

Loon naar werken voor de EU arbeidsmigrant?

Gerrie Lodder¹

Een EU-arbeidsmigrant in Nederland kan hier werken als werknemer, als zelfstandige EU-arbeidsmigrant in Nederland gevestigd, als zzp-er die in een andere lidstaat is gevestigd en in Nederland diensten verricht en als intra-EU gedetacheerde arbeidsmigrant. Deze vier verschillende constructies worden gereguleerd door drie verschillende Unierechtelijke vrijheden: het vrije werknemersverkeer, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van diensten. Daaronder hangt 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 ligt uitbuiting op de loer. Om de norm 'gelijke arbeidsomstandigheden voor gelijk werk op dezelfde locatie' te realiseren moet de discrepantie tussen de Unierechtelijke juridische werkelijkheid en de arbeidsrechtelijke tweedeling in werknemers en zelfstandigen worden verminderd. Daarvoor is niet alleen nodig dat er een eenduidige Unierechtelijke definitie komt van het begrip zelfstandige en duidelijkheid over de positie van schijnzelfstandigen, maar ook dat gedetacheerde werknemers worden beschouwd als werknemer in de zin van de Verblijfsrichtlijn en niet als onderdeel van de vrijheid van dienstverlening van de werkgever.

1. Inleiding. Wat is er aan de hand?

Intra-Europese arbeidsmigratie is de laatste jaren om verschillende redenen een heet hangijzer. In diverse lidstaten bestaan grote zorgen over de gevolgen van de EU-arbeidsmigratie voor de lokale werknemers. Denk bijvoorbeeld aan de motivatie van de kiezers voor een uittrede bij het Brexit-referendum, het Polen-meldpunt of de 'Code Oranje'-boodschap van minister Asscher.² Arbeidsmigratie van met name EU-burgers uit de Midden- en Oost Europese landen (MOE-landers) zou leiden tot verdringing van lokale arbeiders en aantasting van verworven arbeidsrechten (sociale dumping). Arbeidsmigratie van EU-burgers is ook een actueel thema door regelmatige berichten over uitbuiting van deze werknemers. De Tijdelijke (parlementaire) commissie 'lessen uit recente arbeidsmigratie' stelde in 2011 geschrokken te zijn van de aard en omvang van uitbuitingssituaties in Nederland.³ Dit beeld werd in 2016 bevestigd door een onderzoek naar de arbeidsmarktpositie van Poolse arbeidsmigranten.⁴ Deze maatschappelijke en politieke spanningen rond de Europese arbeidsmigratie vertalen zich in onrust op beleidsniveau. In Nederland volgen de maatregelen elkaar in hoog tempo op.⁵ Op Europees niveau was de termijn voor de implementatie van de Handhavingsrichtlijn nog niet verstreken of de Europese Commissie (EC) kwam al met een voorstel tot aanpassing van de Detacheringsrichtlijn.⁶

In de discussies over de vermeende negatieve aspecten van EU-arbeidsmigratie worden de drie begrippen verdringing, sociale dumping en uitbuiting vaak in één adem genoemd. Dit artikel focust op dit laatste begrip en onderzoekt 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.

De positie van EU-arbeidsmigranten in het Unierecht hangt 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 te verblijven in een andere lidstaat van de Europese Unie: 1. het vrij verkeer van werknemers, 2. de vrijheid van vestiging en 3. 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).⁷

Het arbeidsrecht inclusief het bepalen van de arbeidsvoorwaarden en beloning is echter nog grotendeels een nationale aangelegenheid.⁸ In het 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 par. 3 t/m 5 bespreek ik achtereenvolgens de drie Unierechtelijke vrijheden op grond waarvan een Unieburger in een andere lidstaat kan werken. De invulling die dit artikel aan het begrip uitbuiting geeft wordt in par. 2 toegelicht. Uitbuiting van arbeidsmigranten is voor een belangrijk deel te wijten aan een gebrek aan handhaving. Dit artikel beperkt zich echter tot een analyse van het Unierecht en de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU.⁹ In de conclusie wordt antwoord gegeven op de vraag in hoeverre in het Unierecht risico's op uitbuiting van EU-arbeidsmigranten besloten liggen.

2. Het begrip uitbuiting

De precieze betekenis van – en de onderlinge relatie tussen – de begrippen uitbuiting, verdringing en sociale dumping is niet duidelijk. Maatregelen ter bestrijding van uitbuiting van arbeidsmigranten zijn vaak tegelijk bedoeld om verdringing en sociale dumping tegen te gaan. Als echter de lokale werknemers inderdaad worden verdrongen doordat goedkopere EU-arbeidskrachten worden ingezet, zou dit kunnen betekenen dat als het kostenvoordeel dat met de inzet van de EU-arbeidsmigrant wordt behaald verdwijnt, deze niet meer wordt aangevallen. 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-arbeidsmigranten gekwalificeerd en aangepakt moet worden. Verschillende auteurs wijzen op het spanningsveld tussen Oost- en West Europa; tussen de zendlanden en de ontvangende landen.¹⁰ 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 kostenvoordeel.¹¹ 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 Nederland 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.¹²

Het begrip uitbuiting wordt breder gebruikt dan de strafrechtelijke uitbuiting in de vorm van mensenhandel.¹³ Er bestaat echter geen duidelijke afbakening van dit begrip. In de EU wordt vaak de norm 'gelijk loon voor gelijk werk op dezelfde locatie' genoemd als na te streven standaard.¹⁴ Deze norm probeert te bestrijden dat werkgevers voordeel halen uit de inzet van goedkopere arbeidsmigranten. Dit sluit aan bij de omschrijving van uitbuiting in het normale spraakgebruik: zoveel mogelijk voordeel halen uit. In deze bijdrage haak ik aan bij deze omschrijving. Ik versta onder uitbuiting van EU-arbeidsmigranten het laten werken van een EU-arbeidsmigrant onder (arbeids)omstandigheden die minder gunstig zijn of minder bescherming bieden dan de arbeidsomstandigheden waar een lokale werknemer aanspraak op kan maken.

3. 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.

3.1. Toepasselijk arbeidsrecht

Op grond van lid 2 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'. Het adagium van gelijk loon voor gelijk werk zou onverkort moeten gelden voor EU-werknemers. Arbeidsovereenkomsten gesloten tussen een in Nederland gevestigde werkgever en een in Nederland woonachtige werknemer vallen onder het toepasselijk Nederlands arbeidsrecht. 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-arbeidsmigran-

Auteur

1. Mr. drs. G.G. Lodder is werkzaam bij het Instituut voor Immigratierecht aan de Universiteit Leiden.

Noten

2. L. Asscher & D. Goodhart, 'Code Oranje voor vrij werkverkeer binnen EU', www.volkskrant.nl/economie/-code-oranje-voor-vrij-werkverkeer-binnen-eu--a3493574/, 17 augustus 2013 (geraadpleegd op 19 oktober 2016).
3. Tijdelijke commissie Lessen uit recente arbeidsmigratie, *Arbeidsmigratie in goede banen*, Kamerstukken II 2011/12, 32680, 4, p. 15.
4. K. Mc Gauran e.a., *Profiting from dependency. Working conditions of Polish migrant workers in the Netherlands and the*

role of the recruitment agencies, SOMO & Fair Work, juni 2016.

5. Zie voor een overzicht van de maatregelen het dossier aanpak schijnconstructies, *Kamerstukken II*, 34108.
6. 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 verichten van diensten, COM (2016)128.
7. Zie respectievelijk art. 45, 49, 56 VWEU.
8. H. Verschueren, 'De interne markt en de arbeidsrechtelijke normconcurrentie', *SEW* 2014, afl. 12, p. 550-564.
9. Het probleem van handhaving, de sociale zekerheidspositie en de verblijfsrechtelijke positie blijven in deze bijdrage achterwege.

Op dit laatste aspect wordt in de uitgebreidere online versie wel ingegaan.

10. Zie bijv. A. Schout, J.M. Wiersma, M. Gomes Neto & G. Heerma van Voss, 'The free movement of workers under discussion within the Social Council', in: B. Steunenberg, W. Voermans & S. Van den Bogaert (red.), *Fit for the future*, Den Haag: Eleven International Publishing 2016, p. 179-180.
11. 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 naar aanleiding van dit voorstel is getrokken door het indienen van een subsidiariteitsbezwaaar door de parlementen van Bulgarije, Denemarken, Estland, Hongarije, Kroatië, Letland, Litou-

wen, Polen, Roemenië Slowakije en Tsjechië.

12. Zie A.M. van Hoek & M. Houwerzijl, *Complementary study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union*, 2011, p. 269.
13. Zie art. 273f Sr.
14. Zie bijv. J.-C. Juncker, 'Een nieuwe start voor Europa. Mijn agenda voor banen, groei, billijkheid en democratische verandering. Politieke beleidslijnen voor de volgende Europese Commissie', 15 juli 2014, Toespraak in het Europees Parlement; Zie ook de toelichting bij het Voorstel voor een Richtlijn tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG, COM (2016)128, p. 1.



Roemeense aardbeienplukker in Brabant © Piet den Blanken / HH

ten, die vaak op basis van een uitzendovereenkomst werken.¹⁵ is Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid (Uitzendrichtlijn).¹⁶ De Uitzendrichtlijn bepaalt in artikel 5 lid 1 dat de essentiële arbeidsvoorwaarden voor uitzendkrachten gelijk zijn aan de voorwaarden voor rechtstreeks bij de inlener werkzame krachten. Artikel 5 lid 2, 3 en 4 biedt echter ruime mogelijkheden om af te wijken van het beginsel van gelijke behandeling. Bijvoorbeeld in geval de uitzendkracht een vaste aanstelling heeft bij het uitzend-

bureau 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). Richtlijn 91/533/EEG (Informatierichtlijn) verplicht een werkgever zijn werknemers te informeren over een aantal wezenlijke arbeidsvoorwaarden zoals beloning, vakantie-dagen, arbeidstijden e.d.¹⁷ Ten aanzien van verlof, opzegtermijn, aanvangsbeloning en arbeidstijden kan de werk-

gever volstaan met een verwijzing naar algemeen verbindende afspraken of wettelijke regelingen (artikel 2 lid 3 jo. lid 2 sub f, g, h en i Informatierichtlijn).

3.2. Risico's uitbuiting vrij werknemersverkeer

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 behande-

De Uitzendrichtlijn bepaalt dat de essentiële arbeidsvoorwaarden voor uitzendkrachten gelijk zijn aan de voorwaarden voor rechtstreeks bij de inlener werkzame krachten maar biedt ruime mogelijkheden om af te wijken van het beginsel

ling te voorkomen. Het lijkt grotendeels een kwestie van handhaving van arbeidsvoorwaarden in plaats van een deficit in de regelgeving.¹⁵ Er is echter toch wel een aantal risico's voor uitbuiting te noemen die voortkomen uit de Uniewetgeving. In verhouding tot lokale werknemers werkt een EU-werknemer vaker via de uitzendsector. Hoewel de Uitzendrichtlijn gelijke behandeling voorschrijft van werknemers die direct in dienst zijn bij een bedrijf en van werknemers die via een uitzendbureau werken, biedt de richtlijn ruime mogelijkheden om van dit beginsel af te wijken. De Informatierichtlijn zou in de verplichtingen die het een werkgever oplegt meer toegesneden kunnen worden op de positie van de arbeidsmigrant die in veel gevallen de taal van de lidstaat waar hij werkt niet of onvoldoende meester is.

4. Vrijheid van vestiging

Een EU-burger die zich in een andere lidstaat vestigt als een zelfstandige dienstverlener (zzp-er), 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.

4.1. Regels ten aanzien van zelfstandige EU-dienstverleners

Op grond van artikel 49 VWEU is de toegang tot arbeid anders dan in loondienst onder dezelfde voorwaarden toegestaan als die voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld. Richtlijn 2006/123/EG¹⁶ (Dienstenrichtlijn) regelt in hoofdstuk III de vrije vestiging van dienstverrichters. Voorwaarden die gesteld worden aan de vestiging van dienstverrichters mogen geen discriminatie naar nationaliteit opleveren en moeten noodzakelijk en evenredig zijn.

4.2. Risico's voor uitbuiting van EU-zelfstandigen

Het belangrijkste issue met betrekking tot uitbuiting van EU-zelfstandigen is de kwestie van schijnzelfstandigheid. Van schijnzelfstandigheid is sprake als iemand formeel als zelfstandige is aangenomen, maar er feitelijk sprake is van werknemerschap. De begrippen werknemerschap, zelfstandigheid en schijnzelfstandigheid zijn echter binnen de Europese Unie niet uniform gedefinieerd.²⁰

In de uitspraak in de zaak *FNV Kiem* wijdt het Hof van Justitie enkele interessante overwegingen aan het begrip schijnzelfstandigheid.²¹ Het Hof geeft 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'.²² Het Hof noemt drie karakteristieken die bepalen of een werkrelatie gekwalificeerd dient te worden als een werknemersrelatie of een zelfstandige relatie. Deze drie kenmerken zijn: a. of betrokkene onder leiding van zijn werkgever handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen, b. hij niet deelt in de commerciële risico's van die werkgever en c. hij tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt.²³

Deze drie criteria vormen een minder zware bewijslast voor het bestaan van schijnzelfstandigheid dan bijvoorbeeld de criteria van de Inspecties SZW of van de Belastingdienst. 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.²⁴

Welke consequenties zouden getrokken moeten worden op grond van de Unierechtelijke vaststelling dat er sprake is van schijnzelfstandigheid? In Italië en Letland

15. Zie SEO 2014, p. 83, tabel 19.

16. Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid.

17. Richtlijn van de Raad van 14 oktober 1991 betreffende de verplichting van de werkgever de werknemer te informeren over de voorwaarden die op zijn arbeids-

overeenkomst of -verhouding van toepassing zijn.

18. Zie bijv. CRM, *Poolese arbeidsmigranten in Nederland*, 2013. Zie ook G. Heerma van Voss, 2016, p. 173.

19. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne

markt.

20. Zie SER 2014, p. 171.

21. HvJ EU 4 december 2014, C-413/13 (*FNV Kiem*).

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

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

24. Zie F.J.L. Pennings, 'Exceptie van de mededingingsbepalingen voor (schijn)zelfstandigen: de zaak *FNV-Kiem*', *NTER* 2015, afl. 21/4, p. 116; Zie ook Rb. Zeeland-West-Brabant 11 februari 2015, ECLI:NL:ERZWB:2015:813, die het oordeel van het HvJ EU overneemt.

bestaat de praktijk dat in geval van schijnzelfstandigheid de zelfstandigheidsrelatie wordt omgezet in een betaalde werknemersrelatie.²⁵ Het Hof 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. Dan mag hij niet gediscrimineerd worden ten opzichte 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.

5. Vrij verkeer van diensten

Artikel 56 VWEU bepaalt dat beperkingen op het vrij verkeer 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

Het Hof 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

een beloning tegenover staat en waarop de bepalingen met betrekking tot het vrij verkeer van goederen, kapitaal en personen niet van toepassing is (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 er uit 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).²⁶

5.1. Voorwaarden voor dienstverrichters

Artikel 16 van de Dienstenrichtlijn bepaalt dat er geen eisen gesteld mogen worden aan het vrije verkeer van diensten die in strijd zijn met het discriminatieverbod of

de vereisten van noodzakelijkheid en evenredigheid (artikel 16 lid 1 derde alinea sub a, b en c).

5.1.1. 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 vastgelegd in Verordening (EG) 593/2008 (hierna Rome I).²⁷ Voor intra-Europese detachering heeft de Detacheringsrichtlijn echter voorrang op de Rome I verordening.²⁸

Detachering wordt in Richtlijn 96/71/EG artikel 1 lid 1 omschreven als de situatie waarin een werkgever in lidstaat A werknemers – met wie ten tijde van de ter beschikkingstelling een dienstverband bestaat – tijdelijk beschikbaar stelt voor de uitvoering van werkzaamheden in lidstaat B.

De Detacheringsrichtlijn voorziet in drie modaliteiten (artikel 1, lid 3): 1. een werkgever voert met zijn eigen personeel een opdracht uit in een andere lidstaat, 2. een werkgever stelt binnen concernverband werknemers ter beschikking in een andere lidstaat, 3. een uitzendorganisatie stelt werknemers beschikbaar aan een onderneming in een andere lidstaat.

Als een situatie valt binnen het toepassingsbereik van de Detacheringsrichtlijn betekent dit dat op een aantal terreinen de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden gelden van het land waar het werk wordt uitgevoerd (artikel 3 Detacheringsrichtlijn). 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 niet van toepassing is moet voor alle aspecten van de arbeidsovereenkomst worden bepaald welk recht van toepassing is. Rome I bevat verschillende criteria om dit vast te stellen.²⁹

Als er geen rechtskeuze is gemaakt (artikel 3 Rome I), moet op grond van artikel 8 lid 2, 3 en 4 Rome I worden bepaald wat het toepasselijk recht is. 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 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 die stelt 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.³⁰ 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 is het recht van dat land van toepassing.

Aan de basis van de ongelijke 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

5.2. *Risiko'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.³¹

De meeste problemen die ten aanzien van uitbuiting van EU-arbeidsmigranten in Nederland worden aangekaart, betreffen gedetacheerde werknemers. Ik beperk mij hier tot de bespreking van drie structurele oorzaken. 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 en ten derde de samenloop tussen de Rome I verordening en de Detacheringsrichtlijn.

5.2.1. *Gedetacheerde werknemers als deel van het vrije dienstenverkeer*

Aan de basis van de ongelijke 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.³² Deze constructie is door het Hof van Justitie gebruikt in de zaak *Rush Portuguesa*.³³ Het Hof oordeelde

daar 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 gecodificeerd in die zin dat als rechtsbasis is gekozen voor het vrije dienstenverkeer. In de Detacheringsrichtlijn is echter het puur grensoverschrijdende inlenen van personeel wel onder de noemer van het vrije dienstenverkeer gebracht (artikel 3 sub c). Dit betekent in beginsel dat de gedetacheerde werknemer niet op grond van de Verblijfsrichtlijn in Nederland verblijft en hij geen aanspraak kan maken op de non-discriminatiebepaling van deze richtlijn. Gezien de ruime betekenis die het Hof geeft aan het begrip werknemer is de vraag opgeworpen of het Hof in geval 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 ontleen aan de Verblijfsrichtlijn.³⁴ De uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Vicoplus* leek deze benadering van gedetacheerde werknemers te ondersteunen.³⁵ Het Hof ging er in deze zaak vanuit dat de toelating van gedetacheerde Poolse werknemers die ten tijde van de overgangsregeling³⁶ 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

25. C. Thörnqvist, 'Welfare States and the Need for Social Protection of Self-Employed Migrant Workers in the EU', *International Journal of Comparative Law and Industrial Relations* 31, 2015, afl. 4, p. 405.

26. 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.

27. Verordening (EG) 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).

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

29. Vanwege de beperkte ruimte beperk ik mij hier tot een zeer beknopte weergave van art. 8 lid 2, 3 en 4 Rome I.

30. Preambule Rome I, overweging 36.

31. SER 2014, p. 176.

32. Zie voor de achtergrond bij deze keuze M. Houwerzijl, *Verschillen in toepasselijk*

arbeidsrecht bij tijdelijke en structurele intracommunautaire arbeidsmigratie, Tilburg University, 2009 (Document version: Preprint), p. 5.

33. 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.

34. Zie M. Houwerzijl, 'Het arrest *Vicoplus*', *NIEr* 2011, afl. 8, p. 259-265. De vraag welk recht voorrang heeft in geval een

bepaalde situatie onder twee verschillende vrijheden zou kunnen vallen wordt geadresseerd door M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland* (diss. Amsterdam VU), Boom Juridische uitgever, 2015, p. 189 e.v.

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

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

hier ook rechten aan kunnen ontlenuen³⁷ In de latere zaak *Essent* werd echter duidelijk dat het Hof toch vasthoudt aan de lijn van *Rush Portuguesa*.³⁸

5.2.2. De Detacheringsrichtlijn als compromis

Bij de vaststelling van de Detacheringsrichtlijn zijn compromissen gesloten tussen enerzijds het belang van bescherming van de rechten van gedetacheerde werknemers en anderzijds het belang van 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 periode alleen de minimale bescherming via de Detacheringsrichtlijn geldt. Deze dubbele – en volgens sommigen niet te verenigen – doelstelling van de Detacheringsrichtlijn creëert een spanningsveld waarin het Hof van Justitie een balans probeert te vinden.³⁹ Volgens critici slaat deze balans in verschillende zaken door naar de doelstelling van het wegnemen van belemmeringen op het vrij dienstenverkeer.⁴⁰ Bijvoorbeeld in de zaak *Laval* oordeelde het Hof dat het rijtje arbeidsvoorwaarden zoals opgenomen in artikel 3 lid 1 van de Detacheringsrichtlijn waarop het recht van de lidstaat waar de werkzaamheden worden uitgevoerd van toepassing is, bedoeld is als een limitatieve opsomming. Dit rijtje met arbeidsvoorwaarden mag niet worden uitgebreid door het land van ontvangst om de belangen van werknemers te beschermen, noch kan een hoger beschermingsniveau worden geëist dan wettelijk is vasgelegd omdat dit een onterechte beperking van de vrijheid van het dienstenverkeer zou inhouden.⁴¹

Tenslotte is ook de rechtsbescherming halfslachtig geregeld in de Detacheringsrichtlijn. 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). Er kunnen echter allerlei praktische obstakels zijn om zijn recht in het tijdelijk werkland te handhaven.⁴² Hij kan ook een claim indienen bij de rechtbank in zijn land van oorsprong of het land waar zijn werkgever is gevestigd. De Detacheringsrichtlijn verplicht de rechter in deze andere staten niet het recht van het tijdelijk werkland toe te passen.⁴³ 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.⁴⁴

5.2.3. Rome I en de Detacheringsrichtlijn

Het is de vraag of, en zo ja in hoeverre, gaten in de bescherming die de Detacheringsrichtlijn biedt, kunnen worden opgevuld door de Rome I verordening.⁴⁵ Betoogd wordt dat het soms gunstiger kan zijn voor de werknemer om aan te voeren dat de Detacheringsrichtlijn niet van toepassing is en zich volledig te beroepen op vaststelling van het toepasselijk recht op grond van Rome I.⁴⁶ Als de Detacheringsrichtlijn 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.⁴⁷ 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 het bepalen van het toepasselijk recht aan te wijzen.⁴⁸

5.3. Het Commissievoorstel tot herziening van de Detacheringsrichtlijn

Met het voorstel tot wijziging van de Detacheringsrichtlijn beoogt de Europese Commissie het beginsel van gelijk loon voor gelijk werk op dezelfde locatie ingang te doen vinden.⁴⁹ De Europese Commissie oordeelde op 20 juli 2016 in reactie op de gele kaart die door enkele lidstaten was getrokken,⁵⁰ dat het wijzigingsvoorstel niet in strijd is met het subsidiariteitsbeginsel en handhaaft het voorstel ongewijzigd. Ik noem hier drie punten van het wijzigingsvoorstel: a. de beperking van de termijn waarvoor de Detacheringsrichtlijn geldt tot 24 maanden,⁵¹ b. het toepasselijk verklaren van artikel 5 van de Uitzendrichtlijn (zie ook

Voor de werknemer kan het soms gunstiger zijn om aan te voeren dat de Detacheringsrichtlijn niet van toepassing is en zich volledig te beroepen op de vaststelling van het toepasselijk recht op grond van Rome I

par. 3.1) op buitenlandse uitzendbureaus en c. wijziging van de term 'loon' in bezoldiging.

Het toepasselijk verklaren van de Uitzendrichtlijn op gedetacheerde uitzendkrachten kan een aanzienlijke verbetering voor de arbeidsvoorwaarden voor gedetacheerde uitzendkrachten betekenen (onder voorbehoud van de in par. 3.1 gemaakte opmerkingen). Ook het breder trekken van de term loon naar bezoldiging kan leiden tot een grotere gelijkheid in toepasselijke arbeidsvoorwaarden voor gedetacheerde werknemers en lokale werknemers (hoewel er wel onduidelijkheid kan gaan ontstaan over wat wel en niet onder de term bezoldiging mag vallen en hoever de nationale autonomie hierin gaat). Op de beperking van de termijn tot 24 maanden en de wijze waarop dit in het herzieningsvoorstel is neergelegd is al de nodige kritiek geko-

men. Op de eerste plaats wordt gesteld dat de termijn van 24 maanden te lang is.⁵² Op de tweede plaats wordt door IPR-specialisten betwist of de gekozen formulering van het nieuwe artikel 2 bis lid 1 – waarbij voor (een verwachte dan wel effectieve) detachering van langer dan 24 maanden het land waar de gedetacheerde werknemer werkt wordt beschouwd als het gewoonlijk werkland – wel onomstotelijk leidt tot toepassing van het recht van die gastlidstaat.⁵³ Gezien de jurisprudentie van het Hof van Justitie kan ondanks vaststelling van de gastlidstaat als het gewoonlijk werkland toch tot een ander toepasselijk recht worden besloten (zie ook de paragraaf hierboven). Verder lijkt ook dit wijzigingsvoorstel alleen succes te kunnen hebben met nog grotere handhavingsinspanningen door de nationale autoriteiten.

Tenslotte rijst nog de vraag of 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 een nog onontgonnen terrein. Een ander punt is of verblijfsrechten (in combinatie met sociale zekerheidsrechten) kunnen worden geclaimd op grond van de Verblijfsrichtlijn. Het argument dat Houwerzijl al eerder maakte (zie par. 5.2.1) 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.

6. Conclusie

Het Unierecht maakt op diverse manieren mogelijk dat werkgevers zoveel mogelijk kostenvoordeel proberen te halen door de inzet van goedkopere EU-arbeidsmigranten. De norm gelijke arbeidsomstandigheden 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 Unie-rechtelijke werkelijkheid is echter complexer. Geredeneerd vanuit de arbeidsmigrant zijn er vier verschillende constructies denkbaar: de EU-arbeidsmigrant

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 een nog onontgonnen terrein

die in Nederland is gevestigd en hier werkt als werknemer, de zelfstandige EU-arbeidsmigrant die in Nederland is gevestigd, de zzp-er 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 vrije werknemersverkeer, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van diensten, met

37. Zie ook V. van den Eeckhout, 'Enkele beschouwingen naar aanleiding van diverse recente Europese en Nederlandse uitspraken in het internationaal arbeidsrecht (Koelzsch, Voogsgeerd, Vicoplus, Nuon-rechtspraak en zaak FNV/ De Mooij)', ARBAC 2012, p. 15-16 en M. Houwerzijl, 2011.

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

39. Verschueren, 2014, p. 557.

40. Zie bijv. de zaken HvJ EG 18 december 2007, C- 341/05 (*Laval*); HvJ EG 2 april 2008, C-346/06 (*Riffert*) en het commentaar hier op van V. van den Eeckhout, 'Internationaal arbeidsrecht gemengd tussen vrij verkeer van personen, vrij verkeer van diensten, vrijheid van vestiging en non-discriminatie', 2009. <http://media.leidenuniv.nl/legacy/tra-uitgebreide-vers-def.3-2-09.pdf>.

41. Zie HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, *NJ* 2008/150 (*Laval*), r.o. 81.

42. Zie het onderzoek van A.H. van Hoek & M. Houwerzijl, 2011, p. 267-270. Zie ook M. Fornassier & M. Torga, 'The posting of workers: the perspective of the sending state', *EuZa*, 2013, Bd. 6, p. 356-365.

43. M. Fornassier & M. Torga, 2013, p. 361.

44. M. Fornassier & M. Torga, 2013, p. 359. Zie voor de uitzondering op deze regel de door hen becommentarieerde uitspraak van het Estse Hoogrechtshof van 16 januari 2013, no. 3-2-1-179-12 2013, p. 362.

45. Zie bijv. V. van den Eeckhout, 'The 'right' way to go in international labour law – and beyond', 2015, A.H. van Hoek, 'Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union', *ELR* 2014, afl. 3, p. 157-169, M. Kullmann, 'Tijdelijke grensoverschrijdende detachering en gewoonlijk werkland: dening en de Detacheringsrichtlijn en de rol

van de Handhavingsrichtlijn', *NiPR* 2015, afl. 2, p. 215-216.

46. 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 V. van den Eeckhout, 2015, p. 2-4.

47. Overweging 36.

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

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

50. Zie ook voetnoot 11.

51. Art. 2 bis nieuw luidt: '1. Wanneer de verwachte of daadwerkelijke duur van de terbeschikkingstelling meer dan 24 maanden bedraagt, wordt de lidstaat op het grondgebied waarvan een werknemer ter beschikking is gesteld geacht het land te zijn waarin hij of zij het werk gewoonlijk uitvoert.

2. Voor de toepassing van lid 1 moet, wanneer ter beschikking gestelde werknemers op dezelfde plaats en voor hetzelfde werk worden vervangen, rekening worden gehouden met de totale duur van de terbeschikkingstelling van de betrokken werknemers voor zover het werknemers betreft die daadwerkelijk ten minste voor zes maanden ter beschikking worden gesteld.'

52. Zie een gezamenlijk brief van de FNV, CNV en VCP: www.slideshare.net/HansHemmes/2016-0408-brief-fnv-cnv-vcp-wijziging-detacheringsrichtlijn.

53. Zie V. van den Eeckhout, 'Modellering van Internationaal privaatrecht – Een enkele ipr-technische aantekening bij het voorstel tot wijziging van de Detacheringsrichtlijn', *NJBlog*, 5 april 2016 (<http://njb.nl/blog/modellering-van-internationaal-privaatrecht-een.19445.lynkx>); A. H. van Hoek, 'Internationaal privaatrecht in/ en de interne markt – het blijft tobben?!', editorial, *NiPR* 2016, afl. 2, p. 223-225.

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 behaald worden. De inzet van gedetacheerde werknemers op wie alleen de kernbepalingen van het Nederlands arbeidsrecht van toepassing zijn is goedkoper dan de EU-migrant die op grond van zijn recht op vrij werknemersverkeer in Nederland verblijft. Een zelfstandige dienstverlener die 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 past dus niet bij de Unierechtelijk juridische werkelijkheid. Deze twee kunnen dicht 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 rechtspositie meegebracht, door de ruime uitleg die het Hof geeft aan het begrip werknemer. De uitspraak van Het Hof in de zaak *FNV Kiem* biedt wellicht enige mogelijkheid voor verbetering van de rechtspositie van de naar Unierecht schijnzelfstandige. Voor de gedetacheerde werknemer verhindert het Unierecht op verschillende manieren een volledige gelijkschakeling met de rechten die een lokale werknemer heeft. Door de gedetacheerde werknemer te zien als gereedschap van de dienstverrichter of zelfs als de dienst zelf, wordt hij anders behandeld dan de lokale werknemers. Hoewel in het Unierecht wel is voorzien in een minimum bescherming van deze gedetacheerde werknemers, is dit minimum vaak ook gelijk een maximum en bestaan er diverse mogelijkheden om buiten het toepassingsbereik van de regels inzake gedetacheerde werknemers te blijven. De compacte beschrijving in deze bijdrage 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 scherpslijterij waarbij



de uitkomst van de vraag welk rechtsregime van toepassing is verder nog wordt beïnvloed door door welke rechter (uit welke lidstaat) de zaak wordt beoordeeld. Het voorstel tot wijziging van de Detacheringsrichtlijn kan wellicht leiden tot een meer gelijke behandeling van werknemers en gedetacheerden, zeker als het gaat om uitzendkrachten, maar de toekomst van dit document is gezien zijn voor-geschiedenis erg onzeker. De aanpak van uitbuiting in de zin van werkelijke doorvoering van de norm gelijke arbeidsomstandigheden voor gelijk werk op dezelfde locatie is alleen mogelijk als de juridische Unierechtelijke werkelijkheid wordt aangepast aan de arbeidsrechtelijke tweedeling in werknemers en zelfstandigen. Daarvoor is niet alleen nodig dat er een eenduidige Unierechtelijke definitie komt van het begrip zelfstandige en duidelijkheid over de positie van een schijnzelfstandige, maar ook dat gedetacheerde werknemers worden beschouwd als werknemer in de zin van de Verblijfsrichtlijn en niet als onderdeel van een dienst. Dat is echter gezien de verschillende belangen in de EU vooralsnog geen reële optie. •