

7 Arbeid over de grenzen heen

7.1 Inleiding

Aan het thema ‘arbeid over de grenzen heen’ zijn vele belangwekkende onderwerpen te verbinden. Onderwerpen die alle de moeite waard zijn om over te schrijven. Maar er moeten keuzes worden gemaakt.

Waarmee hebben we als internationaal georiënteerd land te maken?

We hebben in elk geval te maken met wetgeving. Daarbij is de vraag wie die regels stelt. Kunnen de arbeidsrechtelijke regels beter komen vanuit ons eigen Den Haag, of beter vanuit de EU-hoofdkwartieren in Brussel? Op dit thema gaat Even in paragraaf 7.2 in, waarbij de vraag centraal staat wanneer regels beter nationaal en wanneer deze beter Europees dienen te zijn.

Als regelgeving uit Brussel komt, staan met enige regelmaat twee rechten tegenover elkaar: sociale rechten en economische rechten. Beide soorten rechten komen in het onderstaande aan bod. In paragraaf 7.3 zet Vos uiteen op welke manier het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie kan doorwerken en ter bescherming van de werknemer kan worden ingezet. In paragraaf 7.4 gaat Even in op een belangrijk economisch recht, de vrijheid van dienstverlening. Wat is hiervan de stand van zaken en hoe zijn daarin de ontwikkelingen? Een update wordt gegeven.

Bij sociale rechten wordt in de eerste plaats gedacht aan rechten van werknemers. Daarmee komt een andere belangrijke groep werkenden er wat bekaaid van af: de zelfstandigen. Die groep heeft in toenemende mate bescherming nodig, maar het verlenen van die bescherming is soms lastig, met name vanwege het EU-mededingingsrecht. Waar in het arbeidsrecht de collectieven (vakbonden en werkgeversvereniging) van alles mogen regelen ten gunste van werknemers, is dat ten aanzien van de zelfstandigen nogal anders. Toch is het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen niet altijd groot en is er een beweging gaande ook zelfstandigen meer te gaan behandelen als werknemers op het gebied van mededingingsrecht. Wirtz licht dit in paragraaf 7.5.

Deze tot nu toe nogal EU-rechtelijke exercitie doet onvoldoende recht aan het thema internationaal recht. Internationaal recht is immers niet beperkt tot EU-recht. Ook het recht van een land buiten de EU kan op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijn. Reden om daarbij nader stil te staan. Hoe moet de Nederlandse rechter eigenlijk omgaan met de rechtskeuze in de internationale arbeidsovereenkomst, met name in het geval dat een kwestie moet worden beslecht door ander dan Nederlands recht? Daarover schrijft de Wind in paragraaf 7.6.

Tot slot kan migratierecht bij de bespreking van internationaal recht natuurlijk niet ontbreken. Arbeidsmigratie naar Nederland is natuurlijk ook een uiting van ‘arbeid over de grenzen heen’, met belangrijke invloed op de Nederlandse arbeidsmarkt. Wat zijn de huidige en toekomstige uitdagingen van het migratierecht en met name, waar kan het beter? Een overzicht hiervan geeft Maes in paragraaf 7.7.

In de afsluitende paragraaf 7.8 knopen de Wind en Even de onderdelen kort aan elkaar.

7.2 Vanuit Den Haag of Brussel?

J.H. Even¹

Arbeidswetgeving kan komen uit Den Haag of Brussel.² Nederland heeft als lidstaat op dit terrein immers ten dele zijn bevoegdheden aan de EU gedelegeerd. Er is sprake van een gedeelde bevoegdheid (art. 4 lid 2 onder b Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)). Voor elk wetgevend optreden van EU-instellingen zal een rechtsbasis in het EU-verdrag moeten zijn. Die zijn er op het gebied van arbeidsrecht genoeg. Zie bijvoorbeeld de lijst in artikel 153 VWEU. Dit rechtvaardigt de vraag wie het meest geschikt is tot arbeidsrechtelijke regelgeving over te gaan: Nederland of de EU? Hier speelt met name het subsidiariteitsbeginsel een rol. Dat beginsel kan nauwelijks worden onderschat, want dit raakt volgens de Commissie aan ‘de kern’ van hoe de Unie te werk gaat.³

Krachtens het subsidiariteitsbeginsel treedt de Unie op de gebieden die onder haar gedeelde bevoegdheid vallen, zoals arbeidsrecht, slechts op ‘indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt’ (art. 5 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU)). De lidstaten gaan dus eerst. Pas als het hen niet goed lukt, komt de EU in beeld. In wezen wordt hierdoor het meest geschikte bestuursniveau in staat gesteld zijn verantwoordelijkheid uit te oefenen.⁴ Nauw verband met subsidiariteit houdt evenredigheid, ook wel proportionaliteit genoemd: ‘de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie [gaan] niet verder dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken’ (art. 5 lid 4 VEU). De Unie grijpt pas in als dat nodig is, in die mate die nodig is en met de minst ingrijpende juridische middelen. Hieronder zal vooral op subsidiariteit worden ingegaan.

Het subsidiariteitsbeginsel heeft niet altijd bestaan. Het is een reactie geweest op uitdijende Europese wetgeving in de jaren tachtig. Het werd geïntroduceerd bij het Verdrag van Maastricht (1992) en ging hand in hand met de mogelijkheid

1 Zef Even is hoogleraar Europees Arbeidsrecht aan de EUR en advocaat te Rotterdam.

2 Ik laat verdragen en regelgeving van andere internationale organisaties buiten beschouwing.

3 COM(2018)703 final, p. 2.

4 COM(2018)703 final, p. 3.

om arbeidsrechtwetgeving op Europees niveau tot stand te brengen op grond van gekwalificeerde meerderheid in plaats van unanimiteit. Het subsidiariteitsbeginsel is volgens dit Verdrag gericht op het nemen van besluiten ‘zo dicht mogelijk bij de burgers’.

Gaandeweg bestond behoefte aan nadere duiding van het subsidiariteitsbeginsel. Aan het Verdrag van Amsterdam (1997) werd een protocol toegevoegd over subsidiariteit en evenredigheid. Nadien is dat protocol uitgewerkt tot wat sinds het Verdrag van Lissabon (2007) protocol 2 VWEU is. Op grond hiervan moet de Commissie al voor de wetgevingshandeling breed raadplegen, rekening houdend met de regionale en lokale dimensie van het voorgenomen optreden. De ontwerpen worden door de Europese instellingen gemotiveerd in het licht van subsidiariteit en evenredigheid. Ieder ontwerp van wetgevingshandeling moet een subsidiariteits- en evenredigheidsmemorandum bevatten, ‘met een uitgebreide toelichting van de elementen op basis waarvan de naleving van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid kan worden beoordeeld’. Dit moet nopen tot de onderbouwde conclusie dat een doelstelling van de Unie beter kan worden bereikt door de Unie. Elk nationaal parlement kan gemotiveerd adviseren waarom het voorgenomen EU-optreden niet strookt met subsidiariteit. Als ten minste een derde van de nationale parlementen dat doet (‘gele kaart’), wordt het ontwerp opnieuw in overweging genomen. De relevante EU-instelling moet dan gemotiveerd beslissen het ontwerp te handhaven, te wijzigen of in te trekken. Als ten minste de helft van de nationale parlementen een dergelijk advies uitbrengt (‘oranje kaart’), moet het ontwerp ook worden heroverwogen. Als dit leidt tot handhaving, moet de Commissie dat ter overweging voorleggen aan de wetgever van de Unie. Die moet beslissen of het voorstel strookt met het subsidiariteitsbeginsel. Los van dit politieke toezicht (naleving van subsidiariteit is in wezen een politieke kwestie) is er ook juridisch toezicht. Het Hof van Justitie EU is bevoegd uitspraak te doen inzake ieder beroep wegens schending door een wetgevingshandeling van het subsidiariteitsbeginsel. Het Hof van Justitie stelt zich hier terughoudend op en laat de Europese wetgever een ruime beoordelingsmarge.⁵

Wat is nu het nut van subsidiariteit? Een doel is al genoemd: het besluit wordt zo dicht mogelijk bij de burger genomen. Dit is relevant voor het draagvlak van de beslissing.⁶ Het besluit kan bovendien goed worden ingepast in de bestaande regelgeving en (machts)verhoudingen van de lidstaat. Dit is zeker bij arbeidsrecht belangrijk, omdat de (collectieve) verhoudingen per lidstaat sterk verschillen. EU-wetgeving vergroot bovendien vaak de regeldichtheid en complexiteit, en zorgt voor inflexibiliteit op nationaal niveau. Dit komt mede vanwege de soms vergaande beslissingen van het Hof van Justitie. Het Hof eist ‘loyale medewerking’ van lidstaten en ‘nuttig effect’. Te vergaande harmonisatie binnen de EU leidt tot gebrek aan beleidsconcurrentie⁷ en kan knellend

5 Zie voor een samenvatting van de jurisprudentie van het HvJ: concl. A-G Campos Sánchez-Bordona 28 mei 2020, C-620/18, ECLI:EU:C:2020:392, par. 110 (Hongarije/EP en Raad).

6 Zie hierover R. Leegte, ‘Voorop in Europa. Over de rol van de Tweede Kamer en nationale parlementen in de Europese Unie’, *Kamerstukken II 2013/14*, 33936, nr. 2.

7 Beleidsconcurrentie is in elk geval ten dele gunstig – er moet ruimte zijn voor het benutten van comparatieve voor- en nadelen – maar houdt ook risico’s in. Zie hierover: *Prioriteiten*

voelen.⁸ Natuurlijk staat daar tegenover dat Europees optreden, inclusief harmonisatie, ook gunstige kanten heeft. Problemen met grensoverschrijdende effecten kunnen beter Europees worden aangepakt, Europees optreden creëert schaaleffecten, en Europees optreden kan economische en sociale samenhang (cohesie) bevorderen.⁹ Dat laatste is in de praktijk voor arbeidsrecht vaak relevant: het wegnemen van een lager ontwikkelingsniveau kan verdere groei van de EU als geheel ten goede komen en cohesie op het gebied van belangen en waarden kan door hogere normen worden vergroot.¹⁰ Harmonisatie van regelgeving biedt bovendien zekerheid en mogelijkheden voor het bedrijfsleven en werknemers.¹¹ Steeds zal een balans tussen beide moeten worden gezocht: tot waar is centralisatie (harmonisatie) nuttig, en waar gaat het te ver en is decentralisatie nuttiger?

Er zijn aanwijzingen dat de EU-wetgever te ver neigt te gaan. Er zijn zorgen dat de toets aan subsidiariteit en evenredigheid beter en mogelijk strenger moet. De door destijds Commissievoorzitter Jean-Claude Juncker op 14 november 2017 opgerichte ‘taskforce inzake subsidiariteit, evenredigheid en minder en efficiënter optreden’ heeft dit onderzocht en is tot enkele aanbevelingen gekomen.¹² De taskforce adviseert te komen tot een beter gedeeld begrip van subsidiariteit. Een gedeeld begrip zal leiden tot een gestructureerdere en consequentere toepassing ervan en kan bijdragen tot het verminderen van zorgen en frustraties die het standpunt voeden dat de Unie te veel doet. De taskforce suggereert een ‘subsidiariteitstabel’ in te voeren die consequent gebruikt wordt en doet hiervoor een concreet voorstel in bijlage V. In die bijlage is vastgelegd dat, om de subsidiariteitstoets te doorstaan, aan de twee cumulatieve voorwaarden ‘EU-noodzaak’ en ‘EU-meerwaarde’ moet zijn voldaan. Voor elke toets is een lijst met vragen opgesteld. Deze inzichten hebben ingang gevonden in de in november 2021 aangepaste richtlijn ‘better Regulation’, waartoe ook de zogeheten *subsidiarity grid* (gebaseerd op de door de taskforce gesuggereerde vragenlijst) hoort.¹³ Hierin zijn vrij veel algemene vragen opgenomen, zoals de vraag of het gaat om een grensoverschrijdend probleem. Het bevat echter ook vragen over de aard van het probleem (tast het de kerndoelstellingen van de EU aan), de omvang van het

voor een fair Europa. Samen sterker in een onzekere wereld (SER-advies 19/03 van april 2019), Den Haag: SER 2019, p. 27 en 28.

- 8 Zie de Staat van de Unie 2017 van voorzitter Jean-Claude Juncker: ‘De burgers willen niet dat Europa hen in hun dagelijks leven lastigvalt door elk aspect ervan te reguleren.’
- 9 Prioriteiten voor een fair Europa. Samen Sterker in een onzekere wereld (SER-advies 19/03 van april 2019), Den Haag: SER 2019, p. 25.
- 10 Prioriteiten voor een fair Europa. Samen Sterker in een onzekere wereld (SER-advies 19/03 van april 2019), Den Haag: SER 2019, p. 25.
- 11 Zie A. Schout & A. Nunes, ‘De Europese Commissie in balans? Ambitie, organisatie en macht’, Clingendael rapport oktober 2019, p. 11.
- 12 Zie het rapport van de taskforce inzake subsidiariteit, evenredigheid en minder en efficiënter optreden, *Actieve subsidiariteit. Een nieuwe manier van werken*, 10 juli 2018: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/report-task-force-subsidiarity-proportionality-and-doing-less-more-efficiently_nl_o.pdf. De taskforce kan niet los worden gezien van het Witboek over de toekomst van Europa, beschouwingen en scenario’s voor de EU27 tegen 2025, COM(2017)2025 final. Hierin worden vijf scenario’s gegeven over de toekomst van de EU, waaronder het scenario ‘minder en efficiënter’.
- 13 Commission Staff working document, Better regulation guidelines, SWD(2021)305 final.

probleem (in veel of weinig lidstaten), de belasting die een EU-oplossing voor de lidstaten vormt en de verschillende standpunten en voorkeuren van betrokkenen. Een weging van de vragen ontbreekt overigens, hetgeen de voorspelbaarheid van de uitkomst verkleint. Dat neemt niet weg dat de Commissie met en rondom deze aanpak luid en duidelijk heeft laten weten dat ‘duidelijker moet worden aangegeven waarom zij in specifieke gevallen optreden op EU-niveau nodig acht’.¹⁴

Deze aandacht voor subsidiariteit lijkt aan te sluiten op het huidige nationaal-politieke speelveld. Bij sommige politici bestaat de angst dat de EU steeds meer terrein neemt (zich steeds meer bevoegdheden toe-eigent) ten koste van lidstaten. Zie bijvoorbeeld de goed onderbouwde initiatiefnota ‘De lidstaten weer aan het roer!’.¹⁵ Als voorbeeld van Europees landjepik werd hierin de oprichting van de ‘Europese pijler van sociale rechten’ genoemd, waarmee de Unie haar invloed op het sociale domein zou trachten te vergroten.¹⁶ De indiener van de initiatiefnota wil naar een EU met een flexibel open samenwerkingsverband van soevereine staten gebaseerd op de kernprincipes subsidiariteit, proportionaliteit, optimale verscheidenheid en gedifferentieerde samenwerking. De EU zou in het licht van subsidiariteit moeten optreden in ‘politieke vraagstukken die een duidelijk grensoverschrijdend karakter hebben en daarom vragen om een Europese oplossing’. Wat proportionaliteit betreft zou de EU niet verder mogen gaan dan ‘strikt noodzakelijk’. De initiatiefnota is door de toenmalige minister van Buitenlandse Zaken Blok positief ontvangen. Het kabinet onderschrijft genoemde kernprincipes, maar vindt dat deze niet nader hoeven te worden uitgewerkt. Het wetgevingsproces biedt namelijk al voldoende mogelijkheid om EU-voorstellen aan die kernprincipes te toetsen.¹⁷ De initiatiefnota heeft niet geleid tot wijzigingen, maar wel tot aanvaarding van de motie over de versterking van de rol van nationale parlementen.¹⁸ Hierin komt mede tot uitdrukking dat een sterkere rol van nationale parlementen in Europa onontbeerlijk is.

De angst voor flinke Brusselse inmenging op het gebied van arbeidsrecht is te begrijpen. In feite kan de EU vrijwel alles op het gebied van arbeidsrecht onder handen nemen. In Europa wordt immers een zogeheten ‘Europees sociaal model’ nagestreefd, dat niet wordt gedefinieerd en lastig is te duiden. Artikel 3 VEU noemt componenten hiervan: een sociale markteconomie met groot concurrentievermogen, gericht op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang en met een hoog niveau van bescherming. Dat is veelomvattend. Dit geldt ook voor de ‘Europese pijler van sociale rechten’. Ook die is breed opgezet en wordt breed uitgevoerd. Is het bijvoorbeeld werkelijk nodig om te komen tot een Europees geregeld minimumloon, of een Europese oplossing voor platformarbeid? De thema’s zijn zonder meer van belang, maar is dit een EU-aangelegenheid of kan dit probleem beter nationaal worden geregeld? De

14 Mededeling van de Commissie, Samen zorgen voor betere regelgeving, COM(2021)219 final.

15 Kamerstukken II 2017/18, 34884, nr. 2.

16 Zie ook recent de motie van leden Léon de Jong en Maeijer, Kamerstukken II 2021/22, 35962, nr. 11: ‘verzoekt de regering zich actief te verzetten tegen EU-bemoeienis met ons sociaal beleid en arbeidsmarktbeleid en de voortdurende stroom van bindende voorstellen en richtlijnen uit Brussel op het gebied van sociale zekerheid en arbeidsmarktbeleid niet te implementeren.’

17 Kamerstukken II 2017/18, 34884, nr. 3, p. 2.

18 Kamerstukken II 2017/18, 34884, nr. 4.

onderbouwing voor EU-ingrijpen lijkt dun. In het voorstel voor een richtlijn betreffende toereikende minimumlonen in de Europese Unie staat onder het kopje ‘subsidiariteit’:¹⁹

‘Hoewel de lonen op nationaal niveau ondubbelzinnig onder de bevoegdheid van de lidstaten vallen, maken de grote verschillen op het gebied van de normen voor toegang tot toereikende minimumlonen deel uit van de arbeidsomstandigheden en leiden ze tot grote discrepanties op de eengemaakte markt, die het best op het niveau van de Unie kunnen worden aangepakt.’

En:

‘Maatregelen op EU-niveau zullen de stelsels voor de vaststelling van minimumlonen doeltreffender kunnen versterken dan maatregelen op nationaal niveau. Ze zullen duidelijkere verwachtingen creëren, voorkomen dat de voortgang partijdig of ongelijk is en het vertrouwen tussen de lidstaten en de sociale partners versterken.’

Als dat afdoende is om te komen tot EU-regelgeving, dan kunnen zo goed als alle arbeidsrechtelijke zaken onder vrijwel alle omstandigheden Europees worden opgepakt. Een duidelijk grensoverschrijdend karakter kennen beide problemen niet, terwijl de onderwerpen sterk nationaal van aard zijn: wat vindt een lidstaat een toereikend minimumloon en welke (platform)arbeid valt binnen de reikwijdte van de nationale definitie van arbeidsovereenkomst? Er lijkt hier weinig belang aan subsidiariteit te worden gehecht.²⁰ Dat lijkt mij vreemd voor een onderwerp dat volgens de Commissie de kern raakt van hoe de Unie te werk gaat. Waarom is EU-ingrijpen toch noodzakelijk bevonden?

Arbeidswetgeving is buitengewoon complex en kan per lidstaat erg verschillen. Het gaat over verschillende schijven, waaronder die van de sociale partners. Het betreft tal van onderwerpen, vaak niet grensoverschrijdend. Het zou, indachtig enerzijds de suggesties van de taskforce om te komen tot een beter gedeeld begrip van subsidiariteit en tot een ‘subsidiariteitstabel’ en anderzijds de in de initiatiefnota geuite vrees dat de invloed van de EU wel erg groot wordt en de aangenomen motie dat een sterkere rol van het nationale parlement onontbeerlijk is, misschien een idee zijn de bestaande *subsidiarity grid* te herijken. Ik kan me zelfs voorstellen dat een *grid* specifiek wordt ingericht voor het arbeidsrecht. Hierbij zou ten minste moeten worden ingegaan op het gewicht van wat een belangrijk onderdeel van subsidiariteit lijkt: is het probleem grensoverschrijdend en kan het (dus) wel of niet adequaat op nationaal niveau worden geadresseerd? En als het probleem in feite nationaal is, onder

19 COM(2020)628 final. Het betreft bovendien een politiek gevoelig onderwerp. Art. 153 lid 5 VWEU sluit toepassing van dat artikel op lonen uit.

20 De opmerking op p. 27 van het al genoemde SER-rapport *Prioriteiten voor een fair Europa. Samen Sterker in een onzekere wereld*, dat ‘de verdeling van bevoegdheden tussen de EU en de lidstaten op sociaal terrein in balans is’ volg ik dus niet, althans niet zonder meer. Het kan zijn dat we geen ‘beleidsgebieden’ terug hoeven van de EU naar de lidstaten, zoals de SER opmerkt, maar dat neemt m.i. niet weg dat het op dit moment onduidelijk is en blijft wanneer de EU aan zet is en wanneer Nederland. Dat betekent dat onvoldoende helder is welke gebieden precies zijn ‘weggegeven’.

welke omstandigheden is de EU dan toch beter in staat het probleem op te lossen dan de individuele lidstaten? Waarschijnlijk zal er in dat *grid* veel aandacht moeten zijn voor vragen met betrekking tot de al genoemde economische en sociale samenhang en cohesie. Zo'n nadere uitwerking zou de duidelijkheid van de bevoegdheidsverdeling ten goede kunnen komen, de Europese instanties helpen bij het maken van keuzes en het draagvlak bij lidstaten voor die keuzes kunnen vergroten.

7.3 Grondrechten in het EU-Grondrechtenhandvest: naar een minder selectieve toepassing van het derde correctief

J.P. Vos²¹

7.3.1 Inleiding

Internationale grondrechtencatalogi hebben sinds jaar en dag invloed op het Nederlands recht. In het arbeidsrecht volgt de invloed vooral uit het EVRM, het Europees Sociaal Handvest (ESH) en het primaire EU-recht. Tot die laatste categorie behoort op grond van artikel 6 lid 1 VEU inmiddels ook het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest).²²

Het Handvest blijkt een reddingsboei voor particulieren die worden geconfronteerd met nationale bepalingen die strijdig zijn met EU-richtlijnen. Een Handvestbepaling kan onder omstandigheden met Unierecht strijdige nationale bepalingen opzijzetten en zelfs rechten toekennen, ook in geschillen tussen particulieren. Ik duid dit aan als horizontale directe werking.²³ De wenselijkheid van horizontale directe werking van het Handvest is niet onbetwist,²⁴ maar feit is dat het Hof van Justitie deze heeft aanvaard. In deze paragraaf betoog ik dat het Hof van Justitie dit te beperkt doet: voor een betere bescherming van Uniegrondrechten moet het Hof het 'derde correctief' breder toepassen.

De onderbouwing van mijn stelling begint bij de werking van EU-richtlijnen: horizontale directe werking van Unierecht speelt namelijk vooral waar lidstaten EU-richtlijnen niet goed implementeren.²⁵

21 Jan-Pieter Vos is wetenschappelijk docent arbeidsrecht aan de Erasmus Universiteit.

22 Meest recent gepubliceerde versie: *PbEU* 2016, C 202/389-405.

23 Ik hanteer de definitie van De Mol: 'de toepassing van een norm van Unierecht (i.c. een Uniegrondrecht) door de nationale rechter als zelfstandige toetsingsmaatstaf (directe werking) in een geschil tussen particulieren (horizontaal)'. M. de Mol, 'Het leerstuk van de horizontale directe werking van Unie-grondrechten op de voet gevolgd', *AA* 2019, nr. 5, p. 371-382. Zie ook Asser/Hartkamp 3-1 2019/12. Er is discussie over de inhoud van het begrip. Zie bijvoorbeeld ook: A. Eleveld, 'Rechtstreekse horizontale werking van grondrechten van de Europese Unie. De lessen uit Egenberger, Bauer en Cresco Investigation', *NtEr* 2019, nr. 3-4, p. 88-95; B.P. ter Haar, 'Rechtstreekse horizontale werking van het EU Handvest in getrapte vorm', *ArA* 2021, nr. 3, p. 74-85; S. Prechal, 'Horizontal direct effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU', *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2020, p. 407-426 en concl. A-G M. Bobek 25 juli 2018, C-193/17, ECLI:EU:C:2018:614 (*Cresco Investigation*).

24 Bijvoorbeeld conclusie *Cresco Investigation*, reeds aangehaald, par. 131-145.

25 Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871, r.o.65 (*Bauer en Broßonn*), waarin het Hof van Justitie pas aan

7.3.2 Onjuiste implementatie van richtlijnen: (directe) werking en de correctieven

In het sociale domein maakt de EU veel gebruik van richtlijnen. Die zijn ‘verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat (...), doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen’ (art. 288 VWEU).

Lidstaten implementeren richtlijnen niet altijd juist en/of op tijd. Een hierdoor benadeelde particulier heeft dan verschillende mogelijkheden. Soms kan hij een bepaling tegen een lidstaat inroepen (verticale werking).²⁶ De bepaling moet dan ‘inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn’, hoewel de bepaling aan lidstaten nog een zekere beoordelingsmarge kan laten.²⁷

Het Hof van Justitie heeft deze rechtspraak niet willen uitbreiden tot horizontale verhoudingen, want dan zou de EU particulieren ook met richtlijnen verplichtingen kunnen opleggen ‘terwijl zij dit alleen kan wanneer haar de bevoegdheid is toegekend om verordeningen vast te stellen’.²⁸ Dit klinkt niet onlogisch, maar toch kan men kanttekeningen plaatsen. Zo is dit argument te algemeen, nu rechtstreekse werking van richtlijnen pas een vraag wordt nadat een lidstaat niet aan zijn implementatieverplichtingen voldoet en dan slechts enkel voor bepalingen die zich voor rechtstreekse werking lenen. Strikt genomen verliest de lidstaat slechts de ‘implementatievrijheid’.²⁹ Dan is er natuurlijk nog het argument van rechtszekerheid, maar hiertegen kan men inbrengen dat het Hof van Justitie heeft aanvaard dat ook particulieren het Unierecht moeten kennen.³⁰ Waarom zou dat voor verordeningen gelden en voor richtlijnen (zeker anno 2022) niet? De kritiek van Emmert werd al vroeg door advocaat-generaal Van Gerven omarmd,³¹ maar het Hof van Justitie houdt niettemin vast aan zijn lijn.³²

de Handvestbepalingen toekomt nadat het heeft benadrukt dat richtlijnconforme interpretatie de voorkeur verdient.

26 Het begrip ‘lidstaat’ wordt ruim uitgelegd. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (Dominguez).

27 Bijvoorbeeld arrest Dominguez, reeds aangehaald, r.o. 33-35.

28 HvJ EG 14 juli 1994, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292, r.o. 24 (Faccini Dori).

29 Zie F. Emmert, ‘Horizontale Drittwirkung von Richtlinien?: Lieber ein Ende mit Schrecken als ein Schrecken ohne Ende!’, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 1992, nr. 3, p. 56-67.

30 Emmert wijst op HvJ EG 28 juni 1990, C-80/89, ECLI:EU:C:1990:269 (Behm) over een verordening over invoerrechten, maar inmiddels heeft het Hof van Justitie gesuggereerd dat dit ook voor richtlijnen geldt, zie bijvoorbeeld HvJ EU 29 november 2017, C-214/16, ECLI:EU:C:2017:914, r.o. 61 (King): ‘De werkgever moet namelijk alle informatie vergaren met betrekking tot zijn verplichtingen ter zake’ [cursivering JRV].

31 Concl. A-G W. van Gerven 26 januari 1993, C-271/91, ECLI:EU:C:1993:30, par. 12 (Marshall).

32 Zie recent: HvJ EU 18 januari 2022, C-261/20, ECLI:EU:C:2022:33 (Thelen Technopark Berlin GmbH). Hierover L. Ratti, ‘The CJEU between lack of horizontal direct effect and disapplication of internal legislation’, <https://eela.eelc-updates.com/newsitem/the-cjeu-between-lack-of-horizontal-direct-effect-and-disapplication-of-internal-legislation> (laatst bezocht: 28 maart 2022).

Om hierdoor benadeelde particulieren tegemoet te komen, ontwikkelde het Hof van Justitie aanvankelijk twee ‘correctieven’: richtlijnconforme interpretatie³³ en staatsaansprakelijkheid.³⁴ Probleem is dat een succesvol beroep hierop mede afhangt van toeval.³⁵ Zo moet richtlijnconforme interpretatie maar net mogelijk zijn, of helpt het als men staatsaansprakelijkheid in jouw lidstaat eerder aanneemt dan het Hof van Justitie.³⁶ Beide correctieven zijn dus niet ideaal. Wellicht hierdoor ingegeven ontwikkelde het Hof van Justitie een derde correctief in de arresten *Mangold* en *Kücükdeveci*: het buiten toepassing laten van met een richtlijn strijdige bepalingen op grond van het ‘hogere’ algemene beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd. Nationale bepalingen blijven dan niet buiten beschouwing door strijd met de richtlijn, maar door strijd met een ‘hogere’ algemeen beginsel van Unierecht, dat de richtlijn concretiseert.³⁷ Ondanks forse kritiek op deze benadering³⁸ heeft het Hof van Justitie dit derde correctief doorgetrokken en betreft het hierbij inmiddels ook het Handvest.³⁹ Effectief kunnen Handvestbepalingen dan ook horizontale directe werking hebben.

7.3.3 Horizontale directe werking van het Handvest: consistent of niet?

Inmiddels heeft het Hof van Justitie zich uitgelaten over de eventuele horizontale directe werking van verschillende Handvestbepalingen, zoals artikel 21 (non-discriminatie),⁴⁰ artikel 27 (voorlichting en raadpleging van de werknemers binnen de onderneming),⁴¹ artikel 31 lid 2 (voor wat betreft het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon)⁴² en artikel 47 (doeltreffende voorziening in rechte).⁴³ Niet in alle gevallen is de horizontale directe werking aanvaard. Over veel arbeidsrechtelijke ‘Handvest-kandidaten’ is nog niet beslist en zal nog duidelijkheid moeten ontstaan.⁴⁴

33 Bijvoorbeeld HvJ EU 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri of Rasmussen*). Hierover P.C. Vas Nunes, ‘Tegen de wet’, *ArA* 2016, nr. 3, p. 54-80.

34 HvJ EG 19 november 1991, C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*); HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame*).

35 Zie voor extra argumenten conclusie Marshall, reeds aangehaald, par. 12.

36 Zoals in Nederland: HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722 (*Staatsaansprakelijkheid vakantiewetgeving*).

37 HvJ EG 22 november 2005, C-144/04 (*Mangold*) en HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 (*Kücükdeveci*).

38 Bijvoorbeeld J. Mazák & M.K. Moser, ‘Adjudication by Reference to General Principles of EU Law: A Second Look at the Mangold Case Law’, in: M. Adams, H. de Waele, J. Meeusen & G. Straetmans (red.), *Judging Europe’s Judges: The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, Londen: Hart Publishing 2013, p. 61-86.

39 Voor het eerst in HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*).

40 Onder meer *Egenberger*, reeds aangehaald en HvJ EU 22 januari 2019, C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 (*Cresco Investigation*).

41 HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2 (*Association de médiation sociale of AMS*).

42 Arrest *Bauer en Broßonn*, reeds aangehaald en HvJ EU 6 november 2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 (*Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften of Max-Planck*).

43 Arrest *Egenberger*, reeds aangehaald.

44 Zie over de sociale grondrechten in het Handvest uitvoerig F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters, ‘Sociale grondrechten’, in: F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters (red.), *Europees arbeidsrecht (Monografieën Sociaal Recht nr. 2)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 41-80. In het bijzonder noem ik art. 31 lid 1, dat wellicht wel eens impact zou kunnen hebben op Richtlijn (EU) 2019/1152 (transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden).

In zijn jurisprudentie heeft het Hof van Justitie een eigen toetsingskader ontwikkeld: (1) om binnen het bereik van het Handvest te vallen moet de betrokken nationale situatie binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen; en (2) het recht in kwestie moet technisch geschikt zijn om door te werken.

De criteria zijn op zich helder. Toch kan men vraagtekens plaatsen bij de uitwerking ervan.

Unierecht ten uitvoer brengen: moeilijk voorspelbaar

Het Handvest is blijkens artikel 51 lid 1 uitsluitend van toepassing op lidstaten ‘wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen’.⁴⁵ Vaak is dit het geval als een nationale regeling een richtlijn uitvoert.⁴⁶ Dit is lastiger vast te stellen dan het lijkt. Dat de EU over bevoegdheden beschikt op een bepaald terrein, betekent namelijk niet altijd dat de betrokken nationale regeling Unierecht ten uitvoer brengt.⁴⁷ Zo vallen bovenwettelijke vakantieaanspraken als ‘nationale kop’ op artikel 7 Richtlijn 2003/88/EG niet binnen het bereik van het Handvest.⁴⁸ Een toegepaste kop op het bepaalde in artikel 24 Richtlijn 2004/38/EG, waardoor bepaalde sociale voorzieningen moeten worden toegepast op een economisch inactieve EU-burger, brengt de situatie dan weer wel binnen het bereik van het Handvest.⁴⁹

Ook is het mogelijk dat de richtlijn zelf (zoals de Dienstenrichtlijn 2006/123/EG) een kop vormt op een – in dit geval – verdragsbepaling (art. 49 VWEU, dat echter een pendant kent in art. 15 lid 2 Handvest). Waar advocaat-generaal Szpunar meende dat hierdoor aan de betreffende richtlijn-bepaling horizontale directe werking toekwam, ging het Hof van Justitie hierin niet mee nu de fundamentele vrijheden niet van toepassing waren op een zuiver nationale situatie.⁵⁰

De manier waarop het Hof van Justitie opereert, maakt het soms lastig te voorspellen of het Handvest van toepassing is. Dat wil niet zeggen dat er geen redenen voor (kunnen) zijn, maar het is wel een constatering.

Technische geschiktheid: gebaseerd op betwistbare criteria

Valt de situatie binnen de werkingssfeer van het Handvest, dan is de vervolgvraag of de bepaling geschikt is voor horizontale directe werking. Waar de

45 Het Handvest richt zich niet tot particulieren. Uiteraard is dat in het kader van de horizontale directe werking voer voor discussie, maar het Hof van Justitie ziet hier geen enkel probleem. Zie arrest *Bauer*, reeds aangehaald, r.o. 87.

46 Bijvoorbeeld arrest *Bauer en Broßonn*, reeds aangehaald, r.o. 52-53.

47 HvJ EU 10 juli 2014, C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055, r.o. 36 (*Julian Hernández*).

48 HvJ EU 19 november 2019, gevoegde zaken C-609/17 en C-610/17, ECLI:EU:C:2019:081 (TSN). In zijn conclusie (4 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:459) kwam A-G Bot overigens tot een ander oordeel. Hierover J.R. Vos, ‘Bovenwettelijke vakantie en de reikwijdte van het EU-recht’, *AR-Updates* 2020, www.ar-updates.nl/commentaar/209200 (laatst bezocht: 17 maart 2022); M. de Mol, ‘De toepasselijkheid van Uniegrondrechten op nationale verdergaande beschermingsmaatregelen’, *NtEr* 2020, nr. 5-6, p. 155-162; F. de Cecco, ‘Minimum harmonization and the limits of Union fundamental rights review: TSN and AKT’, *Common Market Law Review* 2021, nr. 1, p. 187-200.

49 HvJ EU 15 juli 2021, C-709/20, ECLI:EU:C:2021:602 (*The Department for Communities in Northern Ireland*). Zie F.J.L. Pennings, ‘Heeft het Handvest van de Grondrechten van de EU meerwaarde?’, *TRA* 2022/4.

50 Arrest *Thelen Technopark Berlin GmbH*, reeds aangehaald.

rechtswetenschap lang meende dat het verschil tussen ‘rechten’ en ‘beginselen’ (art. 51 lid 1 en 52 lid 5 Handvest) doorslaggevend zou zijn, hanteert het Hof van Justitie een eigen criterium:⁵¹ de bepaling moet dwingend en onvoorwaardelijk van aard zijn, zij hoeft niet nader te worden geconcretiseerd door Unie- of nationaalrechtelijke bepalingen.⁵² Is dat het geval, dan moet de rechter een met het Handvest strijdige bepaling buiten toepassing laten. Zo nodig kan aan een particulier zelfs een verplichting worden opgelegd.⁵³

Niet elke Handvestbepaling voldoet aan dit criterium, blijkt uit een vergelijking die het Hof van Justitie in *Bauer* maakt tussen artikel 27 en artikel 31 lid 2. Doordat artikel 27 het recht op voorlichting en raadpleging toekent onder verwijzing naar ‘de gevallen en (...) de voorwaarden waarin het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken voorzien’, is een nadere concretisering nodig, terwijl dit bij artikel 31 lid 2, dat ‘iedere werknemer’ het ‘recht’ geeft op ‘jaarlijkse vakantie met behoud van loon’ niet het geval is; artikel 31 lid 2 verwijst namelijk niet naar verdere bepalingen. De bepaling volstaat dus op zichzelf voor horizontale directe werking.⁵⁴

Hoe logisch dit ook lijkt, ook hier zijn kanttekeningen te plaatsen. Allereerst hecht het Hof van Justitie veel waarde aan de exacte formuleringen van het Handvest. Die zijn inderdaad zorgvuldig gewogen.⁵⁵ Maar als gezegd negeert het Hof van Justitie bijvoorbeeld het onderscheid tussen rechten en beginselen volledig en volgt zeker niet uit de tekst van het Handvest dat de bepalingen tegen particulieren zouden kunnen gelden. De formulering lijkt dus niet overal heilig.

Bovendien is zelfs bij toepassing van deze grammaticale benadering van het Handvest een andere uitkomst mogelijk. In Nederland kunnen verdragsbepalingen op grond van artikel 93 Gw ook rechtstreekse werking hebben als de overheid keuze- of beleidsvrijheid heeft bij het treffen van (implementatie)maatregelen.⁵⁶ Doorslaggevend is of een bepaling als objectief recht kan functioneren in de context waarin zij is ingeroepen.⁵⁷ Juist die context maakt bijvoorbeeld directe werking van artikel 27 goed pleitbaar: de Franse wetgeving paste het getalscriterium uit de Medezeggenschapsrichtlijn namelijk evident verkeerd toe – *nota bene* in

51 Zo ook Pennings & Peters 2021, p. 51. Het criterium is overigens niet nieuw, zo gold het zoals we zagen al voor de verticale directe werking van richtlijnen.

52 Arrest *Bauer en Broßonn*, r.o. 85.

53 Arrest *Bauer en Broßonn*, r.o. 92: betaling van een vergoeding voor niet-genoten vakantie aan de erfgenamen van de overleden oud-werknemer; arrest *Cresco Investigation*, punt 89: (op verzoek) Goede Vrijdag vrij geven, of een vervangende vergoeding betalen.

54 Arrest *Bauer en Broßonn*, r.o. 84-85.

55 Zie voor de ‘wetsgeschiedenis’ het boek (ruim 7000 pagina’s) van N. Coghlan & M. Steiert (red.), *The Charter of Fundamental Rights of the European Union: the travaux préparatoires and selected documents*, European University Institute 2021. Zie ook <https://data.europa.eu/doi/10.2870/004119>.

56 Ik doel hier op verdragen buiten het EU-recht. Het EU-recht kent immers een eigen rechtsorde die direct in de lidstaten (door)werkt, zie HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26-62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend en Loos*) en HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6-64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/E.N.E.L.*).

57 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, r.o. 3.5.3, NJ 2015/12, m.nt. E.A. Alkema (Rookverbod).

strijd met een eerder ‘Frans’ arrest⁵⁸ – en deed daarmee direct afbreuk aan het recht op voorlichting en raadpleging. Natuurlijk kun je zeggen: dat volgt niet uit de Handvestbepaling. Maar hoe volgt dan uit artikel 31 lid 2 Handvest dat nabestaanden recht hebben op een vergoeding voor niet-genoten vakantie van een overleden (oud-)werknemer? Dat volgt zelfs niet eens uit de tekst van de richtlijn. Als je eenmaal binnen bent bij een Handvestbepaling, heb je naar het lijkt bijna carte blanche.

Een volgend punt van kritiek is dat een Handvestbepaling wat betreft de werksvraag van het Hof van Justitie niet in samenhang mag worden gelezen met de ‘concretiserende’ richtlijn, omdat de bepaling op zichzelf moet volstaan.⁵⁹ Tegelijk dóet het Hof van Justitie niet anders dan het in samenhang lezen van Handvest- en richtlijnbevestigingen. De ironie wil daarbij dat artikel 7 Richtlijn 2003/88/EG, volgens het Hof van Justitie de concretisering van artikel 31 lid 2 Handvest, het recht op vakantie toekent ‘overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie’, een soortgelijk voorbehoud. Waarom is het dan zo’n halszaak dat in het Handvest al dan niet verwezen wordt naar nadere Unie- en nationale wetgeving?⁶⁰

Tot slot heeft de redenering van het Hof van Justitie iets weg van een verkapt rechtszekerheidsargument. Dat is natuurlijk een belangrijk argument, maar Dorssemont vraagt zich terecht af waarom dat – in het geval van AMS – zo belangrijk is dat een grondrecht van werknemers moet wijken.⁶¹ Ik voeg daaraan toe dat het Hof van Justitie in soortgelijke rechtszekerheidsargumenten klaarblijkelijk geen beletsel ziet voor het toestaan van horizontale directe werking in het algemeen en herhaalt dat het Hof van Justitie al eerder heeft aanvaard dat particulieren geacht worden (ook) het Unierecht te kennen.⁶²

Al met al kan op de voortvarende redenering van het Hof van Justitie het nodige worden afgedongen.

58 HvJ EG 18 januari 2007, C-385/05, ECLI:EU:C:2007:37 (*Confédération générale du travail (CGT) e.a.*).

59 Arrest AMS, reeds aangehaald, r.o. 49.

60 Eerder betoogde ik dit in J.R. Vos, ‘Op reis met de vakantiewetgeving: het Handvest biedt nieuw uitzicht’, *ArA* 2019, nr. 2, p. 50-80.

61 F. Dorssemont, ‘The Right to Information and Consultation in Article 27 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Less than a Right and Less than a Principle, just an Ordinary Provision Lacking Direct Effect? Case C-176/12 Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT and others, Judgment of 15 January 2014’, *Maastrecht Journal of European and Comparative Law* 2014, nr. 4, p. 704-722, i.h.b. p. 721.

62 Zie eerdere voetnoot: Emmert wijst op HvJ EG 28 juni 1990, C-80/89, ECLI:EU:C:1990:269 (*Behn*) over een verordening over invoerrechten, maar inmiddels heeft het Hof van Justitie gesuggereerd dat dit ook voor richtlijnen geldt, zie bijvoorbeeld HvJ EU 29 november 2017, C-214/16, ECLI:EU:C:2017:914 (*King*), r.o. 61: ‘De werkgever moet namelijk alle informatie vergaren met betrekking tot zijn verplichtingen ter zake’ [cursivering JRV].

7-3-4 Maak een consistente keuze

Als het gaat om de werkingssfeer van het Handvest kan het Hof van Justitie dus duidelijker zijn, terwijl het bij de beoordeling van de geschiktheid van een bepaling voor horizontale directe werking ruimhartiger kan en mag zijn.

Zijn de argumenten van het Hof van Justitie dan allemaal onbegrijpelijk? Natuurlijk niet. Zeker dogmatisch is de benadering van het Hof van Justitie best te billijken. En ook ik zie heus dat een ongebreidelde horizontale directe werking problemen geeft.⁶³

Tegelijk is het zo dat het Hof van Justitie er met de introductie en vervolgens de uitbreiding van het derde correctief voor heeft gekozen horizontale directe werking te aanvaarden. Dat is een te billijken keuze, maar deze is niet vrijblijvend. Het Hof van Justitie heeft de poort naar het Handvest opengezet, maar zal nu moeten zorgen voor een acceptabel deurseleid. En als het daar niet aan wil, dan is het misschien goed de (on)mogelijkheid van horizontale directe werking van richtlijnen te herbezien, om te voorkomen dat sommige grondrechten qua bescherming buiten de boot vallen.

7-4. Botsingen in Europa: liberalisme, protectionisme of gewoon eerlijke mededinging?

J.H. Even

7-4.1 Inleiding

Europese vrijheden en arbeidsrecht willen wel eens botsen. Dat gebeurt met name waar arbeidsrecht de markt van een lidstaat wil beschermen tegen wat dan vaak 'sociale dumping' wordt genoemd, (te) kort gezegd en toegepast op de onderhavige bijdrage, het zo goedkoop aanbieden van arbeidskrachten, dat de arbeidsmarkt van de betrokken lidstaat wordt verstoord. De botsing tussen Europese vrijheden en arbeidsrecht speelt in de praktijk vooral bij de vrijheid van diensten (art. 56 e.v. VWEU). Werkgevers hebben het recht diensten te verlenen met eigen werknemers op het grondgebied van een andere lidstaat. In dergelijke gevallen is vaak niet alleen het recht van de lidstaat van vestiging van de dienstverrichter van toepassing op de arbeidsovereenkomst van de uitgezonden werknemers, maar ook het socialezekerheidsrecht en belastingrecht van dat land.⁶⁴ De dienstverrichter kan dan geregeld goedkoper opereren dan de bedrijven in de lidstaat waar de dienst wordt ontvangen. Dit effect wordt door menig lidstaat, waaronder Nederland, onwenselijk bevonden. Die lidstaten streven vaak gelijke arbeidsvoorwaarden na voor gelijke arbeid op dezelfde werkplek, ongeacht of het werk wordt verricht door een buitenlandse dienstverrichter of een nationaal bedrijf. Deze lidstaten willen aldus een 'gelijk speelveld': buitenlandse dienstverrichters moeten (zo veel mogelijk) dezelfde regels toepassen op

63 Zo moge blijken uit Vos 2019. A-G Bobek wijst op het gevaar van 'extreme vormen van rechterlijke creativiteit', concl. *Cresco Investigation*, par. 141.

64 Althans, vaak is het recht van de lidstaat van vestiging op de arbeidsovereenkomst van toepassing. Zie ook J.H. Even, *Balanceren met detacheren*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 21-24.

hun werknemers als bedrijven die gewoonlijk in dat land werk verrichten met hun eigen werknemers. Die regels moeten dwingend worden opgelegd, want zij beogen de arbeidsmarkt te beschermen. Maar het opleggen van al die regels belemmert weer de vrije dienstverlening. Dat is tegen het zere been van de landen die profiteren van de vrijheid van diensten door het kunnen aanbieden van relatief goedkope arbeidskrachten. Waar moet de voorkeur naar uitgaan: het beschermen van de arbeidsmarkt van de lidstaat van het ontvangende land (protectionisme of gewoon eerlijke mededinging), of staat het vrije verkeer van diensten voorop (liberalisme)? Ik schets kort waar we vandaan komen, waar we staan en waar we mogelijk naar toe gaan.

7.4.2 Belangrijk startpunt

Een belangrijke zaak waarin de botsing tussen de vrijheid van diensten met het arbeidsrecht van het land van ontvangst van de dienst naar voren komt, betreft *Rush Portuguesa*.⁶⁵ Het Portugese *Rush Portuguesa* assisteerde een Frans bedrijf in onderaanneming met bouwwerkzaamheden aan een spoorlijn in Frankrijk. Portugal was net toetreden tot de EEG. Conform de Toetredingsakte gold voor Portugal al wel de vrijheid van dienstverrichting, maar de regels van het vrije verkeer van werknemers nog niet. *Rush Portuguesa* liet voor het verrichten van de werkzaamheden in Frankrijk haar werknemers uit Portugal overkomen. Zij vroeg hiervoor geen vergunningen aan. Naar Frans recht was dat in strijd met immigratiewetgeving en een boete volgde. *Rush Portuguesa* riep de vernietiging van de boete in en beriep zich op de vrijheid van dienstverrichting. Het Hof van Justitie volgde *Rush Portuguesa*. De Toetredingsakte wilde weliswaar vermijden dat zich ingevolge de toetreding van Portugal door een onmiddellijke, massale toevloed van werknemers verstoringen voor zouden doen op de arbeidsmarkt, maar die situatie was volgens het Hof van Justitie hier niet aan de orde. Het ging hier namelijk om de tijdelijke verplaatsing van werknemers die naar een andere lidstaat werden gezonden. Die werknemers keerden na voltooiing van hun taak terug naar hun land van herkomst, Portugal dus. De vrijheid van dienstverrichting verzet zich volgens het Hof van Justitie ertegen dat een lidstaat een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter verbiedt zich op zijn grondgebied met zijn personeel vrij te verplaatsen of hem aan beperkende voorwaarden te onderwerpen (zoals het aanvragen van werkvergunningen). Dit betekende dat *Rush Portuguesa* zich met haar Portugese personeel mocht verplaatsen voor de duur van de aangenomen werkzaamheden. Dat nam volgens het Hof van Justitie echter niet weg dat Frankrijk wel andere dan deze immigratieregels mocht toepassen op de tewerkgestelde werknemers, om zodoende sociale dumping te voorkomen. Het gemeenschapsrecht belet de lidstaten volgens het Hof van Justitie niet hun wetgeving of collectieve arbeidsovereenkomsten te laten gelden voor eenieder die – zelfs tijdelijk – arbeid in loondienst op hun grondgebied verricht, ongeacht het land van vestiging van de werkgever.

65 HvJ EG 27 maart 1990, C-113/89, ECLI:EU:C:1990:142 (*Rush Portuguesa*).

Het Hof van Justitie poogde in deze zaak een zekere balans aan te brengen tussen de fundamentele vrijheden van (in dit geval) een Portugees bedrijf, en de belangen van een ander land, Frankrijk, waarin de diensten werden verricht, met name het belang om niet overspoeld te worden door goedkope arbeidskrachten (met een mogelijke verdringing van Franse werknemers tot gevolg). Dat kon Frankrijk voorkomen door eigen wetgeving of cao's toe te passen op deze Portugese werknemers. En passant zou dit een financieel voordeel opleveren voor de uitgezonden Portugese werknemers, die gebruik konden maken van de betere Franse arbeidsvoorwaarden.

7-4-3 De Detacheringsrichtlijn

In latere uitspraken bracht het Hof van Justitie nuanceringen aan op de mogelijkheid van lidstaten hun hele arbeidsrecht toe te passen op de tijdelijk gedetacheerde werknemers in dienst van dienstverrichters uit andere lidstaten. Met name mag zo'n verplichte toepassing van het arbeidsrecht van het tijdelijke werkland er niet toe leiden dat de dienstverrichter wordt geconfronteerd met dubbele lasten – lasten die zowel in het land van ontvangst als het land van vestiging van de dienstverrichter moeten worden betaald – zonder dat hier een reëel voordeel voor de werknemer tegenover staat.⁶⁶ Kort gezegd waren volgens het Hof van Justitie beperkende nationale maatregelen gerechtvaardigd als zij voldeden aan dwingende redenen van algemeen belang – zoals de bescherming van werknemers of het voorkomen van sociale dumping – voor zover (1) dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels die voor de dienstverrichter al gelden in de lidstaat waar hij is gevestigd, (2) de maatregelen geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en (3) niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is.⁶⁷

Deze ontwikkelingen resulteerden uiteindelijk in de Detacheringsrichtlijn van 1996.⁶⁸ In feite vormt de Detacheringsrichtlijn een compromis tussen twee tegenstrijdige belangen. Dit is enerzijds de vrijheid van dienstverrichting op de interne markt. Dit belang wordt gediend door zo min mogelijk belemmeringen in de uitoefening van deze vrijheid, dus ook geen belemmeringen op het gebied van arbeidsvoorwaarden. Anderzijds is er het gecombineerde belang van de bescherming van de arbeids- en sociale voorwaarden van gedetacheerde werknemers, die aanspraak kunnen maken op ten minste gelijke arbeidsvoorwaarden als de andere werknemers die op hetzelfde grondgebied werken, samen met het belang van de lidstaat waar de dienst wordt verricht om sociale dumping te voorkomen door een gelijk speelveld te creëren. Deze belangen worden gediend door toepassing van bepaalde arbeidsvoorwaarden van het land van ontvangst op de gedetacheerde werknemers.⁶⁹

66 M.S. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 96/87/EG* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2005, p. 191-200.

67 Zie concl. A-G M. Campos Sánchez-Bordona 28 mei 2020, C-620/18, ECLI:EU:C:2020:392, par. 25 e.v. (Hongarije/Europees Parlement en Raad van de Europese Unie).

68 Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (PbEG 1997, L 18/1-6).

69 Zie ook preambule 5 Detacheringsrichtlijn: 'dat voor de bevordering van het grensoverschrijdend verrichten van diensten eerlijke mededinging alsook maatregelen die de eerbied-

Op basis van de Detacheringsrichtlijn dient in geval van transnationale detachering binnen de EU de werkgever ten aanzien van zijn uitgezonden werknemers kernarbeidsvoorwaarden van het land van ontvangst toe te passen (art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn), behalve als de al van toepassing zijnde arbeidsvoorwaarden gunstiger zijn voor de gedetacheerde werknemer. In dat laatste geval blijven die gunstigere arbeidsvoorwaarden gelden (art. 3 lid 7 Detacheringsrichtlijn). De kernarbeidsvoorwaarden kunnen blijken uit wet- en regelgeving, maar ook uit, (te) kort gezegd, algemeen verbindend verklaarde cao's. De Detacheringsrichtlijn staat de lidstaat toe extra arbeidsvoorwaarden verplicht te stellen voor de gedetacheerde werknemer, mits het gaat om bepalingen van openbare orde (art. 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn).

Deze kernarbeidsvoorwaarden betroffen (destijds al) in belangrijke mate goeddeels geharmoniseerde voorwaarden, zoals: maximale werk- en minimale rustperiode; minimumaantal betaalde vakantiedagen; gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk; beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van zwangere of pas bevallen vrouwen, kinderen en jongeren; en gelijke behandeling van mannen en vrouwen, alsmede andere bepalingen inzake niet-discriminatie. Een andere belangrijke kernvoorwaarde werd later in de EU meer geharmoniseerd, te weten de 'voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, inzonderheid door uitzendbedrijven'.⁷⁰ De belangrijke kernarbeidsvoorwaarde die niet was (en is) geharmoniseerd en daarmee de spannendste was, betrof het door de dienstverrichter moeten toepassen van 'minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk; dit punt is niet van toepassing op de aanvullende bedrijfspensioenregelingen'. Op deze kernarbeidsvoorwaarde zagen dan ook de meeste geschillen. Zoals hierna zal blijken is deze kernarbeidsvoorwaarde inmiddels herzien.

7-4-4 Een periode van nadruk op de vrijheden door het Hof van Justitie

Vanaf de jaren 2000 leek het belang van de vrijheid van diensten het steeds meer te winnen van de wens voor 'eerlijke mededinging', dat wil zeggen de wens voor een min of meer gelijk speelveld op het gebied van arbeidsvoorwaarden in het tijdelijke werkland. De Commissie zette in 2004 met haar concept voor een Dienstenrichtlijn bijvoorbeeld in op het ondersteunen van de vrijheden.⁷¹ Diensten moesten makkelijker overal in de EU kunnen worden geleverd, zonder belemmeringen. En arbeidsrecht kon volgens de Commissie zo'n belemmering zijn. Het voornemen om de vrijheden maximaal te ondersteunen, mogelijk ook ten koste van het toepassen van de arbeidsrechtelijke regels uit het tijdelijke werkland, leidde echter tot verzet. Hierdoor is de tekst van de oorspronkelijke versie van de Dienstenrichtlijn sterk aangepast.⁷² In de uiteindelijke versie van de

diging van de rechten van werknemers garanderen noodzakelijk zijn'. Zie tevens HvJ EU 12 februari 2015, C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86, r.o. 30 (*Sähköalojen ammattiliitto*). Zie hierover verder concl. A-G M. Campos Sánchez-Bordona 28 mei 2020, C-620/18, ECLI:EU:C:2020:392, par. 46 (*Hongarije/Europes Parlement en Raad van de Europese Unie*).

70 Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid.

71 Zie Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt (COM 2004/0002 def).

72 Gewijzigd Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt (COM 2006/0160 def).

Dienstenrichtlijn werd het arbeidsrecht buiten schot gelaten. Dat neemt niet weg dat de Detacheringsrichtlijn vervolgens op zo'n wijze door het Hof van Justitie is uitgelegd dat marktvrijheden geregeld boven beschermende nationale sociale rechten werden geplaatst. De lijst van kernarbeidsvoorwaarden is volgens het Hof van Justitie limitatief en kan niet met een beroep op het gunstigheidsbeginsel van artikel 3 lid 7 Detacheringsrichtlijn worden uitgebreid. Waar de lijst met een beroep op de openbare orde uit artikel 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn wel kan worden uitgebreid, ligt de lat erg hoog. Een belemmering van de vrijheid van dienstverlening wordt bovendien snel aangenomen.⁷³

7-4-5 De gepercipieerde problemen en de roep om een nieuwe balans

De nadruk die was komen te liggen op de vrijheid van dienstverlening kreeg in de praktijk een grotere impact nadat de EU in 2004, 2007 en 2013 naar het oosten werd uitgebreid. Hierdoor werden de verschillen in sociale standaarden binnen de EU groter en daarmee ook de 'besparingen' die uit transnationale dienstverrichting kunnen voortvloeien. Een bedrijfsmodel dat is gebaseerd op een concurrentiestrategie waarbij goedkope arbeid wordt verschaft werd steeds interessanter. Tel hierbij op de crisis die in 2008 startte, waardoor arbeidsmarkten onder hoogspanning kwamen te staan, en het logische gevolg was dat een roep om maatregelen wel moest volgen. Die roep is gehoord en resulteerde in 2014 in de introductie van de Handhavingsrichtlijn.⁷⁴ Die richtlijn beoogt te bevorderen dat de kernarbeidsvoorwaarden daadwerkelijk worden nageleefd en misbruik en omzeiling van de toepasselijke regels wordt voorkomen en bestraft. In deze richtlijn zijn onder andere regels opgenomen over gegevensuitwisseling, grensoverschrijdende boete-inning, administratieve eisen en controlemaatregelen. De Handhavingsrichtlijn verstomde echter niet de wens van sommigen tot het herzien van de balans tussen de vrijheid van diensten en 'eerlijke mededinging'. België, Duitsland, Frankrijk, Luxemburg, Nederland, Oostenrijk en Zweden wilden een modernisering van de Detacheringsrichtlijn met invoering van het beginsel van 'gelijke beloning voor gelijk werk op dezelfde plaats'. Bulgarije, Estland, Hongarije, Letland, Litouwen, Polen, Roemenië, Slowakije en Tsjechië voelden daar echter weinig voor. Zij vonden het beginsel van gelijke beloning voor gelijk werk op dezelfde plaats onverenigbaar met de interne markt aangezien loonverschillen een rechtmatig element vormen van concurrentievoordeel voor dienstverrichters.

73 HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (*Laval*); HvJ EG 3 april 2008, C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 (*Rüffert*); en HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350 (*Luxemburg*).

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

7.4.6 De herziene Detacheringsrichtlijn en aanpalende (voorgenomen) maatregelen

Ondanks deze grote verschillen in visie is in 2018 de herziene Detacheringsrichtlijn tot stand gekomen.⁷⁵ Polen en Hongarije stemden tegen en onthoudingen waren er van Kroatië, Litouwen, Letland en het Verenigd Koninkrijk.

De herziening betreft in feite een herijking van beide bovengenoemde (tegengestelde) belangen. Het evenwicht is herzien ten gunste van meer bescherming van de gedetacheerde werknemers en het gelijke speelveld (eerlijke mededinging). Door de herziene Detacheringsrichtlijn zijn samengevat de kernarbeidsvoorwaarden uitgebreid, met name door niet slechts het minimumloon van het land van ontvangst van de dienst voor te schrijven, maar meer in het algemeen de beloning. De kernarbeidsvoorwaarden worden bovendien na 12-18 maanden detachering uitgebreid naar vrijwel alle arbeidsvoorwaarden uit het land van ontvangst. Gedetacheerde uitzendkrachten worden expliciet onder de Uitzendrichtlijn gebracht, waardoor in principe hetzelfde beloningsniveau wordt gevolgd als gebruikelijk van toepassing binnen het bedrijf van de inlener. Naast de herziening van de Detacheringsrichtlijn spelen twee andere ontwikkelingen die verband houden met eerdergenoemde roep om een nieuwe balans. Dat betreft ten eerste de oprichting van de Europese Arbeidsautoriteit. Deze autoriteit dient onder andere eerlijke arbeidsmobiliteit binnen de EU te bevorderen en daarmee dus ook handhaving van de Detacheringsrichtlijn.⁷⁶ Daarnaast is er de beoogde aanpassing van de coördinatie van de sociale zekerheid, zoals vastgelegd in de Verordeningen (EG) nr. 883/2004 en (EG) nr. 987/2009.⁷⁷ Plannen tot aanpassing staan onverkort op de agenda.⁷⁸ De aanpassing beoogt onder meer wijziging van de regels met betrekking tot A1-verklaringen, om fraude en misbruik tegen te gaan.⁷⁹

7.4.7 Juridische oppositie tegen de herziening: de rechtszaken

De rechtsgeldigheid van de herziene Detacheringsrichtlijn is in rechte ter discussie gesteld door Hongarije en Polen.⁸⁰ Zij riepen de nietigheid ervan in,

75 Richtlijn 2018/957 van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 1996 tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (PbEU 2018, L 173/16-24).

76 Zie Verordening (EU) 2019/1149 van 20 juni 2019 tot oprichting van een Europese Arbeidsautoriteit (PbEU 2019, L 186/21-56). Daarvoor bestond het Europees platform voor de intensivering van de samenwerking bij de aanpak van zwartwerk. Zie Besluit (EU) 2016/344 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 (PbEU 2016, L 65/12), dat vanaf 25 mei 2021 geen gelding meer heeft.

77 Voorstel voor een Verordening van 13 december 2016 van het Europees Parlement en De Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 833/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels en Verordening (EG) nr. 987/2009 tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening (EG) nr. 883/2004 (COM 2016/0815 def).

78 Zie voor een recente update: het verslag van de Raad WSB van 6 december 2021 (21.501-31, AQ).

79 Zie o.a. het aangehaalde voorstel p. 16 en voor de toelichting hierop: Fiche (Nederland), Wijziging coördinatieverordening sociale zekerheidsstelsels, p. 4-5 via: www.rijksoverheid.nl.

80 HvJ EU 8 december 2020, C-620/18, ECLI:EU:C:2020:1001 (Hongarije/Europees Parlement en Raad van de Europese Unie), HvJ EU 8 december 2020, C-626/18, ECLI:EU:C:2020:1000 (Polen/Europees Parlement en Raad van de Europese Unie).

onder meer omdat de herziening in strijd zou zijn met de vrijheid van dienstverlening: de gewijzigde richtlijn neemt het concurrentievoordeel weg dat in andere lidstaten gevestigde dienstverrichters genieten doordat bij hen lagere lonen gelden dan in de ontvangende lidstaat. Het Hof van Justitie gaat hierin niet mee. Het Hof oordeelt dat de herziening een nieuw evenwicht tot stand heeft willen brengen tussen de factoren op basis waarvan in verschillende lidstaten gevestigde ondernemingen met elkaar kunnen concurreren, zonder dat een einde is gemaakt aan het eventuele concurrentievoordeel dat dienstverrichters uit bepaalde lidstaten zouden hebben. De herziening heeft niet tot gevolg dat alle op kosten gebaseerde mededinging wordt uitgeschakeld. Wel moet de dienstverrichter rekening houden met een reeks arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, waaronder de beloningscomponenten die in de lidstaat van ontvangst verplicht zijn, maar op andere kostencomponenten kan nog steeds worden geconcurrereerd en ook op de productiviteit of de efficiëntie van de desbetreffende werknemers.

Dat laatste lijkt ook voor de wetgever een belangrijke *driver* geweest te zijn, nu paragraaf 16 van de considerans van de herziene Detacheringsrichtlijn hier expliciet op ingaat: ‘in een daadwerkelijk geïntegreerde en concurrerende interne markt concurreren ondernemingen op basis van factoren als productiviteit, efficiëntie en het opleidings- en vaardighedeniveau van de arbeidskrachten, alsmede de kwaliteit van goederen en diensten en de mate van innovatie daarvan.’ Loonconcurrentie wordt naar de achtergrond geschoven, concurrentie op inhoud naar de voorgrond.

7.4.8 Van liberalisme naar eerlijke mededinging?

Er heeft zodoende een verschuiving plaatsgevonden van meer aandacht voor liberalisme naar meer aandacht voor eerlijke mededinging (hoewel dit laatste ongetwijfeld door sommigen zal worden uitgelegd als meer aandacht voor protectionisme). De verschuiving van aandacht van marktvrijheden naar sociale rechten lijkt te passen bij andere belangwekkende internationale rechtspraak, namelijk bij een recente uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.⁸¹ In de uitspraak met betrekking tot *Holship* oordeelde het Hof dat, waar de uitoefening van het recht op collectieve actie en de vrijheid van vestiging botsen, laatstgenoemde vrijheid geen ‘counterbalancing fundamental right’ is, maar (slechts) een element, hoewel een belangrijk element, dat moet worden meegewogen bij het antwoord op de vraag of het recht op collectieve actie dient te worden beknot. Sociale rechten gaan hier dus voor marktvrijheden.

7.4.9 Maar dan wel met een consequentie

De verschuiving van belangen ten laste van de vrijheid van dienstverlening en ten gunste van eerlijke mededinging en de rechten van gedetacheerde werknemers is een feit. Daar zal voor nu en in de toekomst rekening mee moeten worden gehouden. Dat betekent dat – kort gezegd – de belangen van de West- en

81 EHRM 10 juni 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0610JUD004548717, JAR 2021/180 (*Holship*).

Noord-Europese landen hebben geprevaleerd boven de belangen van de Oost-Europese landen. Daar moet mijns inziens wat tegenover staan.

Het moet voor de dienstverrichters helder zijn welke arbeidsvoorwaarden zij precies moeten toepassen in het land waar de dienst wordt verricht. Dat is niet alleen een logisch gevolg van de verschuiving, maar zorgt m.i. ook voor een betere nakoming van de toepasselijke regels en is bovenal een wettelijk vereiste. Artikel 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn bepaalt immers over de kernarbeidsvoorwaarden: 'De lidstaten zien erop toe dat de op de enige officiële nationale website verstrekte informatie juist en actueel is'. De Nederlandse website waarin informatie staat over kernarbeidsvoorwaarden is summier en bevat doorverwijzingen naar wetgeving in het Nederlands.⁸² Dat werpt nogal een barrière op voor buitenlandse dienstverrichters. Met de informatie over mogelijke toepasselijke algemeen verbindend verklaarde cao's is het niet beter gesteld. Er zijn op het moment van schrijven van deze bijdrage vertalingen in het Engels opgenomen van negen algemeen verbindend verklaarde cao's, waarvan er welgeteld drie nog in werking zijn.⁸³ De cao's hebben bovendien in de regel een uitermate complexe bepaling over de werkingssfeer, een bepaling die vaak vele pagina's bestaat. Het is voor de dienstverrichter die werknemers naar Nederland stuurt zoeken naar een speld in een hooiberg om te achterhalen welke arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn. Dat kan en moet beter. Vandaar mijn volgende aanbeveling: zorg voor duidelijke en actuele informatie in ten minste ook het Engels over de toe te passen voorwaarden die gelden bij uitzending van werknemers naar Nederland. Anders gezegd: Nederland, voldoe nu eens eindelijk aan het ter zake bepaalde in de Detacheringsrichtlijn!

7.5 Werkenden in Europa en het mededingingsrecht: op naar een glijdende schaal?

M.S. Wirtz⁸⁴

7.5.1 Inleiding

De ene werkende is de andere niet. In Europa wordt net zoals in Nederland geworsteld met de verschillen, of misschien juist met de overeenkomsten. Er zijn werkenden met toegang tot arbeidsrechtelijke bescherming en sociale zekerheid. Zij kunnen zich verenigen en laten vertegenwoordigen in collectieve onderhandelingen. Zij kunnen zodoende cao's laten afsluiten om hun arbeidsvoorwaarden te verbeteren, of staken als dit hen niet lukt. Dit zijn de werknemers met een arbeidsovereenkomst, die werken voor loon onder gezag van hun werkgever. Daarnaast zijn er werkenden die geen bescherming of sociale zekerheid hebben/willen, geen premies afdragen en zelf hun 'werkvoorwaarden' uitonderhandelen. Dit zijn zelfstandigen met (vaak) een opdrachtovereenkomst.

82 <https://english.postedworkers.nl/faq/frequently-asked-questions/wage/to-which-terms-of-employment-are-posted-workers-entitled>.

83 www.uitvoeringarbeidsvoorwaardenwetgeving.nl/mozard/!suite86.schermo325?mVrg=207.

84 Monica Wirtz is als adviseur juridische zaken werkzaam bij AWWN.

Echte zelfstandigen dragen een ondernemersrisico en verschillen – in elk geval in theorie – in die zin van echte werknemers. Het mededingingsrecht in Europa, en daarmee ook in Nederland, gaat uit van het principe dat collectieve afspraken door deze zelfstandigen – ondernemingen – niet zijn toegestaan omdat zij de mededinging beperken.⁸⁵ Dat is anders voor werknemers: zij zijn geen ‘ondernemingen’ en het is wel toegestaan collectieve afspraken voor hen te maken.

In theorie is dit systeem goed te begrijpen. Het is in theorie dan ook niet erg dat, zoals Daskalova terecht zegt, op het gebied van collectief onderhandelen over voorwaarden mededingingsrecht en arbeidsrecht het meest van elkaar afwijken.⁸⁶ Beide rechtsgebieden gaan uit van het principe van bescherming van de zwakkere partij en proberen misbruik van marktmacht tegen te gaan. Het mededingingsrecht beschermt de consument, het arbeidsrecht de werknemer. Het arbeidsrecht beperkt de monopsonistische inkoopmacht van de werkgever op de arbeidsmarkt, door werknemers de mogelijkheid te bieden zich te verenigen en een hogere prijs (loon) voor hun arbeid af te dwingen.⁸⁷ Het mededingingsrecht verbiedt daarentegen om collectieve prijsafspraken te maken. Voor de (echte) ondernemer is dit uit den boze en dus zeker geen recht, voor de werknemer is het juist een grondrecht.⁸⁸ Dus maakt het nogal uit of je als ondernemer of als werknemer te boek staat.

Het Europese mededingingsrecht en arbeidsrecht lijken ook precies in elkaar te grijpen. Het mededingingsrecht adresseert de onderneming, die geen werknemer is, en het arbeidsrecht de werknemer, die geen onderneming is. Een onderneming is elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm en de wijze van financiering.⁸⁹ Een economische activiteit is iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt.⁹⁰ Een werknemer kan geen onderneming zijn, aldus het Hof van Justitie: hij verricht immers geen economische activiteit als zelfstandige onafhankelijke eenheid.⁹¹ Een werknemer is iemand die onder gezag van de tegenpartij, de werkgever, arbeid verricht.⁹² Een onderneming is geen werknemer, want

85 HvJ EU 28 februari 2013, C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127 (*Ordem dos Technicos Officials de Contas*). HvJ EU 6 februari 2014, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784 (*Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*).

86 V. Daskalova, ‘Regulating the New Self-Employed in the Uber Economy: What Role for EU Competition Law?’, *German Law Journal* 2018/3, p. 461-509.

87 D. Biggar, A. Fels & A. Heimler, ‘The Goals of Competition Law Debate and Competition Policy for Labor Markets’, *CPI Antitrust Chronicle* januari 2020; OECD, *Competition in Labour Markets*, Parijs: OECD Publishing 2020; OECD, *OECD Employment Outlook 2019: The Future of Work*, Parijs: OECD Publishing 2019. <https://doi.org/10.1787/9ee00155-en>.

88 Art. 6 ESH, art. 11 EVRM en ILO-Verdragen 87 en 98; art. 12 en art. 28 Handvest; zie R. Hoekstra, ‘Het grondrecht op collectief onderhandelen van zelfstandigen versus het Europese mededingingsrecht’, *ArA* 2018, afl. 3.

89 HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner en Elser*); HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180-4/98, ECLI:EU:2000:428 (*Pavlov*).

90 HvJ EG 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209-215/78 en 218/78, ECLI:EU:C:1980:248 (*Van Landewyck/Commissie*).

91 HvJ EG 16 september 1999, C-22/98, ECLI:EU:C:1999:419 (*Becu*).

92 HvJ EG 3 juli 1986, zaak 66/85, ECLI:EU:C:1986:284 (*Lawrie Blum*).

deze staat niet onder gezag. Een zelfstandige kan daarom in theorie geen cao afsluiten, omdat hij dan een prijsafsprake maakt met betrekking tot zijn economische activiteit die hij aanbiedt op de markt.⁹³

7.5.2 Collectief onderhandelen over werkvoorwaarden door zelfstandigen

Toch worden nu voorstellen gedaan die zelfstandig werkenden ondanks het verbod de mogelijkheid geven om collectief te onderhandelen over hun ‘werkvoorwaarden’. Waarom?

Dat komt omdat men zich meer realiseert dat het idee van de sterke zelfstandige niet steeds opgaat. Een deel van zelfstandig werkenden heeft een zwakke positie. Die groep zou volgens de Nederlandse regering baat kunnen hebben bij het collectief kunnen onderhandelen over de voorwaarden waaronder zij kunnen werken.⁹⁴ Deze discussie speelt sterk rondom platformwerk en de groeiende aantallen zelfstandigen, die – afhankelijk aan wie je het vraagt – beschermd moeten worden tegen uitbuiting, of die verantwoordelijk zijn voor verdringing van werknemers op de arbeidsmarkt en uitholling van cao-afspraken en sociale zekerheid.⁹⁵ Ook in Europa vindt men dat zwakkere zelfstandigen bescherming zouden moeten kunnen ontlenen aan collectief onderhandelen. Dit blijkt wel uit het voorstel voor richtsnoeren voor de toepassing van het kartelverbod (het verbod op het maken van mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen) op cao's van zelfstandigen, waarin de Commissie aangeeft wanneer dergelijke afspraken toch moeten worden toegestaan.⁹⁶

Het overwegen van zo'n mogelijkheid komt van ver en is het voorlopige 'hoogtepunt' van een gestage ontwikkeling. Het idee van het afsluiten van een cao door of voor een zelfstandig werkende is immers niet altijd omarmd, hoewel het in Nederland op grond van artikel 1 lid 2 Wet CAO, dus cao-rechtelijk, wel altijd kon.⁹⁷ Sterker nog, 'reguliere' cao-afspraken, afgesloten voor vakbonden en

93 M.S. Wirtz, 'De grenzen van de Albany-exceptie', *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context* 2021, nr. 4, p. 182.

94 ACM, *Leidraad Tariefafspraken voor zzp'ers in cao's*, 24 februari 2017; ACM, *Leidraad Tariefafspraken zzp'ers*, 20 juli 2020; Kamerstukken II 2018/19, 31311, nr. 219. Kamerstukken II 2019 /20, 31311, nr.235. (Voortgangsbrief 'Werken als Zelfstandige', 15 juni 2020); Kamerstukken II 2020/21, 31311, nr.240. (Zevende Voortgang uitwerking maatregelen 'Werken als zelfstandige', 20 september 2021).

95 Bijvoorbeeld: *Aanhangsel Handelingen II* 2017/18, 288, Kamervragen met antwoorden over Deliveroo die alle koeriers in loondienst gaat vervangen door (schijn)zelfstandigen, d.d. 26 oktober 2017; *Aanhangsel Handelingen II* 2020/21, 2789, d.d. 18 mei 2021, Antwoord op vragen over het bericht dat de rechtbank opnieuw bevestigt dat Deliveroo-bezorgers gewoon werknemers zijn; ACM, *Leidraad Tariefafspraken zzp'ers*, 20 juli 2020; M. Canoy & K. Hellingman, 'De Mededingingswet en de onderkant van de arbeidsmarkt', *M&M* 2018, nr. 5; J. Truijens Martinez & S. Evans, 'Is het mededingingsrecht de reddingsboei van zwakke zzp'ers?', *TAC* 2019/8.

96 Communication of the Commission, Guidelines on the application of EU competition law to collective agreements regarding the working conditions of solo self-employed persons, Brussels 9 december 2021 C(2021) 8838 final; ook Eurofound, *Annual review of working life 2017*, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2018; Europese Commissie, *Inception Impact Assessment, Collective bargaining agreements for self-employed – scope of application of EU competition rules*, Ref. Ares(2021)102652-06/01/2021.

97 Voor zover het aannemingen van werk of een overeenkomst van opdracht betreft.

werkgevers(organisaties) waren in eerste instantie ook niet zonder meer uitgezonderd van het kartelverbod. In 1999 besliste het Hof van Justitie in de Albany-rechtspraak dat op een cao, hoewel deze inherent mededingingsbeperkend is, het kartelverbod niet van toepassing is.⁹⁸ Bij hun gezamenlijke inspanning om werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren zouden sociale partners niet aan het kartelverbod gebonden moeten zijn, omdat dit de doelstellingen van sociale politiek van het Verdrag te veel zou ondermijnen. De Nederlandse wetgever nam dit over in artikel 16 Mededingingswet (Mw) en lange tijd werd alles wat in de buurt van sociale partners kwam vermeden door onze eigen kartelwaakhond, de NMa, de oude Autoriteit Consument en Markt (ACM).⁹⁹ Maar dit betreft cao's afgesloten voor werknemers, en geen cao's voor zelfstandigen. Want dat zijn natuurlijk 'gewoon' afspraken tussen ondernemers, dus de NMa keurde cao-afspraken voor zelfstandige remplaçanten af, als tariefafspraken tussen ondernemingen.¹⁰⁰ Het Hof van Justitie oordeelt anders in het FNV KIEM-arrest in 2014.¹⁰¹ Sommige zelfstandigen zijn naar het oordeel van het Hof van Justitie zo onzelfstandig dat zij niet als onderneming aangemerkt kunnen worden, maar als schijnzelfstandigen.¹⁰² Onder andere naar aanleiding van deze uitspraak is de ACM bijgedraaid in haar visiedocument van 2017.¹⁰³

Een stap verder is het onderzoek van de ACM in de Leidraad tariefafspraken in 2020, met de mogelijkheid voor zzp'ers om afspraken te maken in de cao. De interessantste mogelijkheid is een nieuwe duiding van de reeds bestaande tweede uitzondering op het kartelverbod, de uitzondering voor efficiëntieverbetering uit artikel 6 lid 3 Mw. Die uitzondering was oorspronkelijk bedoeld om afspraken die 'bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang' toe te staan, ondanks het feit dat ze de concurrentie beperken. Het nastreven van objectief vast te stellen sociale bescherming van zzp'ers kan volgens de ACM onder omstandigheden als een efficiëntieverbetering worden aangemerkt.

98 HvJ EG 21 september 1999, C-219/97, ECLI:EU:C:1999:437 (*Drijvende Bokken*) en HvJ EG 21 september 1999, gevoegde zaken C-115/97 en C-117/97, ECLI:EU:C:1999:434 (*Brentjens Handelsonderneming B.V.*); HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*).

99 Besluit NMa 14 december 2000, zaak 1012/51 (*Van Eck Havenservice B.V.*). Besluit NMa 24 oktober 2006, zaak 5170/8.B368 (*CNV/VTG*).

100 Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Cao-tariefbepalingen voor zelfstandigen en de Mededingingswet*, Visiedocument Den Haag, december 2007.

101 ACM, *Leidraad Tariefafspraken voor zzp'ers in cao's*, 24 februari 2017; ACM, *Leidraad Tariefafspraken zzp'ers*, 20 juli 2020; Kamerstukken II 2018/19, 31311, nr. 219. HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM/Nederlandse Staat*).

102 Het Hof van Justitie construeert het begrip schijnzelfstandige als de zelfstandige die aan meer elementen van het begrip werknemer voldoet, zoals loon en gezag, dan aan elementen van het begrip onderneming; I. Graef & J. van den Boom, 'Platformwerkers en het mededingingsrecht: vloek of zegen voor de sociale bescherming?', in: N. Zekic, M. Houwerzijl & S. Montebovi (red.), *Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming: Sociaalrechtelijke uitdagingen in tijden van digitale transformatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 7.2.1.1.

103 ACM, *Leidraad Tariefafspraken voor zzp'ers in cao's*, 24 februari 2017.

7-5.3 Richtlijnen Platformwerk en cao's voor zelfstandigen

De Commissie heeft in de tussentijd twee voorstellen gedaan met een gelijk effect: de richtlijn betreffende de verbetering van arbeidsvoorwaarden bij platformwerk¹⁰⁴ en de al genoemde richtsnoeren ter verduidelijking van de toepassing van het mededingingsrecht op cao's van zelfstandigen. Volgens de richtsnoeren mogen niet alleen werknemers en schijnzelfstandigen ('nep-werknemers') collectieve afspraken maken omdat ze geen ondernemingen zijn, maar ook sommige echte zelfstandigen worden ontzien. Dat zijn de zelfstandigen die men kan vergelijken met werknemers (maar dat niet zijn?), of zij nu schijnzelfstandig zijn of niet: de economisch afhankelijke zelfstandigen en de zij-aan-zij zelfstandigen. Zij vallen in de voorstellen buiten het bereik van het kartelverbod, zolang zij voldoen aan de voorwaarden voor de uitzondering voor cao's. Daarnaast worden ook andere echte zelfstandigen uit de wind van het kartelverbod gehouden wanneer zij onderhandelen in het kader van nationale of EU-wetgeving of wanneer er sprake is van een duidelijke disbalans in onderhandelingsmacht.¹⁰⁵ Het kartelverbod blijft van toepassing op deze ondernemingen, maar wanneer er onderhandeld wordt om arbeidsvoorwaarden naar aard en doel te verbeteren, zal de Commissie niet ingrijpen.

Voor platformwerkers – als ultieme zwakkere tegenpartij – heeft de Commissie zelfs een heel eigen regime voorgesteld. Kort gezegd worden platformwerkers in het voorstel aan de hand van elementen gedefinieerd, wordt een weerlegbaar vermoeden van werknemerschap gecreëerd en krijgen zij het recht hun werkvoorwaarden collectief af te spreken. Bij de definitie van platformwerker spelen elementen van economische afhankelijkheid een grote rol. Denk bijvoorbeeld aan de beperkte vrijheid om werktijden te kiezen of het werk te aanvaarden of af te wijzen, een hoge mate van toezicht of controle op het werk en dergelijke. Eigenlijk doet dit denken aan de criteria die het Hof van Justitie introduceerde bij de schijnzelfstandige remplaçants in FNV KIEM, die door het Hof en in de richtsnoeren voor de toepassing van het kartelverbod als zij-aan-zij werkenden worden voorgesteld.¹⁰⁶

De voorstellen lijken een soort glijdende schaal voor te stellen. Uitgaande van werknemers, naar met werknemers te vergelijken werkenden – onder wie platformwerkers en schijnzelfstandigen – naar de echt zelfstandig werkenden met beduidend minder onderhandelingsmacht, tot aan echt zelfstandige ondernemers. De werknemers, de vergelijkbare werkenden en de echt zelfstandigen met minder marktmacht mogen afspraken maken die naar aard en doel hun arbeidsvoorwaarden verbeteren, zoals dat voor werknemers al gold sinds Albany.

104 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de raad betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk, COM(2021)762 final.

105 De nationale of de Europese wetgever kan dan bij wet bepaalde groepen de vrijheid geven om te onderhandelen, zoals bijvoorbeeld in de cultuursector. Disbalans in onderhandelingsmacht wordt verondersteld wanneer er onderhandeld wordt met een hele sector of een (of meer) tegenpartij(en) die een omzet boven € 2 miljoen hebben of meer dan tien personen in de staf hebben.

106 Ook ACM, *Leidraad Tariefafspraken zzp'ers*, 20 juli 2020.

De echt zelfstandigen met marktmacht mogen geen afspraken maken op grond van het kartelverbod. Het lijkt bij dit alles te draaien om *economische afhankelijkheid*, waarmee we een onderneming onder het kartelverbod kunnen herkennen, als een soort mededingingsrechtelijk synoniem voor het gezagsbegrip van het arbeidsrecht.

7.5.4 Economische afhankelijkheid

Hoewel het mededingingsrecht geen internationaal grondrecht nastreeft, maar enkel doelstellingen van het Verdrag, is het feit dat er meer oog is voor de arbeidsmarkt en zijn zwakkere deelnemers interessant.¹⁰⁷ Kern hierbij is *economische afhankelijkheid*. Wellicht kunnen we in het ook op ‘zwakkere deelnemers gerichte’ arbeidsrecht hier inspiratie opdoen. Het gezagsbegrip kan dan mede aan de hand van economische afhankelijkheid worden ingevuld, met daarin een glijdende schaal met grenswaarden voor de verschillende categorieën.

7.6. Over de toepassing van het op de internationale arbeidsovereenkomst toepasselijke recht

E. de Wind¹⁰⁸

7.6.1 Inleiding

Men zal na lezing van de wat cryptische titel van dit onderdeel wellicht denken dat als het toepasselijke recht is gevonden, dit gewoon kan worden toegepast. Maar zo makkelijk is dit niet altijd. Zelfs (of juist) niet als partijen bij de arbeidsovereenkomst een rechtskeuze hebben gemaakt. Ter inleiding dient het volgende. In 1957 is de Europese Economische Gemeenschap (EEG) opgericht. De EEG stond aan de basis van de huidige Europese Unie (EU). In 1980 werden de lidstaten het eens over een uniforme regeling voor het toepasselijke recht op (onder meer) de arbeidsovereenkomst in grensoverschrijdende gevallen. Dat jaar werd in Rome namelijk het EEG-Verdrag inzake het recht van toepassing op verbintenissen uit overeenkomst gesloten, ook wel het EVO genoemd.¹⁰⁹ Het EVO is voor Nederland pas in werking getreden op 1 september 1991.¹¹⁰ In het toelichtende rapport bij het EVO van Giuliano en Lagarde werd het belang voor de lidstaten aangegeven van een stelsel van uniforme verwijzingsregels: dit zou voorkomen dat een te grote verscheidenheid zou ontstaan tussen de internationaal privaatrechtelijke regels van de lidstaten en zou dus meer rechtszekerheid

107 Na afronding van dit artikel is als voorbeeld hiervan verschenen de *Guidelines on collective agreements bij solo self employed people*, ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_5796/.

108 Els de Wind is advocaat te Amsterdam.

109 Trb. 1980, 156.

110 Zie P. Vlas, ‘Veranderingen in het i.p.r.-overeenkomstenrecht geen revolutie maar ‘Evolutie’, TVVS 1991, nr. 91/9 voor de uitleg waarom dit pas na elf jaar gebeurde.

bieden.¹¹¹ In 2008 kwam Verordening Rome I in de plaats van het EVO.¹¹² Rome I is grotendeels een voortzetting van het EVO. Voor dit onderdeel is van belang dat artikel 3 en 6 EVO en artikel 3 en 8 Rome I zodanige gelijkenis met elkaar vertonen dat de rechtspraak van het Hof van Justitie over de EVO-artikelen blijven gelden voor de Rome I-artikelen.

7.6.2 De rechtskeuze in een ‘internationale arbeidsovereenkomst’

Er is steeds meer sprake van ‘grensoverschrijdend werken’ waarbij moet worden gezocht – al dan niet op basis van een expliciete of impliciete rechtskeuze – naar het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht. Alhoewel in het EVO en Rome I in artikel 6 respectievelijk 8 een regeling is opgenomen voor het vinden van het toepasselijke recht, is dat niet altijd makkelijk gebleken. Een van de redenen hiervoor is dat al vanaf de totstandkoming van het EVO onduidelijkheid bestond over de uitleg van de bepaling over de rechtskeuze door partijen. Het staat partijen vrij het recht te kiezen dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomst, maar deze keuze mag er niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij¹¹³ geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat zonder rechtskeuze van toepassing zou zijn geweest, het zogenoemde ‘objectief toepasselijke recht’. Het is duidelijk dat deze bepaling is bedoeld om de werknemer als de ‘sociaal economisch zwakkere’ partij te beschermen tegen een door de werkgever opgelegde, voor de werknemer ‘ongunstige’ rechtskeuze. De vrijheid van rechtskeuze is groot: het gekozen recht hoeft niet eens verband te houden met de arbeidsrechtelijke verhouding.¹¹⁴ In de praktijk is het vaak zo dat de werknemer zich niet eens realiseert dat een rechtskeuze in de arbeidsovereenkomst is gemaakt. En als dit al wel zo is, zal de werknemer veelal de gevolgen ervan niet overzien. Bovendien kan sprake zijn van een impliciete rechtskeuze, waarbij partijen weliswaar niet uitdrukkelijk een rechtskeuze hebben gemaakt, maar waarbij later, door een rechter of partijen zelf, bijvoorbeeld in onderhandelingen over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, wordt vastgesteld dat die rechtskeuze impliciet toch is gemaakt.

7.6.3 De controverse

Er hebben sinds 1980 twee opvattingen bestaan over de uitleg van artikel 6 lid 1 EVO (later art. 8 lid 1 Rome I). In de ene opvatting zijn de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht steeds van toepassing, ook al is het gekozen recht gunstiger voor de werknemer. De bepalingen van het gekozen recht gelden dan alleen als aanvulling op deze dwingende bepalingen. In de andere opvatting zijn de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke

111 Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst door Mario Giuliano, hoogleraar aan de Universiteit van Milaan, en Paul Lagarde, hoogleraar aan de Universiteit van Parijs I (*PbEG* 1980, C 282/1-50).

112 Verordening (EG) nr. 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) (*PbEU* 2008, L 177/6-16). Overigens is het EVO nog steeds van toepassing op arbeidsovereenkomsten die voor 17 december 2009 zijn gesloten.

113 Waar wordt gesproken over hij en hem, moet ook zij en haar worden gelezen.

114 Concl. A-G Wahl 16 april 2013, C-64/12, ECLI:EU:C:2013:241, par. 25 (*Schlecker/Boedeker*).

recht alleen van toepassing als de werknemer daardoor beter wordt beschermd. Strikwerda is altijd overtuigd aanhanger gebleven van de eerste (door hem genoemde ‘enge’) opvatting.¹¹⁵ Partijen maken een rechtskeuze die dan ‘staat’. Deze opvatting biedt – aldus Strikwerda – een eenvoudig en hanteerbaar systeem, en bovenal rechtszekerheid. De werknemer kan niet aan *cherry picking* doen waarbij hij ondanks de gemaakte keuze voor een bepaald rechtsstelsel een beroep doet op voor hem gunstige bepalingen uit het gekozen recht én uit het objectief toepasselijke recht. De rechter zou zich bovendien geconfronteerd kunnen zien met een samenstel van niet op elkaar afgestemde regelingen waarbij moet worden bepaald welke regelingen uit welk rechtssysteem gunstiger zijn voor de werknemer. Dit is moeilijk en vergt tijd. Opgemerkt wordt dat deze situatie zich ook voordoet bij de toegestane partiële rechtskeuze (partijen maken een rechtskeuze alleen voor een bepaald onderdeel van de overeenkomst) en *dépeçage* (partijen maken meerdere, verschillende rechtskeuzes voor verschillende onderdelen van de overeenkomst).¹¹⁶ De heersende leer ten aanzien van de uitleg van artikel 6 lid 1 EVO en artikel 8 lid 1 Rome I is echter steeds geweest dat de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht alleen dan van toepassing zijn als dit gunstiger uitpakt voor de werknemer. Vindt de werknemer onder het gekozen recht meer bescherming dan onder het objectief toepasselijke recht, dan vervangt het gekozen recht het objectief toepasselijke recht in zijn geheel. Deze door Strikwerda genoemde ‘ruime’ opvatting sluit beter aan bij het doel van het EVO en Rome I: de bescherming van de werknemer. Ook sluit deze beter aan bij het Rapport van Giuliano en Lagarde en de tekst van het EVO: de keuzevrijheid van partijen staat voorop en die wordt alleen beperkt ter bescherming van de werknemer, welke bescherming de werknemer in de ruime opvatting niet nodig heeft.¹¹⁷ Ook biedt de memorie van toelichting bij het EVO aanknopingspunten voor deze uitleg.¹¹⁸

Alhoewel er in lagere Nederlandse rechtspraak wel wordt verwezen naar de bescherming van de werknemer onder artikel 6 EVO en artikel 8 Rome I, geeft deze geen eenduidig beeld van welke opvatting wordt aangehangen. Vaak wordt volstaan met de opmerking dat de dwingende bepalingen moeten worden toegepast van het recht van de plaats waar gewoonlijk arbeid wordt verricht, wat dan veelal Nederlands recht is.¹¹⁹ Hierbij moeten we in ogenschouw nemen dat het vaak zo is dat het Nederlandse arbeidsrecht de werknemer een betere bescherming biedt en Nederlandse rechters wellicht om die reden al snel Nederlands

115 L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 182.

116 E.K.W. van Kampen, E. de Wind & E.C.A. Pronk, *Sdu commentaar Arbeidsrecht Thematisch Deel II*, Den Haag: Sdu 2022, p. 3417-3418.

117 Rapport Giuliano & Lagarde (PbEG 1980, C 282/1-50), p. 33 ten aanzien van art. 6 EVO: ‘(...) de bepalingen die volgens het tweede lid toepasselijk zijn prevaleren boven die van het gekozen recht en worden in plaats daarvan toegepast, voor zover deze bepalingen de werknemer beter beschermen dan het gekozen recht.’

118 Kamerstukken II 1988/89, 21059, nr. 3, p. 2 en 15 (MvT goedkeuringswet EVO).

119 K.C. Henckel, ‘Rechtskeuze in het IPR-arbeidsrecht: enkele gedachten over het begunstigingsbeginsel’, *NIPR* 2021, afl. 2, p. 261 en K.C. Henckel, ‘Gruber Logistics. Een einde aan de onduidelijkheid omtrent de rechtskeuze in de individuele arbeidsovereenkomst?’, *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context* 2021, nr. 4, p. 167 en de in noot 26 genoemde jurisprudentie.

recht toepassen. Op de vergelijking van rechtsstelsels of de verhouding tussen het gekozen recht en dwingende bepalingen van het objectief toepasselijk recht wordt dan niet ingegaan. Ook de Europese jurisprudentie gaf geen uitsluitel op dit punt, waarbij aantekening verdient dat het Hof van Justitie pas sinds 2004 uitleggingsbevoegdheid heeft inzake het EVO en later Rome I.¹²⁰

7.6.4 Gruber Logistics

Totdat vorig jaar het Hof van Justitie duidelijkheid bood in de zaak *Gruber Logistics*.¹²¹ Het arrest betreft twee gevoegde zaken waarin de Roemeense rechter het Hof van Justitie om uitleg vroeg over artikel 8 lid 1 Rome I. Roemeense vrachtwagenchauffeurs, in dienst van een in Roemenië gevestigde onderneming, stelden dat zij gewoonlijk in Duitsland respectievelijk Italië werkten. Ondanks de rechtskeuze voor Roemeens recht in hun arbeidsovereenkomsten stelden zij recht te hebben op het hogere Duitse respectievelijk Italiaanse minimumloon. Het Hof van Justitie koos – in lijn met de conclusie van advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona¹²² – voor de ruime opvatting: nu het minimumloon in Duitsland respectievelijk Italië hoger is, hebben de chauffeurs recht op het hogere loon zoals bepaald in het objectief toepasselijke recht, terwijl, zoals de advocaat-generaal in paragraaf 43 van zijn conclusie heeft beklemtoond, het gekozen recht van toepassing blijft op de rest van de contractuele verbintenis. Het Hof van Justitie stelt vervolgens expliciet¹²³ dat de nationale rechter eerst dient te bepalen wat het objectief toepasselijke recht is, vervolgens op basis van dit recht de regels dient vast te stellen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken, om ten slotte het niveau van bescherming onder die regels met de regels van het gekozen recht te moeten vergelijken.¹²⁴ Dan pas zal kunnen worden vastgesteld welke regels van het objectief toepasselijke recht eventueel moeten worden toegepast naast het gekozen recht. Uit de tekst van artikel 8 lid 1 Rome blijkt dat de vraag of de bepalingen over minimumloon in het Duitse en Italiaanse recht kwalificeren als regels waarvan niet bij overeenkomst mag worden afgeweken moet worden beantwoord naar het objectief toepasselijke recht, in deze zaken Duits respectievelijk Italiaans recht.

Helaas motiveert het Hof van Justitie de keuze voor de ruime opvatting niet. Strikwerda stipt in zijn noot onder het arrest¹²⁵ aan dat het Hof van Justitie geen aandacht besteedt aan de betekenis van artikel 8 lid 1 Rome I en de ontstaansgeschiedenis van de bepaling noch aan de systematiek van de verwijzingsregeling inzake arbeidsovereenkomsten. Met name interessant is zijn observatie dat het

120 Deze uitleggingsbevoegdheid is gebaseerd op de Protocolen bij het EVO-Verdrag van 19 december 1988 die pas op 1 augustus 2004 in werking zijn getreden, Trb. 2004, 186 en 187.

121 HvJ EU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-152/20 en C-2018/20, ECLI:EU:C:2021:600.

122 Concl. A-G Campos Sánchez Bordona 22 april 2021, gevoegde zaken C-152/20 en C-218/20, ECLI:EU:C:2021:323 (*Gruber Logistics*).

123 HvJ EU 15 juli 2021, gevoegde zaken C-152/20 en C-2018/20, ECLI:EU:C:2021:600, r.o. 27 (*Gruber Logistics*).

124 Zie concl. A-G Campos Sánchez Bordona 22 april 2021, gevoegde zaken C 152/20 en C 218/20, ECLI:EU:C:2021:323, par. 64 e.v. (*Gruber Logistics*) voor het onderscheid tussen 'bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken' in art. 8 lid 1 Rome I en 'bepalingen van bijzonder dwingend recht' in art. 9 Rome I.

125 NJ 2021/373.

Hof van Justitie niet ingaat op de vraag waarom bij de beperking van de rechtskeuzebevoegdheid moet worden gestreefd naar toepassing van het voor de werknemer gunstigste recht, terwijl bij het bepalen van het toepasselijke recht bij gebreke van een rechtskeuze de begunstiging van de werknemer – waarover inmiddels behoorlijk wat Europese jurisprudentie bestaat – geen enkele rol speelt. Het getrapte stelsel voor het vinden van het objectief toepasselijk recht van artikel 8 lid 2, 3 en 4 Rome I (art. 6 lid 1 en 2 EVO) is er namelijk op gericht het bij de arbeidsverhouding nauwst betrokken rechtstelsel van toepassing te laten zijn, ongeacht of dit stelsel de werknemer het gunstigst gezind is.¹²⁶

7.6.5 Rechtsvergelijking

Het Hof van Justitie kiest dus voor de ruime opvatting maar spreekt zich jammer genoeg niet uit over de vervolgvragen. Het stelt wel expliciet dat het de taak van de rechter is om de beschermingsniveaus van het objectief toepasselijke recht en het gekozen recht te vergelijken om zodoende te kunnen bepalen welke dwingende regels van het objectief toepasselijke recht en welke regels van gekozen recht moeten worden toegepast. Strikwerda stelt in zijn noot dat bij die rechtsvergelijking twee varianten denkbaar zijn. In de ene variant wordt het arbeidsrecht van beide rechtstelsels als geheel met elkaar vergeleken en vindt het rechtstelsel met het voor de werknemer hoogste beschermingsniveau toepassing. Het probleem hierbij is dat het voor een rechter schier onmogelijk is om het arbeidsrecht van het ene land met dat van het andere land te vergelijken. In de andere variant worden de regelingen over specifieke onderwerpen in elk van de beide rechtstelsels met elkaar vergeleken. Dit zou voor de rechter overzichtelijker zijn, maar hierbij doemt het al genoemde probleem van *cherry picking* op: de voor de werknemer gunstigste bepalingen uit beide rechtstelsels worden toegepast waarbij de werknemer beter wordt beschermd dan in het geval alleen het objectief toepasselijke of het gekozen recht van toepassing zou zijn geweest. Interessant is de vraag of de werknemer zich eigenlijk, ongeacht de aard van de zaak, al naar gelang het hem uitkomt kan beroepen op regelingen uit het ene dan wel uit het andere rechtstelsel.¹²⁷ Na Gruber blijft het dus onduidelijk of hele rechtstelsels moeten worden vergeleken of specifieke regelingen daaruit, maar ook hoe die vergelijking dan zou kunnen worden gemaakt. Het Hof van Justitie zal de betreffende punten in toekomstige zaken nader moeten uitwerken.

7.6.6 De Nederlandse rechter

Ondertussen geldt voor de Nederlandse rechter op de voet van artikel 10:2 BW dat de regels van internationaal privaatrecht en het door die regels aangewezen recht – dus ook vreemd recht – ambtshalve moeten worden toegepast. In de memorie van toelichting werd ten aanzien van artikel 10:2 BW vermeld:

¹²⁶ Concl. A-G Wahl 16 april 2013, zaak C-64/12, ECLI:EU:C:2013:241, par. 26 (Schlecker/Boedeker): het criterium van nabijheid.

¹²⁷ A-G Wahl, Schlecker/Boedeker, par. 36 vindt van niet. De regels ter bepaling van het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht mogen er niet toe leiden dat in alle gevallen, ongeacht de aard van het geding, het voor de werknemer gunstigste recht wordt toegepast.

‘Met betrekking tot de regel dat ook het door de conflictenregel aangewezen (buitenlands) recht ambtshalve dient te worden toegepast, valt er in de eerste plaats op te wijzen dat deze regel, die in zekere zin in het verlengde ligt van de ambtshalve toepassing van het conflictenrecht, strookt met artikel 25 Rv en dat hij in de rechtspraak van de Hoge Raad vaste voet heeft gekregen (...) en ook in het buitenland veelal als geldend recht wordt aanvaard.’¹²⁸

De vraag is hoe dit in de praktijk wordt vormgegeven. Buitenlands recht is niet altijd goed toegankelijk voor de rechter en als het niet alleen gaat over het vinden van een specifieke wettelijk bepaling, maar over vergelijking van rechtsstelsels, zal de rechter ook verdergaande kennis moeten verkrijgen van het buitenlandse recht. De rechter zal het buitenlandse recht op dezelfde manier moeten toepassen als in het betrokken land gebeurt en zal daarvoor ook kennis van buitenlandse literatuur en rechtspraak moeten hebben.

Alhoewel de *lex fori* (het recht van de rechter) niet zonder meer mag worden toegepast, lijken – als eerder gememoreerd – Nederlandse rechters zich in grensoverschrijdende arbeidsgeschillen waarin de onderhavige materie speelt vaak te beperken tot de overweging dat de dwingende bepalingen van het gewoonlijke werkland – veelal Nederland – van toepassing zijn. Niet te achterhalen valt dan of rechtsstelsels of specifieke bepalingen daaruit zijn vergeleken. En dus ook niet of is geconcludeerd welke dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht gunstiger voor de werknemer zijn en dus moeten worden toegepast en welke regels van het gekozen recht ter aanvulling daarop blijven gelden.¹²⁹ Niet in alle gevallen zal het objectief toepasselijke recht kunnen worden gevonden op de voet van artikel 8 lid 2 Rome I (het gewoonlijke werkland) en zou de rechter – toegegeven: soms – moeten uitkomen bij het recht van het land waar de vestiging zich bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen (art. 8 lid 3 Rome I) of – al wat vaker – bij het recht van een ander land waarmee nauwere banden bestaan (art. 8 lid 4 Rome I). Diepgaande rechtsvergelijking is overigens waarschijnlijk niet in alle zaken nodig. Ik heb dit niet nader onderzocht, maar misschien was het in het merendeel van de zaken waarin is geconstateerd dat de Nederlandse rechter ‘zich er makkelijk van af maakte’ duidelijk dat Nederland het gewoonlijke werkland was én dat het objectief toepasselijke Nederlandse recht voor de werknemer gunstiger was dan het gekozen recht.

Dit neemt niet weg dat het Nederlandse procesrecht de rechter mogelijkheden verschafft om in iedere stand van de procedure partijen te vragen om stellingen toe te lichten of bepaalde op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen, dus ook over buitenlands recht of over de vergelijking van meerdere rechtsstelsels of specifieke bepalingen daaruit (art. 22 Rv). Daarnaast kan de rechter partijen verzoeken stellingen nader te onderbouwen of nadere informatie

¹²⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32137, nr. 3, p. 8-10 (MvT bij art. 10:2 BW); verwezen wordt naar bijvoorbeeld HR 3 september 1999, NJ 2001/405 en HR 22 februari 2001, NJ 2003/483. De ambtshalve toepassing is beperkt in die zin dat in cassatie niet vernietigd mag worden op grond van onjuiste toepassing in feitelijke instantie van vreemd recht.

¹²⁹ K.C. Henckel, ‘Gruber Logistics, een einde aan de onduidelijkheid omtrent de rechtskeuze in de individuele arbeidsovereenkomst?’, *Tijdschrift voor Arbeidrecht in Context* 2021, nr. 4, p. 167.

te verstrekken (art. 87 Rv).¹³⁰ Dit kan zowel in de dagvaardingsprocedure als in de verzoekschriftprocedure.¹³¹ Bij een mondelinge behandeling kan het helpen als de rechter een inhoudelijke agenda opstelt, waarin hij aanwijzingen kan geven en vraagpunten kan opwerpen.¹³² Partijen leggen ook wel zelf advies over van een externe deskundige over buitenlands recht, alhoewel dit relatief hoge kosten met zich brengt. De rechter kan daarop bovendien niet zomaar vertrouwen. Adviezen van partijdeskundigen leiden niet altijd tot dezelfde advisering als wanneer een rechter zelf advies zou vragen over het toepasselijke recht, omdat zij mogelijk geneigd zijn in het voordeel van die partij te schrijven die om het advies heeft verzocht. Deze adviezen zullen daarom vaak onderling verschillen. Zo wordt de rechter alsnog geconfronteerd met uiteenlopende adviezen over vreemd recht en zal hij zelf nader onderzoek moeten (laten) verrichten naar de inhoud van het buitenlandse recht.¹³³ Dit kan bijvoorbeeld door inlichtingen te vragen bij het Internationaal Juridisch Instituut (IJI). Het is ook mogelijk dat de rechter op verzoek van een partij of ambtshalve een deskundigenbericht beveelt (art. 194 Rv e.v.), waarbij onder meer gedacht kan worden aan de inschakeling van een instantie als het T.M.C. Asser Instituut.¹³⁴ Een rechter kan ook inlichtingen over buitenlands recht inwinnen op de voet van artikel 67 lid 1 Rv.¹³⁵ Ik betwijfel of dit in de praktijk vaak gebeurt.

7.6.7 Tot slot

We zullen moeten afwachten of rechters zich beter van hun taak zullen gaan kwijten wat betreft de toepassing van buitenlands arbeidsrecht, met name de vergelijking van de beschermingsniveaus van de werknemer naar het objectief toepasselijke recht en het gekozen recht. Wellicht dat zij de zaken op pragmatische wijze blijven afdoen, wat tot nu toe niet tot grote problemen heeft geleid.

130 A.S. Rueb, E. Gras, R.G. Hendrikse & A.W. Jongbloed, *Compendium van het Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, 143-147.

131 Zie art. 297 lid 6 Rv waarin is bepaald dat art. 87 t/m 90 Rv ook in de verzoekschriftprocedure van toepassing zijn tenzij de aard van de zaak of de betreffende verzoekschriftprocedure zich hiertegen verzet.

132 H. ten Haaf in: *De Mondelinge behandeling in civiele zaken*, Den Haag; Boom juridisch 2019, p. 488 e.v.

133 R.J. Blauwhoff & J.M.J. Keltjens, 'Hoe een advies van het Internationaal Juridisch Instituut anno 2014 behulpzaam kan zijn. Rechtsvinding van buitenlands recht: wat wordt er van de rechter verwacht?', *Trema* januari 2014, p. 8 e.v.

134 Wie van de partijen uiteindelijk de kosten daarvan draagt, wordt bepaald in de proceskostenbeslissing (art. 237 Rv).

135 Overeenkomstig art. 3 Europese Overeenkomst nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht (*Trb.* 1968, 142).

7.7 Migratierecht: op naar beter

B.J. Maes¹³⁶

7.7.1 Inleiding

Migratierecht, ook wel arbeidsmigratierecht of *corporate immigration* genoemd, ziet kort gezegd op het mogelijk maken van legaal werken en verblijven van mensen in Nederland (*inbound*) of buiten Nederland (*outbound*). In beginsel is dat naar het immigratierecht van het (beoogde) werkland. Er zijn mij, behoudens Noord-Korea, geen landen bekend met echte, harde uitreisbeperkingen of -verboden, dus het omgekeerde – *emigratierecht* – bestaat eigenlijk niet.¹³⁷ In Nederland hebben we het bij arbeidsmigratierecht over de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) – in beginsel uitgevoerd door het UWV (ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) – en de Vreemdelingenwet (Vw), uitgevoerd door de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) (ministerie van Justitie en Veiligheid). Dit alles uiteraard met de onderliggende regelgeving, inclusief de vrij omvangrijke Vreemdelingencirculaire die een welhaast mythische status heeft in het Nederlandse vreemdelingenrecht, maar uiteindelijk toch maar een verzameling van beleidsregels is. Van belang is nog om een onderscheid te maken tussen regulier vreemdelingenrecht – daar gaat het met name over in deze bijdrage – en asiel. Verder is het natuurlijk zo dat alle EU-, EER- en Zwitserse onderdanen volledig zijn uitgesloten van de Wav en van de meeste delen van het vreemdelingenrecht nu er binnen de EU/EER (en Zwitserland) sprake is van vrij verkeer van personen en vrij werknemersverkeer. Daar gaat deze bijdrage niet over, maar wel over personen die niet over een EU-, EER- of Zwitserse nationaliteit beschikken: ‘derdelanders’ in het jargon.

In deze bijdrage wil ik vier concrete voorstellen doen hoe het immigratierecht in Nederland te verbeteren en aan te passen. De eerste suggestie betreft de indeling van de uitvoering van migratierecht: van twee loketten naar één (par. 7.7.2). De tweede suggestie houdt hiermee verband: ik pleit voor een verdergaande communautarisering, inclusief uitvoering, van (delen van) het reguliere migratierecht (par. 7.7.3). Ten derde meen ik dat we asielzoekers beter zouden moeten activeren (par. 7.7.4). Tot slot suggereer ik een inhoudelijke wijziging, de afschaffing van de toets aan prioriteitgenietend aanbod als hoofdregel van de Wav (par. 7.7.5).

7.7.2 Van de huidige twee loketten in Nederland naar één

De duale vormgeving van het Nederlandse arbeidsmigratierecht – Sociale Zaken gaat over toegang tot de arbeidsmarkt terwijl Justitie gaat over het verblijf

¹³⁶ Bart Maes is advocaat te Breda.

¹³⁷ Wel stellen bepaalde landen eisen aan uitreis, bijvoorbeeld voor arbeid. Denk aan de Philippine Overseas Employment Administration (POEA) waarbij een buitenlandse werkgever of een binnenlandse bemiddelaar bepaalde toezeggingen moet doen aan de Filipijnse autoriteiten wat betreft arbeidsvoorwaarden enz. teneinde uitbuiting van hun onderdanen in het buitenland tegen te gaan.

in Nederland¹³⁸ – is historisch te verklaren, maar is tegenwoordig een van de voornaamste redenen dat het Nederlandse (arbeids)migratierecht zo verschrikkelijk complex is: het is niet geschreven vanuit het oogpunt van de vreemdeling, de beoogde werkgever of zelfs maar de bescherming van de Nederlandse arbeidsmarkt, maar vanuit het oogpunt van deze ongewenste bevoegdheidsverdeling. Dit kwam scherp aan het licht toen de Richtlijn¹³⁹ geïmplementeerd moest worden in Nederland in 2013 (als ik me niet vergis was Nederland zelfs te laat met de implementatie). De doelstelling van de richtlijn was en is om binnen Europa te komen tot één procedure voor zowel arbeid als verblijf, maar ook tot één document: een single permit. Zo luidt ook de eerste zin van de derde preambule bij de richtlijn:

‘De invoering van één enkele aanvraagprocedure die leidt tot een gecombineerde titel, die zowel een verblijfs- als een arbeidsvergunning omvat, in het kader van één administratieve handeling, zal bijdragen tot de vereenvoudiging en harmonisering van de regels die thans in de lidstaten van toepassing zijn.’

Voor veel lidstaten was dat een fluitje van een cent, maar in Nederland heeft dat, gelet op genoemde bevoegdheidsverdeling, tot een draak van een regeling geleid die de zogenoemde Gecombineerde vergunning verblijf en arbeid, oftewel de GVVA, heeft gebaard. Daar waar voorheen sprake was van twee procedures – één voor een tewerkstellingsvergunning (twv) bij het UWV en één voor een verblijfsvergunning (vvr, wat staat voor ‘verblijfsvergunning regulier’) bij de IND – is dat nu één procedure geworden. Hierbij wordt bij de aanvraag over en weer geschoven tussen UWV en IND, waardoor de behandelingsduur en afstemmingsproblematiek alleen maar groter zijn geworden.

Inhoudelijk zijn wel positieve wijzigingen ingevoerd. Zo heeft men van de gelegenheid gebruikgemaakt om de zogeheten TEV-procedure in te voeren: één procedure voor toegang én verblijf (vandaar: TEV) waardoor een separate MVV-aanvraag (machtiging tot voorlopig verblijf) tegenwoordig slechts nog een formaliteit is bij een Nederlandse vertegenwoordiging in het buitenland als de IND een inwilligend besluit heeft genomen.¹⁴⁰

Een belangrijke uitdaging voor Nederland is dan ook om zo snel mogelijk alles onder te brengen bij één instantie onder de auspiciën van één ministerie. Het ligt voor de hand dat dat de IND en het ministerie van Justitie en Veiligheid

138 En op de keper beschouwd ook nog Buitenlandse Zaken over de afgifte van visa voor kort verblijf – tegenwoordig vrijwel allemaal ‘Schengenvisa’ genoemd naar het stadje in Luxemburg waar de basis werd gelegd voor wat we tegenwoordig het ‘Schengenacquis’ noemen – en visa voor beoogd lang verblijf, de zogenoemde machtiging tot voorlopig verblijf (MVV). In de praktijk worden veel zaken echter door de IND waargenomen, althans wat de besluitvorming betreft. Bovendien zijn veel nationaliteiten inmiddels vrijgesteld van de visumplicht voor kort verblijf.

139 Richtlijn 2011/98/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 betreffende één enkele aanvraagprocedure voor een gecombineerde vergunning voor onderdanen van derde landen om te verblijven en te werken op het grondgebied van een lidstaat, alsmede inzake een gemeenschappelijk pakket rechten voor werknemers uit derde landen die legaal in een lidstaat verblijven (PbEU 2011, L 343/1-9).

140 Dit los van de niet MVV-plichtige nationaliteiten waarvoor in wezen een iets eenvoudiger procedure geldt: Australië, Canada, Japan, Monaco, Nieuw-Zeeland, Vaticaanstad, Verenigd Koninkrijk, Verenigde Staten van Amerika en Zuid-Korea.

zouden moeten zijn. Dan kan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid nog wel ‘cosponsor’ zijn van bepaalde wet- en regelgeving, maar ligt de uitvoering tenminste wel op één plek en kan er werk gemaakt worden van het aanzienlijk vereenvoudigen én het verder digitaliseren van bepaalde procedures en processen.

7.7.3 Verdergaande communautarisering

Dat geldt a fortiori nu grote delen van het migratierecht, ook en vooral wat betreft arbeidgerelateerde verblijfsdoelen, inmiddels in hoge mate communautair van oorsprong zijn: de *blue card* (2009/50/EG), de ICT-regeling (2014/66/EU), de *single permit* (2011/98/EU), de Seizoensarbeidsrichtlijn (2014/36/EU), de Compilatierechtlijn wat betreft vrij verkeer en verblijf (2004/38/EG), de Gezinsherenigingsrichtlijn (2003/86/EG), langdurig ingezetene derdelanders (2003/109/EG) enzovoort komen allemaal uit Brussel en zijn allemaal in Nederland én in de andere lidstaten op de een of andere manier geïmplementeerd. Implementatie is eenvoudiger als immigratierecht in één hand wordt gelegd. Dat vermindert eenvoudigweg de complexiteit die verbonden is aan het uitrollen van regelgeving over twee instanties. Maar ook overigens is immigratierecht complex. Om die reden kan ook ten aanzien van zaken die niet meteen uit een richtlijn of een verordening naar voren komen, beter met één nationale instantie worden gewerkt. Denk aan Besluit 1/80 van de Associatieraad EEG-Turkije voor wat betreft Turken én de uitleg die het Hof van Justitie heeft gegeven in een lange rij jurisprudentie vanaf de zaak *Vander Elst*¹⁴¹ aan de vrijheid van dienstverrichting, thans gecodificeerd in de artikelen 56 en 57 VWEU. Beide, veelal op jurisprudentie gebaseerde, verblijfsdoelen met zeer verstrekkende gevolgen zijn niet meer weg te denken uit het (arbeids)migratierecht en vormen dan ook een verblijfsdoel op zich.¹⁴² Hetzelfde geldt voor de zogenoemde Zwitserlandovereenkomst waardoor ook Zwitsers zonder vergunning mogen werken en verblijven in de EU (en – zij het minder vergaand – omgekeerd). En hoewel de EU lastige tijden kent en een antiglobalistisch sentiment onder grote delen van de bevolking lijkt te heersen, verwacht ik – als de EU alle stormen doorstaat – een verdergaande communautarisering van in elk geval het arbeidsmigratierecht. Dat is, zeker gelet op de vier belangrijkste pijlers van de Unie, een goede zaak. Zelfs als dat betekent dat een deel van de uitvoering van het reguliere vreemdelingenrecht – waaronder in elk geval het arbeidsmigratierecht, dat toch het nauwst verbonden is met de interne markt – aan de EU zelf wordt geattribueerd en door de EU zelf wordt uitgevoerd. Met name de intra-EU-mobiliteit (lees: de erkenning door lidstaten van elkaars vergunningen) van derdelanders is immers nog steeds een belangrijke beperking binnen de EU/EER, een beperking die bijvoorbeeld aan Amerikanen niet uit te leggen valt. Dus tenzij ook de uitvoering op relatief korte termijn communautair wordt, kun je als lidstaat tegenover al dat EU-geweld maar beter een niet al te veel gefragmenteerde uitvoering hebben in eigen land en voorzien in een goed geoliede

141 HvJ EG 9 augustus 1994, C-43/93, ECLI:EU:C:1994:310 (*Vander Elst/Office des migrations internationales*).

142 Zie bijvoorbeeld voor wat betreft ‘grensoverschrijdende dienstverlening’ art. 3.4 lid 1 aanhef en onder i Vreemdelingenbesluit (Vb).

machine die de marsorders uit Brussel wat betreft het reguliere vreemdelingenrecht prima kan implementeren. Dat is nu in Nederland niet het geval. Wij bevinden ons wat dat betreft overigens niet in *splendid isolation*; in bijvoorbeeld Duitsland met de verschillende ‘Länder’ is dit nog erger. En dat brengt aanzienlijke economische kosten met zich mee én comparatieve nadelen ten opzichte van bijvoorbeeld een machtsblok als de Verenigde Staten. Maar liever nog zie ik een verdergaande communautarisering – inclusief uitvoering – van (delen van) het reguliere migratierecht waarbij de EU, al is het maar om juridische en politieke redenen, beter verre kan blijven van het asielrecht. Daarvoor is het water veel te diep tussen de verschillende lidstaten. Dat is nu eenmaal de realiteit en wie dat niet inziet, bewijst de EU geen dienst.

7-7-4 Het activeren van asielzoekers

De Richtlijn tijdelijke bescherming (2001/55/EG) die nu voor het eerst is ingezet ten aanzien van Oekraïense oorlogsvluchtelingen is de heel specifieke uitzondering die voornoemde regel bevestigt. *Desperate times call for desperate measures*. Wat overigens wel interessant zou zijn is om na de oorlog – en laat ons hopen dat dat moment zeer dichtbij is – de vrije arbeidsmigratie met Oekraïne op de een of andere manier in stand te laten. Van nogal wat arbeidsmigranten die met name vanaf de jaren zestig naar Nederland zijn gehaald, is bekend dat zij (dan wel hun nakomelingen) wel terug zouden willen naar hun land van herkomst als ze daarmee maar niet hun recht zouden verliezen om terug te keren naar Nederland. In migratiekringen is al vaker gepleit voor meer circulaire migratie. De toetreding van de Oost-Europese landen en uiteindelijk de volledige toelating van Oost-Europeanen tot de West-Europese arbeidsmarkten heeft bewezen dat er een kern van waarheid in die theorie zit: zij keren met de op- en neergaande conjunctuur aldaar of alhier terug naar hun land van herkomst of andersom. Dat brengt mij bij een volgende uitdaging: het activeren van asielzoekers. Of het nou gaat om onderwijs of werk, feit is dat veel asielzoekers in stilte en inactiviteit wegwijnen. Dat is zonde van het talent dat op een relatief makkelijke manier ontsloten zou kunnen worden, zeker als de asielprocedures aanzienlijk ingekort kunnen worden en er eindelijk werk wordt gemaakt van een adequaat uitzettingsbeleid (bij ontstentenis waarvan de problemen aan de onderkant van de arbeidsmarkt – zwart werk, illegaliteit, enzovoort – welig zullen blijven tieren) waardoor je alleen de zogenoemde ‘statushouders’ (lees: toegelaten voor asiel in Nederland) overhoudt. Dat is een doelgroep met een enorme potentie. Met een sterk vergrijzende bevolking en derhalve een krimpend arbeidsmarktpotentieel, zal de wal het schip uiteindelijk wel keren want de markt vraagt – neen: smeekt – om ontsluiting van dat potentieel. Om van de statushouders zelf nog maar te zwijgen: die willen ook vooruit, deel uitmaken van en bijdragen aan hun nieuwe vaderland. En het is bovendien relatief eenvoudig én goedkoop. Een *quick win* dus.

7-7-5 Prioriteitsgenietend aanbod

En dat brengt mij bij de laatste grote uitdaging die ik binnen dit bestek kan beschrijven: het afschaffen of in elk geval sterk mitigeren van de hoofdregel van de Wv. Deze steen des aanstoots staat in artikel 8 lid 1 aanhef en in elk geval

onder a, b en c Wav waarbij het bepaalde onder lid 1 aanhef en onder a als volgt luidt: 'Onze Minister weigert een tewerkstellingsvergunning of Onze Minister van Veiligheid en Justitie weigert een gecombineerde vergunning: a. indien voor de desbetreffende arbeidsplaats prioriteitgenietend aanbod op de arbeidsmarkt aanwezig is.' Lees: eigen volk – in dit geval EU- en EER-onderdanen – eerst. Deze toch al behoorlijk vage en bijna niet te slechten hobbel is bij de voorlaatste herziening van de Wav onder toenmalig minister Asscher zelfs nog aangescherpt en bij de laatste herziening ongemoeid gelaten. En dat is een gemiste kans want het leidt tot onnoemelijke administratieve rompslomp met zeer geringe kansen op succes: ruim 90% van alle 'vol te toetsen' aanvragen voor een twv of een GVVA wordt afgewezen. Nu hebben we gelukkig een heel arsenaal aan uitzonderingen op die hoofdregel, hetzij in de vorm van vrijstelling van de twv-plicht (deze zijn met name in het Besluit uitvoering Wav 2022 opgenomen), hetzij in de vorm van bijzonder twv's/GVVA's (deze zijn met name opgenomen in de Regeling uitvoering Wav 2022).

De bekendste uitzondering is waarschijnlijk de kennismigrantenregeling (die overigens niets met kennis *as such* te maken heeft, maar dat terzijde). Dat is een *single permit* die door een (beoogd) werkgever via een *single procedure* kan worden aangevraagd als hij of zij erkend is als referent voor de verblijfsdoelen arbeid en kennis en de (beoogde) werknemer een vast, maandelijks en naar Nederlandse maatstaven marktconform inkomen geniet van minimaal € 4.840¹⁴³ bruto per maand voor 30-jarigen en ouder (op het moment van binnenkomst) of € 3.549 bruto per maand voor 30-minners, alles exclusief minimaal 8% vakantietoelagen. Er is ook nog een verlaagd criterium waar vrijwel geen enkele werkgever zich van bewust is: € 2.543 bruto per maand exclusief minimaal 8% vakantietoelagen voor in Nederland op minimaal hbo-niveau afgestudeerden dan wel voor degenen die aan een door de IND gedefinieerde top-200 universiteit zijn afgestudeerd. Een schoolvoorbeeld van hoe het zou moeten.

Deze salariscriteria – waarbij er ook nog een criterium van € 5.670 bruto per maand exclusief vakantietoelagen geldt voor de *blue card*-regeling – lopen als een rode draad door het arbeidsmigratierecht heen: voor alles eronder geldt het restrictieve vreemdelingenbeleid en voor alles erboven lijkt een 'ja, tenzij-beleid' te gelden. Omvangrijke sectoren met grote tekorten – denk aan de zorg of technische beroepen – voldoen niet aan deze criteria. Werkgevers willen dergelijke salarissen misschien nog wel betalen – schaarste maakt immers duur – maar worden in de weg gezeten door standaard-cao's (hetgeen zeker in de zorg het geval is, nog los van de schier onoplosbare BIG-problematiek) of doorstaan de marktconformiteitstoets van het salaris niet. Ik pleit er dan ook voor om veel meer van ons arbeidsmigratierecht met gedifferentieerde salariscriteria die aansluiten bij (cao)normen binnen sectoren met grote tekorten te modelleren aan de hand van onze kennismigrantenregeling. Duitsland heeft deze oefening enkele jaren geleden in beperkte mate al gemaakt en ook België kent een omvangrijke groep 'knelpuntberoepen'. Ook wij hadden vroeger uitzonderingen voor bepaalde beroepsgroepen, maar die uitzondering bestaat nu in wezen alleen nog voor de Aziatische horeca: eerst een convenant waar niemand zich

143 Alle genoemde criteria zijn de 2022-criteria; de salariscriteria worden elk jaar met ingang van 1 januari geïndexeerd.

aan gehouden heeft en later een vaste regeling. Veel werkgevers in sectoren die veel belangrijker zijn en met veel grotere tekorten kampen, storen zich aan de status aparte voor de Aziatische horeca. Er zouden dus meer sectoren en/of beroepsgroepen moeten worden aangeduid, al dan niet gekoppeld aan een erkenning van de werkgever als referent en al dan niet gekoppeld aan een markt-c.q. cao-conform salariscriterium die via een *single procedure* leidt tot een *single permit*, alleen, geldig voor een bepaald beroep en/of een bepaalde sector. Deze lijst van beroepen en/of sectoren kan jaarlijks naar behoefte – lees: tekorten – worden herzien met respect voor reeds toegelaten vreemdelingen, evenals de daaraan gekoppelde salariscriteria. De gevreesde verdringing van lokaal aanbod zal uitblijven bij gebrek aan iets om te verdringen. In de zorg is er nu al een tekort van ca. 40.000 verpleegkundigen wat naar verwachting zal oplopen naar ca. 125.000. Uiteraard moeten de arbeidsvoorwaarden in die sector aanzienlijk verbeteren, maar met geld alleen ben je er niet. Er zijn eenvoudigweg te weinig kandidaten en er is hoogstens sprake is van een beperkte frictiewerkloosheid in die sector. Werkgevers vissen dus constant uit dezelfde, steeds kleiner wordende vijver. Dat vraagt om een gedurfde maar oh zo noodzakelijke, resolute aanpassing van de Wav die er wat mij betreft liefst morgen al mag komen.

7.7.6 Tot slot

Nu snap ik dat niet alle wijzigingen ineens kunnen worden doorgevoerd en er keuzes moeten worden gemaakt. Welnu, als ik een keuze zou moeten maken welke van deze vier wijzigingen op een zo kort mogelijke termijn door te voeren, zou ik kiezen voor de laatstgenoemde: de herziening van de hoofdregel in de Wav.

7.8 Een wegging van het voorgaande

Uit dit hoofdstuk volgt dat er behoefte bestaat aan duidelijkheid waar het de samenhang tussen EU-recht en nationaal recht betreft. Duidelijkheid over het antwoord op de vraag wie aan zet is op het gebied van arbeidsrechtwetgeving – is dat de lidstaat of de EU – maar ook duidelijkheid over de wijze van doorwerking van grondrechten uit het Handvest. De op dit moment ter zake gemaakte keuzes lijken niet altijd even consistent en voorspelbaar. Dat kan beter en daarvoor zijn in het voorgaande specifieke aanbevelingen gedaan.

Eenzelfde gebrek aan duidelijkheid wordt gesignaleerd ten aanzien van de in Nederland geldende kernarbeidsvoorwaarden die van toepassing zijn op naar Nederland gedetacheerde werknemers van een EU-dienstverrichter. Deze dienstverrichter moet op juiste wijze die kernarbeidsvoorwaarden toepassen, maar het is een bijzonder lastige zaak in het vizier te krijgen welke arbeidsvoorwaarden precies gelden. Ook dat kan en moet beter. Duidelijkheid is ook een thema op het gebied van toepasselijk recht op de internationale arbeidsovereenkomst. Het Hof van Justitie heeft weliswaar inmiddels vastgesteld hoe moet worden omgegaan met een situatie dat de rechtskeuze verschilt van het recht dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomst zonder die rechtskeuze, maar hoe dit in de

praktijk precies uitwerkt, blijkt lastig te bepalen. De pragmatische inslag van de Nederlandse rechter biedt hier mogelijk (een betere) uitkomst.

Verder wordt aandacht gevraagd voor knellende Europese regels voor zelfstandigen. Zij mogen in principe niet deelnemen aan collectieve onderhandelingen. Het kartelverbod staat hieraan in de weg. Dat absolute verbod staat echter op de tocht, omdat het besef groeit dat de verschillen tussen werknemers en zelfstandigen in de praktijk niet altijd groot zijn. De ontwikkeling in dit denken en de wens voor aandacht voor 'economische afhankelijkheid' worden fraai in beeld gebracht. Ook het Nederlandse migratierecht is onder de loep gelegd. Verbetering lijkt ook hier mogelijk. Dat zou onder meer kunnen worden vormgegeven door één loket voor te schrijven voor de uitvoering van migratierecht in plaats van de huidige twee loketten. De toets aan prioriteitgenietend aanbod wordt ter discussie gesteld en de suggestie wordt gedaan migratierecht in toenemende mate Europees te regelen.

Wij realiseren ons dat dit slechts een greep is uit het rijke en brede veld van 'arbeid over de grenzen heen'. Het hoofdstuk maakt duidelijk dat er genoeg te zeggen en te verbeteren valt op dit interessante terrein.