



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Vrij verkeren - Het vrij verkeer van werknemers in en naar de EU

Cremers, J.; van den Brand, K.

**Publication date**

2009

**Document Version**

Final published version

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Cremers, J., & van den Brand, K. (2009). *Vrij verkeren - Het vrij verkeer van werknemers in en naar de EU*. Nederlandse delegatie van de sociaal-democratische fractie in het Europees Parlement/PvdA- eurodelegatie.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

VRIJ VERKEREN | Jan Cremers & Karin van den Brand



# VRIJ VERKEREN

*Het vrij verkeer van werknemers in en naar de EU*

Jan Cremers  
Karin van den Brand



Sociaal-Democratische Fractie  
in het Europees Parlement  
Partij van de Arbeid - EP

# VRIJ VERKEREN?

*Het vrij verkeer van werknemers in en naar de EU*

**Jan Cremers**

**Karin van den Brand**

Nederlandse delegatie van de sociaal-democratische fractie  
in het Europees Parlement/PvdA- eurodelegatie  
Brussel, maart 2009

<b>Voorwoord</b>	4
<b>Inleiding</b>	7

<b>Hoofdstuk 1</b>	<b>Recente ontwikkelingen</b>	
1.1	Jurisprudentie	10
1.2	Toetreding nieuwe lidstaten	14
1.3	Europese wetgeving	18
1.4	Nieuwe vormen van arbeidsrelaties	22

<b>Hoofdstuk 2</b>	<b>Enkele categorieën werknemers</b>	
2.1	Definities	24
2.2	Sociale zekerheid	27
2.3	Loon- en arbeidsvoorwaarden	33
2.4	Arbeidsrecht	35

<b>Hoofdstuk 3</b>	<b>Welke problemen doen zich (nog steeds) voor?</b>	
3.1	Land van oorsprongbeginsel versus werklandbeginsel	39
3.2	Ontbreken definitie arbeidsverhouding en zelfstandige	41
3.3	Bepalingen van openbare orde	44
3.4	Onderaanneming en uitbesteding	46

<b>Hoofdstuk 4</b>	<b>Conclusie</b>	
4.1	Einde aan de verscheidenheid?	50
4.2	Tijd voor actie	53

<b>Belangrijkste literatuur</b>	55
---------------------------------	----

## Voorwoord

Open grenzen en geen formaliteiten als je als jongere de wijde wereld intrekt. Of verandering van werkring en nieuwe kansen benutten als gekwalificeerd vakman/vakvrouw en je heil zoeken in een van de andere lidstaten van de Europese Unie. Het klinkt aantrekkelijk en het maakt deel uit van het politieke gedachtegoed van die Europese Unie.

De laatste jaren zijn echter toch wel enige barsten ontstaan in dit plaatje van rozengeur en maneschijn. Niet omdat het vrij verkeer van werknemers de grondslagen van ons arbeidsbestel aantast. Wel omdat onvoldoende is stilgestaan bij de neveneffecten die de vrijmaking van de Europese arbeidsmarkt heeft veroorzaakt.

De arbeidsmobiliteit binnen Europa blijft nog steeds bescheiden, het gaat om 1½, hooguit 2% van de beroepsbevolking die de grenzen overschrijdt vanwege hun werk. En dat aantal zal bescheiden blijven omdat het nogal wat van je vergt om huis en haard te verlaten. Maar die 2% kan natuurlijk wel voor problemen zorgen als de mobiliteit zich concentreert op bepaalde sectoren of op kwetsbare regio's. Dan ontstaat verdringing als lonen en andere arbeidsvoorwaarden niet goed geregeld zijn of wanneer een loopje wordt genomen met de betaling van sociale premies of belastingen. De laatste jaren komen regelmatig berichten naar buiten over het optreden van schimmige koppelbazen en soms lijkt het of oude vormen van arbeid, zoals de dagloner, waarvan we dachten dat ze tot het verleden behoorden weer opduiken (op de hoek van de straat of bij de bouwmarkt wachten op het busje!). En dan zwijgen we nog maar over de aanbiedingen op het *worldwideweb* (nu: zonder werkgeversverplichtingen, goed opgeleide vakmensen...).

Deze brochure gaat niet in op deze vormen van misbruik waarbij het zoeken naar betaald werk van mensen wordt benut om sociale verplichtingen te omzeilen. Waarover we het hier hebben zijn de lacunes en tegenstrijdigheden die nog in de bestaande regelgeving bestaan. We beperken ons tot een feitelijke weergave van die (nog) niet afdoende geregelde aspecten van het vrije verkeer. Deze brochure is gebaseerd op tal van studies die de afgelopen jaren zijn verricht en is in deze vorm het resultaat van de samenwerking tussen ondergetekende en Karin van den Brand. Karin heeft zich in korte tijd ontpopt tot een goede medepenvoerder, waarvoor mijn dank.

*Brussel, 17 februari 2009*

Jan Cremers

## INLEIDING

De politieke krachtsverhoudingen tegen de achtergrond waarvan in Europa sociaal beleid wordt ontwikkeld zijn de laatste jaren fundamenteel gewijzigd. In de periode-Delors stond de Europese sociale agenda in het teken van een door sociaal-democraten en christen-democraten uitgewerkt programma dat was geformuleerd als een sociale flankering van de financieel-economische vrijmaking van de Europese markten. Het doel was het ontwikkelen van een gezamenlijk pakket aan maatregelen, ter completering van het in elke lidstaat bestaand sociale regelwerk (van arbeidswetgeving en collectief onderhandelen). De hele onderneming was ingegeven door het besef dat de opening van de markten gezamenlijk optreden vergde.

Sinds een jaar of tien is dit besef sterk geërodeerd – niet in de laatste plaats doordat, onder invloed van een conservatieve meerderheid in de Raad van Ministers en in de Europese Commissie, alle sociale ambities zijn verdampt. De nadruk is komen te liggen op de vrijmaking van de markt en op een terugtrekkende overheid. Sociale wetgeving behoort in die visie al snel tot de *red tape*, waarmee de dossiers niet ‘vervuild’ mogen worden. De gevolgen voor het Europees sociaal beleid zijn niet alleen stilstand in belangrijke sociale dossiers,

maar ook dat gewerkt wordt met dwingende deregulering en supranationale wetgeving die de mogelijkheden voor lidstaten beperkt om in positieve zin af te wijken. Enkele spraakmakende uitspraken van het Europese Hof gaan in dezelfde richting. Deze politiek heeft ervoor gezorgd dat er vrijwel geen vooruitgang is geboekt en dat het elan volledig is verdwenen. Bovendien is gebleken dat er weinig of geen werk is verricht om onbedoelde neveneffecten van de vrijmaking te slechten.

Tegen deze achtergrond zou het getuigen van struisvogelpolitiek als vanuit Nederland – en vanuit de sociaal-democratie – een terugtrekkende beweging zou worden ingezet ten opzichte van alles wat Europa heet. Inmenging is gewenst en wel in drie opzichten. Om te beginnen zijn er allerlei dossiers aan de orde die vragen om een meebepalende, offensieve en agendazettende rol voor en door het Europees Parlement. Een recent voorbeeld is de trekkersrol die Nederlandse Europarlementariërs hebben gespeeld en nog steeds spelen bij de discussie over de gelijke behandeling van werknemers. Denk hierbij aan de Uitzendrichtlijn, maar ook aan de behandeling van grensarbeid of het tijdelijk werken in het buitenland.

Er zijn ook dossiers die vragen om een evenzeer meebepalende, maar juist defensieve rol. Bij herhaling is gebleken dat de conservatieve meerderheid in de Europese instellingen zich weinig gelegen laat liggen aan anti-regressie-bepalingen in de wetgeving. Europese minimumbepalingen die bedoeld zijn om een vloer te leggen in sociale wetgeving worden niet het startpunt voor verbetering, maar het enige geldende referentiepunt. Bijgevolg worden sociale regelingen die gunstig afsteken buitenproportioneel verklaard en komen deze onder druk te staan. Het komt regelmatig voor dat Europarlementariërs in commissievergaderingen een verdedigende houding moet innemen, met lange onderhandelingen tot gevolg. Het is ondankbaar monnikenwerk, maar eruit stappen is al helemaal geen oplossing.

Dan zijn er, tot slot, nog onderwerpen ten aanzien waarvan dringend nieuwe perspectieven en sociale initiatieven moeten worden ontwikkeld. Tegen de achtergrond van vrij verkeer van producten en mensen heeft Europa gezamenlijk beleid nodig ter voorkoming van *regime shopping* op het gebied

van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden. De Europese medezeggenschap in de onderneming, bijvoorbeeld, behoeft een steuntje in de rug van landen als Nederland en Duitsland die goede wettelijke regelingen kennen. In het verleden zijn belangrijke successen behaald – denk aan het verbod op asbest of de invoering van een veiligheidscoördinator op grote bouwplaatsen. Er zijn allerhande thema's die zich lenen voor nieuw beleid, terwijl de ratio om dit nationaal te ontwikkelen niet aanwezig is.

Sociaal-economisch beleid en sociale wetgeving dienen integraal onderdeel te zijn van de Nederlandse politieke inzet op alle niveaus en in zowel defensieve, offensieve als initiërende zin. Dat dit hard nodig is zullen we illustreren aan de hand van een voorbeeld: de mogelijkheden die lidstaten hebben om nationaal geldende spelregels op het terrein van beloning en arbeidsvoorwaarden – dus: arbeidswetgeving en cao's – overeind te houden in de context van grensoverschrijdende dienstverlening en vrij verkeer binnen de EU.

In deze studie staat de vraag centraal *in hoeverre binnen de Europese Unie een hiërarchische verhouding is ontstaan tussen de economische vrijheden en de rechten van werknemers*. Allereerst staan we stil bij de vraag *in hoeverre recente ontwikkelingen, die invloed hebben gehad op het vrij verkeer van werknemers, de verhouding tussen economische vrijheden en de rechten van werknemers hebben veranderd* (hoofdstuk 1). Vervolgens staat de vraag centraal *in hoeverre de geldende regels op het gebied van de sociale zekerheid, de loon- en arbeidsvoorwaarden en het arbeidsrecht invloed hebben op die verhouding* (hoofdstuk 2). Besproken worden verschillende categorieën werknemers. Buiten beschouwing blijven: vragen over gezins- en familiehereniging; rechten en plichten inzake arbeidsbemiddeling en werkloosheid; de erkenning van vakopleiding-certificaten, diploma's en kwalificaties; vraagstukken van fiscale aard en verwante rechten en plichten; visa, verblijfsvergunningen, werkvergunningen. Daarna wordt in hoofdstuk 3 de vraag behandeld *in hoeverre de openstaande problemen de huidige verhouding verder kunnen beïnvloeden?*

In de conclusie wordt een antwoord geformuleerd op de vraag of een hiërarchische verhouding is ontstaan tussen de vier vrijheden en de rechten van werknemers.

## RECENTE ONTWIKKELINGEN

### 1.1 Jurisprudentie

Het Europese Hof van Justitie heeft de afgelopen jaren enkele zeer contro-versiële uitspraken gedaan die verstrekkende gevolgen hebben voor het vrij verkeer van werknemers in Europa.

#### *Viking*

Op 11 december 2007 deed het Hof uitspraak in de Vikingkwestie (Zaak C-438/05). Het Finse bedrijf Viking exploiteert veerboten die varen tussen Finland en Estland. De werknemers van Viking werkten onder Finse arbeidsvoorwaarden. Uit concurrentieoverwegingen wilde Viking onder de vlag van Estland varen waardoor de werknemers onder de Estlandse CAO zouden vallen. De Finse vakbonden voerden hier actie tegen waarop Viking naar de rechter stapte. Na een geding voor de Finse rechter willigde Viking de vakbondseisen in en verbond zich ertoe de omvlaggingsprocedure niet te beginnen voor februari 2005. Op 1 mei 2004 werd Estland lid van de EU. Viking is toen opnieuw naar de rechter gegaan waarna prejudiciële vragen aan het Europese Hof volgden. De belangrijkste vraag die het Hof gesteld kreeg was of collectieve acties

beperkingen kunnen zijn op de vrijheid van vestiging en, zo ja, in hoeverre deze beperkingen dan gerechtvaardigd zouden kunnen zijn. Het Hof antwoordde daarop dat collectieve acties inderdaad een beperking van de vrije vestiging kunnen opleveren. Deze beperking kan in beginsel alleen gerechtvaardigd worden door dwingende redenen van algemeen belang, zoals de bescherming van werknemers. Als voorwaarde geldt dat wordt vastgesteld dat de actie geschikt is om het nagestreefde doel te verwezenlijken en dat de actie niet verder gaat dan noodzakelijk om dit doel te bereiken. Het Hof erkent in dit arrest het recht om collectieve actie te voeren, inclusief het stakingsrecht, als een fundamenteel recht dat onderdeel uitmaakt van de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht. Echter, het Hof laat het aan nationale gerechtshoven over te bepalen of de acties proportioneel zijn. Deze formulering leidt tot een afname van de rechten van vakbonden om acties te voeren (Joerges en Rodl, 2008). Viking hoeft niet te verantwoorden waarom het bedrijf gebruik maakt van het vrij verkeer van diensten, terwijl de vakbonden wel moeten beargumenteren waarom zij gebruik maken van het recht te staken. Hierdoor lijkt het vrij verkeer boven het stakingsrecht van werknemers te zijn geplaatst.

#### *Laval*

Op 18 december 2007 deed het Hof een tweede controversiële uitspraak; de zaak Laval, een vennootschap naar Letlands recht. Een dochteronderneming van dit bouwbedrijf had een contract in Zweden bemachtigd om een school te renoveren. Het bedrijf liet Letlandse werknemers overkomen, die tegen Letlandse arbeidsvoorwaarden gingen werken. Dit was tegen de zin van de Zweedse bonden die vreesden dat hun leden slachtoffer zouden worden van loondumping. Ze voerden actie, onder meer door blokkades, waarna Laval naar de rechter stapte. De kwestie kwam uiteindelijk voor het Europese Hof dat het inmiddels failliete Laval gelijk gaf (Zaak C-341/05). Het Hof beantwoordde in deze zaak de vraag of het verenigbaar is met het EG-verdrag en met de detacheringrichtlijn, dat vakbonden via collectieve acties proberen buitenlandse dienstverlener te bewegen zich aan te sluiten bij een CAO in het gastland. Hierbij moet allereerst worden opgemerkt dat Zweden geen wettelijk minimumloon of algemeen verbindend verklaarde CAO's kent. De detacheringrichtlijn kent minimumvoorschriften betreffende arbeidsvoorwaarden die door de lidstaten aangevuld kunnen worden door algemeen verbindend verklaarde CAO's en dwingende arbeidswetgeving. In Zweden is het gebruikelijk met een nieuw



gevestigd bedrijf onderhandelingen te openen en op die manier te zorgen dat de Zweedse CAO van toepassing wordt. Als een bedrijf dit niet doet gaat men over tot actie. Het Hof oordeelde dat Zweden, door geen gebruik te maken van een minimumloon of algemeen verbindend verklaarde CAO, de mogelijkheden die de Richtlijn biedt niet benut had. Hierdoor werd de door de vakbonden gevoerde collectieve actie tegen Laval in de ogen van het Hof onrechtmatig. Het Hof ziet collectieve onderhandelingen als methode om arbeidsvoorwaarden op te leggen als een inbreuk op art. 49 EG en bijgevolg als een beperking voor het vrij verkeer van diensten. Met deze uitspraak interpreteert het Hof de lijst van minimumvoorwaarden in de detacheringrichtlijn in feite als een uitputtende lijst. Aanvullende verplichte voorschriften worden door het Hof beperkt tot voorschriften 'die gelet op hun aard en doel beantwoorden aan de dwingende eisen van algemeen belang'; de hogere Zweedse standaarden in CAO's worden niet daartoe gerekend. Deze uitspraak staat op gespannen voet met de bepaling uit de dienstenrichtlijn dat collectieve onderhandelingen geen beperking vormen en met het uitgangspunt dat gebruikt wordt in de detacheringrichtlijn en dat voorziet in het respect voor algemeen geldende arbeidsvoorwaarden om zekerheid en transparantie te garanderen (Bercusson, 2008).

### *Rüffert*

In april 2008 deed het Hof uitspraak in de zaak Rüffert versus de Duitse deelstaat Niedersachsen. Deze zaak gaat over de vraag of een lidstaat bij de openbare aanbesteding van een bouwopdracht aan een buitenlands bedrijf het loon dat vastgelegd is in de CAO in die lidstaat mag eisen. De Duitse deelstaat Niedersachsen heeft een dergelijke verplichting in de aanbestedingseisen vastgelegd. Alleen bedrijven die schriftelijk vastleggen dat ze dit loon zullen betalen kunnen een contract krijgen. Die verplichting geldt ook voor de onderaannemers. In deze zaak ging het om een Poolse onderaannemer die in Niedersachsen zijn werknemers maar 46 procent van het CAO-loon betaalde. De hoofdaannemer *Object und Bauregie* kreeg daarop een boete opgelegd en stapte naar de Duitse rechter die de zaak aan het Europese Hof voorlegde. Het Hof stelde vast dat volgens de Europese detacheringrichtlijn het Poolse bedrijf niet verplicht kan worden het overeengekomen CAO-loon te betalen. Deze richtlijn verplicht de buitenlandse dienstverlener slechts tot de toepassing van wetten die een minimumloon op meer rechtstreekse wijze voorschrijven. De CAO was niet algemeen verbindend verklaard waardoor de overheid niet van de aannemer

mocht eisen dat ze zich aan deze CAO zouden houden. Een algemeen verbindend verklaarde CAO bestond slechts op het federale vlak en Niedersachsen had geen grondwettelijke bevoegdheid tot algemeen verbindend verklaring. Het Hof erkent dat de vrijheid van dienstverlening kan worden beperkt door zwaarwegende redenen van algemeen belang. Een doelstelling van sociale bescherming geldt als een dergelijke zwaarwegende reden van algemeen belang. In de ogen van het Hof beantwoordt de wet van de deelstaat niet aan die doelstelling. De vaststelling dat de wet slechts betrekking heeft op een beperkt deel van de in de bouwsector verrichte werkzaamheden wordt als een verklaring aangevoerd. Werknemers die privaat bestede bouwwerken uitvoeren, vallen er niet onder. Ook de in deze zaak door gevoerde redenering maakt van de minimumvoorschriften uit de detacheringrichtlijn maximumvoorwaarden die de soevereiniteit van de lidstaten aantast om een eigen sociaal beleid te voeren.

### *Europese Commissie versus Luxemburg*

Deze zaak is van 19 juni 2008 en is een uitspraak in de kwestie Europese Commissie versus Luxemburg. De Commissie was naar het Hof gestapt omdat Luxemburg de detacheringrichtlijn, in haar ogen, te vergaand had omgezet in nationaal recht. Luxemburg had bij die omzetting namelijk enkele algemene bepalingen toegevoegd die golden voor alle werknemers binnen het Luxemburgse territorium, ongeacht het herkomstland. Zo was bijvoorbeeld bepaald dat iedere werknemer diende te beschikken over een schriftelijke arbeidsovereenkomst. Het Hof stelt in deze zaak dat vaste rechtspraak niet alleen de afschaffing van elke vorm van discriminatie van de in een andere lidstaat gevestigde dienstverlener vereist, maar ook de opheffing van alle beperkingen, ook indien deze zonder onderscheid gelden voor binnenlandse dienstverleners én voor dienstverleners uit andere lidstaten. In aansluiting hierop stelt het Hof dat de geclaimde algemeen geldende bepalingen 'het vrij verlenen van diensten belemmeren' omdat zij niet behoren tot 'de bepalingen aan de inachtneming waarvan zoveel belang wordt gehecht voor de handhaving van de politieke, sociale of economische organisatie van de betrokken lidstaat, dat zij moeten worden nageleefd door eenieder die zich op het nationale grondgebied van deze lidstaat bevindt, en voor elke daarin gesitueerde rechtsbetrekking'. Het Hof gebruikt een Verklaring van de Raad om haar uitspraak te ondersteunen. Deze Verklaring (nr. 10), opgesteld bij de aanneming van de detacheringrichtlijn in 1996,

is nooit besproken met het Europees Parlement en pas in 2003 gepubliceerd. Verklaring nr. 10 wordt gebruikt om de toepassing van de richtlijn op een zodanige manier in te perken dat deze niet langer het bedoelde effect heeft (Cremers 2008a). Met dit oordeel creëert het Hof een situatie die er toe kan leiden dat buitenlandse dienstverleners aan minder sociale verplichtingen hoeven te voldoen dan binnenlandse aanbieders. Door te stellen dat die verplichtingen anders een belemmering van het vrij verkeer van diensten opleveren, wordt opnieuw het vrij verkeer van diensten boven de rechten van werknemers geplaatst.

### *Resumerend*

De in 1996 ingevoerde detacheringrichtlijn had tot doel het garanderen van minimale bescherming, het bevorderen van eerlijke concurrentie en het respecteren van algemeen geldende arbeidsvoorwaarden in het werkland. Het Hof gaat voorbij aan de uitgangspunten die in de jaren negentig golden en interpreteert de lijst met minimumvoorwaarden in de richtlijn nu als een uitputtende lijst. Op deze wijze ontnemt het Hof, ondersteund door de Europese Commissie, de lidstaten het recht te bepalen wat belangrijk is voor de instandhouding van de sociaal-economische orde in de lidstaat (Cremers 2008b).

## 1.2 Toetreding nieuwe lidstaten

De toetreding van twaalf nieuwe lidstaten heeft geleid tot tal van veranderingen op het terrein van het vrij verkeer van werknemers in Europa. Opgemerkt moet worden dat er, vanwege het communistische verleden, een groot verschil bestaat tussen de tien Midden en Oost Europese landen en Malta en Cyprus. Met de introductie van het vrijemarktprincipe in de Midden en Oost Europa kwam een einde aan arbeidsverhoudingen gekenmerkt door een staatsmonopolie, waarbij arbeidsvoorwaarden, afspraken en regelingen eenzijdig gedictieerd werden door de staat. De grote vraag was of en hoe na de val van het IJzeren Gordijn de arbeidsverhoudingen zich zouden ontwikkelen (Vos en de Gier 2004). Aan de orde komen hier de vakbonden, de werkgeversorganisaties en het onderhandelingsstelsel in de nieuwe lidstaten.

### *De vakbonden*

In de landen van het Warschaupact had de vakbeweging een geheel andere rol dan de organisaties die wij in West-Europa kennen. Op centraal niveau vond overleg plaats van de staat met de aan de partij gelieerde vakbonden. De afspraken werden vastgelegd in nationale overeenkomsten en in richtlijnen voor werkplaatsovereenkomsten. Bijgevolg hadden de vakbonden permanent overleg met de regering maar niet met hun leden. Alle afspraken met de bedrijfsleiding resulteerden in gedetailleerde jaarlijkse overeenkomsten waarin de leiding de omschreven arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden diende te garanderen en de werknemers bepaalde productiedoelstellingen moesten behalen en, zo mogelijk, overschrijden. Op de werkvloer hadden de vakbondsactiviteiten een heel ander karakter, en liepen uiteen van vragen over werk en loon, gezondheid en veiligheid, training, sociaal beleid, cultuur, sport enz. Deze organisaties leken daar eerder personeelsverenigingen. De vakbeweging werd in de Warschaupactstaten gezien als een organisatie geleid door en verlengstuk en doorgeefluik van de Communistische partij en als 'scholen van het socialisme' met als taak het propageren van de doelen en programma's van de partij. De afwezigheid van een dualiteit tussen politieke partij en vakbond en de absolute concentratie van de economische macht op het niveau van de staat bieden een mogelijke verklaring voor de problemen die de vakbeweging in ex-communistische landen heeft om een identiteit te ontwikkelen buiten partijpolitieke scheidslijnen. De vakbonden werkten in overeenstemming met de plan-economie en die functie ging verloren toen dat systeem verdween. Ze moesten nu zelf hun nieuwe rol definiëren terwijl ze tegelijkertijd, voortkomend uit een bekritiseerd politiek systeem, werden geconfronteerd met nieuwe organisaties die hun legitimiteit ter discussie stelden. In het begin van het transitieproces was het ledenverlies van de vakbonden nog beperkt, mogelijk een gevolg van het feit dat nieuw ontstane vakbonden en een deel van de hervormde vakbonden in de voorhoede van de democratiseringsbeweging meededen. De neergaande trend ontstond langzaam, met de sociaal-economische ontwikkelingen na 1989, zoals toenemende privatisering en herstructurering van de industrie. De vakbonden waren niet gewend te werken in een markteconomie, waren zeer gefragmenteerd en verzwakt door de dalende werkgelegenheid. Er was weinig ervaring met het opzetten van collectieve acties en de roep om overheidsingrijpen via wetgeving bleef (Clarke et al 2003).

### *De werkgeversorganisaties*

De bestaande producentenverenigingen waren instellingen die gedelegeerde regeringsfuncties uitoefenden en er was geen traditie van werkgeversorganisaties. Toen die functies verdwenen, verdween daarmee het nut van die instellingen; ze waren niet uitgerust om de nieuwe taken uit te voeren die de invoering van de markteconomie met zich bracht; met name het vertegenwoordigen van werkgevers. Werkgeversorganisaties begonnen op te komen in de transitieperiode, vaak nog wel voortkomend uit de vroegere producentenverenigingen, en werden gevormd in een periode gekarakteriseerd door een terugtrekkende staat. Het overgrote deel van de ondernemers en zelfstandigen organiseerde zich echter niet omdat ze er het nut niet van inzagen. Werkgeversorganisaties waren vooral actief als belangenvertegenwoordiger of lobbygroep. Ze hielden zich bezig met economisch beleid, privatisering van bedrijven en de integratie van de postsocialistische economieën in Europese en wereldwijde markten en structuren. Deze groepen hadden weinig leden en werden nooit geconfronteerd met politiek sterke vakbonden. De meeste werkgeversorganisaties hebben daarom meer ervaring met het belobbyen van de overheid dan met het voeren van CAO-onderhandelingen. Dit is één van de redenen waarom een goed functionerende sociale dialoog niet tot stand kwam in de nieuwe lidstaten (Clarke et al 2003).

De Europese Commissie onderkende dit: 'De meest belangrijke zwakte in het systeem van arbeidsverhoudingen in de nieuwe lidstaten komt voort uit het feit dat sinds het begin van het transitieproces de werkgeversorganisaties nauwelijks georganiseerd zijn. Noch op nationaal, noch op decentraal niveau' (EC 2002).

Die zwakte maakt het lastig voor werkgeversorganisaties effectief te werken als sociale partner. De meeste werkgeversorganisaties zijn in de bedrijfstakken onzichtbaar en er vinden geen collectieve onderhandelingen op sectorniveau plaats. Werkgevers binden zich alleen aan CAO's die op bedrijfsniveau gesloten worden. Wanneer op dat niveau conflicten ontstaan wordt de juridische weg gekozen om deze te beslechten (Kauppinen 2004).

### *Collectieve onderhandelingen*

Welke invloed heeft deze ontwikkeling op de arbeidsverhoudingen en het sociaal overleg?  
Na WO II is in de meeste oude lidstaten een nationaal stelstel van arbeids-

verhoudingen tot stand gekomen met daarin een belangrijke plaats voor het overleg tussen de sociale partners en de wetgever. De West-Europese landen kennen naast het tripartiet overleg tussen regering, werkgevers- en werknemersorganisaties, ook autonoom bilateraal overleg tussen de werkgevers- en werknemersorganisaties. De nieuwe lidstaten kennen een tripartiete structuur waarbinnen werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers worden uitgenodigd door de regering om te onderhandelen over economische en sociale kwesties. De rol van de staat in alle economische en sociale aangelegenheden was na het ineenstorten van het communistisch systeem zo dominant dat dialoog op tripartiet niveau de logische vorm van democratisering van beleidsmaken leek na jaren van centralisatie en totalitair beleid. In een context van economische en sociale crisis was een tripartiet partnerschap een voorwaarde voor regeringen om te overleven. Beleidsmakers hadden de goedkeuring nodig van de sociale partners om economische hervormingen door te voeren en wilden met hen de verantwoordelijkheid delen van de offers die de bevolking moest brengen voor deze hervormingen (EC 2002). Vanaf het begin van de transitieperiode heeft de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) invloed uitgeoefend op de Centrale- en Oost-Europese landen om een tripartiete structuur te ontwikkelen. Ook de IAO ging ervan uit dat deze structuur stabiliteit zou brengen en sociale onrust zou voorkomen. Echter, in veel gevallen bleef het tripartiet overleg te formeel en leidde het niet tot concrete afspraken (Vaughan-Whitehead 2005).

In de West-Europese landen vormt het autonoom bilateraal overleg tussen bonden en werkgevers een evenknie van het overleg met de wetgever. Deze overlegvorm is in de meeste nieuwe lidstaten nauwelijks ontwikkeld en de afwezigheid van collectieve overeenkomsten in bedrijfstakken onderstrepen de zwakke arbeidsverhoudingen. Als er al op sectorniveau overeenkomsten gesloten worden zijn het vaak algemene overeenkomsten die een kopie zijn van de wettelijke rechten van werknemers. Daarnaast wordt in de overeenkomsten maar een gering aantal kwesties afgesproken, meestal alleen loonafspraken en soms werktijden. Andere essentiële arbeidsvoorwaarden worden niet meegenomen in de sociale dialoog.

### *Consequenties*

Geconstateerd moet worden dat het systeem van arbeidsverhoudingen in de nieuwe lidstaten nogal afwijkt van dat in de meeste oude lidstaten. Het

Rijnlandse model, gekenmerkt door een combinatie van CAO-recht en arbeidsrecht, is nauwelijks ontwikkeld. Vrij baan voor de markt heeft die landen dichter gebracht bij het model dat daar tegenover staat, namelijk het Angelsaksische model dat wordt gehanteerd in het Verenigd Koninkrijk. In het Verenigd Koninkrijk kent men geen traditie van collectieve onderhandelingen van enig bindende betekenis; het zijn *gentlemen agreements*. In het VK bestaat een situatie van *case law*; het is dus uiteindelijk de rechter die beslist. CAO-recht wordt dan al snel gezien als een vorm van protectionisme. Na de toetreding van de nieuwe landen hebben in het Europees Hof en in de Europese Commissie rechters en ambtenaren uit deze landen plaatsgenomen met weinig affiniteit met een sociale rechtsstaat. Hierdoor wordt het Rijnlandse systeem niet langer gezien als het 'normale' systeem. Recente uitspraken laten zien dat sinds de toetreding anders tegen CAO's aangekeken wordt. In haar pleitnota aan de advocaat-generaal in de Luxemburg-zaak stelt de Europese Commissie dat 'CAO's, ongeacht hun materiële inhoud, geen bestuursrechtelijke voorschriften uitmaken die 'onder de nationale orde' vallen.' Mede gelet op het feit dat het Hof slechts de harde kern aan bepalingen in de richtlijn als uitgangspunt neemt, is het nog maar een kleine stap om het resultaat van het collectieve arbeidsvoorwaardenoverleg, zelfs indien dit algemeen verbindend is verklaard voor het territorium waar wordt gewerkt, niet langer van toepassing te verklaren (of simpelweg te verbieden) voor grensoverschrijdende dienstverleners en hun werknemers (Cremers 2008b).

### 1.3 Europese wetgeving

In deze paragraaf komt wetgeving aan bod die van invloed is op het vrij verkeer van werknemers in Europa en op de verhouding tussen de economische vrijheden en de rechten van werknemers.

#### *De dienstenrichtlijn*

Met het succes van het Europa 1992-project van Jacques Delors was het vrij verkeer van goederen, personen en kapitaal binnen de EU goed op gang gekomen. De dienstensector in Europa groeit snel en zorgt voor veel werkgelegenheid. In de EU zijn alle diensten bij elkaar goed voor circa vijftig procent van alle economische activiteiten en bijna zeventig procent van het bruto nationaal product en de werkgelegenheid. Maar in de EU lijkt, met 20

procent van het totaal, de handel in diensten achter te blijven bij het potentieel. In 2004 deed Eurocommissaris Bolkestein een voorstel voor een dienstenrichtlijn, als onderdeel van het Lissabonproces dat de EU in 2010 tot de meest competitieve kenniseconomie ter wereld moet maken. Juridische en administratieve belemmeringen zouden zorgen voor een fragmentatie van de dienstensector in afgeschermden nationale markten en de groeiprognozes afremmen door te hoge prijzen en een te lage productiviteit. Tegen die achtergrond nam de Raad conclusies aan waarin de Commissie werd verzocht het aangekondigde richtlijnvoorstel te bespoedigen (Drijber 2004). De Commissie kwam vervolgens met een voorstel gebaseerd op een horizontale benadering: een richtlijn van toepassing op bijna alle diensten. Zodoende werd gebroken met de traditionele werkwijze voor harmonisatie van de interne markt, waar in het verleden sectorspecifieke regelgeving voor diverse sectoren werd aangenomen (Belhadj et al 2007). De dienstenrichtlijn ging, anders dan de naam deed geloven, over zowel de vrije vestiging als het vrij verkeer van diensten. Zelden bleek een wetgevingsdossier zo controversieel. Gevreesd werd voor sociale dumping door bijvoorbeeld een toestroom van Poolse loodgieters. Het land van oorsprongbeginsel, inhoudende dat de aanbieder van een dienst zijn eigen recht meeneemt naar het gastland waar de dienst wordt aangeboden, zorgde voor veel ophef. De dienstenrichtlijn is eind 2006 met veel wijzigingen door het Europese Parlement aangenomen (van de Burg en Knottnerus 2005).

De aangenomen richtlijn heeft voor veel diensten de rechtspraak van het Hof over het vrij verkeer overgenomen. Artikel 16 bevat de kernbepaling van de richtlijn. Het eerste lid ervan bepaalt in de eerste alinea: *'De lidstaten eerbiedigen het recht van dienstverleners om diensten te verrichten in een andere lidstaat dan die waar zij gevestigd zijn.'* Hieraan wordt toegevoegd *'dat de lidstaten moeten zorgen voor een vrije toegang tot en vrije uitoefening van een dienstenactiviteit op hun grondgebied.'* In ruime bewoordingen wordt de lidstaten opgedragen het vrije dienstenverkeer te garanderen. Deze formulering is in de plaats gekomen van het 'beruchte' land van oorsprongbeginsel. Krachtens dit beginsel behoeften dienstverleners alleen te voldoen aan de wetgeving van het land waarin zij zelf gevestigd waren.

Bij de behandeling van de dienstenrichtlijn stond ook ter discussie of publieke diensten onder de dienstenrichtlijn zouden vallen waardoor de interne marktregels van toepassing zouden worden. Vastgesteld is dat de regels van de

Europese interne markt wél gewoon gelden als economische activiteiten worden verricht. Er bestaat nog altijd rechtsonzekerheid over de typering van een dienst: is het een niet-economische dienst van algemeen belang (DAB) of een dienst van algemeen economisch belang (DAEB)? In het laatste geval gelden de Europese interne markt regels, zo niet dan kunnen de diensten door de lidstaten gereguleerd blijven. Omdat publieke diensten binnen de EU per land anders georganiseerd zijn en lidstaten verschillend oordelen over de vraag of marktpartijen een dienst wel of niet kunnen uitvoeren, is het soms lastig op Europees niveau vast te stellen of een onderneming een DAB dan wel een DAEB levert. In laatste instantie oordeelt het Europese Hof hierover. Naast diensten van algemeen economisch belang waarvoor al specifieke Europese sectorwetgeving bestaat, zijn ook sociale diensten van algemeen belang en gezondheidsdiensten uitgezonderd van de vrije-verkeersbepalingen in de Dienstenrichtlijn. In veel gevallen bestaat rechtsonzekerheid of een dienst wel of niet onder de richtlijn valt. Bijvoorbeeld in het geval van sociale woningbouw, lokale omroepen of openbaar vervoer. Mogelijke oplossing is het invoeren van een kaderrichtlijn met betrekking tot Diensten van Algemeen Economisch Belang (Van den Burg 2007).

### *Sociale zekerheid*

Met de in 1971 ingevoerde verordening 1408/71 EEG van de Raad wordt gewaarborgd dat alle werknemers die onderdaan van een lidstaat van de EU zijn een gelijke behandeling krijgen en recht hebben op sociale zekerheidsprestaties ongeacht waar zij werken of wonen. Het streven was en is de onderlinge afstemming, niet de harmonisatie, van de sociale zekerheidsregimes tussen de EU-lidstaten, teneinde grensoverschrijdende aangelegenheden te regelen. Beoogd werd en wordt de sociale zekerheid van migrerende werknemers en hun verwanten te garanderen. Uitgangspunt is dat in geval van migratie slechts één regime van sociale zekerheid van toepassing is. In het algemeen geldt bij definitieve arbeidsmigratie het werklandbeginsel. Dit betekent dat werknemers die zich elders in Europa gaan vestigen, recht hebben op een behandeling als waren zij inwoner van het land van vestiging. Verordening 1408/71 is zeer vaak gewijzigd, enerzijds om veranderingen in de nationale wetgevingen te volgen en anderzijds om verbeteringen aan te brengen op grond van arresten van het Europese Hof van Justitie. Mede als gevolg van deze wijzigingen zijn de communautaire voorschriften betreffende sociale zekerheid steeds complexer geworden waardoor een algehele herziening van de verordening nodig was. In

2004 hebben het Parlement en de Raad een nieuwe verordening aangenomen; verordening 883/2004. Deze verordening is op 20 mei 2004 in werking getreden, maar artikel 91 van de verordening bepaalt dat zij pas van toepassing is met ingang van de datum van inwerkingtreding van de toepassingsverordening. Over deze toepassingsverordening lopen thans de onderhandelingen. De Raad heeft eind 2008 een gezamenlijk standpunt ingenomen en het EP is met de tweede lezing begonnen.

In de nieuwe regeling is het algemene beginsel van gelijke behandeling uitgebreid. Terwijl dit beginsel eerst alleen van toepassing was op personen die op het grondgebied van een lidstaat wonen, is deze voorwaarde inzake het wonen op het grondgebied nu niet meer vereist. Ook zijn de bepalingen uitgebreid tot alle EU-onderdanen die onder de socialezekerheidswetgeving van een lidstaat vallen, en hun gezinsleden en nabestaanden. Dat houdt in dat niet alleen werknemers, zelfstandigen, ambtenaren, studenten en gepensioneerden, maar ook niet-actieve personen beschermd zijn door de coördinatieregels; de personele werksfeer bevat geen limitatieve opsomming meer. Een derde verandering is de vereenvoudiging van enkele bepalingen met betrekking tot werkloosheid: een werkloze die naar een andere lidstaat gaat om daar werk te zoeken behoudt gedurende bepaalde tijd het recht op een werkloosheidsuitkering. Op het vlak van sociale zekerheid vormt detachering een uitzondering op het werklandbeginsel, omdat de werknemer onderworpen blijft aan het socialezekerheidsstelsel van het land waar hij gewoonlijk is tewerkgesteld. In principe is de duur van de detachering niet langer dan 24 maanden. De kosten en werkzaamheden, noodzakelijk om werknemers die voor korte tijd in een ander land werken op te nemen in totaal verschillende sociale zekerheids-systemen, wegen niet op tegen de baten. Aan dergelijke korte periodes zijn immers nauwelijks rechten te ontleenen.

### *De loon- en arbeidsvoorwaarden*

Verordening 1612/68 gaat uit van het algemene beginsel van opheffing van alle vormen van discriminatie op grond van nationaliteit, direct of indirect, wat betreft indienstneming, beloning en andere arbeidsvoorwaarden, toegang tot huisvesting en het recht van de werknemer op gezinshereniging. Voor de individuele werknemer die op eigen initiatief in een ander land dan het land van herkomst ging werken gold integraal het werklandbeginsel. Het recht op toegang tot de arbeidsmarkt in een andere lidstaat betekende automatisch het

recht op gelijke behandeling met betrekking tot de loon- en arbeidsvoorwaarden. Als we praten over grensoverschrijdend werken is dit uiteraard de minst problematische situatie (Cremers 1999). De onduidelijkheid gold vooral voor de detachering, de tijdelijk in het buitenland tewerkgestelde werknemer. In 1996 is richtlijn 96/71, de detacheringrichtlijn, vastgesteld die bepaalde minimumvoorwaarden aan gedetacheerde werknemers garandeert. Om loondumping te voorkomen werd vastgelegd dat gedetacheerde werknemers niet konden werken onder een loon lager dan het wettelijk minimum of CAO-loon. Echter, zoals uit de besproken arresten van het Hof bleek, is dat uitgangspunt recentelijk onderuit gehaald waardoor de minimumvoorwaarden nu als maximumvoorwaarden worden geïnterpreteerd.

Richtlijn 2004/38 stelt dat het burgerschap van de EU de fundamentele status is van onderdanen van de lidstaten die hun recht van vrij verkeer en verblijf uitoefenen op het EU-grondgebied. In het verleden waren er verschillende communautaire wetgevende instrumenten voor werknemers, zelfstandigen, studenten en andere niet-actieven. De richtlijn vervangt deze afzonderlijke regelingen en bepaalt ook de rechten van de familieleden van werknemers.

#### 1.4 Nieuwe vormen van arbeidsrelaties

In de twintigste eeuw ontstond in de meeste kapitalistische landen een arbeidsbestel waarin de arbeidsvoorwaarden en -contracten niet meer alleen door burgerlijk recht of arbeidsrecht gereguleerd werden maar ook door collectieve afspraken tussen werknemers en werkgevers. Standaardarbeid werd voortaan gekenmerkt door individuele contracten die met een collectief instrumentarium werden ingevuld. De collectieve instrumenten stoelden op afspraken tussen organisaties die enerzijds de werknemers, anderzijds de werkgevers vertegenwoordigden. De laatste decennia is deze relatie opnieuw vervaagd en is het vaak niet meer duidelijk of al dan niet sprake is van een arbeidsrelatie (Janssen 2007).

De sterke groei van banen met lage lonen in de dienstensector gecombineerd met tekorten op de arbeidsmarkt heeft grote invloed gehad op het veranderen van arbeidsrelaties. Daarnaast werd de agrarische sector steeds kleiner en verloren ook de traditionele industrieën hun dominante positie in de economie. Het traditionele model van ondernemingen waar geschoolde en ongeschoolde werknemers onder de supervisie en controle van een werkgever arbeid

verrichten was niet langer het standaardmodel. Door toenemende concurrentie en onder invloed van de liberalisering van de markten, begonnen met de Thatcherhervormingen in Groot-Brittannië, werd het werken als zelfstandige geïntroduceerd als een strategie om arbeidsreguleringen te ontlopen. Deregulering maakte het mogelijk om van de ene op de andere dag zelfstandige te worden (Cremers 2007).

Door gebruik te maken van uitbesteding, uitzendbureaus en onderaanneming is niet alleen de identiteit van de werkgever maar ook die van de werknemer steeds verder vervaagd. De hybride status van zelfstandige en andere vormen van arbeid, samengevat onder het kopje *a-typische arbeid*, vullen het vacuüm van arbeidsrelaties die niet gedekt worden door collectieve regulering. A-typische arbeid komt veel voor in de bouwsector, de catering, de landbouw en wordt ingezet in de schoonmaaksector, in de gezondheidszorg en het onderwijs. Meestal kunnen de cliënten niet gezien worden als werkgevers en de mensen die voor hen werken niet als werknemers. Regulering op het gebied van loon, werktijden, betaling bij ziekte, gezondheid, veiligheid en sociale zekerheid is in de meeste gevallen niet aanwezig in dit segment van de arbeidsmarkt en de collectieve afspraken in de sector zijn niet (langer) van toepassing.

Factoren die genoemd worden om deze ontwikkeling te verklaren zijn:

- 1 het stijgende niveau van vaardigheden en kwalificaties van werknemers,
- 2 de stijgende concurrentiedruk op open markten,
- 3 technische vooruitgang, en
- 4 de toetreding van (getrouwde) vrouwen op de arbeidsmarkt.

Echter, de belangrijkste factor is dat men door de arbeidsverhouding te omzeilen de arbeidskosten omlaag wil brengen. Deze transformatie van structuren en het effect daarvan op de identiteit van werknemers en werkgevers leidt ertoe dat arbeidsverhoudingen gebaseerd op relaties van werknemer-werkgever of management-arbeider verloren gaan. De mate van afhankelijkheid en ondergeschiktheid, en daarmee onzekerheid, neemt toe. Voor een groeiende groep mensen is niet het loon of salaris maar de sociale zekerheid reden om zich zorgen te maken of ze wel of niet rond kunnen komen. De wettelijke status van werknemer staat op het spel omdat die status steeds minder te identificeren valt met een individueel arbeidscontract (Janssen 2007).



## ENKELE CATEGORIEËN WERKNEMERS

### 2.1 Definities

Bij het indelen van categorieën werknemers moet op twee punten een duidelijk onderscheid gemaakt worden tussen begrippen.

Allereerst het verschil tussen werknemers die in een andere EU-lidstaat werken voor een in die lidstaat aanwezige en gevestigde werkgever en werknemers die tijdelijk in opdracht van een werkgever uit het land van oorsprong in een andere EU-lidstaat werken. Deze laatste vorm van arbeidsmigratie wordt detachering genoemd. Dit verschil is relevant waar het gaat om de vraag welke regelgeving van toepassing is: die van het land van oorsprong of die van het werkland. De eerste groep valt direct onder het arbeidsrecht, de sociale zekerheid en, voor zover aanwezig, het CAO-recht van het werkland. Gedetacheerde werknemers kunnen in de sociale zekerheid van het thuisland verzekerd blijven, terwijl voor hun arbeidsvoorwaarden de detacheringrichtlijn geldt.

Een tweede belangrijk onderscheid is het verschil tussen EU-werknemers en werknemers uit derde landen, dus uit niet EU-landen. Dit verschil is relevant waar het de toegang tot de lidstaten betreft. De toegang voor EU-onderdanen tot de arbeidsmarkt in een ander EU-land is vrij, met eventueel overgangsbepalingen

voor nieuwe lidstaten. Werknemers uit derde landen kunnen veel minder makkelijk aan het werk binnen de EU omdat voor hen diverse restricties gelden. De werknemers uit derde landen kunnen vervolgens nog onderverdeeld worden in werknemers die reeds werkzaam zijn in de EU en werknemers die nog niet werkzaam zijn in de EU. Voor deze laatste groep bestaat nauwelijks regelgeving.

Twee subcategorieën van arbeidsmigratie zijn grensarbeid en seizoensarbeid. Voor beide groepen gelden bepaalde uitzonderingen op de regels voor 'normale' arbeidsmigranten. In de eerder besproken verordening 1408/71 worden beide categorieën gedefinieerd.

Onder een grensarbeider wordt verstaan: *iedere werknemer of zelfstandige die zijn beroepswerkzaamheden uitoefent op het grondgebied van een lidstaat en woont op het grondgebied van een andere lidstaat, waarheen hij in beginsel dagelijks of ten minste eenmaal per week terugkeert.*

Een seizoensarbeider is: *iedere werknemer die zich begeeft naar het grondgebied van een andere lidstaat dan die, op het grondgebied waarvan hij woont, teneinde aldaar voor rekening van een onderneming of een werkgever uit deze staat seizoensarbeid te verrichten voor een tijdvak dat in geen geval langer dan acht maanden mag duren, en die gedurende zijn werkzaamheden op het grondgebied van bedoelde staat verblijft. Onder seizoensarbeid wordt verstaan arbeid die van het seizoen afhankelijk is en elk jaar automatisch terugkeert.*

Een speciale vorm van detachering is het grensoverschrijdende uitzendwerk. Een uitzendkracht wordt gedefinieerd als *een persoon met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau teneinde ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder toezicht van genoemde onderneming tijdelijk te werken.* Recentelijk is een richtlijn aangenomen met regels voor (grensoverschrijdend) uitzendwerk.

Ten slotte bestaan er nog de zogeheten zelfstandigen. Het probleem bij de groep zelfstandigen is dat er geen eenduidige Europese definitie bestaat van dit begrip. Er is in vrijwel alle Europese landen sprake van zelfstandigen zonder personeel die als individueel ondernemer een zelfstandig, vrij beroep uitoefenen. Deze groep levert doorgaans geen problemen op en over deze groep wordt hier dan ook niet gesproken. Problematischer wordt het zodra we de positie bezien van werknemers die in de ene lidstaat worden gedefinieerd als zelfstandig werknemer, terwijl hun werkzaamheden en de daarmee gepaard gaande

arbeidsverhouding conform de geldende definities in een ander EU-land volledig passen binnen de definitie van een feitelijke arbeidsovereenkomst. Lidstaten gebruiken twee verschillende juridische categorieën: afhankelijk werk en zelfstandigheid. De eerste categorie wordt door arbeidsrecht gereguleerd, de tweede categorie door contractrecht en handelsrecht. Arbeidsrecht beschermt de werknemer omdat deze beschouwd wordt als de zwakkere contractspartij. De zelfstandige en zijn klant worden beschouwd als gelijke contractspartners, waardoor ervan uitgegaan wordt dat de zelfstandige nauwelijks bescherming nodig heeft (Cremers 2007). Het vrij verkeer van diensten houdt in dat ondernemingen en zelfstandigen hun diensten kunnen aanbieden binnen de gehele EU. Zelfstandigen vallen als zodanig dus onder het vrij verkeer van diensten. Wanneer een werknemer die zich in feite in een afhankelijke arbeidsrelatie bevindt, onterecht wordt aangemerkt als zelfstandige, verliest deze persoon op veel terreinen bescherming. Met name in het grensoverschrijdend verkeer kan zelfstandigheid zodoende misbruikt worden om regelingen te ontlopen (sociale zekerheid, werktijden, loon en andere arbeidsvoorwaarden, veiligheid, bijdragen aan collectieve voorzieningen); de zogenoemde schijnzelfstandigheid (Cremers 1999). De Europese Commissie heeft in haar voorstel betreffende een richtlijn voor de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen een definitie opgenomen van 'zelfstandige werknemers'. Volgens deze definitie zijn dit allen die onder de in de nationale wetgeving bepaalde voorwaarden voor eigen rekening een winstgevendende activiteit uitoefenen, met inbegrip van landbouwers en beoefenaars van vrije beroepen. Deze definitie laat het aan de lidstaten om te bepalen onder welke voorwaarden iemand een zelfstandige werknemer is (COM/2008/636). Een ander voorstel voor een definitie van zelfstandige, echter voor een beperkte groep, doet de Commissie in haar voorstel voor tot wijziging van richtlijn 2002/15/EG betreffende de organisatie van de arbeidstijd van personen die mobiele werkzaamheden in het wegvervoer uitoefenen (COM/2008/650). De daarin voorgestelde definitie staat op gespannen voet met soortgelijke pogingen van de IAO en met de praktijk in enkele lidstaten die getracht hebben tot een eenduidige definitie te komen (Cremers 2007).

## 2.2 Sociale zekerheid

### *Algemene regel*

De algemene regel in de sociale zekerheid is dat bij arbeidsmigratie het werklandprincipe geldt; iemand is verzekerd in de lidstaat waar hij of zij werkt en bouwt aldaar rechten op. Die regels zijn opgenomen in verordening 1408/71, recentelijk herzien door verordening 883/2004 (zie 1.3). Door deze laatste verordening maakt het niet langer uit of de woonplaats het land van oorsprong of het werkland is; het werklandprincipe geldt in beide gevallen. Relevant zijn voorts de regels met betrekking tot het verblijfsrecht in combinatie met de sociale zekerheid van burgers van de Unie die zich in een andere lidstaat willen vestigen, opgenomen in Richtlijn 2004/38/EG. Burgers van de Unie hebben het recht gedurende maximaal drie maanden op het grondgebied van een andere lidstaat te verblijven zonder verdere voorwaarden of formaliteiten dan de verplichting in het bezit te zijn van een geldige identiteitskaart of een geldig paspoort. Als een EU-burger langer dan drie maanden in een andere lidstaat wil verblijven dan moet hij in het gastland werknemer of zelfstandige zijn óf over voldoende bestaansmiddelen beschikken voor zichzelf en zijn familieleden om te voorkomen dat zij tijdens hun verblijf ten laste komen van het sociale bijstandstelsel van het gastland. Daarnaast moet men over een verzekering beschikken die de ziektekosten in het gastland dekt. Het gastland is gedurende de eerste drie maanden van verblijf niet verplicht een recht op sociale bijstand toe te kennen. Zolang burgers van de Unie en hun familieleden geen onredelijke belasting vormen voor het sociale bijstandstelsel van het gastland kunnen zij niet worden uitgezet. Verwijderingsmaatregelen kunnen in geen geval worden genomen indien de burgers van de EU werknemer of zelfstandige zijn. Iedere EU-onderdaan die gedurende een ononderbroken periode van vijf jaar legaal op het grondgebied van een gastland verblijft, krijgt aldaar een duurzaam verblijfsrecht. Voordat deze periode is verstreken, is uitzetting mogelijk wanneer niet aan de geldende eisen wordt voldaan.

### *Uitzondering*

Een uitzondering op het werklandbeginsel in de sociale zekerheid geldt voor gedetacheerde werknemers. Verordening 883/2004 legt de maximumtermijn van detachering op 24 maanden. De termijn lijkt daarmee gekoppeld aan de sociale zekerheidswetgeving en wordt verder niet expliciet in de detachering-



richtlijn vermeld. Wanneer een persoon gedetacheerd is voor een periode niet langer dan 24 maanden blijft deze in het land van oorsprong verzekerd. Dit volgt uit de uitzonderingsbepaling uit Verordening 1408/71, herzien door Verordening 883/2004:

*Artikel 12 lid 1:*

*Degene die werkzaamheden in loondienst verricht in een lidstaat voor rekening van een werkgever die daar zijn werkzaamheden normaliter verricht, en die door deze werkgever wordt gedetacheerd om voor zijn rekening werkzaamheden in een andere lidstaat te verrichten, blijft onderworpen aan de wetgeving van de eerstbedoelde lidstaat, mits de te verwachten duur van die werkzaamheden niet meer dan vierentwintig maanden bedraagt en de betrokkene niet wordt uitgezonden om een ander te vervangen.*

Na deze 24 maanden geldt in beginsel het werklandbeginsel, tenzij een akkoord gesloten wordt in de zin van artikel 16 lid 1 van de Verordening. Dat artikel zegt:

*Artikel 16:*

*Uitzonderingen op de artikelen 11 tot en met 15*

*1. Twee of meer lidstaten, de bevoegde autoriteiten van deze lidstaten of de door deze autoriteiten aangewezen instellingen kunnen in onderlinge overeenstemming in het belang van bepaalde personen of groepen personen, uitzonderingen op de artikelen 11 tot en met 15 vaststellen.*

Een E101 of E102 formulier geeft aan dat de gedetacheerde onder de wetgeving van het land van oorsprong valt en in dat land zijn bijdragen voor de sociale zekerheid betaald. Een speciale vorm van detachering is verbonden met grensoverschrijdend uitzendwerk. In de sociale zekerheid geldt voor de grensoverschrijdende uitzendwerker eveneens het land van oorsprongbeginsel.

### *Werknemers uit derde landen*

Tijdens de Europese Raad in Tampere in 1999 hebben de regeringsleiders verklaard dat gezorgd moet worden voor een eerlijke behandeling van de onderdanen van derde landen die legaal op het grondgebied van de lidstaten verblijven. De Unie moet hen bepaalde rechten en verplichtingen geven die vergelijkbaar zijn met die van Europese burgers. In 2003 heeft de Raad besloten Verordening 1408/71 uit te breiden tot de onderdanen van derde landen die legaal in een lidstaat van de EU verblijven en die enkel door hun nationaliteit nog niet onder deze bepalingen vallen (Verordening 859/2003). Deze Verordening zorgt er voor dat deze werknemers uit derde landen zich wat

betreft de sociale zekerheid in dezelfde situatie bevinden als EU-werknemers.

Het is noodzakelijk om de derdelanders, reeds werkzaam in de EU, verder onder te verdelen in verschillende groepen. Allereerst geldt voor personen uit derde landen die rechtstreeks in dienst zijn van een onderneming in het werkland de algemene regel; zij vallen onder de sociale zekerheid van het werkland. Voorts kunnen personen uit derde landen gedetacheerd worden doordat ze door hun werkgever van buiten de EU tijdelijk binnen de EU tewerkgesteld worden. In beginsel valt deze groep onder de wetgeving van de lidstaat waar zij werken. Echter, wel bestaat de mogelijkheid dat tussen de betrokken lidstaat en het derde land een bilateraal verdrag is afgesloten op grond waarvan deze werknemer onderworpen blijft aan de wetgeving van het derde land dat uitzendt. Een derde groep vormen de derdelanders die in de EU verblijven en die door hun bedrijf, dat in de EU gevestigd is, gedetacheerd worden naar een andere EU-lidstaat. Voor hen geldt dan de uitzonderingsbepaling van de detacheringrichtlijn; zij blijven sociaal verzekerd in de lidstaat waar het bedrijf gevestigd is.

Voor werknemers uit derde landen nog niet werkzaam in de EU, is de situatie gecompliceerder. In de Europese Unie wordt al lange tijd een debat over arbeidsmigratie gevoerd; een moeizaam debat omdat de lidstaten niet willen dat de Unie zich kan uitspreken over de vraag hoeveel arbeidsmigranten zij moeten toelaten, of welke. In 2004 nam de Europese Raad een programma aan; het 'Haags Programma, versterking van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie'. Het Haags programma ziet, in het kader van de Lissabonstrategie, een grote rol weggelegd voor legale migratie bij het versterken van de kenniseconomie in Europa. Het beleidsplan van de Commissie volgde in december 2005. De maatregelen die de Commissie voor de resterende periode van het Haagse Programma (2006-2009) voorstelde, waren minder ambitieus dan eerdere voorstellen die het niet haalden. Bij de wetgevende initiatieven beperkte de Commissie zich tot een kaderrichtlijn met basisrechten voor arbeidsmigranten; en tot wetgevende instrumenten voor specifieke categorieën economische migranten: kenniswerkers, seizoensarbeiders, trainees en binnen een onderneming overgeplaatste personen (Taselaar 2006). Met de kaderrichtlijn arbeidsmigratie wil de Europese Commissie bestaande toelatingsprocedures en de controle op illegale tewerkstelling vereenvoudigen. Daartoe voorziet het

voorstel in een 'one-stopshop' (één loket) voor onderdanen van derde landen die willen werken in een lidstaat en de afgifte van één vergunning voor zowel verblijf als tewerkstelling. De migranten die worden toegelaten krijgen een gecombineerde verblijfs- en werkvergunning. Deze vergunning zal worden opgemaakt in het geharmoniseerde EU-sjabloon voor verblijfsvergunningen. Praktisch betekent dit dat de bevoegde autoriteit informatie over toegang tot de arbeidsmarkt dient toe te voegen aan een bestaande verblijfsvergunning. Het voorstel verplicht de lidstaten om in alle andere bestaande verblijfsvergunningen (bijvoorbeeld voor gezinshereniging, asiel, en studie) aan te geven of het de migrant toegestaan is te werken. De toelatingscriteria worden aan de lidstaten overgelaten. Daarnaast voorziet het voorstel in de toekenning van sociaal-economische rechten, gelijk aan de rechten die gelden voor onderdanen van de betreffende lidstaat. Deze rechten betreffen arbeidsvoorwaarden (inclusief loon en ontslag), gezondheid- en veiligheidsvoorwaarden op de werkplek, opleiding, erkenning van kwalificaties, sociale zekerheid (inclusief gezondheidszorg), export van pensioenen, toegang tot goederen en diensten en belastingvoordelen.

Een groep waar momenteel een voorstel voor specifieke regelgeving voor behandeld wordt zijn kenniswerkers uit derde landen; het zogenaamde *blue card* voorstel. Het voorstel streeft ernaar de EU aantrekkelijker te maken voor kennismigranten uit derde landen. Daartoe stelt de Europese Commissie voor gemeenschappelijke toelatingscriteria te hanteren en een zogenaamde *blue card* in te stellen voor hoogopgeleide kennismigranten. Met de *blue card* kunnen toptalenten straks twee jaar lang legaal werken en verblijven in de EU. Over de precieze toelatingscriteria wordt nog onderhandeld tussen de Raad van Ministers en het Europese Parlement. Het voorstel voorziet ook in de mogelijkheid gezinnen te laten meekomen. Enkele problemen met het voorstel zijn de verhouding tot de huidige beperkingen die de nieuwe EU-lidstaten zijn opgelegd, de rechten en plichten van gezinsleden, de verhouding tot nationale kennismigrantenregelingen die in bepaalde EU-lidstaten bestaan, de hoogte van het brutoloon en het risico van *brain drain*.

### *Grensarbeiders*

De positie van grensarbeiders heeft op vele terreinen gezorgd voor beroering; werknemers dreigden het slachtoffer te worden van dubbele premiebetaling en van gaten in het rechtenpakket in de sociale zekerheid en de gezondheidszorg.

De afwikkeling van belasting en dergelijke zorgde steeds weer voor beroering. Inmiddels zijn veel afspraken inzake grensarbeid vastgelegd in bilaterale overeenkomsten tussen de lidstaten (Cremers 1999). Algemeen geldt dat grensarbeiders deelnemen aan het sociale zekerheidsstelsel van het werkland. Grensarbeiders hebben recht op gezinsuitkeringen, ook voor gezinsleden die in een ander land wonen en ontvangen een afzonderlijk pensioen van elk land waar zij ten minste een jaar verzekerd waren. Er gelden speciale regels in verband met ziekteverzekering en de werkloosheidsuitkeringen. Voor de verstrekkingen bij ziekte of arbeidsongeval kan een grensarbeider kiezen: zij kunnen verstrekkingen ontvangen ófwel in hun woonland ófwel in hun arbeidsland. Wat betreft de werkloosheidsuitkeringen heeft een grensarbeider als volledig werkloze alleen recht op uitkering in het land waar hij of zij woont, behalve wanneer aangetoond kan worden dat er nauwere banden bestaan met het land waar als laatste gewerkt is. Deze laatste regel komt voort uit het arrest Miethe. Het Europese Hof heeft in dat arrest besloten dat voor sommige grensarbeiders de regel geldt dat het werkland als de bevoegde staat kan worden beschouwd en dat daar een werkloosheidsuitkering kan worden aangevraagd. Deze zogenaamde Miethe-regel is bedoeld als een tegemoetkoming voor de a-typische grensarbeider en niet als een uitnodiging voor de uitvoerende instanties om aanvragen voor een werkloosheidsuitkering door te sturen naar de bevoegde instanties in het werkland op grond van de inschatting dat beschikbaarstelling voor de arbeidsmarkt van het woonland weinig reëel is.

### *Seizoenarbeiders*

Seizoenarbeiders zijn regelmatig nodig in bepaalde sectoren, met name in de landbouw-, bouw- en toerismesector. Een seizoenarbeider heeft op grond van de communautaire voorschriften inzake sociale zekerheid dezelfde rechten en plichten als alle andere categorieën werknemers. Gedurende het betrokken seizoen is de seizoenarbeider met name verzekerd in het land waar hij/zij werkt. Wel bestaan er speciale regels voor de werkloosheidsuitkeringen. Als volledig werkloze seizoenarbeider mag iemand kiezen of hij/zij een werkloosheidsuitkering krijgt in het land waar deze persoon seizoenarbeider was of in het land waar deze persoon woont.

### *Zelfstandige werknemers die EU-onderdaan zijn*

Wanneer een zelfstandige zich vrij vestigt in een andere lidstaat van de EU

gelden voor deze persoon de bepalingen van verordening 1408/71, herzien door verordening 883/2004. Dit betekent de toepassing van het werklandbeginsel op het terrein van de sociale zekerheid; deze persoon valt direct onder de bepalingen van de lidstaat van vestiging.

Bij tijdelijke vestiging is dit echter minder eenduidig. Zoals aangegeven, gelden voor zelfstandige werknemers dan niet de regels van het vrij verkeer van werknemers, maar die van het vrij verkeer van diensten. Door het ontbreken van een eenduidige Europese definitie kan de status van zelfstandige in het grensoverschrijdend verkeer misbruikt worden om reguleringen te ontlopen. In 2000 heeft het Europese Hof een belangrijke uitspraak gedaan over deze kwestie; de zaak Banks versus Theatre Royal de la Monnaie. Het Hof bepaalde dat de term werk elke uitvoering van werk bevat, zowel als zelfstandige als binnen een arbeidsverhouding. Hierdoor viel Banks, gezien het tijdelijke karakter van zijn werk als gedetacheerd zelfstandige in België, exclusief onder de wetgeving van het VK. De merkwaardige figuur doet zich dus voor dat zelfstandigen zichzelf kunnen detacheren. In de zaak Banks bleek dat bij tijdelijk werken in het buitenland gebruik kan worden gemaakt van de ontheffingsmogelijkheid uit de verordening waardoor dus het land van oorsprongbeginsel geldt. Zoals ook uit de rechtszaak blijkt moet een E101 formulier erkend worden. België, Nederland en Duitsland waren van mening dat wanneer het thuisland een E101 had verstrekt op basis van een onvolledige of onjuiste analyse, zij de E101 konden verwerven. Echter, art. 10 van het Verdrag gaat uit van samenwerking tussen de lidstaten waardoor een analyse door één lidstaat door de andere moet worden overgenomen.

In de zogenaamde dienstenrichtlijn wordt de sociale zekerheid niet geregeld. In recital 23 van die richtlijn wordt wel aandacht besteedt aan de sociale zekerheid in verband met het vrij verkeer van diensten. Deze recital bepaalt dat de dienstenrichtlijn de terugbetaling van de kosten van gezondheidszorg die wordt verstrekt in een andere lidstaat dan die waar de ontvanger van de zorg verblijft onverlet laat. Het Hof van Justitie heeft zich hierover herhaaldelijk uitgesproken en deze rechten van de patiënt erkend.

### *Zelfstandigen uit derde landen*

Indien zelfstandigen uit derde landen tijdelijk in een andere lidstaat grensoverschrijdende diensten gaan verrichten gelden de bepalingen van verordening 1408/71, gewijzigd door verordening 883/2004 en uitgebreid tot onderdanen

van derde landen die legaal in de EU verblijven door richtlijn 859/2003. Dit betekent dat deze groep zelfstandigen in beginsel is onderworpen aan de wetgeving van het land waar zij werken, tenzij de voorwaarden vervuld zijn die gelden met betrekking tot detachering.

Naar aanleiding van de Europese Raad in Tampere is een voorstel gedaan voor *een richtlijn voor toelating en verblijf van arbeidsmigranten in loondienst en zelfstandigen uit derde landen*. De richtlijn is nooit aangenomen doordat de verschillen tussen de lidstaten te groot waren en niet tot overeenstemming gekomen kon worden. Er bestaat dus geen Europese regelgeving op het gebied van zelfstandigen uit derde landen die naar de EU willen migreren. Noch verordening 1408/71, noch verordening 883/2004 regelt de voorwaarden waaronder zelfstandigen die naar een lidstaat willen migreren worden toegelaten en verblijven. Het toelatingsbeleid voor arbeidsmigratie van zelfstandigen van buiten de EU blijft dus een nationale aangelegenheid (Taselaar 2006).

## 2.3 Loon- en arbeidsvoorwaarden

### *Werknemers*

Voor de loon- en arbeidsvoorwaarden geldt binnen de Europese Unie het uitgangspunt van non-discriminatie op grond van nationaliteit: ongelijke behandeling van werknemers op het terrein van de loon- en arbeidsvoorwaarden is onrechtmatig. De algemene regel binnen de EU is ook hier gebaseerd op het werklandbeginsel en die hoofdregel geldt evenzeer voor grens- en seizoensarbeiders. Opnieuw vormen gedetacheerde werknemers een uitzondering. In 1996 is de detacheringrichtlijn aangenomen met daarin regels voor de loon- en arbeidsvoorwaarden voor gedetacheerde werknemers. Basisgedachte achter Richtlijn 96/71 was loondumping te voorkomen door een harde kern van minimumvoorschriften te formuleren. Die harde kern had betrekking op, maximale werk- en minimale rustperiodes, het minimum aan betaalde vakantiedagen, minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk, voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk, beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van zwangere pas bevallen vrouwen, kinderen en jongeren, gelijke behandeling van mannen en vrouwen, alsmede andere bepalingen inzake niet-discriminatie. In artikel 3.10 van de

richtlijn wordt vermeld dat de Richtlijn lidstaten niet belet arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden voor te schrijven, die betrekking hebben op andere dan de genoemde aangelegenheden.

Zoals beschreven interpreteren het Europese Hof en de Europese Commissie de richtlijn echter niet langer als een richtlijn die minimumvoorwaarden oplegt waaraan lidstaten zich moeten houden maar als een uitputtende lijst. Hierdoor kunnen lidstaten niet langer zelf bepalen hoe zij hun systemen van arbeidsverhoudingen in willen richten (Cremers 2008b).

Artikel 1 van de detacheringrichtlijn bepaalt dat de richtlijn ook van toepassing is op uitzendbedrijven wanneer zij een werknemer ter beschikking stellen van een ontvangende onderneming die op het grondgebied van een lidstaat gevestigd is of er werkzaamheden uitvoert. Voorwaarde is dan wel dat er een dienstverband bestaat tussen het uitzendbureau en de werknemer. Dit betekent dat op grensoverschrijdende uitzendwerkers ook de minimum loon- en arbeidsvoorwaarden uit de richtlijn van toepassing zijn.

Voor werknemers die van buiten de EU komen geldt eveneens dat zij, wanneer zij binnen de EU aan het werk gaan, niet gediscrimineerd mogen worden wat betreft loon- en arbeidsvoorwaarden. Zij moeten dus op dezelfde manier behandeld worden als EU-werknemers. Daarnaast formuleert de detacheringrichtlijn letterlijk ten aanzien van de loon- en arbeidsvoorwaarden van werknemers uit derde landen die tijdelijk binnen de EU komen werken dat 'bedrijven gevestigd in een niet EU-land niet bevoordeeld mogen worden ten opzichte van de bedrijven in de EU'. Deze bedrijven uit derde landen mogen dus niet concurreren met lagere loon- en arbeidsvoorwaarden.

### Zelfstandigen

Aangezien zelfstandigen onder het vrij verkeer van diensten vallen en niet aangemerkt kunnen worden als werknemers, gelden voor hen de bepalingen uit de dienstenrichtlijn. Artikel 16 bevat de kernbepaling van deze richtlijn; de lidstaten eerbiedigen het recht van dienstverleners om diensten te verrichten in een andere lidstaat dan die waar zij gevestigd zijn. Artikel 16 lid 3 van deze richtlijn stelt dat deze richtlijn de Lidstaten niet verhindert om in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht zijn voorschriften inzake de arbeidsvoorwaarden voor werknemers toe te passen, waaronder die welke zijn neergelegd in collectieve arbeidsovereenkomsten. De Europese Commissie wilde in het oorspronkelijke voorstel ook voor betrokken werknemers het land

van oorsprongbeginsel opnemen in de dienstenrichtlijn. Dat zou betekend hebben dat dienstverleners voor de arbeidsvoorwaarden van werknemers slechts aan de wetgeving van het thuisland zouden hoeven voldoen. Voor zelfstandigen is deze bepaling echter niet relevant.

Op enkele terreinen, bijvoorbeeld de veiligheidswetgeving, kennen verschillende Europese landen verplichtingen voor zelfstandigen. De indruk bestaat echter dat tijdelijk in een ander land werkzaam zijnde zelfstandigen voornamelijk vogelvrij opereren. Dit is problematisch op het moment dat de relatie waarbinnen zij hun werkzaamheden in het land van tewerkstelling verrichten volledig past binnen de definitie van een arbeidsovereenkomst. De detacheringrichtlijn is niet van toepassing; de vraag is echter in hoeverre deze richtlijn en dan met name art. 2.2. ('de definitie van een werknemer is de definitie die van toepassing is in het land van tewerkstelling') verder uitgebouwd en gebruikt kan worden voor zelfstandigen (Cremers 1999).

Deze situatie geldt ook voor zelfstandigen uit derde landen die rechtmatig in de EU werkzaam zijn. Voor zelfstandigen die naar de EU willen migreren is niets op Europees niveau geregeld.

## 2.4 Arbeidsrecht

Een resterende vraag is welk recht de arbeidsrelatie bepaalt bij grensoverschrijdend werk?

In geval van arbeidsmigratie is het antwoord eenvoudig; het arbeidsrecht van het nieuwe land van vestiging geldt voor de arbeidsmigrant. Het wordt opnieuw gecompliceerd wanneer gekeken wordt naar de detachering van werknemers. Bij detachering geldt enerzijds het contract dat in het thuisland is aangegaan met het bedrijf dat de werknemer detacheert, anderzijds gelden zekere regels in het land van tewerkstelling, conform de detacheringrichtlijn. Op het eerste gezicht niet gecompliceerd, maar de praktijk wijst anders uit.

Allereerst moet de vraag gesteld worden welk recht van toepassing is op het detacheringcontract aangezien dit namelijk niet altijd het recht van het thuisland is. Artikel 6 lid 2 van het Verdrag van Rome inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst uit 1980 stelt dat '*bij arbeidsovereenkomsten geen rechtskeuze bestaat maar dat het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid*

*verricht, zelfs wanneer tijdelijk in een ander land te werk gesteld, de arbeidsovereenkomst beheert.* Wanneer een werknemer niet in een zelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht, geldt het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen. Als blijkt uit het geheel der omstandigheden dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land, is het recht van dat land van toepassing.

Gezien de ontwikkeling van nieuwe a-typische arbeidsvormen hebben bepaalde lidstaten maatregelen getroffen om de arbeidsverhoudingen aan vormvereisten te onderwerpen. Deze maatregelen hebben ten doel de werknemers beter te beschermen tegen een eventuele miskennis van hun rechten en zijn bedoeld om de arbeidsmarkt doorzichtiger te maken. Echter, de wetgeving van de lidstaten verschilt sterk op essentiële punten, zoals bijvoorbeeld de verplichting de werknemers schriftelijk in kennis te stellen van de essentiële elementen van de arbeidsovereenkomst of -verhouding. Omdat deze verschillen in wetgeving rechtstreeks van toepassing kunnen zijn op de werking van de gemeenschappelijke markt, heeft de Raad richtlijn 91/533 aangenomen. De richtlijn verplicht de werkgever de werknemer te informeren over de voorwaarden die op zijn arbeidsovereenkomst of -verhouding van toepassing zijn en schrijft voor dat iedere werknemer beschikt over een document waarin informatie is vervat over de belangrijkste elementen van die arbeidsovereenkomst. Deze richtlijn bevat ook bepalingen die betrekking hebben op de detachering. De werknemer moet, in geval van werk in het buitenland, de garantie hebben dat hij naast de essentiële elementen uit zijn arbeidsovereenkomst ook relevante informatie over zijn detachering ontvangt. De werknemer dient vóór vertrek in het bezit te zijn van de juiste documenten waarin ten minste is opgenomen de duur van het werk in het buitenland, de muntsoort waarin het loon wordt uitbetaald, in voorkomend geval, de voordelen in geld en in natura die aan het werk in het buitenland verbonden zijn, en in voorkomend geval, de wijze waarop de terugkeer van de werknemer geregeld is.

In de detacheringrichtlijn wordt aangegeven op welke punten het werkland mee definieert. Indien het gaat om bepalingen van openbare orde, mogen lidstaten ook andere arbeidsvoorwaarden en bepalingen voorschrijven dan de minimumvoorwaarden. In de zaak Commissie versus Luxemburg heeft het Europese Hof van Justitie zich uitgesproken over de vraag of de verplichting dat enkel personeel ter beschikking mag worden gesteld dat op basis van een schriftelijke arbeidsovereenkomst of een naar luid van richtlijn 91/533

gelijkwaardig document met de onderneming is verbonden, in strijd kan zijn met gemeenschapsrecht. Luxemburg beroept zich op artikel 3 lid 10 van de detacheringrichtlijn en stelt dat het hier gaat om een bepaling van openbare orde. Het Hof stelt dat het toezicht op de inachtneming van de bepalingen van richtlijn 91/533 bij een terbeschikkingstelling enkel en alleen is opgedragen aan de autoriteiten van de lidstaat van vestiging van de betrokken onderneming en niet aan de lidstaat van ontvangst. De redenering is dat ondernemingen die werknemers in Luxemburg ter beschikking stellen, worden onderworpen aan een verplichting die al op hen rust in de lidstaat waarin zij zijn gevestigd. Daarmee wordt de mogelijkheid van het werkland om verplichtende arbeidswetgeving voor te schrijven in belangrijke mate beperkt. Kortom, de informatieplicht uit richtlijn 91/533 rust op de werkgever in het thuisland en mag niet nogmaals door het werkland worden opgelegd. Het werkland dient alleen de minimumbepalingen uit de detacheringrichtlijn te garanderen. Dit levert een tegenstrijdigheid op in de Europese regelgeving. De detacheringrichtlijn noemt als minimumvoorwaarde bijvoorbeeld maximale werk- en minimale rustperiodes. Deze moeten in het werkland worden gerespecteerd. Richtlijn 91/533 zegt dat de werkgever, in het thuisland, de werknemer moet informeren over de normale dagelijkse of wekelijkse arbeidstijd van de werknemer. Ook schrijft de detacheringrichtlijn voor dat het minimumaantal betaalde wettelijke vakantiedagen in het werkland moet worden gewaarborgd. Richtlijn 91/533 stelt dat de werkgever moet informeren over de duur van het betaald verlof waarop de werknemer recht heeft. In de Luxemburgzaak wordt bepaald dat wanneer een verplichting al rust op een werkgever in het thuisland, het werkland de werkgever niet nogmaals aan die verplichting mag onderwerpen. Bepaalde bepalingen moeten dus in het werkland worden gewaarborgd, maar mogen niet door het werkland worden opgelegd of gecontroleerd.

De tegenstrijdigheid neemt nog toe met de dienstenrichtlijn. Artikel 31 lid 4 van deze richtlijn stelt dat *de bevoegde instanties van de lidstaat waar de dienst wordt verricht, op eigen initiatief verificaties, inspecties en onderzoeken ter plaatse kunnen verrichten, mits deze niet discrimineren en ze niet plaatsvinden omdat de dienstverlener in een andere lidstaat gevestigd is en ze evenredig zijn.*

Dit heeft geleid tot parlementaire vragen of de naleving van de bepalingen van Richtlijn 91/533 een exclusieve aangelegenheid is voor de lidstaat van vestiging

en als dat het geval is, hoe dit zich dan verhoudt met deze bepaling uit de dienstenrichtlijn. Ook is de Europese Commissie de vraag gesteld of het arrest Commissie versus Luxemburg inspecties en onderzoeken die ten doel hebben de bescherming van grondrechten van werknemers te waarborgen bemoeilijkt, zo niet onmogelijk maakt. Eurocommissaris Spidla heeft hierop geantwoord dat het inderdaad alleen de lidstaat van oorsprong is die toezicht op de inachtneming van richtlijn 91/533 mag uitoefenen. Het betekent volgens hem niet dat lidstaten waar gedetacheerde werknemers diensten verrichten geen gebruik kunnen maken van hun nationale maatregelen inzake controle, toezicht en handhaving teneinde naleving van hun nationale wet- en regelgeving te verzekeren. Als voorwaarde geldt wel dat dit verenigbaar moet zijn met en moet voldoen aan het geldende Gemeenschapsrecht. Bovendien bestaat volgens de Commissaris geen tegenspraak tussen de dienstenrichtlijn en richtlijn 91/533; de context en de oorsprong van de bevoegdheid toezicht uit te oefenen is, aldus de Commissie, verschillend.

Op de vraag of een juiste omzetting van richtlijn 91/533 in nationaal recht kan helpen bij het bestrijden van zwartwerk antwoordt de Commissie dat de tweede overweging van deze richtlijn bepaalt dat het doel van de richtlijn is werknemers betere bescherming te bieden tegen mogelijke inbreuken op hun rechten en daarnaast grotere transparantie te creëren op de arbeidsmarkt. Om dit doel te bereiken legt de richtlijn de werkgever de verplichting op zijn werknemers op de hoogte te stellen van de essentiële aspecten van zijn arbeidsrelatie. Op deze manier zou de juiste omzetting van de richtlijn, volgens de Commissie, moeten bijdragen aan het bestrijden van zwartwerk. Echter, de interpretatie dat sommige bepalingen door het werkland moeten worden opgelegd (minimumbepalingen detacheringrichtlijn) maar slechts in het thuisland kunnen worden gecontroleerd maakt deze redenering tot een drogreden.

Gaan we tenslotte nog even terug naar de bepaling in de detacheringrichtlijn dat de definitie van een werknemer de definitie is 'die van toepassing is in het land van tewerkstelling' dan worden de tegenstrijdigheden nog manifester. In dat licht beschouwd wordt de opvatting van de Europese Commissie en het Europese Gerechtshof dat lidstaten niet eenzijdig mogen bepalen welke regelgeving cruciaal is voor het overeind houden van de sociaal-economische orde een dictaat in dienst van de totale vrijmaking van de markt.

## WELKE PROBLEMEN DOEN ZICH (NOG STEEDS) VOOR?

### 3.1 Land van oorsprongbeginsel versus werklandbeginsel

Een eerste discussie die nog steeds veel problemen oplevert in het kader van het vrij verkeer van werknemers is de discussie of de werknemer onder de wetgeving van het land van oorsprong of onder het werkland valt. Het land van oorsprongbeginsel is een beginsel dat nergens in het Gemeenschapsverdrag uitdrukkelijk genoemd wordt, maar dat door het Europese Hof van Justitie gebruikt wordt in zijn afwegingen om te bekijken of onnodige belemmeringen aan het vrij verkeer van goederen of diensten worden opgelegd. Het begrip werd voor het eerst gebruikt in 1979 in de beroemde zaak Cassis de Dijon, voor het vrij verkeer van goederen. Het Hof paste in die zaak het principe van wederzijdse erkenning toe. Dit principe houdt in dat wanneer, in dit geval een goed, voldoet aan de regels van het land van oorsprong, het land van bestemming geen extra regels kan opleggen. De lidstaten erkennen elkaars regelingen zolang geen harmonisatie heeft plaatsgevonden. Later werd dit principe ook toegepast op het vrij verkeer van diensten, o.a. in het Saeger arrest uit 1991. Echter, als het toepassen van de wetgeving van het land van bestemming noodzakelijk en geschikt is ter bescherming van wat in de



rechtspraak 'dwingende eisen' worden genoemd geldt een uitzondering. Deze uitzondering wordt wel aangeduid als de *'rule of reason'* of de *'Cassisexception'*.

De Europese Commissie wilde het land van oorsprongbeginsel vastleggen in de dienstenrichtlijn zodat dienstverleners die in een andere lidstaat hun diensten aan zouden bieden zich slechts aan de wetgeving van hun thuisland hoefden te houden. Lidstaten zouden elkaars regels wederzijds moeten erkennen en vertrouwen zonder verdere kennis van die regels. Als lidstaten nieuwe regels wilden introduceren zouden ze deze eerst aan de Commissie ter goedkeuring moeten voorleggen waardoor de eventuele toetsing achteraf door het Hof, zoals nu het geval, vooraf door de Commissie zou gaan plaatsvinden. Totnogtoe waren de regels voor de interne markt altijd gericht op het creëren van een gelijk speelveld via gemeenschappelijke regels die een (minimum) harmonisatie koppelden aan wederzijdse erkenning en met Europese richtlijnen die de doelstellingen en het raamwerk definieerden waarbinnen de lidstaten opereerden. Toen de Commissie haar voorstel deed voldeed de interne markt voor diensten hier nog helemaal niet aan. De regels in de verschillende lidstaten waren en zijn te divers waardoor de dienstenrichtlijn juist een ongelijk speelveld zou creëren tussen dienstverleners die in een gastland opereren volgens hun eigen nationale wetgeving, met grote risico's zoals een *'race to the bottom'*. Dit is in strijd met het beginsel van non-discriminatie dat bepaalt dat buitenlandse dienstverleners net zo behandeld moeten worden als binnenlandse dienstverleners. Uiteindelijk is na veel protest het land van oorsprongbeginsel in de dienstenrichtlijn vervangen door het werklandbeginsel.

Naast de discussie omtrent invoering van het land van oorsprongbeginsel in de dienstenrichtlijn, bestaat ook nog steeds veel onduidelijkheid over de behandeling van grensoverschrijdende werknemers: vallen zij nu onder de wetgeving van het thuisland of onder die van het werkland? De huidige regels kennen veel mazen en zwakke plekken en zijn moeilijk te toetsen en te handhaven. Een voorbeeld hiervan is de grens tussen detachering en structureel werk. Het is zeer lastig om in de praktijk het omslagpunt te bepalen bij welke duur detachering niet meer tijdelijk is maar structureel. Hierdoor wordt ontduiking van de regels mogelijk.

De recente uitspraken van het Europese Hof van Justitie laten zien dat de discussie rondom het land van oorsprong/land van herkomst nog altijd zeer

actueel is. Doordat bepaalde landen geen systeem van algemeen verbindend verklaarde CAO's en minimumloon kennen bestaat de mogelijkheid dat de voorwaarden van het land van oorsprong gaan gelden in het land waar de werkzaamheden verricht worden. Ook de eerder besproken discussie omtrent het geldende arbeidsrecht in geval van detachering komt voort uit de onduidelijkheid of de wetgeving van het land van oorsprong of werkland geldt. In bepaalde gevallen kan het werkland bepalingen opleggen aan gedetacheerde werknemers maar deze mogen alleen in het thuisland gecontroleerd worden. Dit werkt het omzeilen van regelgeving in de hand.

### 3.2 Ontbreken definitie arbeidsverhouding en zelfstandige

Een tweede openstaand probleem is het ontbreken van een Europese definitie van een arbeidsrelatie. In het voorgaande is besproken dat het vaak niet meer duidelijk is of sprake is van werk binnen een arbeidsverhouding of van aanname van werk als zelfstandige. De invoering van het vrij verkeer van werknemers binnen de EU heeft deze ontwikkeling versterkt. Zo worden buitenlandse werknemers vaak ingehuurd, via allerlei bemiddelaars, als zelfstandigen terwijl het feitelijk om werknemers gaat. Het vrij verkeer van diensten gecombineerd met gemakkelijke toegang tot de status van zelfstandige leidt tot misbruik en tot het op deze manier ontlopen van regelgeving. Zo kan op de arbeidsmarkt concurrentie ontstaan tussen de lager opgeleide zelfstandige 'dienstverleners' en kwetsbare groepen werknemers die zich al op de arbeidsmarkt bevinden. In bepaalde regio's blijft de werkloosheid onder jongeren hoog, met name onder tweede- en derdegeneratie immigranten, omdat het vaak goedkoper is een buitenlandse zelfstandige in te huren. Als deze zelfstandige niet goed op de hoogte is van zijn rechten en daardoor uitgesloten blijft van bescherming die wordt geboden door arbeidsrecht en CAO's is het gevolg destabilisering van de arbeidsmarkt en concurrentievervalsing. Het invoeren van een eenduidige Europese definitie van een arbeidsverhouding lijkt harde noodzaak (Cremers 2007).

De IAO heeft in 2006 een aanbeveling aangenomen waarin wordt bepaald wat onder een arbeidsrelatie moet worden verstaan. In deze aanbeveling wordt allereerst aangegeven wat onder een verborgen arbeidsrelatie moet worden verstaan. *'Een verborgen arbeidsrelatie doet zich voor wanneer de werkgever een*

*persoon, die geen werknemer is, behandelt op een manier die zijn of haar ware juridische status als een werknemer verbergt en wanneer situaties kunnen ontstaan waar contractuele bepalingen het effect hebben werknemers de bescherming waar zij recht op hebben te ontnemen'* (ILO 2006).

Vervolgens wordt in de aanbeveling stilgestaan bij wat onder een arbeidsrelatie moet worden verstaan. Om te bepalen of sprake is van een arbeidsrelatie moet primair gekeken worden naar de feiten in relatie tot de werkzaamheden en de beloning van de werknemer ongeacht hoe de relatie wordt gekarakteriseerd in bijvoorbeeld contractuele bepalingen overeengekomen tussen de partijen. De IAO geeft mogelijkheden die landen kunnen gebruiken om het gemakkelijker te maken om het bestaan van een arbeidsrelatie te bepalen. In art. 4b van de aanbeveling stelt de IAO landen voor om een groot aantal middelen toe te staan om het bestaan van een arbeidsrelatie te bepalen. Als tweede stelt de organisatie voor dat landen een wettelijke bepaling opstellen waarin indicatoren worden opgenomen die het bestaan van een arbeidsrelatie aangeven. Als laatste wordt voorgesteld dat lidstaten moeten bepalen, na voorafgaande consultatie van werkgevers- en werknemersorganisaties, dat wanneer werknemers bepaalde karakteristieken hebben, ze beschouwd moeten worden als werknemer of als zelfstandige. Indicatoren zijn:

*Het gegeven dat het werk: wordt uitgevoerd volgens instructies en onder toezicht van een andere partij; leidt tot integratie van de werknemer in de organisatie van de onderneming; alleen of voor het grootste deel wordt uitgevoerd ten behoeve van een ander persoon; persoonlijk door de werknemer moet worden uitgevoerd; wordt uitgevoerd gedurende specifieke werktijden en op een werkplaats gespecificeerd of overeengekomen door de partij voor wie het werk wordt uitgevoerd; voor een bepaalde periode is en een bepaalde continuïteit heeft, de beschikbaarheid van de werknemer vereist; of het voorzien van gereedschappen, materialen en machines door de partij voor wie het werk wordt uitgevoerd betreft.*

*Periodieke betaling of beloning van de werknemer; het feit dat zulke betaling of beloning de enige of belangrijkste bron van inkomen van de werknemer is; betaling in natura zoals voedsel, onderdak of transport; erkenning van rechten als wekelijkse rust en jaarlijkse vakantie; betaling door de partij voor wie het werk wordt uitgevoerd van reiskosten gemaakt door de werknemer om het werk uit te voeren; of afwezigheid van financieel risico voor de werknemer.*

In de aanbeveling kiest de IAO voor een ruime benadering van het begrip arbeidsrelatie teneinde schijnzelfstandigheid tegen te kunnen gaan. De EU kan

die aanbeveling overnemen en verder specificeren om tot een eenduidige definitie van een arbeidsrelatie te komen (Cremers 2007).

Geconstateerd moet worden dat zelfstandigheid onderwerp is van veelzijdige en gefragmenteerde juridische regimes. De IAO definieert zelfstandigheid in de *ILO international classification of status in employment* als die banen waar de beloning direct afhangt van de winst afkomstig uit de geproduceerde goederen en diensten. De Europese landen identificeren zelfstandigheid vaak door een omkeerbenadering: werk dat niet de karakteristieken heeft van ondergeschikt werk bepaalt of iemand als zelfstandige werkt. Duitsland heeft in 1999 een zelfstandigenwet ingevoerd met als doel het definiëren van 'echte' zelfstandigen tegenover schijnzelfstandigen en het creëren van een wettelijk instrument tegen valse praktijken. In de wet is een schema opgenomen met vijf criteria. Op het moment dat aan drie van deze criteria wordt voldaan, wordt een persoon beschouwd als een schijnzelfstandige. De criteria zijn: 1) de betrokken persoon heeft geen andere werknemer in dienst, 2) het werk wordt uitgevoerd voor slechts één onderneming, 3) de cliënt neemt regelmatig personen in dienst, 4) het werk heeft geen kenmerken van een eigen bedrijf, en 5) het werk dat wordt uitgevoerd lijkt veel op eerder uitgevoerd werk voor dezelfde opdrachtgever.

Een andere oplossing voor het ontbreken van een definitie van een arbeidsverhouding wordt aangedragen in een rapport van de Italiaan Adalberto Perulli: *'Economically dependent/quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects'*. Dit rapport gaat over de status van economisch afhankelijke werknemers, ook wel quasi-ondergeschikte of paraondergeschikte werknemers genoemd. Zij bevinden zich in de grijze zone tussen ondergeschikt werk en zelfstandigheid. Juridisch gezien gaat het om zelfstandigen, omdat ze hun eigen risico dragen en niet ondergeschikt zijn aan een werkgever. Tegelijkertijd zijn ze economisch afhankelijk omdat ze exclusief afhankelijk zijn van één cliënt. Perulli onderkent dat er vormen van werk zijn waarbij personen worden behandeld als zelfstandigen terwijl ze eigenlijk in de categorie werknemers vallen omdat ze alle criteria van een werknemerstatus vervullen: de schijnzelfstandigheid. Perulli stelt echter ook dat het strikte onderscheid tussen zelfstandigheid en werken binnen een arbeidsrelatie vandaag de dag niet meer gemaakt kan worden. De belangrijkste ontwikkeling die volgens hem heeft plaatsgevonden is dat ondergeschikt werk steeds meer is gaan lijken op het



werken als zelfstandige aangezien de werknemer in de uitvoering van het werk steeds onafhankelijker is geworden. Daarnaast is de zelfstandige vaak niet helemaal onafhankelijk van een autoriteit of derde partij, de cliënt of opdrachtgever kan behoorlijke macht hebben over de zelfstandige. Hoewel de juridische definities niet gewijzigd zijn, heeft in de rechtspraak wel een omslag plaatsgevonden; het criterium van 'mate van invloed van de werkgever' is nog steeds doorslaggevend, maar rechters moeten vaker andere indicatoren laten meewegen om de situatie correct te kunnen classificeren. Perulli stelt in zijn conclusie dat het niet gemakkelijk is een oplossing te vinden om zelfstandig, maar tegelijkertijd economisch afhankelijk werk te reguleren: *Laat je het over aan de werking van de markt, dan bestaat het risico dat sociale ongelijkheid en discriminatie zal toenemen, en op Europees niveau bestaat het risico van sociale dumping. Echter, als de wetgever intervenueert bestaat het risico dat de flexibiliteit van de arbeidsmarkt afneemt. Ook collectieve onderhandelingen zullen niet tot het gewenste resultaat leiden gezien de diversiteit van de economisch afhankelijke werknemers.*

Volgens Perulli zou de economisch afhankelijke werknemer meer beschermd moeten worden en het recht moeten hebben zich aan te sluiten bij een vakbond. Zijn alternatief voor het introduceren van een definitie van een arbeidsrelatie of van de zelfstandige op Europees niveau is dus het introduceren van een tussencategorie en voor deze groep algemene regels voor te schrijven die op nationaal niveau aan de nationale systemen kunnen worden aangepast. Minimumharmonisatie op Europees niveau zou deel van die oplossing moeten zijn (Perulli 2003).

### 3.3 Bepalingen van openbare orde

In artikel 10 lid 3 van de detacheringrichtlijn staat, zoals reeds vermeld, dat die richtlijn *niet belet dat de lidstaten, met inachtneming van het Verdrag, op gelijke wijze aan de nationale ondernemingen als aan de ondernemingen van andere Staten arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden voorschrijven die betrekking hebben op andere aangelegenheden dan de minimumvoorwaarden die de richtlijn voorschrijft, voor zover het gaat om bepalingen van openbare orde.*

In de zaak Commissie versie Luxemburg (case C-319/06) stelt Luxemburg dat bepaalde bepalingen en arbeidsvoorwaarden die in het land gelden, en die door de Commissie ter discussie gesteld worden, bepalingen van openbare orde zijn.

Door het Hof wordt echter geoordeeld dat deze bepalingen niet onder artikel 10 lid 3 van de Richtlijn vallen. Toen de detacheringrichtlijn aangenomen werd hebben de Raad en de Commissie een verklaring ondertekend, Verklaring nummer 10, waarin staat dat onder bepalingen van openbare orde moet worden verstaan: *bindende bepalingen waarvan niet mag worden afgeweken en die gelet op hun aard en doel beantwoorden aan de dwingende eisen van algemeen belang.* De Advocaat-generaal (AG) heeft in zijn conclusies in de Luxemburgzaak overwogen dat hoewel nationale overheden bepaalde beleidsruimte hebben om te definiëren wat zij beschouwen als publiek belang, dit een beginsel van Gemeenschapsrecht is en als zodanig door de Europese rechter wordt geïnterpreteerd. De AG concludeert dat nationaal arbeidsrecht op zich geen bepaling van openbare orde inhoudt. Met andere woorden, een lidstaat kan buitenlandse dienstverleners niet verplichten om te voldoen aan alle nationale arbeidsrechtelijke bepalingen door te zeggen dat het noodzakelijk is voor de openbare orde. Per zaak moet bekeken worden of bepalingen inderdaad noodzakelijk zijn om de openbare orde te handhaven.

Respect voor het sociaal beleid in de lidstaten was altijd het basisbeginsel van het Europese model en werd op die manier vastgelegd in de detacheringrichtlijn; de minimumvoorschriften konden door de lidstaten aangevuld worden met verdere regelgeving zolang discriminatie of bescherming van de eigen markt niet plaats vonden. Door de interpretatie die wordt gegeven aan bepalingen van openbare orde wordt deze balans verstoord. Daar komt als probleem bij dat de detacheringrichtlijn een richtlijn van het Parlement en de Raad is en de declaratie nooit door het Parlement is gezien totdat deze in 2003 werd gepubliceerd. De Europese Commissie stelt nu dat het niet aan de lidstaten is unilateraal te bepalen wat wel en niet bepalingen van openbare orde zijn en dat zij niet zo maar alle bepalingen van hun arbeidsrecht op buitenlandse dienstverleners van toepassing mogen verklaren. Maar als het niet de lidstaten zijn die hierover beslissen, wie dan wel? Het Hof, de Commissie, de Raad? Het fundamentele probleem hierbij is dat er geen democratisch debat heeft plaatsgevonden over de vraag wat onder deze bepalingen van openbare orde moet vallen (Cremers 2008a).

De Commissie werkgelegenheid en sociale zaken in het Europese Parlement heeft in 2008 de juridische dienst gevraagd een aantal vragen te beantwoorden met betrekking tot Verklaring nummer 10. De eerste vraag was of unilaterale

verklaringen van de lidstaten en/of de Raad, opgenomen in de notulen van de Raad en waarvan het Parlement noch geïnformeerd is noch bij betrokken is, een bron van interpretatie kunnen opleveren van wetten die door co-decisie zijn aangenomen, in relatie tot de bevoegdheden van het Parlement. De juridische dienst antwoordt hierop dat de jurisprudentie van het Hof consistent is in de zin dat een declaratie opgenomen in de notulen van de Raad gerelateerd aan het aannemen van wetgeving op zichzelf geen juridische waarde heeft. Echter, Verklaring nummer 10 zou niet bepalend zijn geweest voor de gegeven interpretatie van het Hof van het begrip openbare orde, maar zou gediend hebben om een interpretatie te bevestigen waartoe men al door andere middelen gekomen was. De verklaring verandert het bereik van de richtlijn niet en daardoor zijn de voorrechten van het Parlement niet aangetast. Het resultaat van het Hof is niet door Verklaring nummer 10 bepaald. De derde vraag was welke middelen het Parlement heeft om deze unilaterale verklaringen aan te vechten. Het antwoord luidde dat een verklaring die deel uitmaakt van het voorbereidend werk van wetgeving niet als zodanig kan worden aangevochten. Een verklaring van de Raad die ten doel heeft juridisch effect teweeg te brengen wordt beschouwd als atypische wetgeving en kan het onderwerp zijn van een rechtszaak, twee maanden nadat de Verklaring is gepubliceerd of twee maanden nadat kennis is genomen van de Verklaring. Deze uitleg gaat er vanuit dat de interpretatie van openbare orde met een ongewijzigde detacheringrichtlijn gehandhaafd blijft.

### 3.4 Onderaanneming en uitbesteding

De introductie van de interne markt bracht met zich mee dat nieuwe vormen van bedrijfsvoering ontstonden die resulteerden in arbeidsrelaties die voorheen onbekend waren. Om de kosten omlaag te brengen gingen bedrijven veel intensiever gebruik maken van onderaanneming en uitbesteding van werk. Dit waren geen nieuwe processen maar nieuw was wel dat ze nu gebruikt werden om de kosten te verminderen zelfs wanneer daar geen objectieve economische redenen voor te geven waren. Door vaste werknemers te vervangen door allerlei nieuwe vormen van arbeidscontracten proberen bedrijven de arbeidskosten omlaag te brengen en een grotere onafhankelijkheid van de traditionele arbeidsmarkt te realiseren. Het uitbesteden van werk leidt niet automatisch tot een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden, maar leidt wel tot een minder

directe relatie tot het hoofdbedrijf waardoor de directe sociale verantwoordelijkheid afneemt. In de positieve betekenis is een keten gebaseerd op, of het resultaat van, stabiele relaties tussen de hoofdonderneming en de onderaannemers of toeleverancier. Echter, vaak ontstaan coördinatie- en efficiëntieproblemen doordat activiteiten tegelijk of in elkaar opvolgende fasen plaatsvinden. De structuur van de productieketen is lastig te doorgronden, de algehele coördinatie is zwak, en het is lastig het naleven van contracten te organiseren. Een keten kan eindigen in een grijze zone waar naleving van contracten niet langer gegarandeerd is. Wanneer bedrijven het rekruteren van werknemers overlaten aan agentschappen en andere tussenpersonen wordt dit proces nog versterkt. Doordat nauwelijks controle aanwezig is, wordt het werken met zwartwerkers die via agentschappen gerekruteerd worden een reële mogelijkheid en dat werkt verstoring van de arbeidsmarkt in de hand (Cremers 2009).

Acht Europese landen hebben aansprakelijkheidswetgeving op het gebied van onderaanneming geïntroduceerd. De reden hiervoor was dat de rechten van werknemers vaak niet gerespecteerd werden in geval van onderaanneming en belastingontduiking plaatsvond. Drie Europese landen, Oostenrijk, Frankrijk en Italië, hebben deze regelingen met name aangenomen om in een grensoverschrijdende context sociale dumping te voorkomen. De organisatie Eurofound heeft recentelijk onderzoek gedaan naar die ketenaansprakelijkheidsregelingen. Het resultaat is een overzicht van de geldende regelingen in deze landen en een beoordeling van de efficiëntie. Een van de belangrijkste conclusies was dat de grootste problemen aangaande onderaanneming plaatsvinden in geval van grensoverschrijding (Eurofound 2008). Mede naar aanleiding van dit onderzoek heeft het Europese Parlement een eigen initiatiefrapport uitgebracht. In dit rapport wordt benadrukt dat onderaanneming een mogelijkheid biedt voor bedrijven om gespecialiseerde werknemers te gebruiken op een flexibele manier, dat het heeft bijgedragen aan economische groei en heeft gezorgd voor het creëren van meer banen. Echter, tegelijkertijd met het toenemen van het gebruik van onderaanneming, is het misbruik toegenomen. Onderaanneming wordt dan gebruikt om wetgeving te ontlopen. Met name omdat in grensoverschrijdende situaties de problemen het grootst zijn, pleit het rapport voor de introductie op Europees niveau van een systeem van ketenaansprakelijkheid.

## CONCLUSIE

Er blijven zich meerdere problemen voordoen op het terrein van het vrij verkeer van werknemers. De meeste hier besproken problemen kunnen, als er geen oplossing voor wordt gevonden, de scheefgroei in de verhouding tussen economische vrijheden en arbeidsrechten verder doen groeien. In dit onderzoek stond de vraag centraal in hoeverre die verhouding binnen de EU inmiddels is verworpen tot een hiërarchische verhouding tussen de economische vrijheden en de rechten van werknemers. Het Europese integratieproces ging in de jaren vijftig van start met een technische integratiestrategie. Men koos er in die tijd bewust voor om de sociale sfeer van het integratieproces uit te sluiten en sociaal beleid aan de lidstaten over te laten. In de jaren tachtig begon de EU met economische en financiële integratie, wat uiteindelijk resulteerde in een eigen munt; de euro. Doordat het integratieproces een steeds grotere impact op de samenleving kreeg ontstond een 'sociaal deficit' waarop een antwoord gevonden moest worden. Toen Jacques Delors in 1985 begon met de voltooiing van de interne markt kon de bestaande situatie niet langer voortduren. Hij was als voorzitter van de Europese Commissie van mening dat de Europese Gemeenschap niet slechts een economische constitutie mocht zijn, maar dat de interne markt ook op samenwerking en solidariteit gebaseerd moest worden.

In de aanloop tot het Verdrag van Maastricht dat in 1992 werd aangenomen kwam het erkennen van de sociale dimensie centraal te staan. De uitbreiding van de bevoegdheden op het gebied van arbeidsrecht door het sociaal protocol leidde ertoe dat de liberale marktintegratiestrategie van de EU werd aangevuld door vormen van positieve marktintegratie. Ook in de discussies omtrent het Grondwettelijk Verdrag en het Verdrag van Lissabon speelde de sociale dimensie een belangrijke rol. In het Verdrag van Lissabon is een sociaal Europa gefundeerd op drie elementen: een concurrerende sociale markteconomie, sociale rechten en nieuwe '*soft law*' mechanismen om sociaal beleid en arbeidsmarktbeleid te coördineren. De toekomst zal leren of deze benadering effectief is.

Iedereen die hoopte op een Europese Unie gebaseerd op een sociaal model, wachtte vol spanning op de uitspraken van het Europese Hof van Justitie in de zaken Viking en Laval. Deze zaken behandelden de vraag in hoeverre vakbonden het recht hebben op te treden tegen ondernemingen die gebruik maken van de economische vrijheden om lagere salarissen te kunnen bieden en arbeidsvoorwaarden omlaag te brengen. Het Hof stelde in beide zaken de ondernemingen in het gelijk. Aangezien het recht om te staken expliciet uitgesloten is van de bevoegdheden van de Gemeenschap op sociaal terrein, zou het een verrassing moeten vormen dat het Hof in deze nationale regelingen ingreep. Echter, zo verrassend is dit intussen niet meer aangezien het er op lijkt dat het Hof de overtuiging is toegedaan dat de nationale wetgeving niet aan het primaat van de economische vrijheden mag ontsnappen. En derhalve schrikt het Hof, zelfs nadat het voorstel voor een zeer liberale dienstenrichtlijn voor veel ophef zorgde en uiteindelijk verworpen werd, er niet voor terug extra olie op het vuur te gooien door het werknemers te verbieden te staken wanneer ondernemingen willen opereren in een land zonder de sociale spelregels in dat land te respecteren. Daarmee begeeft het Hof zich op een hellend vlak. In de rechtszaken is de detacheringrichtlijn, die juist bedoeld was om sociale dumping tegen te gaan en gedetacheerde werknemers minimumvoorwaarden te bieden, door het Hof steeds verder ingeperkt. Het feit dat het Hof in deze zaken de vrije dienstverlening als uitgangspunt nam, de inbreuken op die vrije dienstverlening de invalshoek vormden en niet het gebruik van sociale grondrechten, leidt tot de conclusie dat er wel degelijk een hiërarchische verhouding tussen sociale rechten en economische vrijheden ontstaan is (Supiot 2008).

#### 4.1 Einde aan de verscheidenheid?

Is de geschetste ontwikkeling exemplarisch voor de ontwikkeling van het Europees sociaal beleid van het laatste decennium? Zo ja, dan zou dit een breuk betekenen met de ideeën die leefden bij een meerderheid van de sociaal-democratische en christen-democratische grondleggers van de Europese Unie. Het uitgangspunt van het Europese sociale model is immers het respect voor een uitgebalanceerd en samenhangend sociaal regelwerk en arbeidsbestel – nu eens via sociale wetgeving, dan weer via collectieve onderhandeling opgebouwd – dat de lidstaten kennen die we gemakshalve tot de Rijnlandse traditie rekenen. De verhouding in dit regelwerk tussen wetgeving en onderhandeling is niet eenvormig. Voor zover de sociaal-economische orde in een land aan de orde was werd dat ook niet gezien als noodzakelijk – ‘eenheid in verscheidenheid’ is een veelgebruikt Europees motto. Het Europese sociale beleid ging bijgevolg over hoe te handelen in die situatie van eenheid in verscheidenheid, terwijl politiek gezien aan economisch-financiële én sociale doelstellingen op gelijke voet werd gewerkt.

Belangrijk is hierbij te constateren dat thans niet alleen het Verenigd Koninkrijk, maar ook vrijwel alle landen die tijdens de laatste grote uitbreiding van de Europese Unie zijn toegetreden geen traditie kennen van collectieve onderhandelingen van enige bindende betekenis. De landen in Centraal- en Oost-Europa zijn er niet in geslaagd hun ‘oude’ traditie van sterk op de staat gerichte vraag naar regelgeving te vervangen door meer autonome en vrije onderhandelingen in een maatschappelijk middenveld van werkgevers- en werknemersorganisaties. Het gevolg is dat een groot deel van de recent benoemde rechters bij het Europese Hof en de meeste van de Europese Commissarissen uit die landen geen enkele affiniteit hebben met cao-recht. Voeg daarbij de uitgesproken liberale kleur van enkele leden van het Hof uit de oude lidstaten en een verklaring voor het terugdringen van algemeen geldende bepalingen gebaseerd op collectief onderhandelen is gevonden. Cao-recht verliest zo zijn status van grondwettelijk verankerd recht en wordt verbannen naar het gebied van de zogeheten secundaire wetgeving.

De Detacheringrichtlijn is nog gebaseerd op het uitgangspunt van de eenheid in verscheidenheid: een harde kern van minimumvoorschriften en voorts

algemeen geldende, niet-discriminerende bepalingen gebaseerd op nationale wetgeving en/of cao's en bepaald door het werkland. De Europese Commissie en het EJV hebben dit principe laten varen en kiezen op basis van de eerder genoemde Verklaring 10 voor een supranationale regelgeving die het de lidstaten verbiedt unilateraal te bepalen welke bepalingen algemeen geldend zijn op hun territorium. Verklaring 10 luidt in eerste instantie neutraal: *'The expression 'public policy provisions' should be construed as covering those mandatory rules from where there can be no derogation and which, by their nature and objective, meet the imperative requirements of the public interest.'* Dat klinkt logisch. De vraag is echter wie die bepalingen van publieke orde definieert: is dat aan de lidstaten, het Europese Gerechtshof, de Europese Commissie, de Europese Raad wellicht? En mocht een Europese instelling die competentie claimen, kan zij die dan wel onttelen aan een Verklaring die in de marge van de totstandkoming van een Europese richtlijn is opgesteld, zelfs zonder dat het Europees Parlement, als medewetgever in het dossier, daarin is gekend?

In een ouder juridisch dossier, de zaak-Arblade, worden bepalingen van publieke orde gedefinieerd als 'bepalingen die cruciaal zijn voor de bescherming van de politieke, sociale en economische orde in een land' (Cremers 2008a). Er is in dit verband nooit een fundamenteel Europees debat gevoerd over de grondslagen van de nationale politieke, sociale en economische orde. In de Luxemburg-zaak meldt het Hof, zoals boven gememoreerd, in lijn met het standpunt van de Europese Commissie, dat het niet aan de lidstaten is om dit te doen. Gelet op de eerder genoemde eenheid in verscheidenheid is het denkbaar dat bij een dergelijk debat zeer uiteenlopende opvattingen aan het licht komen tussen Europese en diverse nationale politieke instellingen. Opmerkelijk is voorts dat voorafgaande aan het Deense referendum over het Verdrag van Maastricht in 1992 en bij de toetreding van Zweden tot de EU in 1994 door de Europese Commissie, bij monde van de Commissaris voor Werkgelegenheid en Sociale Zaken Padraig Flynn, bezwerende woorden zijn gesproken waarbij werd verzekerd dat het nationale arbeidsbestel niet zou worden aangetast door Europese wetgeving.

Luxemburg heeft in de zaak die de Commissie aanhangig heeft gemaakt geprotesteerd tegen het gebruikmaken van Verklaring 10. Dit wordt door het Hof gepareerd met het motto 'venire contra factum proprium nemini licet':

Luxemburg was bij de Raad van Ministers aanwezig toen de verklaring werd opgesteld en kan zich daar nu niet tegen keren. Dit argument is echter niet langer te hanteren als de medewetgever die niet is gekend in dit dossier zich gaat roeren – het EP dus.

Conclusie is dat het gevecht over de vormgeving van de sociaal-economische orde in Europa – het Angelsaksische versus het Rijnlandse model – is doorgedrongen tot het Europese Hof. We leven in Europa echter niet in een situatie van *case law* (zoals het geval is in bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk) en dus dient de Europese wetgever te handelen. Interpretatieverschillen over de reikwijdte en het belang van algemeen geldende nationale afspraken hebben geleid tot een restrictieve benadering bij het Hof die het primaat legt bij het vrij verkeer van diensten. De daarbij gehanteerde onderschikking van sociale doelstellingen overschaduwde de vroegere benadering waarbij Europese wetgeving gebaseerd diende te zijn op principes en regels die verschillen in nationale wetgeving met elkaar trachtten te verenigen.

De kracht van de Detacheringsrichtlijn was dat deze op collectief onderhandelen gebaseerde, algemene bepalingen als integraal onderdeel van het nationale regelwerk in Europa 'legaliseerde'. Dit aspect van de richtlijn kreeg destijds geen warm onthaal van de echte juridische schriftgeleerden die het alleenrecht meenden te hebben op de 'harde' wetgeving. Ook de aanhangers van de interne markt binnen de Europese Commissie waren destijds niet blij met de nieuwe richtlijn; ze zagen deze als een 'anomalie' in het streven naar de vrijmaking van de markt. Het lijkt erop dat genoemde schriftgeleerden in een coalitie met de apologeten van de vrije markt via de restrictieve benadering van het Hof het pleit hebben gewonnen met hun visie dat de regulering van de arbeidsmarkt uitsluitend via (supranationale) arbeidswetgeving mag geschieden. De zo ontstane kruistocht tegen de conventionele delen van onze sociaal-economische orde, die mede de peiler vormen van het vaak beleden Europese sociale model, het cao-recht in het bijzonder, toont aan dat de voorgewende betrokkenheid bij een sociaal Europa weinig om het lijf heeft.

## 4.2 Tijd voor actie

Het lijkt erop dat het Europees Parlement, als medewetgever in de sociale dossiers, door het Hof en de Europese Commissie buitenspel is gezet. Dat vraagt om een reactie. In 2008 heeft het EP druk uitgeoefend op de Raad van Ministers en de Commissie, maar tot een concrete handreiking kwam het niet. Wel ontstond enige beroering bij de landen die in de ontwerpfase van de Detacheringsrichtlijn voorstander waren van zo'n wettelijk kader. Bovendien heeft de Europese Commissie bij het opstellen van de nieuwe 'sociale agenda' op het laatste moment enkele passages gewijd aan het thema detachering. Inmiddels is duidelijk dat het bij lippendienst blijft en dat de Europese Commissie verder geen actie zal ondernemen. In kringen binnen het Parlement leeft de gedachte om de kleine opening te gebruiken voor de door ons gewenste herziening en versterking van de richtlijn. We kunnen en mogen immers geen genoegen nemen met een ontmantelde detacheringsrichtlijn en met uitholling van het cao-overleg. Ook in de nieuwe zittingsperiode moet het Europees Parlement deze problematiek blijven agenderen. Een eerste noodzakelijke stap is dat Verklaring 10 van tafel gaat.

Interessant is natuurlijk de positie die de Nederlandse regering op dit terrein gaat innemen. Piet Hein Donner, nu minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, heeft in het verleden uitspraken in de goede richting gedaan. In de Dienstenrichtlijn van begin 2004 werd een vorm van beleidsconcurrentie geïntroduceerd die tot dan taboe leek op sociaal terrein. Voorgesteld werd immers het mogelijk te maken diensten te verrichten in een ander land onder de vlag van het arbeidsrecht van het land van herkomst (en de daarmee verbonden arbeidsvoorwaarden). Deze ultieme toepassing van concurrentie tussen rechtsstelsels is door interventies van het EP – met name dankzij het actieve optreden van PvdA-eurodelegatie en de PES-fractie in het Parlement – sterk ingeperkt. In een toespraak op 3 november 2005 betitelde Donner, toen nog minister van Justitie, de strekking van het voorstel als volgt: 'Dit is geen concurrentie, maar confrontatie. Van een *level playing field* of rechtszekerheid is dan in ieder geval geen sprake (...). Maar dan leidt dit tot een *race to the bottom* bij de bescherming van wezenlijke maatschappelijke belangen. Juist vanwege het *level playing field* wordt in het orderingsrecht doorgaans gekozen voor het

*national treatment* beginsel. Alle dienstverleners worden gelijk behandeld in het land waar zij hun werkzaamheden verrichten'(Donner 2006).

De resultaten van collectieve onderhandelingen en van het sociaal overleg tussen werkgevers, werknemers en de overheid vormen voor de sociaal-democratie een wezenlijk bestanddeel van de politieke, sociale en economische orde in Nederland en andere Europese landen. Dat geldt evenzeer voor de naleving van algemeen geldende regelingen en afspraken. Gelijke behandeling van dienstverleners in het land waar gewerkt wordt is daarvan een onlosmakelijk onderdeel.

In het najaar van 2009 zal een nieuwe Europese Commissie gevormd worden. Een Europese Commissie die uitgaat van dezelfde doelstellingen als Delors kan er voor zorgen dat de balans in Europa tussen fundamentele rechten en economische vrijheden wordt hersteld. De kloof met de burger die is ontstaan, is mede te wijten aan het beleid dat de Europese Commissie de afgelopen jaren heeft gevoerd. Het dichten van die kloof is ook een taak van het Europese Parlement. In 2006 heeft het Parlement met felle kritiek op de te liberale dienstenrichtlijn en de daarna behaalde resultaten laten zien, dat deze instelling zeker geen tandenloze tijger meer is. Genoeg te doen dus de komende tijd.

### Belangrijkste literatuur

- Belhadj, E, S.J.H. Evans en J.W. van de Gronden (2007), *De dienstenrichtlijn: de gebreken van de deugden? Een eerste verkenning van de Dienstenrichtlijn*, Sociaal-economische wetgeving.
- Bercusson, B. (2008), *The decision of the European Court of Justice in Laval: a preliminary analysis*,
- Clarke, L, J. Cremers en J. Janssen (2003), *EU enlargement. Construction labour relations as a pilot*, CLR-Studies 1, Reed Business Information, Den Haag.
- Cremers, J. (1999), *Het vrij verkeer van werknemers in Europa. Welke problemen blijven vooralsnog onopgelost*, EFBH, Brussel.
- Cremers, J, J. E. Dølvik en G. Bosch (2007), *Posting of workers in the single market: attempts to prevent social dumping and regime competition in the EU*, Industrial Relations Journal 38:6, Londen
- Cremers, J. (2007), *Self-employed and the free provision of services*, CLR-News 2/2007, Brussel
- Cremers, J. (2008a), *Conflicting interpretations of the Posting of Workers Directive*, CLR-News 3/2008, Brussel.
- Cremers, J. (2008b), *Uitspraken Europese Hof ondermijnen Detacheringrichtlijn*, Zeggenschap, 19<sup>e</sup> jaargang, Nr. 3. Amsterdam
- Cremers, J. (2009), *Downsizing and collective bargaining in construction*, ILO en ETUI-REHS.
- Donner, J.P.H. (2006), *Bijdragen aan een Europese beleidsconcurrentie*, Ondernemingsrecht, 2006/1.
- Drijber, B.J. (2004), *De bezems van Bolkestein*, Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht.
- Eurofound (2008), *Liability in subcontracting processes in the European construction sector*, Dublin
- Europese Commissie (2002), *Industrial relations in Europe*, Brussel.
- ILO (2006), *Employment relationship*, Recommendation 198, Geneva
- Janssen, J. (2007), *Employees without employers, a new status*, CLR-News 3/2007, Brussel.
- Joerges, C. en F. Rodl (2008), *On de-formalisation in European politics and formalism in European jurisprudence in response to the 'social deficit' of the European integration project*,
- Kauppinen, T. (2004), *Industrial relations in the new European member states (EU 10)*, in 'Recent developments in European industrial relations', www.ser.nl
- Perulli, A. (2003), *Economically dependent/quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, EC, Brussel.
- Supiot, S. (2008), *Europe won over to the 'communist market economy'*, Revue permanente du mauss, Parijs.
- Taselaar, A. (2006), *Arbeidsmigratiebeleid in Nederland en Europa*, Internationale Spectator 60
- Vaughan-Whitehead, D. (2005), *Working and employment conditions in new EU member states. Convergence or diversity?* Brussel
- Van den Burg, I. en R. Knottnerus (2005), *De Bolkesteinbubble. Het voorstel voor een Europese dienstenrichtlijn; een omstreden erfenis*, Brussel
- Van den Burg, I. (2007), *De markt meester. Over de spanning tussen de Europese interne markt en publieke diensten*, Brussel
- Vos, K. en E. de Gier (2004), *Arbeidsverhoudingen in Midden- en Oost-Europa en het Europees sociaal model*, Internationale Spectator 58

**Colofon:**

*Deze brochure is geschreven door:*

Jan Cremers

Karin van den Brand

*Vormgeving:* Studio Marise Knegtmans, Amsterdam

*Foto omslag:* Truus van Gog (hollandse Hoogte)

*Druk:* Drukkerij Elco, Amsterdam