsel het internationaal privaatrecht regels voor de bepaling welk nationaal recht van toepassing is op een dergelijke arbeidsovereenkomst. Het Unierecht geeft op dit terrein weinig materiële normen maar kent wel een systeem van Unierechtelijke conflictregels.

In dit hoofdstuk wordt onderzocht in hoeverre uitbuiting van EU-arbeidsmigranten (mede) een gevolg is van de Uniewetgeving op het terrein van vrij verkeer, de coördinatieregels ten aanzien van het toepasselijk arbeidsrecht en de wijze waarop deze door het Hof van Justitie worden uitgelegd. In paragraaf twee tot en met vier komen achtereenvolgens de drie Unierechtelijke vrijheden

13 Zie bijv. Schout, Wiersma & Gomes Neto, 2016; Heerma van Voss 2016, p. 179-180.

14 Zie voor de verschillende standpunten van lidstaten en andere betrokkenen het overzicht van de raadpleging bij het voorstel voor een Richtlijn tot wijziging van de Detacheringsrichtlijn, COM (2016)128, p. 5-6 en de gele kaart die n.a.v. dit voorstel is getrokken door het indienen van een subsidiariteitsbezwaar door de parlementen van Bulgarije, Denemarken, Estland, Hongarije, Kroatië, Letland, Litouwen, Polen, Roemenië, Slowakije en Tsjechië. Zie ook de procedure die Hongarije en Polen zijn gestart tegen het Europees Parlement om de herziene Detacheringsrichtlijn nietig te laten verklaren: HvJ EU 8 december 2020, C-620/18 en C-626/18 (*Hongarije & Polen/Europees Parlement*).

15 Zie Van Hoek & Houwerzijl 2011, p. 269.

16 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU* 2012, C 326/47). Zie respectievelijk artikel 45, 49 en 56 VWEU.

17 Er bestaan wel enkele EU-richtlijnen die minimumarbeidsvoorwaarden voorschrijven voor bepaalde sectoren of op bepaalde terreinen, zoals richtlijnen voor de transportsector, de uitzendsector en de informatieverplichting van werkgevers ten aanzien van hun werknemers.

18 Verschueren 2014, p. 550-564.

op grond waarvan een Unieburger in een andere lidstaat kan werken, aan de orde. Bij de bespreking van deze constructies wordt eerst kort aandacht besteed aan de verblijfsrechtelijke kant en vervolgens aan het toepasselijk arbeidsrecht en de risico's op uitbuiting. Uitbuiting van arbeidsmigranten is voor een belangrijk deel te wijten aan een gebrek aan handhaving. Dit hoofdstuk is echter beperkt tot een analyse van het Unierecht en de jurisprudentie van het Hof van Justitie en gaat niet in op het probleem van handhaving. Socialezekerheidsrechten kunnen ook van invloed zijn op de kwetsbaarheid voor uitbuiting. Dit aspect ligt (met uitzondering van een korte referentie aan het recht op gelijke behandeling van EU-werknemers) buiten de focus van dit hoofdstuk. In de conclusie volgt een antwoord op de vraag in hoeverre in het Unierecht risico's op uitbuiting van EU-arbeidsmigranten besloten liggen.

4.2 Vrij werknemersverkeer

Artikel 45 VWEU bepaalt dat het verkeer van werknemers binnen de Unie vrij is. Unieburgers hebben het recht werk te zoeken en werk te aanvaarden, te reizen en te verblijven op het grondgebied van de lidstaten voor dit doel en onder voorwaarden op het grondgebied van een lidstaat te verblijven na afloop van een dienstbetrekking.

Het verblijfsrecht van een EU-werknemer is geregeld in richtlijn 2004/38/EG (verder Verbljfsrichtlijn).¹⁹ Op grond van artikel 7 lid 1 sub a Verbljfsrichtlijn heeft een Unieburger als werknemer een verblijfsrecht zonder de aanvullende eis dat hij beschikt over voldoende bestaansmiddelen voor zichzelf en zijn gezinsleden.²⁰ Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat het begrip 'werknemer' in de zin van artikel 45 VWEU een communautair begrip is dat niet eng mag worden uitgelegd. Het moet gaan om reële en daadwerkelijk arbeid, het geringe niveau van de beloning noch de herkomst van de middelen is van belang. Het feit dat iemand minder dan het bestaansminimum verdient, is geen beletsel om die persoon als werknemer aan te merken, ook niet als een aanvullend beroep op de openbare middelen wordt gedaan.²¹ De EU-werknemer behoudt zijn verblijfsrecht in geval van ziekte of tijdelijke arbeidsongeschiktheid (artikel 7 lid 3 sub a Verbljfsrichtlijn). In geval van

19 (Rectificatie van) Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (*PbEU* 2004, L 229/35).

20 Die eis geldt wel voor economisch niet actieve EU-burgers en studenten. Zie artikel 7 lid 1 sub b en c Verbljfsrichtlijn. Zie ook Oosterom-Staples 2016, p. 203-210.

21 Zie bijv. de samenvatting van eerdere jurisprudentie in: HvJ EG 4 juni 2009, C-22/08 en C-23/08 (*Vatsouras en Koupatantze*).

onvrijwillige werkloosheid na een jaar gewerkt te hebben, blijft zijn status als werknemer behouden (artikel 7 lid 3 sub b Verblijfsrichtlijn). Wordt hij binnen een jaar onvrijwillig werkloos dan kan hij zijn status als werknemer zes maanden behouden.²² Als de werkloosheid echter vrijwillig is, dan kan de Unieburger zijn status als werknemer verliezen. Unieburgers die de status van werknemer hebben en rechtmatig verblijven op grond van artikel 7 van de Verblijfsrichtlijn, hebben recht op gelijke behandeling met de eigen burgers.²³ Dat betekent dat zij zolang zij de status als werknemer behouden, zij ook aanspraak kunnen maken op sociale voorzieningen. Als een Unieburger echter zijn status als werknemer verliest, verliest hij daarmee ook de aanspraken op gelijke behandeling als lokale burgers op grond van de Verblijfsrichtlijn (artikel 24 lid 2 Verblijfsrichtlijn). In dat geval kan een onredelijk beroep op de openbare kas reden zijn tot verblijfsbeëindiging (artikel 14 lid 1 en 3 Verblijfsrichtlijn).

4.2.1 Toepasselijk arbeidsrecht

Op grond van het tweede lid van artikel 45 VWEU houdt het vrij werknemersverkeer in: 'de afschaffing van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden'. Arbeidsovereenkomsten gesloten tussen een in Nederland gevestigde werkgever en een in Nederland woonachtige werknemer vallen in beginsel onder het toepasselijk Nederlands arbeidsrecht. He beginsel van gelijk loon voor gelijk werk zou onverkort moeten gelden voor EU-werknemers. Daarnaast zijn er enkele arbeidsrechtelijke Unierichtlijnen die de positie van werknemers – zowel de lokale werknemers als werknemers afkomstig uit een andere (lid)staat – beogen te beschermen. Vooral van belang voor EU-werknemers, die vaak op basis van een uitzendovereenkomst werken,²⁴ is Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid (Uitzendrichtlijn).²⁵ De Uitzendrichtlijn bepaalt in artikel 5 lid 1 dat de essentiële arbeidsvoorwaarden voor uitzendkrachten gelijk zijn aan de voorwaarden die

22 Zie artikel 7 lid 3 sub c Richtlijn 2004/38/EG. Zie ook HvJ EU 20 december 2017, C 442/16 (*Gusa*), r.o. 45, waar het Hof bepaalde dat het ontbreken van vrijwilligheid wel naar behoren dient te worden vastgesteld.

23 Artikel 24 Richtlijn 2004/38/EG.

24 Uit gegevens van het SEO-onderzoek komt naar voren dat in 2012 van de 93.000 in de Basisregistratie Personen (BRP) geregistreerde MOE-arbeidsmigranten, 37.000 werkzaam waren via de uitzendsector. Van de 164.000 niet in de BRP geregistreerde Moe-landers, die wel elders als werkend in Nederland staan geregistreerd via een van de mogelijke constructies, waren 90.000 personen werkzaam in de uitzendsector, Berkhout, Bisschop & Volkerink 2014, p. 83, tabel 19. Dat veel EU-arbeidsmigranten via uitzendbureaus werken wordt bevestigd in het rapport van het Aanjaagteam bescherming arbeidsmigranten, Roemer 2020a, p. 13.

25 Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (*PbEU* 2008, L 327/9).

zouden gelden als betrokkene rechtstreeks bij de inlener werkzaam zou zijn. Artikel 5 lid 2, 3 en 4 bieden echter ruime mogelijkheden om af te wijken van het beginsel van gelijke behandeling. Bijvoorbeeld ingeval de uitzendkracht een vaste aanstelling heeft bij het uitzendbureau en tussen de opdrachten in wordt doorbetaald (lid 2). Ook kan – na overleg met sociale partners (al dan niet vastgelegd in een cao) – een periode worden vastgesteld waarna pas de gelijke behandeling ingang vindt (lid 3 en 4).²⁶ Richtlijn 91/533/EEG (de Informatierichtlijn) verplicht een werkgever zijn werknemers te informeren over een aantal wezenlijke arbeidsvoorwaarden zoals beloning, vakantiedagen, arbeidstijden en dergelijke.²⁷ Ten aanzien van verlof, opzegtermijn, aanvangsbeloning en arbeidstijden kan de werkgever volstaan met een verwijzing naar algemeen verbindende afspraken of wettelijke regelingen (artikel 2 lid 3 in samenhang met lid 2 sub f, g, h en i Informatierichtlijn).

4.2.2 Risico's op uitbuiting van EU-werknemers

De Unierechtelijke regeling inzake vrij werknemersverkeer die bestaat uit het recht werk te zoeken, te aanvaarden en een verblijfsrecht, gecombineerd met een verbod op alle vormen van discriminatie, biedt een stevig kader om uitbuiting in de zin van profiteren van ongelijke behandeling te voorkomen. Het lijkt grotendeels een kwestie van handhaving van arbeidsvoorwaarden in plaats van een deficit in de regelgeving.²⁸ Er is echter toch wel een aantal risico's voor uitbuiting te noemen die besloten liggen in de Uniewetgeving. Het verblijfsrecht van de EU-werknemer en zijn recht op een bijstandsuitkering hangt het eerste jaar af van zijn status als werknemer. Tot aan de verkrijging van een duurzaam verblijfsrecht (op grond van artikel 16 Verblijfsrichtlijn) kan vrijwillige werkloosheid leiden tot verlies van de status van werknemer en daarmee verlies van rechtmatig verblijf. Een aanvraag voor een bijstandsuitkering kan in die situatie grond zijn tot beëindiging van het verblijfsrecht. De jurisprudentie van het Hof van Justitie laat een tendens zien dat lidstaten meer ruimte krijgen om in geval van economisch niet-actieve Unieburgers een

26 In Nederland gold bijvoorbeeld in 2014 op grond van de bijna volledig algemeen verbindend verklaarde uitzend cao van de Algemene Bond Uitzendondernemingen een termijn van 26 weken voordat een gelijk loon werd betaald aan uitzendkrachten en werknemers direct in dienst bij het bedrijf. Deze uitzondering op gelijke beloning is m.i.v. 1 januari 2015 komen te vervallen: Berkhout, Bisschop & Volkerink 2014, p. 75.

27 Richtlijn 91/533/EEG van de Raad van 14 oktober 1991 betreffende de verplichting van de werkgever de werknemer te informeren over de voorwaarden die op zijn arbeidsovereenkomst of -verhouding van toepassing zijn (*PbEG* 1991, L288/32).

28 Zie bijv. het onderzoek van het College voor de Rechten van de Mens en de constatering dat er wel sprake is van discriminatie bij beloning en overige arbeidsvoorwaarden van Poolse werknemers ten opzicht van Nederlandse. Geconstateerd wordt dat controle op gelijke behandeling bij arbeidsvoorwaarden van EU-arbeiders lastig is als er geen Nederlandse werknemers zijn, CRM 2013. Zie ook Heerma van Voss 2016, p. 173.

bijstandsuitkering te weigeren en eerst te toetsen of er – bij gebreke van voldoende middelen – wel sprake is van rechtmatig verblijf.²⁹ Dit plaatst de EU-werknemer het eerste jaar, maar ook daarna nog, in een kwetsbaardere positie dan de lokale bevolking. Werkloosheid kan voor hem grotere gevolgen hebben dan voor een vergelijkbare werknemer die de nationaliteit van het EU-land heeft waar hij woont en werkt.

In verhouding tot lokale werknemers werkt een EU-werknemer vaker via de uitzendsector.³⁰ Hoewel de Uitzendrichtlijn gelijke behandeling van werknemers direct in dienst bij een bedrijf en werknemers die via een uitzendbureau werken voorschrijft, biedt de richtlijn ruime mogelijkheden om van dit beginsel af te wijken.

De informatierichtlijn zou in de verplichtingen die deze richtlijn een werkgever oplegt meer toegesneden kunnen worden op de positie van een arbeidsmigrant, die in veel gevallen de taal van de lidstaat waar hij werkt niet of onvoldoende meester is.

4.3 VRIJHEID VAN VESTIGING VAN ZELFSTANDIGEN

Een EU-burger die zich als zelfstandig dienstverlener (EU-zelfstandige) in een andere lidstaat vestigt, valt onder de vrijheid van vestiging. Artikel 49 VWEU voorziet in een verbod op beperkingen op de vrijheid van EU-burgers om zich in een andere lidstaat te vestigen. De vrijheid van vestiging omvat onder meer de toegang tot en het recht op uitoefening van werkzaamheden anders dan in loondienst.

Het verblijfsrecht van een EU-zelfstandige in Nederland volgt uit artikel 7 lid 1 sub a Verblijfsrichtlijn. Net als de EU-werknemer behoudt de EU-zelfstandige zijn verblijfsrecht in geval van ziekte en tijdelijke arbeidsongeschiktheid op grond van artikel 7 lid 3 sub a Verblijfsrichtlijn. Ook de regeling met betrekking tot het behoud van de status van een EU-zelfstandige na onvrijwillige beëindiging van zijn activiteiten als zelfstandige³¹ is gelijk aan de regeling die ziet op behoud van de status als EU-werknemer.³²

29 Zie de zaken HvJ EU 11 november 2014, C-333/13 (*Dano*); HvJ EU 15 september 2015, C-67/14 (*Alimanovic*) en HvJ EU 25 februari 2016, C-299/14 (*Jovanna García-Nieto*). Zie ook n.a.v. de zaak *Alimanovic*: Eleveld 2015, p. 312-318.

30 Zie voor Nederland Berkhout, Bisschop & Volkerink 2014, p. 83; Roemer 2020a, p. 13.

31 Artikel 7 lid 3 sub b (onvrijwillig werkloos na één jaar) en artikel 7 lid 3 sub c (onvrijwillig werkloos binnen één jaar).

32 HvJ EU 20 december 2017, C 442/16 (*Gusa*), r.o. 31-46.

4.3.1 Regels ten aanzien van EU-zelfstandigen

Op grond van artikel 49 VWEU is de toegang tot arbeid anders dan in loondienst onder dezelfde voorwaarden toegestaan als die voor de eigen burgers zijn vastgesteld. Richtlijn 2006/123/EG³³ (de Dienstenrichtlijn) regelt in hoofdstuk III de vrije vestiging van EU-zelfstandige dienstverrichters. Voorwaarden die gesteld worden aan de vestiging van EU-zelfstandigen mogen geen discriminatie naar nationaliteit opleveren en moeten noodzakelijk en evenredig zijn. Een EU-zelfstandige die zich in Nederland vestigt, moet zich net als een Nederlandse zzp'er inschrijven bij de Kamer van Koophandel onder overlegging van een burgerservicenummer en een bewijs van inschrijving in de Basisregistratie Personen.³⁴ De Belastingdienst hanteert eigen criteria om vast te stellen of er sprake is van een zelfstandig ondernemer.³⁵ Als een zzp'er voldoet aan de criteria om door de Belastingdienst als zodanig aangemerkt te worden, kan hij gebruik maken van fiscaal voordelige regelingen voor ondernemers. Een zzp'er draagt geen verplichte premies af voor de werknemersverzekeringen (of hij zich hiervoor wil verzekeren komt voor zijn eigen risico). De opdrachtgever van een zelfstandige hoeft geen loonheffing in te houden en af te dragen.

4.3.2 Risico's op uitbuiting van EU-zelfstandigen

In beginsel geldt ten aanzien van zelfstandigen dat zij zelf verantwoordelijk zijn voor de voorwaarden waaronder zij werk aannemen. In tijden van krapte kan dat betekenen dat een zelfstandige hogere tarieven bedingt, maar bij overaanbod zullen de vergoedingen onder druk komen te staan.³⁶ Net als bij de EU-werknemer kan angst om het verblijfsrecht te verliezen als een uitkering wordt aangevraagd ertoe leiden dat eerder wordt ingestemd met ongunstige voorwaarden.

Het Hof van Justitie concludeerde in de zaak *FNV Kiem* dat het op grond van de mededingingsbepalingen van artikel 101 lid 1 VWEU³⁷ niet is toegestaan om collectieve afspraken te maken namens zelfstandigen over arbeidsvoorwaar-

33 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*PbEU* 2006, L 376/36).

34 SER 2014, p. 175.

35 Zie informatie op de website van de Belastingdienst onder Wet DBA.

36 Zie ook Kreijger 2015, p. 18-24.

37 Artikel 101 lid 1 VWEU bepaalt (voor zover hier van belang): 'Onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in: a. het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden.'

den.³⁸ De zogenaamde *Albany*-uitzondering geldt niet voor personen die als zelfstandige diensten verlenen. Deze *Albany*-uitzondering houdt in, dat het sluiten van cao's tussen werkgevers- en werknemersorganisaties, ondanks de mededinging beperkende werking, niet onder de mededingingsbepalingen van artikel 101 lid 1 VWEU valt. De reden die het Hof van Justitie in de zaak *Albany* hiervoor aanvoerde, was dat de sociale doelstellingen die via collectieve afspraken worden nagestreefd anders ernstig zouden worden belemmerd.³⁹ Voor zzp'ers geldt deze uitzondering op grond van het oordeel in de zaak *FNV Kiem* niet. Het Unierecht laat een versteviging van de positie van zelfstandigen via collectieve afspraken op dit punt niet toe.

Het belangrijkste issue met betrekking tot uitbuiting van EU-zelfstandigen is echter de kwestie van schijnzelfstandigheid. Van schijnzelfstandigheid is sprake als iemand formeel als zelfstandige is aangenomen, maar er feitelijk sprake is van werknemerschap. In een in opdracht van de Europese Commissie uitgevoerd onderzoek naar *Precarious Work* wordt schijnzelfstandigheid samen met *Casual Work* het meest genoemd als een vorm van een kwetsbare werkrelatie, omdat schijnzelfstandigheid de laagste arbeidsrechtelijke en sociale zekerheidsbescherming biedt.⁴⁰ In acht van de twaalf deelnemende landen, waaronder Nederland, werd schijnzelfstandigheid door de geïnterviewde personen beschouwd als een veelvoorkomend verschijnsel.⁴¹ De begrippen werknemerschap, zelfstandigheid en schijnzelfstandigheid zijn echter binnen de Europese Unie niet uniform gedefinieerd.⁴²

De bovengenoemde zaak *FNV Kiem* is met name interessant vanwege de overwegingen ten aanzien van schijnzelfstandigheid. Als er sprake zou zijn van schijnzelfstandigheid, geldt volgens het Hof van Justitie het verbod op het maken van collectieve afspraken niet. Het Hof geeft in deze zaak een communautaire invulling aan het begrip zelfstandigheid, waarbij het niet relevant is of betrokkene onder nationaal recht op 'fiscale, administratieve of bureaucratische gronden is aangeworven als zelfstandige'.⁴³ Het HvJ noemt onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie waarin de begrippen werknemer en zelfstandige dienstverlener zijn uitgelegd,⁴⁴ drie karakteristieken die bepa-

38 HvJ 4 december 2014, C-413/13 (*FNV Kiem*). Zie ook Kreijger, 2015, p. 18-24.

39 HvJ 21 december 1999, C-67/96 (*Albany*).

40 Working Lives Research Institute 2012, p. 6.

41 Working Lives Research Institute 2012, p. 26. De acht landen waren Griekenland, Italië, Letland, Nederland, Polen, Spanje, Verenigd Koninkrijk en Zweden.

42 Zie SER 2014, p. 171.

43 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13 (*FNV Kiem*), r.o. 36.

44 Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het kenmerk van de arbeidsverhouding dat iemand gedurende bepaalde tijd voor een ander onder diens gezag prestaties verricht tegen beloning, zie bijv. HvJ EG 3 juli 1986, C-66/85 (*Lawrie-Blum*), r.o.17. De kenmerken die een zelfstandige dienstverrichter onderscheid van een werknemer zijn meer bewegingsruimte in de keuze van het soort werk en de uit te voeren taken, van de wijze waarop dit werk of deze taken moeten worden verricht, van de werktijden en van de werkplek, en meer

len of een werkrelatie gekwalificeerd dient te worden als een werknemersrelatie of een zelfstandige – opdrachtgever relatie. Deze drie kenmerken zijn: a) de betrokkene handelt onder leiding van zijn werkgever wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen, b) hij deelt niet in de commerciële risico's van die werkgever, en c) hij is tijdens de duur van de arbeidsverhouding opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt.⁴⁵

Deze drie criteria vormen volgens Pennings een minder zware bewijslast voor het bestaan van schijnzelfstandigheid dan bijvoorbeeld de criteria van de Belastingdienst.⁴⁶ In veel sectoren waar gewerkt wordt met zzp'ers, zoals in de bouw of het busvervoer zal de zzp'er niet vrij zijn om zelf zijn tijdschema, plaats en inhoud van het werk te bepalen.⁴⁷ Het is de vraag of de invulling die anno 2021 door de Belastingdienst in Nederland aan de drie criteria wordt gegeven nog steeds een zwaardere bewijslast voor schijnzelfstandigheid vormt.⁴⁸

Welke consequenties zouden getrokken moeten worden op grond van de Unierechtelijke vaststelling dat er sprake is van schijnzelfstandigheid? In Italië en Letland bestaat de praktijk dat in geval van schijnzelfstandigheid de zelfstandighedsrelatie wordt omgezet in een betaalde werknemersrelatie.⁴⁹ Het HvJ lijkt in de zaak *FNV Kiem* te veronderstellen dat het mogelijk is dat iemand onder EU-recht een schijnzelfstandige is en onder nationaal recht een zelfstandige. Als echter een EU-arbeidsmigrant geen echte zelfstandige is, dan is hij werknemer in de zin van artikel 45 VWEU, en mag hij niet gediscrimineerd worden ten opzichte van lokale werknemers. Het is de vraag wie dan de vergelijkingsgroep vormen. Nederlandse schijnzelfstandigen of Nederlandse werknemers in loondienst? Kortom, de constructie van de schijnzelfstandige onder EU-recht als bijzondere categorie roept nog de nodige vragen op.

Nederland is op zoek naar een andere manier om (echte) zelfstandigen te beschermen. Hiertoe zijn verschillende opties verkend. Een daarvan was het voorstel dat bij een uurtarief lager dan € 16 zou worden aangenomen dat de zelfstandige een werknemer is. Dat voorstel is afgekeurd, omdat het niet

vrijheid bij het uitkiezen van zijn eigen personeel, HvJ EU 10 september 2014, C-270/13 (*Haralambidis*), r.o. 33.

45 HvJ EU 4 december 2014, C-413/'13 (*FNV Kiem*), r.o. 36.

46 Pennings 2015 en Pennings 2019, p. 227.

47 Zie Pennings 2015, p. 116; Zie ook Rb. Zeeland-West-Brabant 11 februari 2015, ECLI:NL:ERZWB:2015:813, die het oordeel van het HvJ overneemt.

48 Op het moment van het afsluiten van de update van dit hoofdstuk op 1 mei 2021 is er sprake van een overgangssituatie tussen handhaving op grond van de Wet DBA en verwachte nieuwe regels die per 1 oktober 2021 ingevoerd zouden moeten worden. Tijdens deze overgangssituatie wordt ten aanzien van een werkgever alleen handhavend opgetreden als hij: 'opzettelijk een situatie van evidente schijnzelfstandigheid laat ontstaan of voortbestaan omdat hij [u] weet – of had kunnen weten – dat er feitelijk sprake is van een dienstbetrekking'. Zie: Belastingdienst/controle Wet DBA.

49 Thörnqvist 2015, p. 405.

in overeenstemming werd geacht met het Unierecht.⁵⁰ Een Duitse maatregel om voor zelfstandige architecten verplichte minimumtarieven in te voeren, is door het Hof van Justitie verboden op grond van strijdigheid met het in artikel 49 VWEU neergelegde recht op vrijheid van vestiging.⁵¹ Nederland overweegt ook minimumtarieven in te voeren voor zelfstandigen in het belang van het tegengaan van sociale dumping en het bestrijden van armoede. De context en de belangen die Duitsland aanvoerde om een beperking van het recht op vrijheid van vestiging te rechtvaardigen, verschillen met de belangen die Nederland met het beoogde minimumtarief wil dienen.⁵² Op grond van de uitspraak tegen Duitsland kan niet geconcludeerd worden dat het vaststellen van minimumtarieven wegens andere publieke belangen ook strijdig is met de vrijheid van vestiging.⁵³

4.4 VRIJ VERKEER VAN DIENSTEN

Artikel 56 VWEU bepaalt dat beperkingen op het vrij verrichten van diensten verboden zijn ten aanzien van Unieburgers die een dienst verrichten in een andere lidstaat dan de lidstaat waar zij gevestigd zijn. Het verdrag beschouwt een dienst als een verrichting waar gewoonlijk een beloning tegenover staat en waarop de bepalingen met betrekking tot het vrij verkeer van goederen, kapitaal en personen niet van toepassing zijn (artikel 57 VWEU). De vrijheid van dienstverlening is uitgewerkt in de Dienstenrichtlijn. Er bestaan twee constructies waarbij een Unieburger op grond van het vrij verkeer van diensten in Nederland kan werken. De eerste constructie is dat een zelfstandige dienstverlener die in een andere lidstaat is gevestigd, diensten verricht in Nederland. Het verschil met de EU-zelfstandige die in de vorige paragraaf is besproken, is dat de EU- dienstverlener niet in Nederland is gevestigd. De tweede optie is dat een in een andere lidstaat gevestigd bedrijf diensten aanbiedt in Nederland die erin bestaan dat personeel dat bij dit bedrijf in dienst is, werkzaamheden in Nederland uitvoert voor een opdrachtgever. Deze constructie is geregeld in Richtlijn 96/71/EG (Detacheringsrichtlijn 1996).⁵⁴

Op grond van artikel 6 VWEU heeft iedere Unieburger gedurende drie maanden het recht te reizen en te verblijven op het grondgebied van een andere lidstaat. Het verblijfsrecht van een EU-gedetacheerde werknemer langer

50 Laagland 2020, p. 26.

51 HvJ EU 4 juli 2019, C-377/17 (*Commissie/Duitsland*). Zie ook Laagland 2020, p. 33.

52 De minimum uurtarieven en een herziene Wet DBA zouden in 2021 in moeten gaan.

53 Laagland 2020, p. 33

54 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 (*PbEG* 1997, L18/1). Deze richtlijn is herzien bij Richtlijn (EU) 2018/957. Hier volgt eerst een bespreking op basis van de Detacheringsrichtlijn 1996. In paragraaf 4.4.3 wordt besproken in welke opzichten de herziene richtlijn afwijkt van de oude richtlijn.

dan drie maanden is niet geregeld in de Verblijfsrichtlijn maar volgt impliciet uit artikel 16 van de Dienstenrichtlijn. Artikel 16 lid 1 tweede alinea bepaalt: 'de lidstaat waar de dienst wordt verricht, zorgt voor vrije toegang tot en vrije uitoefening van een dienstenactiviteit op zijn grondgebied.' Dit geldt zowel voor de zelfstandige dienstverlener die in een andere lidstaat een dienst verricht als voor het personeel van een dienstverrichter. Deze Unieburgers vallen niet onder artikel 45 VWEU en de Verblijfsrichtlijn en hebben in beginsel dus geen recht op de bescherming die de Verblijfsrichtlijn biedt aan EU-werknemers en EU-zelfstandigen.

4.4.1 Voorwaarden voor dienstverrichters

Artikel 16 van de Dienstenrichtlijn bepaalt dat er geen eisen gesteld mogen worden aan het vrije verkeer van diensten die niet voldoen aan het discriminatieverbod, het vereiste van noodzakelijkheid en het vereiste van evenredigheid.⁵⁵

4.4.1.1 Toepasselijk arbeidsrecht gedetacheerde werknemers

In een internationale situatie worden de regels die van toepassing zijn op een overeenkomst bepaald door het internationaal privaatrecht (IPR). Voor de Europese Unie is dit IPR gecommunautariseerd in Verordening (EG) 593/2008 (hierna Rome I of Rome I-verordening).⁵⁶ Voor intra-Europese detachering heeft de Detacheringsrichtlijn 1996 echter voorrang op de Rome I-Verordening.⁵⁷

Detachering wordt in Richtlijn 96/71/EG in artikel 1 lid 1 omschreven als de situatie waarin een werkgever in lidstaat A werknemers – met wie ten tijde van de terbeschikkingstelling een dienstverband bestaat – tijdelijk beschikbaar stelt voor de uitvoering van werkzaamheden in lidstaat B. De Detacheringsrichtlijn 1996 voorziet in drie modaliteiten: a) een werkgever in lidstaat A neemt een opdracht aan in lidstaat B en neemt zijn eigen personeel mee, waarmee hij de opdracht in lidstaat B uitvoert, b) de werknemers van een werkgever in lidstaat A worden ter beschikking gesteld aan een andere vestiging of binnen concernverband in lidstaat B, en c) een uitzendorganisatie in lidstaat A stelt werknemers beschikbaar aan een onderneming in lidstaat B.⁵⁸

⁵⁵ Artikel 16 lid 1, 3^{de} alinea sub a, b en c Richtlijn 2006/123/EG.

⁵⁶ Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) (*PbEU* 2008, L 177/6).

⁵⁷ Zie preambule overweging 34 en artikel 23 Rome I. De Detacheringsrichtlijn 1996 is verder uitgewerkt in de Handhavingsrichtlijn (Richtlijn 2014/67/EU). Een bespreking van deze richtlijn valt buiten het bestek van dit hoofdstuk.

⁵⁸ Artikel 1 lid 3 sub a, b en c Richtlijn 96/71/EG.

Op grond van een detachingsconstructie kan ook een derdelander die verblijft en werkt voor een onderneming in de ene lidstaat, worden uitgezonden om te werken in een andere lidstaat.

Als een situatie valt binnen het toepassingsbereik van de Detacheringsrichtlijn 1996 betekent dit dat op een aantal terreinen de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden gelden van het land waar het werk wordt uitgevoerd (artikel 3 Detacheringsrichtlijn 1996). Dat betreft onder andere de regeling van het minimumloon inclusief de overwerkvergoeding, het minimum aantal betaalde vakantiedagen, maximale werktijden en minimale rusttijden. Voorwaarde voor toepassing van het recht van het land waar het werk wordt uitgevoerd is wel dat deze regelingen zijn vastgelegd in wetten of algemeen verbindend verklaarde cao's. Voor alle overige aspecten van de arbeidsovereenkomst, inclusief beëindiging van de arbeidsovereenkomst, moet het toepasselijk recht worden vastgesteld op grond van de Rome I-verordening. Als de Detacheringsrichtlijn 1996 helemaal niet van toepassing is, moet voor alle aspecten van de arbeidsovereenkomst worden bepaald welk recht van toepassing is.

Rome I bevat verschillende criteria om het toepasselijk recht vast te stellen. Het eerste criterium is de vrije rechtskeuze van de partijen (artikel 3 Rome I). Als er geen rechtskeuze is gemaakt, moet vervolgens op grond van artikel 8 lid 2, 3 en 4 Rome I worden bepaald wat het toepasselijk recht is.⁵⁹ De drie criteria die in deze bepalingen worden genoemd zijn respectievelijk het werkland (lid 2), het land van vestiging van de werkgever die de werknemers in dienst heeft genomen (lid 3) en alle overige relevante omstandigheden (lid 4). In geval van detachering is het werkland – omschreven als het land waar of van waaruit gewoonlijk wordt gewerkt – vaak niet het land waar de werkzaamheden gedurende de detachering worden uitgevoerd. Dit volgt uit de preambule waarin is opgenomen dat als de werkzaamheden tijdelijk in een ander land worden verricht, dit betekent dat het land waar of van waaruit gewoonlijk wordt gewerkt, niet is gewijzigd.⁶⁰ Het vestigingscriterium moet worden toegepast als niet duidelijk is waar de werkzaamheden gewoonlijk worden verricht. Als echter uit alle omstandigheden die betrekking hebben op de overeenkomst blijkt dat er nauwere banden bestaan met een ander land, dan is het recht van dat land van toepassing.

Een verdere uitzondering ten aanzien van welk recht toegepast dient te worden kan ontleend worden aan artikel 9 Rome I dat ziet op bepalingen van 'bijzonder dwingend recht'. Dit zijn bepalingen waarvan een land de handhaving op grond van openbare belangen zo belangrijk vindt, dat ze op elke overeenkomst van toepassing zijn, ongeacht de rechtskeuze voor een bepaald rechtstelsel.

59 Vanwege de beperkte ruimte beperk ik mij hier tot een beknopte bespreking van artikel 8 lid 2, 3 en 4 van Rome I. Artikel 8 lid 1 en het objectief toepasselijk recht die de vrije rechtskeuze beperken, worden hier niet besproken.

60 Preambule overweging 36 Rome I.

4.4.2 Risico's op uitbuiting dienstverrichter en gedetacheerde werknemers

De Dienstenrichtlijn is gericht op het opheffen van belemmeringen voor het vrij verkeer van diensten. Doordat een registratieplicht, inschrijving in de Kamer van Koophandel en dergelijke eisen voor een in een andere lidstaat gevestigde dienstverlener worden beschouwd als verboden belemmeringen, is er geen zicht op de omvang van deze vorm van EU dienstverlening door zelfstandigen en is controle op bijvoorbeeld schijnzelfstandigheid bijzonder moeilijk.⁶¹

De meeste problemen die ten aanzien van uitbuiting van EU-arbeidsmigranten in Nederland worden aangekaart, betreffen gedetacheerde werknemers. In het kader van dit hoofdstuk worden drie structurele oorzaken besproken. Dit zijn ten eerste de keuze voor het onderbrengen van gedetacheerde werknemers onder het vrij verkeer van diensten, ten tweede de compromissen die gesloten moesten worden bij de totstandkoming van de Detacheringsrichtlijn 1996 en ten derde de samenloop tussen de Rome I-Verordening en de Detacheringsrichtlijn 1996.

4.4.2.1 Gedetacheerde werknemers als deel van het vrije dienstenverkeer

Aan de basis van het verschil in behandeling tussen lokale en gedetacheerde werknemers ligt de gekozen constructie waarbij gedetacheerde werknemers niet beschouwd worden als zelfstandige dragers van het recht op vrij werknemersverkeer, maar als 'gereedschap' van de dienstverlener die gebruik maakt van zijn recht op vrij dienstenverkeer.⁶² Deze constructie is door het Hof van Justitie gebruikt in de zaak *Rush Portuguesa*.⁶³ Het HvJ oordeelde in deze zaak dat een dienstverrichter om een dienst in een andere lidstaat te kunnen verrichten soms zijn eigen personeel dient mee te nemen en dat deze werknemers niet toetreden tot de arbeidsmarkt van de lidstaat waar de dienst wordt verricht. Dit zou anders kunnen zijn als er sprake was van het in- en uitlenen van personeel. Deze uitspraak van het Hof is in de Detacheringsrichtlijn 1996 gecodificeerd waarbij als rechtsbasis is gekozen voor het vrije dienstenverkeer. In de Detacheringsrichtlijn 1996 is echter het puur grensoverschrijdende inlenen van personeel wel onder de noemer van het vrije dienstenverkeer gebracht (artikel 1 lid 3 sub c). Dat betekent dat ook deze 'uitgeleende werknemers' in beginsel niet als werknemer op grond van de Verblijfsrichtlijn in de gastlidstaat verblijven en geen aanspraak kunnen maken op de rechten op verblijf, werk en bijstand en non-discriminatiebepaling van deze richtlijn. Gezien de

61 SER 2014, p. 176.

62 Zie voor de achtergrond bij deze keuze Houwerzijl 2009, p. 5

63 HvJ EG 27 maart 1990, C-113/89 (*Rush Portuguesa*). Al eerder had het Hof in de zaak *Webb* bepaald dat het ter beschikking stellen van werknemers via een uitleenconstructie valt onder het begrip 'diensten', HvJ EG 17 december 1981, C279/80 (*Webb*), r.o. 7-11.

ruime betekenis die het Hof geeft aan het begrip werknemer is de vraag opgeworpen of het Hof ingeval een beroep wordt gedaan op werknemerschap in de zin van de Verblijfsrichtlijn niet zal beslissen dat de gedetacheerde werknemer toch beschouwd moet worden als een werknemer en dus rechten kan ontlelen aan de Verblijfsrichtlijn.⁶⁴ De uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Vicoplus* leek deze benadering van gedetacheerde werknemers te ondersteunen.⁶⁵ Het Hof ging er in deze zaak vanuit dat de toelating van gedetacheerde Poolse werknemers die ten tijde van de overgangsregeling⁶⁶ via een uitzendconstructie werkten wel van invloed kan zijn op de arbeidsmarkt van de ontvangende lidstaat. Als een lidstaat uitgezonden gedetacheerde werknemers ten aanzien van de tewerkstellingsverplichting als werknemers mag beschouwen, zou dan niet geredeneerd kunnen worden dat deze werknemers vallen onder artikel 45 VWEU en hier ook rechten aan kunnen ontlelen?⁶⁷ In de latere zaak *Essent* werd echter duidelijk dat het Hof toch vasthoudt aan de lijn van *Rush Portuguesa*.⁶⁸ Het Hof bevestigde zijn eerdere lijn dat uitgezonden gedetacheerde werknemers vallen onder het vrij verkeer van diensten. De eis van een tewerkstellingsvergunning voor een legaal in Duitsland verblijvende derdelander die werd uitgezonden naar Nederland, vormde een belemmering van het vrije dienstenverkeer. In de zaak *Martin Meat* geeft het Hof van Justitie een complex toetsingskader om te beoordelen of er sprake is van ter beschikking stellen van arbeidskrachten zoals bedoeld onder artikel 1 lid 3 sub c Richtlijn 96/71/EG of van een werkgever-werknemersrelatie tussen de gedetacheerde werknemer en het inlenende bedrijf.⁶⁹

4.4.2.2 De Detacheringsrichtlijn 1996 als compromis

Bij de vaststelling van de Detacheringsrichtlijn 1996 zijn compromissen gesloten tussen enerzijds het belang van bescherming van rechten van gedetacheerde werknemers en anderzijds het vrije dienstenverkeer. Dit compromis blijkt bijvoorbeeld uit een beperking van de arbeidsvoorwaarden waarop het recht van het tijdelijk werkland van toepassing is en het niet invullen van het begrip tijdelijk, waardoor in beginsel ook zeer lange periodes als tijdelijk kunnen worden beschouwd, gedurende welke alleen de minimale bescherming via de Detacheringsrichtlijn 1996 geldt.⁷⁰ Deze dubbele – en volgens sommigen

64 Zie Houwerzijl 2011, p. 259-265. De vraag welk recht voorrang heeft in geval een bepaalde situatie onder twee verschillende vrijheden zou kunnen vallen wordt geadresseerd door Botman 2015, p. 189 e.v.

65 HvJ EU 19 februari 2011, C-307/09 (*Vicoplus*) r.o. 35.

66 De overgangsregeling hield voor Nederland in dat er nog geen recht op vrij werknemersverkeer bestond maar wel een recht op vrij dienstenverkeer.

67 Zie ook Van den Eeckhout 2012, p. 15-16; Houwerzijl 2011.

68 HvJ EU 11 september 2014, C-91/13 (*Essent*), r.o. 42.

69 HvJ EU 18 juni 2015, C-586/13 (*Martin Meat*), r.o. 32-41.

70 In de herziene Detacheringsrichtlijn is deze bepaling gewijzigd. Zie verder paragraaf 4.4.3.

niet te verenigen – doelstelling van de Detacheringsrichtlijn 1996 creëert een spanningsveld waarin het Hof van Justitie een balans probeert te vinden.⁷¹ Volgens critici slaat deze balans in verschillende zaken door naar de doelstelling van het wegnemen van belemmeringen op het vrij dienstenverkeer.⁷² Bijvoorbeeld in de zaak *Laval* oordeelde het Hof dat de kernbepalingen waarop het recht van de lidstaat waar de werkzaamheden worden uitgevoerd, zoals opgenomen in de Detacheringsrichtlijn 1996, bedoeld zijn als een limitatieve opsomming. Dit houdt in dat deze bepalingen niet mogen worden uitgebreid door het land van ontvangst om de belangen van werknemers te beschermen, omdat dit een onterechte beperking van de vrijheid van het dienstenverkeer zou inhouden.⁷³

Ten slotte is ook de rechtsbescherming van de gedetacheerde werknemer halfslachtig geregeld in de Detacheringsrichtlijn 1996. Een gedetacheerde werknemer die meent dat zijn rechten in het tijdelijk werkland zijn geschonden kan een claim indienen bij de rechtbank van dit land (artikel 6 Detacheringsrichtlijn 1996). Er kunnen echter allerlei praktische obstakels zijn om zijn recht in het tijdelijk werkland af te dwingen, zoals onbekendheid met de rechten die een gedetacheerde werknemer heeft, het rechtssysteem, of het feit dat betrokkene tegen de tijd dat een zaak voorkomt allang niet meer in de gaststaat verblijft.⁷⁴ Hij kan ook een claim indienen bij de rechtbank in zijn land van oorsprong of het land waar zijn werkgever is gevestigd. De Detacheringsrichtlijn 1996 verplicht de rechter in deze andere staten niet het recht van het tijdelijk werkland toe te passen.⁷⁵ De nationale rechter van die andere staat moet op grond van de Rome I-verordening zelfstandig besluiten welk recht hij toepasselijk acht op de arbeidsovereenkomst en dat blijkt in de praktijk vaak het recht van het land van herkomst van de werknemer te zijn.⁷⁶

71 Verschueren 2014, p. 557.

72 Zie bijv. de zaken HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (*Laval*) en HvJ EG 2 april 2008, C-346/06 (*Rüffert*) en het commentaar hierop Van den Eeckhout 2009.

73 Zie HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (*Laval*). In de Finse vakbondszaak geeft het Hof overigens wel blijk van oog te hebben voor de sociale bescherming van gedetacheerde werknemers en ruimte te laten voor een nationale invulling van het begrip minimumloon. Zie HvJ EU 12 februari 2015, C-396/13 (*Sähköalojen ammattiliitto ry*), r.o. 28 e.v.

74 Zie het onderzoek van Hoek & Houwerzijl 2011, p. 267-270, waar zij concluderen dat er bijna geen rechtszaken zijn van gedetacheerde werknemers in de gaststaat om arbeidsvoorwaarden van de gaststaat conform de Detacheringsrichtlijn af te dwingen en een overzicht geven van de verklaringen die hiervoor worden gegeven. Zie ook: Fornassier & Torga 2013, p. 356-365.

75 Fornassier & Torga 2013, p. 361.

76 Fornassier & Torga 2013, p. 359. Zie ook voor de uitzondering op deze regel de door hen becommentarieerde uitspraak van het Estse Hooggerechtshof van 16 januari 2013, No. 3-2-1-179-12 2013, p. 362.

4.4.2.3 Rome I en de Detacheringsrichtlijn 1996

Het is de vraag of en zo ja in hoeverre gaten in de bescherming die de Detacheringsrichtlijn 1996 biedt, kunnen worden opgevuld door de Rome I-verordening.⁷⁷ Betoogd wordt dat het soms gunstiger kan zijn voor de werknemer om aan te voeren dat de Detacheringsrichtlijn 1996 niet van toepassing is en zich volledig te beroepen op vaststelling van het toepasselijk recht op grond van Rome I.⁷⁸ Als de Detacheringsrichtlijn 1996 wel van toepassing is, zal het in veel gevallen lastig zijn om als toepasselijk recht voor de overige arbeidsvoorwaarden ook uit te komen bij het recht van het tijdelijk werkland op grond van Rome I. De invulling die in de preambule bij Rome I aan het begrip gewoonlijk werkland wordt gegeven, sluit in geval van echte detachering namelijk het recht van het tijdelijk werkland uit.⁷⁹ Dit zou alleen anders kunnen zijn als op grond van een van de andere criteria van Rome I het recht van het land waar tijdelijk wordt gewerkt als toepasselijk recht kan worden aangewezen. Daarbij speelt de vraag of op grond van Rome I dat recht toepasselijk kan worden verklaard dat de meeste bescherming biedt aan een gedetacheerde werknemer. De jurisprudentie van het Hof van Justitie lijkt dit in ieder geval niet als een criterium voor rechtskeuze aan te wijzen.⁸⁰

77 Zie bijv. Van den Eeckhout 2014, p. 157-169; Kullmann 2015, p. 215-216.

78 Dit kan overigens ook een risico zijn, omdat niet zonder meer op voorhand is vast te stellen tot welk toepasselijk recht op grond van welke criteria van Rome I de rechter zal besluiten: zie Van den Eeckhout, 2015 p. 2-4.

79 Overweging 36 van de preambule stelt dat het gewoonlijk werkland juist niet het land is waar tijdelijk wordt gewerkt. De complexiteit van deze materie blijkt ook uit de Nederlandse jurisprudentie waar rechters worstelen met de begrippen werkland en gewoonlijk werkland. Zie bijv. de uitspraak in de zaak van de Hongaarse truckers van 8 januari 2015, waar de rechter eerst stelt dat o.g.v. Rome I Nederland het gewoonlijk werkland is en vervolgens tot de conclusie komt dat de Detacheringsrichtlijn van toepassing is. Zie Kantonrechter Rb. Oost-Brabant zp 's-Hertogenbosch 8 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:18. Zie ook de annotatie van Franssen 2015. De Kantonrechter zp Rb. Overijssel is in een vergelijkbare zaak een stuk voorzichtiger in haar oordeel: ECLI:NL:RBOVE:2015:3865. Uiteindelijk heeft de rechter na enkele beroepsprocedures in de zaak van de Hongaarse truckers van 8 januari 2015, geoordeeld dat o.g.v. Rome I Nederlands recht op de arbeidsovereenkomst van toepassing is; Zie: Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7206, r.o. 3.21. Het Hof van Justitie heeft in een andere zaak in 2020 geoordeeld dat de Detacheringsrichtlijn van toepassing is op bepaalde vormen van wegtransport; Zie HvJ EU 1 december 2020, C-815/18 (*FNV/Van den Bosch*).

80 Zie bijv. HvJ EU 12 september 2013, C-64/12 (*Schlecker*) en de commentaren op deze zaak van Van den Eeckhout 2015 en Van Hoek 2014.

4.4.3 De herziening van de Detacheringsrichtlijn 1996

Op 30 juli 2020 is de herziene Detacheringsrichtlijn in werking getreden.⁸¹ Het doel van deze richtlijn is het beginsel van gelijk loon voor gelijk werk op dezelfde locatie ingang te doen vinden.⁸² De drie modaliteiten van detachering die in artikel 1 lid 3 van de Detacheringsrichtlijn 1996 waren opgenomen, zijn gelijk gebleven. Hier worden drie aanpassingen in de herziene richtlijn benoemd: a) de wijziging in de rechten die een gedetacheerde werknemer heeft, b) de beperking van de termijn waarvoor de herziene Detacheringsrichtlijn geldt en c) het toepasselijk verklaren van artikel 5 van de Uitzendrichtlijn (zie ook paragraaf 4.2.1) op buitenlandse uitzendbureaus.⁸³

De rechten die een gedetacheerde werknemer had op basis van artikel 3 van de oude richtlijn waren vastgesteld op het minimumniveau. In de herziene Detacheringsrichtlijn wordt in de aanhef van artikel 3 duidelijk gemaakt dat met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden die zijn opgenomen in deze bepaling, een recht geldt op gelijke behandeling als lokale werknemers. Wel is de beperking gehandhaafd dat het recht op gelijke behandeling alleen geldt voor normen die zijn opgenomen in een wettelijke of bestuurlijke maatregel of in cao's die algemeen verbindend zijn verklaard. Aan het lijstje van normen zijn twee normen toegevoegd: het ter beschikking stellen van huisvesting en vergoedingen voor reis-, maaltijd- en verblijfskosten voor werknemers die in het kader van het werk van huis zijn.

In Richtlijn 96/71/EG was de duur dat een werknemer op basis van de richtlijn uitgezonden kon worden niet beperkt. In de herziene richtlijn is op zich geen beperking van de maximumtermijn voor detachering opgenomen, maar is wel bepaald dat na twaalf maanden recht bestaat op gelijke behandeling ten aanzien van alle toepasselijke arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die in de lidstaat waar het werk wordt uitgevoerd, zijn neergelegd in wetten en algemeen verbindend verklaarde cao's.⁸⁴ Bedrijven kunnen deze termijn vrij simpel verlengen tot 18 maanden door middel van een gemotiveerde kennisgeving. De richtlijn bepaalt niet wat geldige redenen voor verlenging zouden kunnen zijn. Bepalingen ten aanzien van ontslag blijven uitgezonderd van het recht op gelijke behandeling.

Het toepasselijk verklaren van de Uitzendrichtlijn op gedetacheerde uitzendkrachten⁸⁵ is een aanzienlijke verbetering voor de arbeidsvoorwaarden voor gedetacheerde uitzendkrachten (onder voorbehoud van de in paragraaf 3.1 gemaakte opmerkingen).

81 Richtlijn (EU) 2018/957 van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 2018 tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten. (*PbEU* L 173/16).

82 Zie COM(2016) 128, p. 1.

83 Zie voor een evaluatie van de herziene Detacheringsrichtlijn bijv. Carter 2018.

84 Artikel 1bis Richtlijn (EU) 2018/957.

85 Zie artikel 1ter Richtlijn (EU) 2018/957.

De herziene richtlijn kan net als zijn voorganger met betrekking tot de bescherming van de rechten van de gedetacheerde werknemers alleen succes hebben indien de nationale autoriteiten hun handhavingsinspanningen vergroten. In de regeling van de rechtsbescherming in artikel 6 van de herziene Detacheringsrichtlijn is niets veranderd. De bezwaren die hierover in paragraaf 4.4.2.2 naar voren zijn gebracht, lijken daarom ook onder de herziene richtlijn nog relevant.

Ten slotte rijst nog de vraag of de aanwijzing van de gaststaat als werkland de positie van de gedetacheerde werknemer kan versterken door middel van een beroep op het vrij werknemersverkeer. De verhouding tussen de vaststelling van het toepasselijk recht op grond van Rome I en eventuele aanspraken op grond van de non-discriminatiebepalingen die onderdeel uitmaken van het vrij werknemersverkeer, is nog een onontgonnen terrein.⁸⁶ Een ander punt is of rechten op verblijf, werk en bijstand (in combinatie met sociale zekerheidsrechten) kunnen worden geclaimd op grond van de Verblijfsrichtlijn. Het argument van Houwerzijl, al eerder genoemd in paragraaf 4.4.2.1, zou versterkt kunnen worden door de impliciete erkenning dat deze gedetacheerde werknemers wel toetreden tot de arbeidsmarkt – nu de gastlidstaat het gewoonlijk werkland is geworden. Dat zou inhouden dat zij werknemers zijn in de zin van artikel 7 van de Verblijfsrichtlijn en op grond hiervan de rechten kunnen inroepen die aan de status van werknemer zijn verbonden.

4.5 CONCLUSIE

Het Unierecht maakt op diverse manieren mogelijk dat werkgevers zoveel mogelijk kostenvoordeel proberen te halen door de inzet van goedkopere EU-arbeidsmigranten. Dit kan leiden tot arbeidsuitbuiting.

De norm gelijk loon voor gelijk werk op dezelfde locatie gaat uit van een categorisering van arbeid in twee groepen: werknemers en (echte) zelfstandigen. Werknemers moeten gelijk behandeld worden en zelfstandigen dienen hun eigen voorwaarden af te dwingen. De Unierechtelijke werkelijkheid is echter complexer. Geredeneerd vanuit de arbeidsmigrant zijn er vier verschillende constructies denkbaar: de EU-werknemer die in Nederland woont en werkt, de EU-zelfstandige die in Nederland is gevestigd, de EU-dienstverlener die in een andere lidstaat is gevestigd en in Nederland diensten verricht en de intra-EU gedetacheerde arbeidsmigrant. Deze vier verschillende constructies worden gereguleerd door drie verschillende Unierechtelijke vrijheden: het vrij werknemersverkeer, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van diensten met daaronder een vangnet dat wordt gevormd door het IPR in de vorm van de Rome I-verordening. Omdat de voorwaarden waaronder de EU-arbeidsmigrant mag werken niet voor alle constructies gelijk zijn, kan hier een kostenvoordeel

⁸⁶ Van den Eeckhout 2016.

behaald worden. Het kostenvoordeel dat met de inzet van gedetacheerde werknemers kan worden behaald, is verkleind met de inwerkingtreding van de herziene Detacheringsrichtlijn. Toch zijn de verschillende posities nog niet volledig gelijk en kunnen ook bepaalde gedetacheerde werknemers buiten de geboden bescherming vallen (bijvoorbeeld als er geen bindende cao is voor een bepaalde bedrijfstak). Een zelfstandige dienstverlener die (al dan niet onder druk) bereid is om voor een lage vergoeding hetzelfde werk te doen en geen kosten voor bijvoorbeeld verzekeringen en ouderdomspensioen doorberekent aan de opdrachtgever, kan goedkoper zijn dan een werknemer in loondienst.

Het adagium gelijke arbeidsomstandigheden voor gelijk werk komt dus niet overeen met de Unierechtelijk juridische werkelijkheid. Deze twee kunnen dichter bij elkaar gebracht worden door strakker te handhaven. Het Unierecht staat echter een volledige gelijkschakeling in de weg. Het Hof van Justitie benadrukt in zijn uitspraken het belang van de vrijheden van de interne markt. Dit heeft voor de werknemer een versterking van zijn rechtpositie tot gevolg, door de ruime uitleg die het Hof geeft aan het begrip werknemer. Hoewel het Hof knabbelt aan potentiële rechten op verblijf, werk en bijstand en sociale bijstandsrechten van economisch niet-actieven lijkt vooralsnog de positie van de economisch actieve – ook bij werkloosheid na een jaar – sterk. Gedurende het eerste jaar is de positie van zowel de EU-werknemers als EU-zelfstandige nog wel kwetsbaarder dan de positie van een lokale werknemer, omdat verlies van werk of opdrachten gevolgen kan hebben voor het recht op een bijstandsuitkering en verblijfsrecht. Voor de zelfstandige belemmert het Unierecht verder een versteviging van zijn rechtpositie middels collectieve afspraken wegens strijdigheid met de mededingingsregels. Wellicht dat hier enige ruimte is voor verbetering van de rechtpositie van de naar Unierecht schijnzelfstandige, of via de invoering van minimumtarieven. Ten aanzien van de gedetacheerde werknemer verhindert het Unierecht nog steeds een volledige gelijkschakeling met de rechten die een lokale werknemer heeft. Ook in de herziene Detacheringsrichtlijn is de gedetacheerde werknemer te zien als het gereedschap van de dienstverrichter of zelfs als de dienst zelf. Dat betekent onder meer dat zijn verblijfsrecht is gekoppeld aan het verrichten van de dienst en eindigt als de dienst is beëindigd. Zeker voor een derdelander die met een verblijfsrecht in de ene lidstaat als gedetacheerde werknemer in een andere lidstaat werkt, is de afhankelijkheid van de formele werkgever groot. De compacte beschrijving in dit hoofdstuk van de bescherming die het 'vangnet' in de vorm van Rome I al dan niet kan vormen, laat zien dat het invoeren van of wel de Detacheringsrichtlijn of wel de Rome I-verordening kan leiden tot juridische scherpslijperij waarbij de uitkomst van de vraag welk rechtsregime van toepassing is verder nog wordt beïnvloed door welke rechter (uit welke lidstaat) de zaak wordt beoordeeld.

Een werkelijke doorvoering van de norm gelijke arbeidsomstandigheden voor gelijk werk is alleen mogelijk als de juridische Unierechtelijke werkelijkheid wordt aangepast aan de arbeidsrechtelijke tweedeling in werknemers

en zelfstandigen. Dat is gezien de verschillen in kwalificering binnen de EU van de huidige situatie als uitbuiting, verdringing, sociale dumping of legitiem kostenvoordeel vooralsnog een utopie.

