

Vergaderjaar 2020–2021

35 359

Initiatiefnota van de leden Segers en Marijnissen over een Actieplan arbeidsmigratie

Nr. 23

VOORLICHTING VAN DE AFDELING ADVISERING VAN DE RAAD VAN STATE

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 18 november 2020

Bij brief van 1 juli 2020 heeft de Voorzitter van de Tweede Kamer op de voet van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State aan de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd de Tweede Kamer van voorlichting te dienen over het reguleren van het vrije verkeer van personen en diensten.

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	2
	a. Verzoek om voorlichting	2
	b. Kernboodschap en leeswijzer	2
2.	Achtergrond van het verzoek om voorlichting	3
	a. Situatieschets	3
	b. Aanpak van de regering	5
	c. Initiatiefnota actieplan arbeidsmigratie	6
3.	Unierechtelijk kader	7
	a. Inleiding	7
	b. Rechten van arbeidsmigranten	9
	c. Rechten en plichten van werkgevers	12
	d. Handhavingsverplichtingen voor de lidstaten	14
	e. Ruimte voor aanvullende maatregelen	15
4.	Samenvattende conclusie	18
	a. Algemeen	18
	b. Mogelijkheden voor nationale regels om misstanden tegen te gaan	18
	c. Het belang van handhaving; waterbedeffecten	20
	d. Mogelijke Unierechtelijke verkenningen	21
	e. Tot slot	21

1. Inleiding

a. Verzoek om voorlichting

De Tweede Kamer heeft op 1 juli 2020 een voorlichtingsverzoek ingediend waarin de volgende vraag aan de Afdeling advisering van de Raad van State is gesteld:

«Kan de Afdeling in kaart brengen of het mogelijk is – en zo ja, welke mogelijkheden het huidige Europese Unierecht biedt – om op nationaal niveau additionele regels te stellen op het terrein van arbeidsmigratie binnen de EU?»

Deze vraag komt voort uit een motie van het lid Bruins.¹ Daaraan zijn verschillende moties en een initiatiefnota van de leden Segers en Marijnissen over een actieplan arbeidsmigratie vooraf gegaan.² In het voorlichtingsverzoek wordt de Afdeling verzocht zo dicht mogelijk aan te sluiten bij de motie van het lid Bruins, en wordt verwezen naar de initiatiefnota en een aantal van de moties die zijn aangenomen in het debat over de initiatiefnota.³

b. Kernboodschap en leeswijzer

In deze voorlichting wordt uiteengezet dat het Unierecht ruimte biedt voor nationale maatregelen op het terrein van sociale bescherming. Daarbij dienen de lidstaten rekening te houden met het toepasselijk secundair recht (verordeningen en richtlijnen) en met de relevante randvoorwaarden die voortvloeien uit het Verdrag betreffende de werking van de Unie (VWEU). Elke afzonderlijke maatregel moet worden getoetst aan de specifieke regels die alsdan van toepassing zijn (denk aan, onder andere, de Detacheringsrichtlijn, de Dienstenrichtlijn en de Uitzendrichtlijn). Noodzaak en proportionaliteit dienen te worden aangetoond. Eventuele maatregelen mogen het niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken om van de rechten van het vrije verkeer gebruik te maken. Ook zal rekening moeten worden gehouden met de regels die in andere lidstaten gelden (wederzijdse erkenning).

Vanuit het Unierecht bezien, zijn maatregelen het meest kansrijk wanneer die niet aanknopen bij de vorm waarin arbeidsmigratie plaatsvindt, maar bij de concrete misstanden die zich voordoen, met name met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden, arbeidsomstandigheden, (volks-)gezondheid of huisvesting, en het (gemeentelijk en nationaal) toezicht daarop, respectievelijk de handhaving daarvan. Maatregelen op deze terreinen zijn ook uit oogpunt van effectiviteit te overwegen. De Afdeling verwijst hiervoor naar het advies van het Aanjaagteam bescherming arbeidsmigranten.

Hierna schetst de Afdeling eerst de achtergrond van het verzoek om voorlichting (paragraaf 2) en brengt zij het relevante Unierechtelijke kader in kaart voor de beoordeling van eventuele nationale regulering van arbeidsmigratie (paragraaf 3). Aan de hand van dit Unierechtelijke kader wordt vervolgens beoordeeld welke mogelijkheden er zijn om op nationaal niveau additionele regels te stellen op het terrein van arbeidsmigratie binnen de EU. In de laatste paragraaf (paragraaf 4) volgen de samenvatting en conclusies.

¹ Kamerstukken II 2019/20, 35 359, nr. 21.

² Kamerstukken II 2019/20, 35 359, nr. 2 (initiatiefnota) en Kamerstukken II 2019/20, 35 359, nrs. 6–7, 9–10, 12–14, 19–20 (aangehaalde moties in het voorlichtingsverzoek).

³ Kamerstukken II 2019/20, 35 359, nrs. 6–7, 9–10, 12–14, 19–20.

2. Achtergrond van het verzoek om voorlichting

a. Situatieschets

In 2018 hadden in totaal 574.000 arbeidsmigranten uit de Europese Unie een baan in Nederland.⁴ Naast arbeidsmigranten uit Duitsland, België en het Verenigd Koninkrijk, is een aanzienlijk deel inmiddels ook afkomstig uit Midden- en Oost-Europa. Uit onderzoek blijkt dat in 2016 arbeidsmigranten uit Midden- en Oost-Europa een bijdrage van circa € 5 miljard leverden aan het nationaal inkomen.⁵ Veel van deze arbeidsmigranten werken in de regio Groot-Amsterdam, Haaglanden, Rijnmond en Noord-Limburg.

Het betreft vooral – maar niet uitsluitend⁶ – uitvoerend productiewerk aan de onderkant van de arbeidsmarkt.⁷ De werkzaamheden zijn gestandaardiseerd (laaggeschoolde arbeid) en arbeidsintensief. Bij het verrichten van deze werkzaamheden is beheersing van de Nederlandse taal minder belangrijk.⁸ In het licht van de, naar verwachting, vanaf 2021 krimpende beroepsbevolking blijven arbeidsmigranten in verschillende regio's en sectoren een centrale rol spelen bij het uitvoeren van productiewerk en in dienstverlenende beroepen.⁹ In bepaalde regio's en sectoren zijn arbeidsmigranten uit de Europese Unie daarmee van wezenlijk belang voor de continuïteit van de bedrijfsvoering.¹⁰

In veel gevallen zijn in deze sectoren werkzame arbeidsmigranten via uitzendbureaus aan het werk in Nederland. Die uitzendbureaus kunnen zijn gevestigd in Nederland of elders in de Europese Unie. Arbeidsmigranten kunnen echter ook (direct) in dienst zijn bij een Nederlandse werkgever, al dan niet met een vast arbeidscontract, een flexcontract of een nulurencontract. Verder kan sprake zijn van payrolling of andere constructies. Soms bestaat de dienstverlening niet uit het uitzenden of detacheren van arbeidskrachten, maar uit het leveren van andere diensten (zoals bemiddeling), en begeven arbeidsmigranten zich niet als werknemer, maar als zelfstandige (zzp-er) op de arbeidsmarkt. Er bestaan, kortom, vele verschillende vormen waarin arbeidsmigranten in Nederland werken.

⁴ CBS Migrantenmonitor 2018 en Kamerstukken II 2019/20, 29 407/29 861, nr. 213.

⁵ Rapport SEO, «De economische waarde van arbeidsmigranten uit Midden- en Oost-Europa voor Nederland», april 2018.

⁶ Veel arbeidsmigranten uit andere lidstaten van de EU zijn hoogopgeleide kenniswerkers die bij tal van in Nederland gevestigde internationale organisaties werkzaam zijn.

⁷ Rapport SEO, «Grensoverschrijdend aanbod van personeel», november 2014.

⁸ Rapport SEO, «Grensoverschrijdend aanbod van personeel», november 2014.

⁹ Inspectie SZW, «Staat van eerlijk werk 2019», oktober 2019 en CBS, «De arbeidsmarkt in cijfers 2018», april 2019.

¹⁰ Rapport SEO, «De economische waarde van arbeidsmigranten uit Midden- en Oost-Europa voor Nederland», april 2018. Arbeidsmigratie is overigens een verschijnsel van alle tijden. Na de Tweede Wereldoorlog kwamen migranten uit Zuid Europa, Turkije en de zogenaamde Maghreblanden naar Nederland om arbeid te verrichten (WODC, «Arbeidsmigratie naar Nederland», 2010, Salt (1976), «International labour migration: The geographical pattern of demand en Jennissen R. (2006), «Searching for similar international migration trends across countries in Europe»). In de tweede helft van de jaren zeventig nam het aantal illegale arbeidsmigranten toe, omdat het moeilijker werd om een tewerkstellings- en verblijfsvergunning te krijgen (WODC, «Arbeidsmigratie naar Nederland», 2010). In de jaren tachtig werden voor kleinere groepen laaggeschoolde buitenlandse werknemers tewerkstellingen gehonoreerd. Begin jaren negentig bleek het interessant voor veel werkgevers om buitenlandse werknemers illegaal te werk te stellen, zodat op de loonkosten kon worden bespaard (WODC, «Arbeidsmigratie naar Nederland», 2010 en Koopman, E.R. (2002), «Wezenlijk Nederlands belang en economische migratie: Nationaal toelatingsbeleid ten aanzien van buitenlandse werknemers en zelfstandigen», 2002). Vanaf 2003 begon de arbeidsmigratie uit de nieuwe lidstaten van de Europese Unie in Centraal- en Oost Europa te stijgen. Arbeidsmigranten uit Bulgarije en Roemenië dragen vanaf 2006 ook bij aan de toename van migratie naar Nederland.

Deze arbeidsmigranten zijn kwetsbaar voor «oneerlijke werk» respectievelijk voor werk in (zeer) slechte arbeidsomstandigheden.¹¹ Deze kunnen bestaan uit een slechte behandeling door de werkgever, waaronder bejegening en te hoge werkdruk, onvoldoende betaling of slechte accommodatieomstandigheden. Hoeveel personen worden uitgebuit of onderbetaald blijven is ondanks schattingen van diverse instituten tot nog toe een «dark number», zoals de Inspectie SZW het benoemt.¹²

Voor een deel worden de problemen veroorzaakt door de economische verschillen in de Europese Unie. Werknemers zijn bereid tegen lagere arbeidsvoorwaarden te werken.¹³ Arbeidsmigranten zijn ook terughoudender om op te komen voor hun rechten, onder andere, vanwege de afhankelijkheidsrelatie ten opzichte van hun werkgever, een gebrekkige kennis van de Nederlandse taal, en onbekendheid met de Nederlandse wet- en regelgeving.¹⁴ Veel arbeidsmigranten komen naar Nederland met een zogenoemde package deal, waarbij de werkgever – veelal een uitzendbureau – werk, woning, vervoer en zorg aanbiedt.¹⁵ Hierdoor kan de afhankelijkheidsrelatie tussen de arbeidsmigrant en de werkgever worden vergroot.

Arbeidsmigranten verrichten werkzaamheden in sectoren waarin de toenemende internationale concurrentie leidt tot druk op het verlagen van de werkgeverskosten. Dit kan het oneerlijke werk in de hand spelen. Op de arbeidsmarkt is sprake van een neiging om constructies te ontwikkelen die de kosten van arbeid verlagen.¹⁶ Arbeid kan in Nederland in veel (juridische) vormen worden aangeboden en gevraagd, zoals hiervoor geschetst.¹⁷ Van alle werkenden in Nederland was in 2018 meer dan een derde niet in vaste dienst.¹⁸ Deze flexibilisering gaat gepaard met constructies – waaronder tijdelijk dienstverbanden, oproep- of nulurencontracten en (schijn)zelfstandigheid – die het vaststellen van eventuele overtredingen door de Inspectie SZW complex maakt.¹⁹

Payrolling en contracting kunnen leiden tot ontwijking van de geldende cao. Bij vaste contracten hebben werkgevers immers grotere financiële risico's, zoals loondoorbetaling bij ziekte.²⁰ Bij flexibele contracten zijn deze risico's voor werkgevers beter te overzien of dragen de werkenden de risico's. Daarnaast kunnen schijnconstructies worden gecreëerd om premievoordelen te bereiken, zoals de zogenoemde A1-route waarbij sociale verzekeringspremies worden afgedragen in de uitzendende lidstaat.²¹ Ook zijn constructies ontwikkeld waarbij niet de lage arbeidskosten, maar vergoedingen voor onder meer huisvesting en verblijf het

¹¹ Rapport Brede Maatschappelijke Heroverwegingen (BMH), «Eerlijk werk – een kwestie van fatsoen», april 2019; Inspectie SZW, «Staat van eerlijk werk 2019», oktober 2019; en Aanjaagteam Bescherming Arbeidsmigranten, «Arbeidsmigranten verdienen betere bescherming», oktober 2020.

¹² Inspectie SZW, «Staat van eerlijk werk», juni 2017.

¹³ Rapport Brede Maatschappelijke Heroverwegingen (BMH), «Eerlijk werk – een kwestie van fatsoen», april 2019.

¹⁴ Aanjaagteam Bescherming Arbeidsmigranten, «Arbeidsmigranten verdienen betere bescherming», oktober 2020 en Rapport Brede Maatschappelijke Heroverwegingen (BMH), «Eerlijk werk – een kwestie van fatsoen», april 2019.

¹⁵ Kamerstukken II 2019/20, 29 861, nr. 48 en Aanjaagteam Bescherming Arbeidsmigranten, «Arbeidsmigranten verdienen betere bescherming», oktober 2020.

¹⁶ Inspectie SZW, «Staat van eerlijk werk 2017», juni 2017.

¹⁷ Commissie Regulering van Werk, «In wat voor land willen wij werken?», januari 2020 en Inspectie SZW, «Staat van eerlijk werk 2019», oktober 2019.

¹⁸ Inspectie SZW, «Staat van eerlijk werk 2019», oktober 2019.

¹⁹ Commissie Regulering van Werk, «In wat voor land willen wij werken?», januari 2020 en Inspectie SZW, «Staat van eerlijk werk 2019», oktober 2019.

²⁰ Commissie Regulering van Werk, «In wat voor land willen wij werken?», januari 2020.

²¹ Kamerstukken II 2019/20, 35 359, nr. 3.

werkelijke verdienmodel vormen.²² Verder blijkt dat er een groep werkenden ontstaat die afkomstig is van buiten de Europese Unie en met een tewerkstellingsvergunning uit een andere lidstaat, via het vrij verkeer van diensten, op de Nederlandse arbeidsmarkt actief is. Het aantal arbeidsmigranten dat op deze wijze in Nederland tewerk is gesteld is gestegen van 2.327 in 2014 naar 10.872 in 2019.²³

Tot slot heeft de uitbraak van het coronavirus de kwetsbare positie van deze groepen arbeidsmigranten blootgelegd.²⁴ Om het risico op coronabesmetting voor arbeidsmigranten te beperken en de positie van arbeidsmigranten op de langere termijn te verbeteren heeft het kabinet een Aanjaagteam bescherming arbeidsmigranten onder leiding van Emile Roemer ingesteld. Op beide onderwerpen heeft het Aanjaagteam aan het kabinet aanbevelingen uitgebracht.²⁵ Zij adviseert onder meer om uitzendbureaus aan een nadere regulering te onderwerpen (waaronder een certificeringsstelsel), een (beter) registratiesysteem in te richten zodat meer grip kan worden gekregen op de situatie van arbeidsmigranten, en om voor verbetering te zorgen van het aanbod en de kwaliteit van huisvesting voor deze groep inwoners.

b. Aanpak van de regering

Uitgangspunt in het regeringsbeleid inzake arbeidsmigratie is dat Nederland arbeidsmigranten nodig heeft en arbeidsmigranten een belangrijke bijdrage leveren aan de Nederlandse economie.²⁶ Om misstanden en uitbuiting tegen te gaan zijn al verschillende maatregelen getroffen, maar de regering kondigt ook eventuele aanvullende maatregelen aan.²⁷

Het gaat onder meer om voorlichting aan arbeidsmigranten om hen op de hoogte te stellen van hun rechten en plichten en om ervoor te zorgen dat zij bekend zijn met de instanties in Nederland die hen ondersteuning kunnen bieden. Voorlichting moet plaatsvinden in zowel het thuisland, als in Nederland. De regering wil verder verbetering aanbrengen in de mogelijkheden om meldingen te doen over de misstanden. Ook moet een betere registratie van arbeidsmigranten in de Basisregistratie Personen (BRP) plaatsvinden om zicht te krijgen op waar zij verblijven en er gericht

²² Uit het parlementair onderzoek «Lessen uit recente arbeidsmigratie» van 2011 kwam reeds eerder naar voren dat Nederland niet in staat is gebleken de toestroom van arbeidsmigranten uit Midden- en Oost-Europa in goede banen te leiden (Kamerstukken II 2011/12, 32 680, nr. 4). De commissie schrok van het groot aantal malafide uitzendbureaus en de slechte, soms schrijnende huisvestingssituatie van arbeidsmigranten. Uit recente onderzoeken en rapporten blijkt dat een deel van de arbeidsmigranten uit andere lidstaten nu nog wordt geconfronteerd met deze problematiek (KANTAR POLSKA S.A., «Report from the quantitative study on perception of the Netherlands as the country of economic emigration», juni 2019; Inspectie SZW, «Staat van eerlijke werk 2017», juni 2017; Inspectie SZW, «Staat van eerlijk werk 2019», oktober 2019; Inspectie SZW, Jaarverslag 2019; Rapport brede maatschappelijke heroverwegingen (BMH), «Eerlijk werk – een kwestie van fatsoen», april 2019; en Aanjaagteam Bescherming Arbeidsmigranten, «Arbeidsmigranten verdienen betere bescherming», oktober 2020. Gebrekkige huisvesting en overbewoning zorgen niet alleen voor onwenselijke situaties voor de migranten zelf, maar kunnen ook tot overlast in sommige woonwijken zorgen. Migrant worden onderbetaald door hun werkgever en huisjesmelkers laten migranten te veel betalen voor kleine en slechte huisvesting.

²³ Rapport Brede Maatschappelijke Heroverwegingen (BMH), «Eerlijk werk – een kwestie van fatsoen», april 2019.

²⁴ Kamerstukken II 2019/20, 29 861, nr. 49.

²⁵ Aanjaagteam bescherming arbeidsmigranten, «Eerste aanbevelingen», juni 2020; en Aanjaagteam bescherming arbeidsmigranten, «Arbeidsmigranten verdienen betere bescherming», oktober 2020.

²⁶ Kamerstukken II 2018/19, 29 861, nr. 47 en Kamerstukken II 2019/20, 35 359, nr. 3.

²⁷ Kamerstukken II 2018/19, 29 861, nr. 47; Kamerstukken II 2019/20, 29 861, nr. 48; en Kamerstukken II 2019/20, 35 359, nr. 3.

kan worden gecontroleerd op huisvesting. Aandacht gaat verder uit naar integratie van arbeidsmigranten in onze samenleving. De regering is zich er daarbij van bewust dat EU-onderdanen niet mogen worden verplicht in te burgeren.

Wat betreft de aanpak van malafide uitzendbureaus denkt de regering niet aan een vergunningplicht, maar aan het creëren van meer draagvlak voor het keurmerk van de Stichting Normering Arbeid en het meer onderscheidend maken van dit keurmerk. Nader wordt verkend of aanvullende eisen voor zowel Nederlandse als buitenlandse uitzendbureaus kunnen worden gesteld. In het bijzonder wordt naar het storten van een waarborgsom gekeken. Ook wordt een regeling over een geblokkeerde rekening onderzocht in verband met de bestrijding van fiscale fraude. Verder zet de Inspectie SZW de komende jaren sterk in op de aanpak van malafide uitzendbureaus. Voor de handhavingssketen van de Inspectie SZW heeft de regering structureel € 50 miljoen per jaar vrijgemaakt. Daarnaast moet de handhaving zien op de aanpak van bestuurders van malafide uitzendbureaus.

De regering agendeert de problematiek rondom de misstanden met arbeidsmigranten ook op Europees niveau. Zij roept de Europese Commissie op om toe te zien op de implementatie en de handhaving van Unierechtelijke regelgeving en zo nodig te komen met vervolgstappen voor het verder tegengaan van oneerlijke concurrentie en voor de adequate bescherming van werknemers. De regering verwacht dat de Europese Arbeidsautoriteit kan bijdragen aan grensoverschrijdende samenwerking om zo misstanden tegen te gaan bij de tewerkstelling van werknemers.

De voorgaande maatregelen dienen mede te worden gezien tegen de achtergrond van de problematiek op de arbeidsmarkt in meer algemene zin. Al langere tijd wordt geconstateerd dat de Nederlandse arbeidsmarkt niet in balans is. De verschillen in behandeling tussen (vaste) arbeidsovereenkomsten, de verschillende vormen van flexibele arbeid en arbeid als zelfstandige zijn te groot. Daardoor ontstaan onevenwichtigheden. Het gaat dan, onder andere, om het arbeidsrecht, sociale verzekeringen, pensioenen en belastingen. Inmiddels zijn verschillende maatregelen getroffen om te komen tot een betere balans tussen flexibiliteit en zekerheid.²⁸ De laatste maatregelen zijn in 2020 in werking getreden met de Wet arbeidsmarkt in balans.

c. Initiatiefnota actieplan arbeidsmigratie

In de initiatiefnota van de leden Segers en Marijnissen wordt erkend dat de interne markt van de Europese Unie en de bijbehorende vrijheden van diensten, goederen en personen welvaart heeft gebracht.²⁹ Tegelijkertijd wordt naar voren gebracht dat er ook negatieve effecten zijn die leiden tot oneerlijke concurrentie en maatschappelijke ontwrichting. Niet alleen in Nederland zijn negatieve effecten zichtbaar, ook in de landen van herkomst, zoals leegloop en braindrain.

Er wordt door de indieners een noodzaak gevoeld om arbeidsmigratie beter te reguleren, juist ook omdat in Nederland het arbeidsmigratiebeleid praktisch volledig is overgelaten aan werkgevers.

²⁸ Zie onder meer de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, Wet flexibiliteit en zekerheid, Wet werk en zekerheid, Wet aanpak schijnconstructies en de Wet arbeidsmarkt in balans.

²⁹ Kamerstukken II 2019/20, 35 359, nr. 2.

De indieners zijn van oordeel dat de regering niet ver genoeg gaat met de aanpak van de gesignaleerde problemen. Ook wordt de impact van de Detacheringsrichtlijn te gering geacht en raakt het slechts een klein deel van de arbeidsmigranten. Gelet hierop komen de indieners met een toekomstperspectief dat bestaat uit drie richtingen:

- a. het maken van nadere afspraken in Europees verband en het treffen van nationale maatregelen om de instroom van arbeidsmigranten sterker te reguleren;
- b. het terugdringen van de flexibilisering van de Nederlandse arbeidsmarkt en het strenger reguleren van de uitzendbranche; en
- c. een sterkere handhaving op de woon- en werkomstandigheden van arbeidsmigranten.

3. Unierechtelijk kader

a. Inleiding

Binnen de Europese Unie geldt het vrije verkeer van werknemers en van diensten, en de vrijheid van vestiging. Deze fundamentele vrijheden vormen – naast het vrije verkeer van goederen en kapitaal – kernelementen van de interne markt. Burgers van de Unie hebben het recht om zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven, werk te zoeken, er te werken, zich te vestigen en om diensten te verrichten.³⁰ Het vrije verkeer van personen, werknemers en diensten, en de vrijheid van vestiging zijn gewaarborgd in het VWEU.

Het antwoord op de vraag of het mogelijk is – en zo ja, welke mogelijkheden het Unierecht biedt – om nationale aanvullende regels te stellen op het terrein van arbeidsmigratie binnen de EU is niet alleen afhankelijk van de voorwaarden die het VWEU stelt aan de beperking van de verkeersvrijheden. Ook het secundaire Unierecht bevat verschillende regels met betrekking tot het vrije verkeer van personen, werknemers, diensten en vestiging. Deze zullen in het hiernavolgende als eerste aan de orde komen (punten 3b t/m d).

Er zijn verschillende richtlijnen en verordeningen over, onder meer, verblijfsrechten die aan Unieburgers toekomen, de gelijke behandeling van werknemers, de terbeschikkingstelling van werknemers in andere lidstaten (detacheringen), dienstverrichtingen in meer algemene zin, en in meer specifieke zin, uitzendarbeid. De Uniewetgever heeft met de betreffende richtlijnen en verordeningen beoogd om zowel het vrije verkeer van personen en diensten te bevorderen en voor een gelijk speelveld voor ondernemingen te zorgen, als om bescherming van werknemers te bieden. Bij het totstandbrengen van de interne markt heeft de Unie zich immers ten doel gesteld om zich in te zetten op de ontwikkeling van een sociale markteconomie.³¹

De Unie heeft op het terrein van het sociale beleid wel beperkte bevoegdheden. Het gaat om een coördinerende bevoegdheid en een gedeelde bevoegdheid met de lidstaten op een aantal aspecten van het sociale beleid.³² In belangrijke mate blijven de lidstaten bevoegd om hierover,

³⁰ Zie ook artikel 15, tweede lid, en artikel 45, Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

³¹ Artikel 3, derde lid, VEU. Zie voor de specifieke doelstellingen van de Unie op het terrein van het sociale beleid, artikel 151 VWEU.

³² Op het terrein van de interne markt en bepaalde aspecten van het sociaal beleid heeft de EU een gedeelde bevoegdheid met de lidstaten (art. 4, lid 2, VWEU). Ten aanzien van het sociaal beleid van de lidstaten heeft de EU een coördinerende bevoegdheid (art. 5, lid 3, VWEU). Specifieke grondslagen voor wetgevingshandelingen zijn bijvoorbeeld te vinden in artikelen 46 en 153 VWEU.

met inachtneming van de verdragsbeginselen, regels te stellen, zoals met betrekking tot de loonvorming.³³ De Europese Commissie heeft een voorstel voor een richtlijn gedaan om eerlijke minimumlonen binnen de Unie te garanderen, maar daarin is geen uniform minimumloon opgenomen. De lidstaten kunnen op grond van dit voorstel alleen worden verplicht om rekening te houden met een aantal criteria bij de bepaling van het minimumloon.³⁴

Op grond van haar bevoegdheden op het terrein van het sociale beleid, heeft de Uniewetgever bijvoorbeeld al wel voorzien in minimumharmonisatie van regels over de bescherming van de gezondheid en veiligheid van werknemers binnen de Unie. Verschillende richtlijnen zijn daarover tot stand gebracht. Daarmee wordt ook recht gedaan aan internationaalrechtelijke regelingen dienaangaande, zoals de regelingen van de International Labour Organisation en de in het kader van de Raad van Europa gesloten verdragen, zoals het Europees Sociaal Handvest.

Een reeks aan sociale grondrechten is tevens neergelegd in het Handvest van de grondrechten van de EU (waaronder het recht op gezonde, veilige, en waardige arbeidsomstandigheden voor werknemers).³⁵ Deze grondrechten dienen door de EU-instellingen, en de lidstaten te worden nageleefd en bevorderd, wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen. Daarnaast is een Europese pijler van sociale rechten in het leven geroepen waarin beginselen zijn opgenomen over gelijke kansen en toegang tot de arbeidsmarkt, billijke arbeidsvoorwaarden en sociale bescherming en inclusie.³⁶ Deze beginselen moeten worden geïmplementeerd zowel op Unierechtelijk als op nationaal niveau, met inachtneming van de respectievelijke bevoegdheden.

In de hiernavolgende paragrafen wordt achtereenvolgens uitgelegd welke specifieke rechten het secundaire Unierecht al toekent aan arbeidsmigranten (punt 3b), en welke rechten en plichten aan werkgevers (punt 3c) en daarnaast welke specifieke verplichtingen op de lidstaten zijn gelegd om deze rechten en plichten te handhaven (punt 3d). Vervolgens wordt bezien welke mogelijkheden het Unierecht laat voor aanvullende maatregelen op het terrein van arbeidsmigratie, gelet op zowel het secundaire Unierecht als de voorwaarden voor de beperking van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer (punt 3e).

Een variëteit aan regels voor verschillende casusposities zal hierna aan bod komen. Zoals eerder al aan de orde is gesteld, kunnen arbeid en arbeidsmigratie in verschillende vormen plaatsvinden. Bij de toetsing van nationale aanvullende regels op het terrein van arbeidsmigratie aan het Unierecht is dit ook van betekenis. Telkens moet goed worden bekeken op basis van welke constructie de arbeidsmigrant hier te lande werkzaam is.

Het werknemersverkeer is aan de orde ten opzichte van arbeidsmigranten die zich naar een andere lidstaat begeven om daar als werknemer te werken. Ten opzichte van uitzendbureaus, detacheringen, bemiddeling en dergelijke, is niet het werknemersverkeer maar het dienstenverkeer aan de

³³ Vergelijk artikel 153, vijfde lid, VWEU; en HvJ 18 december 2007, C-341/05, *Laval un Partneri*, punten 87–88.

³⁴ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende toereikende minimumlonen in de Europese Unie, COM(2020) 682 final.

³⁵ Zie met name de rechten opgenomen in Titel IV (Solidariteit) van het Handvest.

³⁶ Zie de Interinstitutionele proclamatie betreffende de Europese pijler van Sociale Rechten (2017/C 428/09). Voor de uitvoeringsmethode van de Europese Sociale Pijler, zie Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité, «De uitvoering van de Europese pijler van sociale rechten monitoren», COM(2018) 130 final.

orde. De dienst bestaat dan uit bijvoorbeeld het beschikbaar stellen van arbeidskrachten of het doen verrichten van bepaalde werkzaamheden. En wanneer arbeidsmigranten zich als zelfstandige op de arbeidsmarkt van een andere lidstaat begeven is in beginsel ook sprake van dienstverrichting en niet van werknemersverkeer.³⁷ Voor zover sprake is van een duurzame verrichting van diensten op het grondgebied van een andere lidstaat is de vrijheid van vestiging aan de orde.

b. Rechten van arbeidsmigranten

Verblijfsrechten als Unieburger

Op grond van de Verblijfsrichtlijn hebben Unieburgers in algemene zin, en werknemers en zelfstandigen in het bijzonder, het recht op verblijf van langer dan drie maanden in een andere lidstaat.³⁸ Na vijf jaar kan een permanent verblijfsrecht worden verkregen.³⁹

Voor verblijf van langer dan drie maanden mogen Unieburgers worden verplicht zich bij de bevoegde autoriteiten in te schrijven.⁴⁰ Het voorafgaande verblijf van drie maanden mag echter niet afhankelijk worden gesteld van andere voorwaarden of formaliteiten, anders dan het verplichte bezit van een geldige identiteitskaart of paspoort.⁴¹

De Verblijfsrichtlijn beperkt hiermee de mogelijkheid om, gedurende de eerste drie maanden, de registratie van arbeidsmigranten die uit andere lidstaten afkomstig zijn, verplicht te stellen. De Verblijfsrichtlijn laat verder wel de ruimte om gunstigere bepalingen vast te stellen voor de personen waarop de richtlijn betrekking heeft.⁴²

Recht van werknemers op gelijke behandeling

Werknemers uit andere lidstaten hebben het recht op gelijke behandeling ten opzichte van Nederlandse werknemers met betrekking tot alle voorwaarden voor de tewerkstelling en arbeid, met name op het gebied van beloning, ontslag en wederinschakeling in het beroep of wedertewerkstelling. Dit is bepaald in Verordening 492/2011 waarin een nadere uitwerking is gegeven van het vrije verkeer van werknemers en het verbod op discriminatie naar nationaliteit.⁴³ Deze Verordening bepaalt dat werknemers verder het recht hebben op dezelfde sociale en fiscale voordelen als Nederlandse werknemers. Ook moeten alle rechten en voordelen die aan werknemers inzake huisvesting zijn toegekend, aan werknemers uit andere lidstaten worden toegekend die in Nederland zijn tewerkgesteld.⁴⁴

³⁷ Daarbij zij wel opgemerkt dat er Unierechtelijke criteria gelden om te bepalen of (werkelijk) sprake is van dienstverrichting van een zelfstandige of dat sprake is van schijnzelfstandigheid en dus werknemerschap. Zie, onder meer, HvJ 4 december 2014, C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media, punten 33–36.

³⁸ Artikel 7, eerste lid, Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, PbEU 2004, L 158.

³⁹ Artikel 16, eerste lid, Richtlijn 2004/38/EU.

⁴⁰ Artikel 8, eerste lid, Richtlijn 2004/38/EU.

⁴¹ Artikel 6, en overweging 11 van de considerans, Richtlijn 2004/38/EU.

⁴² Artikel 37 Richtlijn 2004/38/EU.

⁴³ Verordening (EU) nr. 492/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Unie, PbEU 2011, L 141.

⁴⁴ Artikelen 7 en 9 van Verordening (EU) nr. 492/2011.

Verordening 492/2011 staat daarmee in beginsel niet toe dat werknemers uit andere lidstaten nadeliger worden behandeld dan Nederlandse werknemers.⁴⁵ De precieze inhoud van de arbeidsvoorwaarden, de sociale en fiscale voordelen, en de voordelen op het terrein van huisvesting worden, overeenkomstig de bevoegdheden van de lidstaten op die terreinen, echter niet door het Unierecht geharmoniseerd. Deze onderwerpen moeten door de lidstaten verder worden vormgegeven met inachtneming van hetgeen overigens in het toepasselijke Unierecht is bepaald.

Recht op fatsoenlijke arbeidsomstandigheden

Een werknemer heeft recht op dagelijkse en wekelijkse rusttijd, en op een maximale wekelijkse arbeidstijd. Deze verplichtingen zijn opgenomen in Richtlijn 2003/88/EG betreffende een aantal aspecten rondom de organisatie van de arbeidstijd. Op dit terrein heeft de Uniewetgever gezorgd voor minimumharmonisatie. De richtlijn laat ruimte aan lidstaten om gunstigere normen vast te stellen.⁴⁶

Daarnaast zijn ook vele andere richtlijnen aangenomen met daarin minimumnormen betreffende de arbeidsomstandigheden (in het bijzonder de veiligheid).⁴⁷ Deze zijn geïmplementeerd in de Arbeidsomstandighedenwet en de daarop gebaseerde regels. Bijzonderheid is dat deze regels niet alleen van toepassing zijn op (vaste) werknemers, maar ook op flexwerkers, uitzendkrachten, en zelfs deels op zelfstandigen die werkzaam zijn in het kader van de werkzaamheden ten behoeve van de werkgever.

Specifieke rechten voor gedetacheerde werknemers

Indien werknemers niet in dienst zijn bij een Nederlandse werkgever maar door een werkgever in een andere lidstaat tijdelijk in Nederland tewerk worden gesteld in het kader van een dienstenverrichting van hun werkgever (detachering), speelt vooral het vrije verkeer van diensten een rol.⁴⁸ Het recht op gelijke behandeling van werknemers zoals hiervoor omschreven geldt, gedurende een eerste periode, niet voor gedetacheerde werknemers, aangezien in uitgangspunt de wet- en regelgeving en de arbeidsvoorwaarden gelden van de lidstaat waar de werkgever is gevestigd.

In de Detacheringsrichtlijn zijn wel specifieke regels opgenomen ter bescherming van gedetacheerde werknemers. Recent is deze richtlijn gewijzigd waardoor een uitgebreidere bescherming aan gedetacheerde werknemers is opgenomen.⁴⁹ Gedurende een eerste periode van twaalf maanden van detachering komt een basispakket ofwel een harde kern aan Nederlandse arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden toe aan de gedetacheerde werknemer. Deze zien, onder andere, op maximale werk-

⁴⁵ Indirecte discriminatie kan worden gerechtvaardigd, wanneer sprake is van een objectieve rechtvaardiging, en de maatregel evenredig is aan het nagestreefde doel. Zie bijv. HvJ 13 maart 2019, C-437/17, Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach.

⁴⁶ Artikel 15 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten rondom de organisatie van de arbeidstijd, PbEU 2003, L 299.

⁴⁷ Zie in algemene zin Richtlijn 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk, PbEU 1989, L 183.

⁴⁸ Zie, onder meer, HvJ 11 september 2014, C-91/13, Essent Energie Productie, punt 37. Van een detachering is, onder meer, ook sprake als een uitzendbureau werknemers tewerkstelt bij een onderneming in een andere lidstaat, zie artikel 1, derde lid, en de overige leden van artikelen 1 en 2 voor het precieze toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn.

⁴⁹ Gewijzigd bij Richtlijn (EU) 2018/957 van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 2018 tot wijziging van, PbEU 2018, L 173.

en minimale rustperiodes, beloningen (inclusief vergoedingen voor overwerk), gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk, voorwaarden voor huisvesting indien de werkgever huisvesting ter beschikking stelt aan de gedetacheerde werknemer, en toeslagen of vergoedingen van uitgaven voor reis- maaltijd-, en verblijfskosten. Het gaat om de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die zijn vastgelegd in de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, dan wel collectieve arbeidsovereenkomsten die gelden in de betreffende sector waar de arbeidsmigrant is tewerkgesteld.⁵⁰

Na twaalf maanden heeft een gedetacheerde werknemer recht op alle toepasselijke arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die in de Nederlandse wet of in Nederlandse cao's zijn neergelegd. Met een gemotiveerde kennisgeving kan de werkgever de termijn van twaalf maanden verlengen met zes maanden.⁵¹

Lidstaten kunnen geen verdergaande eisen stellen dan de genoemde dwingende bepalingen van minimale bescherming. De Uniewetgever heeft immers al beoogd een balans te vinden tussen het vrije verkeer van diensten en het belang van een adequate bescherming van gedetacheerde werknemers. Voor zover het gaat om bepalingen van openbare orde, kunnen de lidstaten echter wel andere aspecten voorschrijven.⁵²

Rechten als uitzendkracht

Op grond van de Uitzendrichtlijn hebben uitzendkrachten, voor de duur van hun inlening, recht op ten minste dezelfde essentiële arbeidsvoorwaarden als de voorwaarden die voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks bij de inlenende onderneming in dienst zouden zijn genomen.⁵³ Essentiële arbeidsvoorwaarden zijn de arbeidsvoorwaarden met betrekking tot de arbeidstijd, overuren, pauzes, rusttijden, nachtarbeid, vakantie en feestdagen, en de bezoldiging. Ook deze arbeidsvoorwaarden moeten zijn neergelegd in de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaat, collectieve arbeidsovereenkomsten en/of andere de inlenende onderneming vigerende bindende bepalingen van algemene strekking.

De Uitzendrichtlijn bevat minimumnormen ter bescherming van uitzendkrachten. Dit betekent dat de lidstaten voor werknemers gunstigere bescherming kunnen bieden.⁵⁴ Zoals ook hierna nog aan de orde komt (punt 3c) biedt de Uitzendrichtlijn ruimte om nationale voorschriften te stellen inzake de registratie, afgifte van vergunningen, certificering, financiële waarborgen of het toezicht op uitzendbureaus.⁵⁵

Rechten als dienstverrichter/zelfstandige

Wanneer arbeidsmigranten uit andere lidstaten in Nederland als zelfstandigen (tijdelijk) arbeid komen verrichten, maken zij gebruik van het vrij verkeer van diensten. In dat geval is de Dienstenrichtlijn relevant.⁵⁶ Deze

⁵⁰ Artikel 3, eerste lid, 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, PbEU 1997, L 18.

⁵¹ Artikel 3, eerste lid, bis.

⁵² Artikel 3, tiende lid. Zie HvJ 18 december 2007, C-341/05, Laval un Partneri, punt 81 en 82.

⁵³ Artikel 3, eerste lid, onder f en artikel 5, eerste lid, van Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid, PbEU 2008, L 327.

⁵⁴ Artikel 9, eerste lid, Richtlijn 2008/104/EG.

⁵⁵ Artikel 4, vierde lid, Richtlijn 2008/104/EG.

⁵⁶ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PbEU 2006, L 376.

richtlijn beperkt de mogelijkheden voor lidstaten om eisen te stellen aan een (tijdelijke) dienstverrichter. Dergelijke eisen mogen niet discrimineren, dienen noodzakelijk te zijn, dat wil zeggen gerechtvaardigd om redenen van openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid of milieubescherming, en dienen evenredig te zijn. In beginsel mogen de lidstaten ook niet als eis stellen dat een dienstverrichter een vergunning dient te krijgen of zich dient in te schrijven bij een register.⁵⁷

Coördinatie van sociale zekerheid

Als werknemers of zelfstandigen in verschillende lidstaten werken kunnen zij maar aan het sociale zekerheidssysteem van één lidstaat worden onderworpen (uitgangspunt van exclusieve werking). Op grond van het werklandbeginsel is de werknemer of de zelfstandige sociaal verzekerd in de lidstaat waar de werkzaamheden worden verricht.⁵⁸ Deze uitgangspunten zijn opgenomen in Verordening 883/2004 waarin regels zijn neergelegd over de coördinatie van de sociale zekerheidssystemen van de lidstaten. Daarop is ook Verordening 987/2009 van toepassing.⁵⁹ Deze Verordeningen beogen samenloop van de sociale zekerheidsstelsels te vermijden en te garanderen dat de tijdvakken die in de verschillende lidstaten zijn vervuld worden samengeteld.⁶⁰

Alleen in specifieke, in de verordeningen afgebakende, situaties kan van de hoofdregels van de verordeningen worden afgeweken. In geval van detachering gelden, bijvoorbeeld, bijzondere regels. De gedetacheerde werknemer blijft onderworpen aan het sociale zekerheidssysteem van de «uitzendende» lidstaat wanneer de detachering niet langer duurt dan 24 maanden en de werknemer substantiële werkzaamheden verricht. Ook voor zelfstandigen is een dergelijke bijzondere regeling opgesteld.⁶¹

De werkgever moet de uitzendende lidstaat op de hoogte brengen van de detachering via de zogeheten A1-verklaring. De uitzendende lidstaat stelt de bevoegde autoriteit van de «ontvangende» lidstaat op de hoogte. De autoriteiten van de lidstaten dienen met elkaar samen te werken wanneer zich moeilijkheden voordoen in de uitleg en toepassing van de verordening.⁶²

c. Rechten en plichten van werkgevers

De lidstaten dienen hun nationale (arbeids)recht in overeenstemming te brengen met het toepasselijke Unierecht en de hiervoor besproken aanspraken van arbeidsmigranten in hun nationale wetgeving te implementeren, uit te voeren en te handhaven. Een correcte implementatie biedt arbeidsmigranten de mogelijkheid om in voorkomend geval hun aanspraken jegens hun werkgever in te roepen en zo nodig af te dwingen. In zoverre brengt het Unierecht de nodige verplichtingen voor

⁵⁷ Artikel 16, eerste lid, en tweede lid, onder b, Richtlijn 2006/123/EG.

⁵⁸ Artikel 11 Verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, PbEU 2004, L 166.

⁵⁹ Verordening (EG) nr. 987/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening (EG) nr. 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, PbEU 2009, L 284.

⁶⁰ De Europese Commissie heeft een voorstel tot modernisering van de verordeningen betreffende de coördinatie van sociale zekerheid gedaan. Dit concentreert zich op vier gebieden: de toegang van economisch niet-actieve burgers tot sociale uitkeringen, prestaties bij langdurige zorg, werkloosheidsuitkeringen en gezinsuitkeringen, zie COM(2016) 815 final.

⁶¹ Artikel 12 Verordening (EG) nr. 883/2004.

⁶² Artikel 15, eerste lid, Verordening (EG) nr. 987/2009; en artikel 76 Verordening (EG) nr. 883/2004.

werkgevers met zich. Maar werkgevers kunnen op hun beurt ook de nodige rechten ontleen aan het Unierecht.

Recht op vrij verkeer van diensten

Werkgevers kunnen voor grensoverschrijdende dienstverrichting hun werknemers in een andere lidstaat te werk stellen. Zij kunnen zich daarbij beroepen op het vrij verkeer van diensten (zie ook punt 3e) en, afhankelijk van de situatie, de Dienstenrichtlijn. Dit betekent dat jogens hen slechts eisen kunnen worden gesteld die niet discrimineren, noodzakelijk zijn, dat wil zeggen gerechtvaardigd om redenen van openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid of milieubescherming, en evenredig zijn. In beginsel mogen de lidstaten ook niet als eis stellen dat een dienstverrichter een vergunning dient te krijgen of zich dient in te schrijven bij een register.⁶³

Voor zover de dienstverrichting een uitzending of detachering betreft is de Dienstenrichtlijn niet van toepassing maar gaan de regels van de Uitzenden- en Detacheringsrichtlijn voor. Verder laat de Dienstenrichtlijn het arbeidsrecht onverlet.⁶⁴ Dit betekent dat een buitenlandse werkgever die een arbeidsmigrant in Nederland tewerkstelt, de rechten die zijn werknemers ontleen aan het toepasselijke Nederlandse arbeidsrecht, zoals deels voortvloeiend uit het Unierecht (zie hiervoor punt 3b), dient te respecteren. Toch blijft de Dienstenrichtlijn in verschillende situaties relevant. Bij detachering is de Dienstenrichtlijn relevant voor die aspecten die in de Detacheringsrichtlijn niet worden geregeld.⁶⁵ En op vormen van bemiddeling die niet als uitzending kwalificeren, bijvoorbeeld bemiddeling van zelfstandigen, is de Dienstenrichtlijn ook van toepassing.

De toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn brengt mee dat strenge eisen worden gesteld aan de mogelijkheid om van de dienstverrichter vooraf een vergunning met beperkende voorwaarden te eisen (artikelen 9 en 10). Verder voorziet de richtlijn in strenge voorschriften aangaande de eisen die aan vestiging en dienstverlening mogen worden gesteld.

Uitzendondernemingen

De Uitzendrichtlijn bepaalt dat beperkingen van en een verbod op de inzet van uitzendkrachten uitsluitend kunnen worden gerechtvaardigd door redenen van algemeen belang, die met name verband houden met de bescherming van de uitzendkrachten, de eisen ten aanzien van de gezondheid en veiligheid op het werk of de noodzaak de goede werking van de arbeidsmarkt te garanderen, en misbruik te voorkomen.⁶⁶ Dit verbod geldt onverminderd de nationale voorschriften inzake de registratie, afgifte van vergunningen, certificering, financiële waarborgen of het toezicht op uitzendbureaus.⁶⁷ De Uitzendrichtlijn geeft aan dat bij de vormgeving daarvan door de lidstaten, de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van diensten en van vestiging dienen te worden nageleefd.⁶⁸

De Uitzendrichtlijn biedt daarmee ruimte om strengere eisen te stellen aan uitzendbureaus.

⁶³ Artikel 16, eerste lid, en tweede lid, onder b, Richtlijn 2006/123/EG.

⁶⁴ Zie artikel 1, zesde lid, artikel 2, tweede lid, onder e, en artikel 3, eerste lid, onder a, Richtlijn 2006/123/EG.

⁶⁵ Voor uitzendbureaus is dat anders, daar is de activiteit als zodanig uitgesloten van de Dienstenrichtlijn.

⁶⁶ Artikel 4, eerste lid, Richtlijn 2008/104/EG.

⁶⁷ Artikel 4, vierde lid, Richtlijn 2008/104/EG.

⁶⁸ Overweging 22 van de considerans, Richtlijn 2008/104/EG.

d. Handhavingsverplichtingen voor de lidstaten

Lidstaten dienen de diverse relevante verordeningen en richtlijnen correct te implementeren en uit te voeren, opdat de arbeidsmigranten en in voorkomend geval de werkgevers hun aan het Unierecht ontleende aanspraken kunnen realiseren. Lidstaten zijn verplicht om daartoe te voorzien in alle passende maatregelen om de doeltreffende toepassing van het Unierecht te verzekeren, voor zover daarover in Unierechtelijke regelingen geen specifieke bepalingen zijn opgenomen. Nationale sancties dienen daarbij effectief, evenredig en afschrikkend te zijn.⁶⁹

Om de gelijke behandeling van werknemers te vergemakkelijken, en de kloof tussen het recht enerzijds en de praktische toepassing daarvan te dichten, is een handhavingsrichtlijn tot stand gebracht (richtlijn 2014/54/EU). De lidstaten worden daarin expliciet verplicht om te voorzien in juridische procedures zodat werknemers de rechten die aan hen toekomen op grond van Verordening 492/2011 kunnen afdwingen. Verenigingen, organisaties, of andere rechtspersonen die een rechtmatig belang hebben bij de naleving van de werknemersrechten, dienen deze juridische procedures ook namens of ter ondersteuning van de werknemers te kunnen voeren.⁷⁰ Verder dienen de lidstaten, onder meer, organen aan te wijzen die de gelijke behandeling van werknemers uit andere lidstaten bevorderen, analyseren, monitoren en ondersteunen. Deze richtlijn bevat minimumvereisten en laat de lidstaten de keuze om gunstigere bepalingen vast te stellen.⁷¹

Om ervoor te zorgen dat de Detacheringsrichtlijn daadwerkelijk wordt nageleefd, is ook een handhavingsrichtlijn opgesteld (richtlijn 2014/67/EU). Op grond van deze richtlijn zijn de lidstaten verplicht om verschillende passende maatregelen te treffen zodat informatie over de hiervoor genoemde arbeidsvoorwaarden- en omstandigheden duidelijk worden gecommuniceerd aan de gedetacheerde werknemers. Verder is nader bepaald welke maatregelen de lidstaten kunnen treffen om toezicht te houden op de naleving van de verplichtingen uit de detacheringsrichtlijn door de dienstverrichters. Voorkomen moet worden dat onevenredige administratieve en controlemaatregelen worden gesteld. Lidstaten moeten adequate en doeltreffende controles en toezichtmechanismes instellen.⁷²

De lidstaten dienen elkaar verder kosteloos via de daartoe bevoegde instanties bijstand te verlenen bij de naleving en handhaving van de arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden voor gedetacheerde werknemers. De samenwerking tussen de bevoegde instanties van de lidstaten bestaat uit het uitwisselen van informatie, het op verzoek uitvoeren van controles, inspecties en onderzoeken en het toezenden van stukken. Verzoeken tot bijstand worden in principe gedaan via het Informatiesysteem voor de Interne Markt (IMI), waarop de verschillende bevoegde instanties zijn aangesloten.⁷³

⁶⁹ HvJ 21 september 1989, C-68/88, Griekse maïs, punten 23 en 24.

⁷⁰ Artikel 3 Richtlijn 2014/54/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende maatregelen om de uitoefening van de in de context van het vrije verkeer van werknemers aan werknemers verleende rechten te vergemakkelijken, PbEU 2014, L 128.

⁷¹ Artikelen 4 en 7, eerste lid, en overweging 25 van de considerans, Richtlijn 2014/54/EU.

⁷² Artikel 5, artikel 9, en artikel 10, eerste lid, 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.

⁷³ Artikel 4 Richtlijn 96/71/EG en artikelen 6 t/m 8 Richtlijn 2014/67/EU.

Ingeval ongeregelheden worden geconstateerd, dienen de lidstaten samen te werken. De pas opgerichte Europese Arbeidsautoriteit kan de lidstaten bijstand verlenen bij de effectieve toepassing en handhaving van de Unierechtelijke regels.⁷⁴ Daarnaast is het Europees platform tegen zwart werk relevant waarmee de lidstaten best practices met elkaar kunnen uitwisselen.

e. Ruimte voor aanvullende maatregelen

Algemeen kader

Wanneer ondanks een correcte implementatie, uitvoering en (geïntensiverde) handhaving van het toepasselijke Unierecht misstanden blijven bestaan en het wenselijk wordt geacht aanvullende maatregelen te treffen, zal moeten worden bezien welke ruimte het Unierecht daartoe laat. Voor zover het een maatregel betreft die qua doel en opzet valt binnen de werkingssfeer van een van de Europese harmonisatiemaatregelen, zoals bijvoorbeeld de hiervoor besproken Uitzendrichtlijn, dient de maatregel te voldoen aan de voorwaarden zoals in de betreffende verordening of richtlijn gesteld. Er kan dan geen beroep worden gedaan op een van de rechtvaardigingsgronden uit het VWEU.⁷⁵

Hiervoor is al geconstateerd dat bepaalde type nationale maatregelen hierom niet mogelijk zijn. De Verblijfsrichtlijn, bijvoorbeeld, staat niet toe dat de eerste drie maanden van het verblijf van Unieburgers in een andere lidstaat afhankelijk wordt gesteld van een registratievoorwaarde. Verder kunnen er geen strengere arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden worden geëist bij de terbeschikkingstelling van werknemers door werkgevers uit een andere lidstaat dan de harde kern aan arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die daarvoor in de Detacheringsrichtlijn zijn opgenomen. Maar ook is besproken dat verschillende richtlijnen minimumharmonisatie bevatten (zoals de richtlijnen op het terrein van veiligheid en gezondheid van werknemers) en dus ruime laten voor strengere nationale regels, en dat verschillende richtlijnen bepalingen bevatten die expliciet aangeven dat ruimte bestaat voor specifieke nationale maatregelen (zoals de Uitzendrichtlijn).

In dergelijke gevallen, en in het geval dat een nationale maatregel een niet-geharmoniseerd terrein betreft of een ander doel nastreeft, zal de maatregel nog moeten worden getoetst aan de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van werknemers (art. 45 VWEU), het vrij verrichten van diensten (artikel 56 VWEU) en de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU). Zij verbieden beperkingen ten aanzien van onderdanen of ondernemingen die in een andere lidstaat willen werken, diensten willen uitoefenen, of zich aldaar willen vestigen. Discriminatie naar nationaliteit of vestigingsplaats is verboden. Maar ook beperkingen die zonder onderscheid gelden voor dienstverrichters en werknemers uit binnen- en buitenland, en het vrije verkeer verbieden of anderszins belemmeren, zijn in beginsel niet toegestaan.⁷⁶

⁷⁴ Verordening (EU) 2019/1149 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 tot oprichting van een Europese Arbeidsautoriteit, PbEU 2019, L 186.

⁷⁵ Vergelijk HvJ 5 oktober 1977, C-5/77, *Tedeschi*, punt 35.

⁷⁶ NB: De hierna aangehaalde jurisprudentie is grotendeels van voor de inwerkingtreding van de Dienstenrichtlijn. De Dienstenrichtlijn heeft deze jurisprudentie evenwel niet veranderd, maar op die terreinen die sindsdien onder de Dienstenrichtlijn vallen, gelden de strakkere kaders van die richtlijn.

Dergelijke beperkingen van het vrije verkeer kunnen gerechtvaardigd zijn vanwege de bescherming van de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid. Daarnaast kunnen uitzonderingen op het vrije verkeer worden gerechtvaardigd vanwege dwingende redenen van algemeen belang, voor zover het gaat om maatregelen die voor iedere persoon of onderneming op het grondgebied van een lidstaat gelden. Als dergelijke redenen zijn in de rechtspraak onder meer erkend de sociale bescherming van werknemers en van zelfstandigen, het vermijden van verstoringen van de arbeidsmarkt, het bestrijden van sociale dumping, de bestrijding van fraude, met name sociale fraude en het voorkomen van misbruik, en de bestrijding van zwartwerk.⁷⁷ Voor beide typen rechtvaardigingsgronden geldt het vereiste van evenredigheid. Nationale maatregelen dienen geschikt te zijn om het gestelde doel te waarborgen en niet verder te gaan dan noodzakelijk ter bereiking van dat doel.⁷⁸

Bij het dienstenverkeer speelt het beginsel van wederzijdse erkenning bovendien nog een belangrijke rol. Dit betekent dat een lidstaat de verrichting van diensten op zijn grondgebied door dienstverrichters uit andere lidstaten niet zomaar afhankelijk mag stellen van allerlei vestigingsvoorwaarden.⁷⁹ Een ondernemer die een dienst in de ene lidstaat rechtmatig levert, moet deze dienst ook vrij in een andere lidstaat kunnen leveren. De lidstaat waar de dienst wordt verricht moet rekening houden met de geldende regels en het toezicht in de lidstaat waar de dienstverlener is gevestigd. De lidstaat van ontvangst dient er in beginsel van uit te gaan dat die regels afdoende zijn en dat in de lidstaat van vestiging adequaat toezicht wordt gehouden en mag dat toezicht niet overdoen.

Mede gelet op de verdere invulling van de voorgaande voorwaarden in de jurisprudentie van het Hof van Justitie, moet worden geconstateerd dat een aantal typen nationale maatregelen Unierechtelijk gezien niet mogelijk zijn.

Beperking van aantallen arbeidsmigranten en tewerkstellingsvergunningen

Maatregelen die de aantallen arbeidsmigranten uit andere lidstaten en de duur van deze arbeid beperken zijn niet toegestaan, omdat deze strijd opleveren met het verbod op discriminatie naar nationaliteit. Ditzelfde geldt voor tewerkstellingsvergunningen voor werknemers uit andere lidstaten. Daarmee wordt het vrij verkeer van werknemers en diensten aanzienlijk aangetast.⁸⁰

Het Hof van Justitie heeft overwogen dat het vrije dienstenverkeer zich ertegen verzet dat een lidstaat een in een andere lidstaat gevestigde ondernemer verbiedt zich tijdelijk op zijn grondgebied met zijn personeel vrij te verplaatsen, of de verplaatsing van het betrokken personeel aan beperkende voorwaarden te onderwerpen. Dergelijke voorwaarden kunnen ondernemingen uit andere lidstaten discrimineren ten opzichte van in het land van ontvangst gevestigde concurrenten, die hun eigen

⁷⁷ Zie, onder meer, HvJ 16 april 2013, C-202/11, Las, punt 28; HvJ 15 juni 2006, C-255/04, Commissie/Frankrijk, punt 47; HvJ 28 maart 1996, C-272/94, Guiot, punt 16; HvJ 27 maart 1990, C-113/89, Rush Portuguesa, punt 13; en HvJ 12 oktober 2004, C-60/03, Wolff & Müller, punt 41.

⁷⁸ Zie onder meer HvJ 11 september 2014, C-91/13, Essent Energie Productie, punten 44 t/m 48.

⁷⁹ Zie ook HvJ 25 juli 1991, C-76/90, Säger Dennemeyer, punt 13.

⁸⁰ Artikel 79, vijfde lid, VWEU biedt wel mogelijkheden om beperkingen te stellen aan de aantallen migranten die afkomstig zijn uit derde landen en in de Unie, al dan niet in loondienst, arbeid komen verrichten.

personeel wel vrij kunnen inzetten. Bovendien tast dit de capaciteit van de dienstverrichter aan om de prestatie te verrichten.⁸¹

De vraag is daarnaast welke doelstellingen precies met de genoemde maatregelen worden gediend. Vanwege het direct discriminerende karakter van die maatregelen kan alleen een beroep toekomen op de bescherming van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid, maar de vraag is of één van deze belangen in het geding is. In ieder geval gaat het om te ingrijpende maatregelen, en zullen minder beperkende maatregelen moeten worden overwogen.

Aanvullende voorwaarden bij detachering en terbeschikkingstelling

Uit rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt ook dat hoge eisen worden gesteld aan de noodzakelijkheid en proportionaliteit van (aanvullende) voorwaarden die worden gesteld aan de tijdelijke terbeschikkingstelling van werknemers door ondernemingen (dienstverrichters) uit andere lidstaten. Lidstaten moeten bewijzen dat de maatregelen die het vrije verkeer van diensten aantasten geschikt zijn om de nagestreefde doelstellingen te bereiken, en de belangen niet al worden gewaarborgd door de regels die in de lidstaat van vestiging gelden.⁸² Ook dient verzekerd te worden dat het vrije dienstenverkeer niet illusoir wordt gemaakt en dat de uitoefening van deze vrijheid niet wordt onderworpen aan de beoordelingsvrijheid van de administratie.⁸³

Verplichtingen zoals het opstellen, het bijhouden en het bewaren van sociale en arbeidsdocumenten, waaronder een arbeidsreglement, een speciaal personeelsregister en een individuele rekening voor elke ter beschikking gestelde werknemer, kunnen niet worden gerechtvaardigd om sociale bescherming aan werknemers te bieden. Dergelijke verplichtingen brengen extra administratieve en economische kosten en lasten met zich, waardoor ondernemingen uit het oogpunt van de mededinging niet op gelijke voet staan met de in Nederland gevestigde werkgevers. Het vrije dienstenverkeer wordt door dergelijke bijkomende verplichtingen (te veel) belemmerd.⁸⁴

Als de onderneming die de werknemers terbeschikking stelt arbeids- en sociale documenten kan overleggen die hij bijhoudt in de lidstaat van vestiging en die toereikend zijn om de sociale bescherming van werknemers te verzekeren, zijn de genoemde bijkomende documenten niet meer proportioneel te noemen. Een evenredige maatregel om de sociale bescherming van werknemers te verzekeren kan volgens het Hof wel bestaan uit het verzoeken om inlichtingen aan de ondernemingen over deze documenten.⁸⁵

Aanvullende vergunningen en voorwaarden bij tewerkstelling van werknemers uit derde landen

Een verplichte tewerkstellingsvergunning en een verplichte periode van voorafgaande tewerkstelling waarin werknemers uit derde landen ter beschikking worden gesteld door een werkgever die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar al een tewerkstellingsvergunning heeft geregeld,

⁸¹ HvJ 18 december 2007, C-341/05, Laval un Partneri, punt 56; en HvJ 27 maart 1990, Rush Portuguesa, C-113/89, punt 12.

⁸² HvJ 11 september 2014, C-91/13, Essent Energie Productie, punt 48.

⁸³ HvJ 11 september 2014, C-91/13, Essent Energie Productie, punt 53.

⁸⁴ HvJ 23 november 1999, gevoegde zaken C-369/96 en C-376/96, Arblade, punt 58.

⁸⁵ HvJ 23 november 1999, gevoegde zaken C-369/96 en C-376/96, Arblade, punten 66 en 70. Zie ook HvJ 7 oktober 2010, C-515/08, Dos Santos Polhota, punten 58–59.

zijn ook niet toegestaan. Dergelijke maatregelen brengen volgens het Hof van Justitie formaliteiten en vertragingen met zich die het vrije verkeer van diensten kunnen ontmoedigen.⁸⁶ Volgens het Hof zijn het geen passende middelen om de toegang van werknemers uit derde landen tot de arbeidsmarkt te controleren of om sociale dumping te voorkomen.⁸⁷

Volgens het Hof is er, mede gelet op het gegeven dat op dit gebied niet is voorzien in harmonisatie op Unieniveau, wel ruimte voor het aannemen van een inlichtingenplicht voor de dienstverrichter om zich vooraf bij de Nederlandse autoriteiten te melden om te bevestigen dat aan alle voorschriften met betrekking tot de werknemers is voldaan in de lidstaat van vestiging van de dienstverrichter.⁸⁸

4. Samenvattende conclusie

a. Algemeen

Arbeidsmigratie is een verschijnsel van alle tijden: verschillen in welvaart tussen landen leiden tot vraag en aanbod van goedkope arbeid. Het hoge welvaartsniveau in Nederland leidt ertoe dat arbeidsmigratie in Nederland, van oudsher, veel aan de orde is. De uitbreiding van de Europese Unie heeft een (nieuwe) impuls gegeven aan arbeidsmigratie. Deze heeft ertoe geleid dat een groot legaal aanbod aan goedkope arbeid binnen de Europese Unie is ontstaan.

Gegeven de welvaartsverschillen, betekent het afsnijden van bepaalde wegen niet dat arbeidsmigratie dan stopt. Er zullen andere wegen worden gezocht of er zal zelfs weer een toename van illegale arbeidsmigratie optreden, zoals ook in de jaren tachtig van de vorige eeuw het geval was. Ook het Aanjaagteam arbeidsmigranten concludeert dat het gaat om een blijvend fenomeen, en dat verbieden niet nodig is: in de meeste gevallen gaat het goed en is iedereen tevreden. Dat neemt echter niet weg dat zich ook situaties voordoen waarin sprake is van ernstige misstanden.

b. Mogelijkheden voor nationale regels om misstanden tegen te gaan

Het Unierecht beoogt belemmeringen van arbeidsmigratie als economisch fenomeen zoveel als mogelijk te voorkomen. Binnen de Unie gelden de regels van het vrije verkeer van personen, werknemers, en diensten, en de vrijheid van vestiging. Deze vrijheden zijn gewaarborgd in het VWEU en nader uitgewerkt in verschillende richtlijnen en verordeningen. De mogelijkheden om op nationaal niveau regels te stellen over arbeidsmigratie, door het inperken van het vrij verkeer van personen en werknemers, zijn daarmee per definitie, of zo men wil: bewust, beperkt.

Op het terrein van het sociale beleid hebben de lidstaten in beginsel de ruimte om nationale maatregelen te treffen. Zij moeten daarbij echter rekening houden met het toepasselijk secundair recht (verordeningen en richtlijnen) en met de relevante randvoorwaarden die voortvloeien uit het VWEU. Wat betreft het vrij verkeer van personen en werknemers, heeft de Uniewetgever voor de normen op het terrein van veiligheid en gezondheid, alleen in minimumharmonisatie voorzien. Zo dienen binnen de Unie regels te worden nageleefd aangaande de dagelijkse rusttijd en de maximale duur van de werkweek. Maar het gaat om minimumnormen. Lidstaten mogen op dit terrein verdergaande eisen stellen.

⁸⁶ HvJ EG 9 augustus 1994, C-43/93, Van der Elst; en HvJ 11 september 2014, C-91/13, Essent.

⁸⁷ HvJ 21 oktober 2003, C-445/03, Commissie t. Luxemburg; HvJ 19 januari 2006, C-244/04, Commissie t. Duitsland; en HvJ EG 21 september 2006, C-168/04, Commissie t. Oostenrijk.

⁸⁸ Zie, onder meer, HvJ 11 september 2014, C-91/13, Essent Energie Productie.

Verder belet het Unierecht de lidstaten, in beginsel, ook niet om hun wetgeving of de collectieve arbeidsovereenkomsten tussen de sociale partners inzake minimumlonen te laten gelden voor eenieder die, ook al is het tijdelijk, arbeid in loondienst op hun grondgebied komen verrichten, ongeacht het land van vestiging van de werkgever. De lidstaten zijn (zelfs) verplicht om te verzekeren dat werknemers die afkomstig zijn uit een andere lidstaat en in dienst zijn bij een Nederlandse werkgever gelijk worden behandeld op het gebied van beloning, fiscale en sociale voordelen en voordelen die voor huisvesting gelden.⁸⁹

Wanneer sprake is van dienstenverrichting, dienen de lidstaten rekening te houden met de beperking die nationale maatregelen kunnen veroorzaken voor het vrije verkeer van diensten. Op een aantal terreinen is ook specifieke regelgeving op EU-niveau aangenomen. Als een werknemer van een buitenlandse werkgever tijdelijk in Nederland tewerk wordt gesteld is bijvoorbeeld het dienstenverkeer van toepassing. In de Detacheringsrichtlijn is nader geregeld dat (gedurende de eerste twaalf maanden) aan gedetacheerde werknemers een aantal dwingende bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden en omstandigheden dienen te gelden. Lidstaten mogen op dit terrein geen aanvullende eisen stellen, behalve wanneer het gaat om de bescherming van de openbare orde.

Daarnaast mogen de lidstaten op grond van de Dienstenrichtlijn aan dienstverrichters (denk onder meer aan zelfstandigen) alleen eisen stellen die niet discrimineren, noodzakelijk zijn, dat wil zeggen gerechtvaardigd om redenen van openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid of milieubescherming, en evenredig zijn. In beginsel mogen de lidstaten daarom niet verlangen van een dienstverrichter dat hij een vergunning aanvraagt of zich inschrijft bij een register.

Voor uitzendondernemingen gelden nog bijzondere regels. Op grond van de Uitzendrichtlijn hebben de lidstaten ruimte om maatregelen te treffen zoals registratie, afgifte van vergunningen, certificering en financiële waarborgen. Bij de vormgeving van dergelijke maatregelen dienen de verdragsregels inzake de vrijheid van vestiging en de vrijheid van diensten in acht te worden genomen. De genoemde maatregelen kunnen het vrije verkeer immers belemmeren, en mogen daarom niet discrimineren, en dienen noodzakelijk en proportioneel te zijn.

Dezelfde voorwaarden gelden wanneer maatregelen worden getroffen op terreinen waarop nog geen harmonisatie en coördinatie op Unierechtelijk niveau heeft plaatsgevonden. Op het terrein van huisvesting van arbeidsmigranten, bijvoorbeeld, zijn er geen specifieke Unierechtelijke regels opgesteld. Lidstaten kunnen op dit terrein daarom ook maatregelen nemen. Maar vanwege het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit, mag er bij de uitwerking van het huisvestingsbeleid van arbeidsmigranten geen ongerechtvaardigd onderscheid naar nationaliteit worden gemaakt.

Lidstaten zullen moeten aantonen dat beperkingen van het dienstenverkeer noodzakelijk en proportioneel zijn. Voorkomen moet worden dat het dienstenverkeer door nationale maatregelen illusoir wordt gemaakt. Zo mogen de lidstaten geen additionele tewerkstellingsvergunningen verplichten voor de tewerkstelling van arbeiders uit derde landen wanneer een onderneming in andere lidstaat die tewerkstelling al heeft geregeld. Het beginsel van wederzijds erkenning speelt hierbij een rol. Dit houdt in

⁸⁹ Daarbij moet nog worden opgemerkt dat voor de belastingen en sociale verzekeringen in bijvoorbeeld de Coördinatieverordening Sociale Verzekeringen en belastingverdragen (en de jurisprudentie van het Hof) onderscheid wordt gemaakt op basis van de woonplaats.

dat rekening moet worden gehouden met de geldende regels en het toezicht in de lidstaat waar de dienstverlener is gevestigd. In beginsel moet ervan worden uitgegaan dat die regels afdoende zijn en dat in de lidstaat van vestiging adequaat toezicht wordt gehouden.

Tot slot biedt het Unierecht de lidstaten in beginsel de ruimte om zelf passende maatregelen te kiezen om naleving en handhaving te verzekeren van de rechten die het Unierecht toekent aan werknemers en dienstverleners. Omdat er ook op Unierechtelijk niveau zorgen zijn over de daadwerkelijke naleving van deze rechten, zijn al handhavingsrichtlijnen opgesteld met betrekking tot de gelijke behandeling van werknemers en de detachering. Deze richtlijnen bieden de lidstaten ruimte om verdergaande maatregelen te treffen ter verbetering en intensivering van de handhaving.

Als het gaat om de naleving van de rechten van gedetacheerde werknemers, is van belang dat er geen onevenredige (onnodige administratieve lasten en financiële eisen) mogen worden gesteld. Voor deze situatie geldt dat het om een tijdelijke verrichting van diensten gaat, waarbij ook al regels aan de detacheerders worden gesteld in de uitzendende lidstaat. Een mogelijkheid om meer grip te krijgen op deze vorm van arbeidsverrichting in Nederland is om bij de ondernemer om inlichtingen te verzoeken.

c. Het belang van handhaving; mogelijke waterbedeffecten

Wanneer maatregelen worden getroffen die aangrijpen bij de specifieke vorm waarin de desbetreffende dienstverlening plaatsvindt, moet wel worden bedacht dat hierbij waterbedeffecten kunnen optreden. Een vergunningplicht voor Nederlandse uitzendbureaus kan ertoe leiden dat dezelfde uitzendactiviteiten voortaan vanuit een andere lidstaat worden uitgeoefend, of dat deze vorm van dienstverlening wordt gewijzigd in andere vormen van bemiddeling tussen arbeidskrachten en inleners. Deze problematiek is vergelijkbaar met die in het Nederlandse arbeidsbestel.

Tegen deze achtergrond is het daarom raadzaam om maatregelen zo min mogelijk te koppelen aan een bepaalde vorm waarin arbeidsmigratie is gegoten, maar deze zo veel mogelijk los van die vorm te richten op de knelpunten die zich voordoen. Zo bieden de ARBO-regels de mogelijkheid deze toe te passen op de werkvloer, ongeacht de juridische vorm waarin de arbeid wordt verricht. Maatregelen om de gezondheid en veiligheid van werknemers te verbeteren en versterken zijn Unierechtelijk gezien dan ook mogelijk. Het Unierecht heeft voor minimumregels op dit terrein gezorgd, waarbij het de lidstaten is toegestaan om strengere regels te stellen. De lidstaten zijn ook vrij op dit terrein strenger handhavend op te treden.

In het verlengde hiervan biedt versterking van de handhaving van bestaande regels, bijvoorbeeld die betreffende arbeidsomstandigheden, arbeidvoorwaarden, volksgezondheid en huisvesting, dan ook meer perspectief. Uit het rapport van het Aanjaagteam arbeidsmigranten komt naar voren dat op het punt van de handhaving en toezicht nog betekenisvolle stappen kunnen worden gezet. Vanuit Unierechtelijk perspectief zijn dergelijke stappen goed verdedigbaar, en heeft de nationale wetgever ruimte tot nadere regelgeving (onder de randvoorwaarde dat deze zonder onderscheid worden toegepast). Effectiever(e) toezicht en handhaving is overigens geen kwestie van (meer) regelgeving alleen. Waar het gaat om bestrijding van misstanden jegens arbeidsmigranten ligt het toezicht zowel op nationaal niveau (met name de Inspectie SZW) als op het gemeentelijk niveau. Goede samenwerking tussen de overheden en

voldoende middelen en ruimte voor gemeenten om aan adequate handhaving vorm te geven, zijn op zijn minst evenzeer van belang.

d. Mogelijke Unierechtelijke verkenningen

Verdere samenwerking met de andere lidstaten kan, ten slotte, ook worden gezocht om de problematiek rondom de misstanden met arbeidsmigranten te bestrijden. Daarvoor bestaan al een aantal mogelijkheden (Europese arbeidsautoriteit) en platforms (platform tegen zwartwerk).

Daarnaast laat bijvoorbeeld de recente aanscherping van de Detacheringsrichtlijn zien dat initiatieven om te komen tot (aanpassing van) het secundaire Unierecht in voorkomend geval mogelijkheden biedt. Zo zou nog kunnen worden bezien of bepaalde voorstellen van het Aanjaagteam arbeidsmigranten, zoals de voorstellen ten aanzien van een goede registratie van arbeidsmigranten als een middel om de misstanden met arbeidsmigranten tegen te gaan, tot aanpassing of aanvulling van regelgeving op Unierechtelijk niveau kunnen leiden.

e. Tot slot

De variëteit in de vormen waarin arbeidsmigratie plaatsvindt is groot. Afhankelijk van de vorm zijn, zoals nader is beschreven in deze voorlichting, verschillende Unierechtelijke regels en beginselen van toepassing. Op het terrein van het sociale beleid zijn de lidstaten weliswaar in grote mate bevoegd om nationale maatregelen te stellen, maar bij elke afzonderlijke maatregel zal met de bijzondere regels die alsdan van toepassing zijn, rekening moeten worden gehouden. Noodzaak en proportionaliteit dienen te worden aangetoond. Eventuele maatregelen mogen het niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken om van de rechten van het vrije verkeer gebruik te maken. Ook zal rekening moeten worden gehouden met de regels die in andere lidstaten gelden (wederzijdse erkenning).

Het gevolg hiervan is dat het tegengaan van misstanden bij arbeidsmigratie door arbeidsmigratie binnen de EU als zodanig te beperken dan wel nader te reguleren uit Unierechtelijk oogpunt complex kan zijn. Het aanpakken van bepaalde vormen van arbeidsmigratie kan er daarnaast toe leiden dat arbeidsmigratie op andere wijzen wordt vormgegeven (waterbedeffect). Het meest kansrijk, niet alleen vanuit Unierechtelijk oogpunt maar ook vanuit het oogpunt van effectiviteit, zijn de maatregelen die niet aanknopen bij de vorm waarin arbeidsmigratie plaatsvindt, maar bij de concrete misstanden die zich voordoen, met name met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden, arbeidsomstandigheden, (volks-)gezondheid of huisvesting, en bij het toezicht daarop respectievelijk de handhaving daarvan (nationaal en gemeentelijk).

De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf