

Tilburg University

De handhavingsrichtlijn, veranderingen voor dienstverrichters

van Drongelen, J.; Strik, C.; van Rijs, A.D.M.

Published in:

PS documenta : documentatie periodiek sociale verzekering, sociale voorzieningen en arbeidsrecht

Publication date:

2015

Document Version

Early version, also known as pre-print

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

van Drongelen, J., Strik, C., & van Rijs, A. D. M. (2015). De handhavingsrichtlijn, veranderingen voor dienstverrichters. *PS documenta : documentatie periodiek sociale verzekering, sociale voorzieningen en arbeidsrecht*, 2015(2), 157-167.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

17

De Handhavingsrichtlijn, veranderingen voor dienstverrichters

MEVR. MR. C. STRIK, MR.
DR. J. VAN DRONGELEN
& MR. A.D.M. VAN RIJS*

* Claire Strik is medewerker bij M.G. de Jong Gerechtsdeurwaarders- en Incassokantoor. Harry van Drongelen is universitair hoofddocent bij de vakgroep sociaal recht en sociale politiek van de Universiteit van Tilburg en als adviseur verbonden aan De Voort Advocaten/Mediators. André van Rijs is docent bij de vakgroep sociaal recht en sociale politiek van de Universiteit van Tilburg.

tievergoeding?') in het wetgevingstraject van de Wet werk en zekerheid³¹ aan de orde zijn geweest³², blijkt dat de wetgever worstelt met de begrippen 'loon' en 'arbeid'. Het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding en de Regeling looncomponenten en arbeidsduur laten zien dat in het kader van de vergoeding van het geheel of gedeeltelijk niet-naleven van de aanzegtermijn over het al dan niet voortzetten van de arbeidsrelatie bij tijdelijke arbeidsovereenkomsten de wetgever nog steeds worstelt met deze begrippen. Ik ben er dan ook niet gerust op als het gaat om de regeling van de transitievergoeding, maar dat is voor een volgende bijdrage.

1. INLEIDING

In het EU-Werkingsverdrag¹ zijn vier fundamentele vrijheden geregeld, te weten: het vrij verkeer van 1. goederen, 2. personen, 3. diensten en 4. kapitaal. Als een werkgever zijn werknemer detacheert naar een andere lidstaat om daar werkzaamheden te verrichten, is er sprake van het vrij verkeer van diensten. Het vrij verkeer van diensten is ingevoerd met het doel dienstverrichting binnen de Europese Unie te bevorderen (zie art. 49-55 EUWV) en is uitgewerkt in de zogenoemde Detacheringsrichtlijn.² Met deze richtlijn³ is bedoeld in te grijpen in de regels over grensoverschrijdende arbeid, en het risico van oneerlijke mededinging en 'social dumping' tegen te gaan. Het doel van de Detacheringsrichtlijn is een evenwicht tot stand te brengen tussen enerzijds de uitoefening van de vrijheid om grensoverschrijdend diensten te verrichten (art. 56 EUWV) en anderzijds een passende mate van bescherming van de rechten van daarvoor tijdelijk in het buitenland gedetacheerde werknemers. De uitvoering, toepassing en handhaving van de Detacheringsrichtlijn heeft voor nogal wat problemen gezorgd. Zie hier de grondslag voor de zogenoemde Handhavingsrichtlijn.⁴ In deze richtlijn zijn bepalingen en maatregelen opgenomen om de uitvoering, de toepassing en de handhaving van de Detacheringsrichtlijn, te bevorderen. In deze bijdrage staat de Handhavingsrichtlijn centraal en ligt de nadruk op de voorschriften die betrekking hebben op de zogenoemde 'dienstverrichters'.

31. Zie wet van 14 juni 2014 tot wijziging van verschillende wetten in verband met de hervorming van het ontslagrecht, wijziging van de rechtspositie van flexwerkers en wijziging van verschillende wetten in verband met het aanpassen van de Werkloosheidswet, het verruimen van de openstelling van de Wet inkomensvoorziening oudere werklozen en de beperking van de toegang tot de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers, *Stb.* 2014, 216.

32. Zie J. van Drongelen & S.F.H. Jellinghaus, *PS Documenta* 2014, p. 1229-1233 en 1235-1236.

1. Zie Verdrag van 25 maart 1957 tot oprichting van de Europese Gemeenschap, *Trb* 2003, 150.

2. Zie Richtlijn 96/71/EG van het Europese Parlement en van de Raad van de Europese Unie van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, *PbEG* 1997, L 18.

3. Zie hierover onder meer: M.S. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn, over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 96/71/EG*, Deventer 2005.

4. Zie Richtlijn 2014/67/EU van het Europese 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, *PbEG* 2004, L 159.

2. DE DETACHERINGSRICHTLIJN

Zoals in de inleiding al is geschreven heeft de Europese Commissie met de Detacheringsrichtlijn geprobeerd een evenwicht tot stand te brengen tussen de uitoefening van de vrijheid om grensoverschrijdend diensten te verrichten en het bieden van een passende mate van bescherming aan tijdelijk in het buitenland gedetacheerde werknemers. Deze verplichte bescherming van de gedetacheerde werknemers heeft geresulteerd in een specifiek in artikel 3 Detacheringsrichtlijn opgenomen zogenoemde 'harde kern' van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden. De 'harde kern' bestaat uit een aantal elementaire voorschriften, zoals 1. maximale werk- en minimale rustperiodes, 2. minimum aantal vakantiedagen met behoud van loon en 3. minimumlonen. Er zijn alleen voorschriften opgenomen die voor de bescherming van de gedetacheerde werknemers direct van belang zijn tijdens de periode van hun detachering in het buitenland. Voor de overige voorschriften, zoals 1. ontslag, 2. proeftijd, 3. concurrentiebeding en 4. medezeggenschap moet worden teruggevallen op de arbeidsrechtelijke voorschriften van het land van herkomst. Voor de zogenoemde 'harde kern'-voorschriften is van belang de zogenoemde 'Rome I'-verordening⁵ waarin is aangegeven welk recht van toepassing is op de arbeidsovereenkomst van de werknemers als zij in het buitenland arbeid verrichten. Op grond van artikel 9 van deze verordening zijn de zogenoemde 'harde kern'-voorschriften van toepassing, ongeacht het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht. Dit houdt in dat bijvoorbeeld een Poolse onderneming niet alleen rekening moet houden met de Poolse wet- en regelgeving, maar ook met de in artikel 3 Detacheringsrichtlijn genoemde arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die van toepassing zijn in de lidstaat waar de werkzaamheden tijdelijk worden verricht. Op deze manier wordt een zekere mate van minimumbescherming aan de gedetacheerde werknemers geboden. Een minimumbescherming, omdat onder andere uit de arresten *Laval*⁶ en *Rüffert*⁷ van het Hof van Justitie van de Europese Unie blijkt dat toepassing van deze voorschriften voorwaardelijk is, namelijk voor het geval dat het recht van het land van herkomst minder bescherming biedt. Naast deze minimumbescherming worden de directe en onbelemmerde concurrentie tussen de lidstaten op deze manier genuanceerd en wordt een buitenproportionele toepassing van het arbeidsrecht van het land waar de werkzaamheden tijdelijk worden verricht beperkt, waardoor eventuele beperkingen op het vrije dienstenverkeer zoveel mogelijk worden tegengegaan.

De Detacheringsrichtlijn is in 1999 in Nederland geïmplementeerd in de Wet arbeidsvoorwaarden en grensoverschrijdende arbeid⁸ (hierna: WAGA). De WAGA regelt kort gezegd dat voor werknemers uit de EU-lidstaten die tijdelijk in Nederland te werk zijn gesteld dezelfde ('harde kern') arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden gelden als voor Nederlandse werknemers die hetzelfde of vergelijkbaar werk doen.

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

6. Zie HvJ EG 11 december 2007, C-341/05, JAR 2008/20.

7. Zie HvJ EG 15 april 2008, C-346/06, JAR 2008/130.

8. Zie wet van 2 december 1999 tot uitvoering van de Richtlijn 96/71/EG van het Europees parlement en van de Raad van de Europese Unie van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (PbEG 1997, L 18), Stb. 1999, 554.

3. DE DETACHERINGSRICHTLIJN IN DE PRAKTIJK

In de loop der jaren zijn er in de praktijk problemen ontstaan bij de uitvoering, toepassing en handhaving van de Detacheringsrichtlijn. In Europa worden jaarlijks circa 1,2 miljoen werknemers gedetacheerd. Ondanks de geringe omvang van de detachering ten opzichte van de totale beroepsbevolking, moet het economisch belang ervan niet worden onderschat. Via detachering kunnen tijdelijke tekorten aan werknemers in bepaalde bedrijfstakken of sectoren worden opgevangen en zo bijdragen aan een meer efficiënte verdeling van arbeid over de grenzen, omdat op deze wijze een werkgelegenheidsverdeling ontstaat tussen de uitzendende en de ontvangende.

De hiervoor aangeduide problematiek over de uitvoering, toepassing en handhaving van de toepasselijke arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden op de gedetacheerde werknemers is veelal het gevolg van onvoldoende samenwerking tussen de lidstaten. Zo houden de lidstaten vast aan de eigen nationale wet- en regelgeving en door de diversiteit van deze wet- en regelgeving lidstaten, is de samenwerking erg moeizaam. Een ander en misschien indringender probleem is het misbruik dat wordt gemaakt van gedetacheerde werknemers. Door wet- en regelgeving op een 'creatieve' manier te ontduiken of te omzeilen, ontvangen de gedetacheerde werknemers vaak niet eens de minimale arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden waar zij recht op hebben. Kennelijk zitten er zodanige lacunes in de Detacheringsrichtlijn dat deze malafide praktijken mogelijk zijn. Ook is de invulling van een aantal voorschriften uit de Detacheringsrichtlijn overgelaten aan de lidstaten, waardoor er een verschillende invulling aan deze voorschriften wordt gegeven.

4. DE HANDHAVINGSRICHTLIJN

4.1 INLEIDING

Zoals in de inleiding al is geschreven probeert de Handhavingsrichtlijn⁹ deze problemen op het terrein van de uitvoering, toepassing en handhaving van de Detacheringsrichtlijn aan te pakken door een pakket van passende voorschriften en maatregelen te introduceren. Deze zullen moeten leiden tot een betere en meer uniforme uitvoering, toepassing en handhaving van de Detacheringsrichtlijn en zullen niet alleen van invloed zijn op de lidstaten, dienstverrichters en gedetacheerde werknemers, maar ook op 'gewone' werkgevers en werknemers.

Op 18 juni 2014 is de Handhavingsrichtlijn in werking getreden. Aan de lidstaten is een implementatietermijn toegekend van twee jaar. Dit brengt met zich dat de Handhavingsrichtlijn uiterlijk op 18 juni 2016 moet zijn geïmplementeerd in onze nationale wet- en regelgeving. Uiterlijk op 18 juni 2019 wordt de toepassing en de uitvoering tenuitvoerlegging van de Handhavingsrichtlijn geëvalueerd.

9. Zie ook: M.S. Houwerzijl, 'De handhavingsrichtlijn ter versterking van de detacheringsrichtlijn: effectief tegen misstanden en sociale dumping?', TRA 2014/70; F. van Overbeeke, 'Het toepasselijke recht op de gedetacheerde werknemers', *ArbeidsRecht* 2014/10, p. 17-22.

4.2 DE INHOUD VAN DE HANDHAVINGSRICHTLIJN

Een aantal van de voorschriften en maatregelen zijn direct van invloed op de dienstverrichters. De dienstverrichters hebben immers een belangrijke rol bij het bereiken van een van de belangrijkste doelstellingen van de Handhavingsrichtlijn: het tegengaan van misbruik en omzeiling van wet- en regelgeving.

4.2.1 Verbetering van het toezicht op de naleving

Artikel 9 en 10 Handhavingsrichtlijn richten zich op de verbetering van het toezicht op de naleving. Artikel 9 Handhavingsrichtlijn geeft een opsomming van administratieve eisen en controlemaatregelen die de lidstaten aan dienstverrichters kunnen opleggen om het toezicht op de naleving te waarborgen. Denk dan aan de verplichting dat de dienstverrichter tijdens de detachingsperiode kopieën van de arbeidsovereenkomst en loonstroken moet bewaren of ter beschikking moet stellen. Daarnaast kan een dienstverrichter bij aanvang van de dienstverrichting worden verplicht om een verklaring af te geven met informatie die noodzakelijk is voor het uitvoeren van daadwerkelijke controles op de werkplek. Overigens kent ons land al een dergelijke 'meldingsplicht' op grond van artikel 2a WAV^{10,11} voor vreemdelingen waarvoor geen tewerkstellingsvergunning is vereist. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in 2014¹² geoordeeld dat een dergelijke meldingsplicht niet in strijd is met artikel 56 en 57 EUWV. Het gevolg van deze uitspraak is dat geen tewerkstellingsvergunning meer is vereist voor de terbeschikkingstelling van werknemers afkomstig uit derde landen door een in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigde dienstverlener aan een in Nederland gevestigde dienstontvanger. Er moet echter wel aan een aantal voorwaarden zijn voldaan, zoals het vooraf melden van de grensoverschrijdende dienstverleners, dus voordat zij hun werkzaamheden beginnen. Daarbij moeten alle relevante gegevens worden overgelegd. Een permanente tewerkstellingsvergunningsplicht is volgens de uitspraak in strijd met de genoemde verdragsbepalingen omdat een permanente vergunningsplicht voor de tewerkstelling van onderdanen van een derde land verder gaat dan noodzakelijk is om de nagestreefde doelstelling te bereiken, namelijk de bescherming van de nationale arbeidsmarkt. Via een meldingsplicht kan op een minder beperkende, maar even doeltreffende wijze worden gewaarborgd dat de situatie van de betrokken werknemers legaal is en zij hun hoofdactiviteit in de lidstaat uitoefenen waar de dienstverrichter is gevestigd. Een en ander moet nog in onze

10. Zie wet van 21 december 1994 tot vaststelling van de Wet arbeid vreemdelingen, Stb. 1994, 959.

11. Zie art. 2a WAV dat luidt:

'1. Een werkgever die een vreemdeling arbeid in Nederland laat verrichten, ten aanzien waarvan het verbod, bedoeld in artikel 2, niet geldt, is verplicht dit gegeven schriftelijk te melden ten minste twee werkdagen voor aanvang van de werkzaamheden aan een bij ministeriële regeling aan te wijzen instantie, onder overlegging van een verklaring en bewijsstukken.

2. De verplichting, bedoeld in het eerste lid, geldt niet, indien de werkgever reeds uit hoofde van andere, bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen, bepalingen een meldingsplicht heeft.

3. Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld met betrekking tot het model van de verklaring en de over te leggen bewijsstukken, bedoeld in het eerste lid.'

12. Zie HvJ EU 11 september 2014, C-91/13, JAR 2014/262.

wet- en regelgeving worden gerealiseerd via een aanpassing van het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen.¹³

In het oorspronkelijke voorstel voor de Handhavingsrichtlijn was een limitatieve opsomming van administratieve eisen en controlemaatregelen opgenomen; in de definitieve versie is daarentegen juist een niet-limitatieve opsomming gegeven. Echter, de lidstaten mogen alleen administratieve eisen en controlemaatregelen opleggen die noodzakelijk zijn voor een doeltreffend toezicht op de naleving van de bij de Detacheringsrichtlijn en Handhavingsrichtlijn opgelegde verplichtingen. Deze flexibiliteit om bijkomende maatregelen uit te vaardigen maakt het mogelijk om snel in te spelen op nieuwe fraudetechnieken.

Artikel 10 Handhavingsrichtlijn schrijft voor dat in het kader van het toezicht op de naleving inspecties moeten worden verricht. Deze inspecties zullen voornamelijk worden gebaseerd op een risicobeoordeling. Bij deze risicobeoordeling kan in het bijzonder rekening worden gehouden met de volgende factoren: 1. verwezenlijking van grote infrastructuurprojecten, 2. geografische nabijheid, 3. bestaan van lange onderaannemingsketens, 4. inbreuken in het verleden en 5. kwetsbaarheid van bepaalde groepen. Gelet op de huidige situatie en de genoemde factoren is het reëel dat in het bijzonder inspecties zullen worden verricht in de bouwsector en de transportsector. Bij het verrichten van de inspecties moet wel worden gewaakt voor discriminatie en onevenredigheid. Uit onderzoek van de Inspectie SZW in de transportsector dat is verricht in 2013 is gebleken dat bij 11 van de 23 onderzochte bedrijven (oftewel 48%) één of meer overtredingen van de WAV zijn geconstateerd.¹⁴ In zijn totaliteit blijken 35 vreemdelingen, waarvan 27 Bulgaarse en 7 Roemeense, illegaal te zijn tewerkgesteld. De Inspectie SZW voert haar inspecties nu al uit aan de hand van een risicobeoordeling. Uit het Jaarplan 2014¹⁵ en 2015¹⁶ blijkt dan ook dat de aandacht van de inspectie al ligt op de bouwsector en de transportsector.

4.2.2 Verbetering van de privaatrechtelijke handhavingsmogelijkheden

Artikel 11 en 12 Handhavingsrichtlijn richten zich op het verbeteren van de privaatrechtelijke handhavingsmogelijkheden van de gedetacheerde werknemers. In artikel 11 Handhavingsrichtlijn wordt het voor gedetacheerde werknemers mogelijk gemaakt om een klacht in te dienen tegen de werkgever. Deze mogelijkheid bestaat echter al in artikel 6 Detacheringsrichtlijn. Omdat er volgens de Europese Commissie aanwijzingen bestaan dat de gedetacheerde werknemers niet voldoende werden beschermd bij meningsverschillen over individuele arbeidsvoorwaarden, is dit recht in de Handhavingsrichtlijn verbeterd. Deze verbetering zit in de hulp die aan de gedetacheerde werknemers wordt geboden door vakbonden. De vakbonden zullen deze werknemers kunnen helpen om een klacht in te dienen en om juridische en/of administratieve stappen te nemen tegen de werkgever. Nu de gedetacheerde werknemers ook nog een klacht kunnen indienen als de arbeidsrelatie/rechtsverhouding al is beëindigd, kan

13. Zie besluit van 23 augustus 1995 ter uitvoering van de Wet arbeid vreemdelingen, Stb. 1995, 406.

14. Zie Kamerstukken II, 2013/14, 17050, 484 (Brief Tweede rapportage voortgang aanpak schijnconstructies).

15. Zie Kamerstukken II 2013/14, 33750 XV, 4 (begroting SZW 2014 bijlage).

16. Zie Kamerstukken II 2013/14, 34000 XV, 4 (begroting SZW 2015 bijlage).

worden gesproken van een vergaande rechtsbescherming. Op dit moment is nog niet bekend hoe dit aspect wordt uitgewerkt in onze nationale wet- en regelgeving.

Artikel 12 Handhavingsrichtlijn regelt de aansprakelijkheid in een onderaannemingsketen. Op grond van dit artikel wordt gewaarborgd dat de gedetacheerde werknemer de directe opdrachtgever van de werkgever naast of in plaats van de werkgever aansprakelijk kan stellen voor betaling van het (achterstallige) loon. Hierdoor kunnen opdrachtgevers zich niet langer verschuilen achter onderaannemers, daar de gedetacheerde werknemer niet alleen bij de werkgever waarmee hij een arbeidsovereenkomst heeft loonbetaling kan afdwingen, maar ook bij degene waar hij feitelijk de werkzaamheden verricht. De aansprakelijkheidsregeling ziet op de bouwsector en is beperkt tot de zogenoemde eerste schakel in de onderaannemingsketen. De lidstaten mogen de aansprakelijkheidsregeling uitbreiden naar andere sectoren en tot meer dan de eerste schakel in de keten. Het laatste houdt in dat ook kan worden gekozen voor een ketenaansprakelijkheidsregeling.

Er is in lid 5 van artikel 12 Handhavingsrichtlijn wel voorzien in een vrijwaringsmogelijkheid voor de werkgever die aan bepaalde zorgvuldigheidseisen heeft voldaan. Welke zorgvuldigheidseisen dit zijn is in de Handhavingsrichtlijn zelf niet aangegeven en dat betekent dat de lidstaten hieraan zelf een nadere invulling moeten geven waarbij rekening kan worden gehouden met de specifieke omstandigheden van de desbetreffende lidstaat. Denk daarbij bijvoorbeeld aan maatregelen over het documenteren van naleving van de administratieve eisen en controlemaatregelen, zoals het overleggen van kopieën van loonstroken en bewijzen van naleving van verplichtingen met betrekking tot de sociale zekerheid en belastingen. De mogelijke lastenverzwaring die de aansprakelijkheid met zich brengt is geschikt en proportioneel, aldus het Hof van Justitie van de Europese Unie al in 2004.¹⁷ Het beroep op extra administratieve lasten en kosten ten gevolge van een Duitse ketenaansprakelijkheidsregeling is in deze zaak niet gehonoreerd. Lidstaten mogen er daarnaast voor kiezen om andere effectieve en proportionele sancties in te voeren die de gedetacheerde werknemers beschermen tegen fraude en misbruik in onderaannemingsketens.

In het oorspronkelijke voorstel Handhavingsrichtlijn was de hoofdelijke aansprakelijkheid verplicht gesteld voor alle lidstaten. Een aantal lidstaten heeft zich hiertegen verzet, wat heeft geresulteerd in een keuzemogelijkheid aan de lidstaten in de definitieve versie van de Handhavingsrichtlijn.

4.2.3 Administratieve sancties en boetes

Artikel 13-19 Handhavingsrichtlijn hebben betrekking op de grensoverschrijdende handhaving van administratieve sancties en boetes. De Detacheringsrichtlijn kent geen voorziening die de grensoverschrijdende handhaving van administratieve sancties en boetes regelt. De diversiteit tussen de nationale stelsels hebben tot op heden tot veel problemen geleid bij de grensoverschrijdende inning. Vandaar dat de Handhavingsrichtlijn de wederzijdse erkenning regelt van administratieve sancties en boetes tussen lidstaten en zo administratieve sancties en boetes die aan een dienstverrichter

17. Zie HvJ EG 12 oktober 2004, C-60/03. Zie H.H. Voogsweerd, 'Grenzen aan het oorspronkelijkheidsbeginsel?', Over de afwijking tussen eisen van de interne markt en sociale rechten', *ArA* 2005/2.

zijn opgelegd wegens niet-naleving van de voorschriften van beide richtlijnen kunnen worden gehandhaafd en ingevorderd in een andere lidstaat. Artikel 18 Handhavingsrichtlijn regelt de schorsende werking van de inningsprocedure als bezwaar/ beroep wordt ingesteld tegen de opgelegde sanctie of boete door de dienstverrichter. De lidstaten doen er goed aan om ook sancties in te voeren die niet afhankelijk zijn van grensoverschrijdende inning. Denk daarbij onder meer aan de zogenoemde 'naming and shaming'¹⁸ en stillegging van het werk. In dat kader verwijzen wij naar het in 12 december 2014¹⁹ bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakte wetsvoorstel Wet aanpak schijnconstructies. In de artikelen V-VII van dit wetsvoorstel is voorgesteld om inspectiegegevens openbaar te maken om daarmee de transparantie van de inspectie te vergroten.²⁰ Stillegging van het werk is al mogelijk op basis van de huidige arbeidswet- en regelgeving als sprake is van ernstige overtredingen (zie bijvoorbeeld art. 17b WAV).

5. DE EFFECTIVITEIT VAN DE VOORSCHRIFTEN EN MAATREGELEN DIE ZIEN OP DE DIENSTVERRICHTERS

5.1 INLEIDING

De effectiviteit van de Handhavingsrichtlijn hangt in belangrijke mate af van de invulling die de lidstaten zullen geven aan de aan hen geboden mogelijkheden. Belangrijk is de wijze waarop de samenwerking tussen de lidstaten gestalte wordt gegeven en hoe de inspectiecapaciteit wordt ingevuld en ingezet. De vraag is of er in ons land voldoende capaciteit bestaat om toe te zien op de uitvoering en handhaving van de richtlijn. Ook bij de overheid is immers fors bezuinigd, wat ten koste gaat van hun inspectiecapaciteit. De inspecties worden op dit moment in ons land al verricht aan de hand van een risicobeoordeling omdat er onvoldoende capaciteit is om in iedere sector inspecties uit te voeren. Er kunnen wel steeds nieuwe voorschriften en maatregelen worden uitgevaardigd, maar wie gaat deze dan uiteindelijk uitvoeren en handhaven als er niet voldoende capaciteit voor bestaat? De vraag is wat het nut van deze nieuwe voorschriften en maatregelen dan is. Het is niet erg reëel om erop te vertrouwen dat er voldoende capaciteit is om toe te zien op de uitvoering en handhaving van de Handhavingsrichtlijn en daarmee dus ook van de Detacheringsrichtlijn.²¹ De uiteindelijke effectiviteit van de Handhavingsrichtlijn kan daarmee in twijfel worden getrokken.

5.2 WETSVOORSTEL WET AANPAK SCHIJNCONSTRUCTIES

Op 11 april 2013 heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de introductie van de civiele (keten)aansprakelijkheid voor het eerst aangekondigd. In 4.2.2. is al aangegeven dat de basis hiervoor ligt in artikel 12 Handhavingsrichtlijn. Ons land wil deze optie benutten en heeft dit dan ook opgenomen in het wetsvoorstel Wet

18. Zie hierover: A.M.P.J.H. Sauvé, *Naming and shaming. Een onderzoek naar de juridische mogelijkheden en beperkingen voor de Arbeidsinspectie om op het terrein van de Arbeidsomstandighedenwet, de Arbeidstijdenwet, de Wet arbeid vreemdelingen en de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag haar inspectiegegevens te openbaren en haar boetebeslissingen te publiceren*, Zutphen 2010

19. Zie *Kamerstukken II 2014/15*, 34108, 1.

20. Zie *Kamerstukken II 2014/15*, 34108, 2 (voorstel van wet).

21. Zie de klacht van de vakorganisaties over de capaciteit van de Arbeidsinspectie, van 22 juni 2012. De ILO heeft recent de klacht afgedaan en geoordeeld dat het aantal inspecties bij kleine bedrijven en risicosectoren te gering is. Zie *Report of the Director-General 6 November 2014*, GB.322/INS/13/7.

aanpak schijnconstructies (zie 4.2.3). Dit wetsvoorstel introduceert in artikel 7:616a BW een hoofdelijke aansprakelijkheid van de werkgever en diens opdrachtgever ter zake van onderbetaling (of niet betalen) van het verschuldigde loon. Een werknemer moet eerst zijn eigen werkgever aanspreken en een loonvordering instellen. Ook is het mogelijk om de directe opdrachtgever van de werkgever (hoofdelijk) aansprakelijk te stellen. Die opdrachtgever is in zee gegaan met een partij die het loon niet heeft uitbetaald. De werknemer heeft dus de keuze om bij onderbetaling (of niet betalen) van het verschuldigde loon, dat loon te vorderen bij zijn werkgever en/of diens opdrachtgever; zo nodig via een gang naar de rechter. De werkgever is het loon verschuldigd uit hoofde van de arbeidsovereenkomst en zijn opdrachtgever is de partij die direct contractueel betrokken is bij de nalatige werkgever. Deze opdrachtgever kan uit dien hoofde doorgaans invloed uitoefenen op de werkgever. Door eerst de werkgever en/of diens directe opdrachtgever aan te spreken wordt bereikt dat de partijen die het meest direct betrokken zijn bij de onderbetaling hier ook in eerste instantie mee worden geconfronteerd. Alleen indien de vordering niet wordt voldaan via het hoofdelijk aansprakelijk stellen van de werkgever of diens opdrachtgever, kan de werknemer vervolgens, onder de voorwaarden van artikel 7:616b lid 2 BW, hogere schakels in de keten volgtijdelijk aanspreken, van onder naar boven.²²

5.3 DE BESTAANDE MOGELIJKHEDEN VAN KETENAANSPRAKELIJKHEID

Met deze aansprakelijkheidsregeling wil de wetgever bewerkstelligen dat ook buitenlandse werknemers hierop een beroep kunnen doen. Waar echter voorbij aan lijkt te zijn gegaan is dat werknemers, die uitzendkracht zijn en die tijdelijk in Nederland werkzaam zijn al een beroep op hoofdelijke aansprakelijkheid kunnen doen. Daarvoor bestaan wettelijke voorzieningen. De eerste is artikel 7:692 BW dat de hoofdelijke aansprakelijkheid regelt in de uitzendsector. Op grond van dit artikel is de inlener van een uitzendkracht van een niet-gecertificeerd uitzendbureau²³ (hoofdelijk) aansprakelijk naast het uitzendbureau voor betaling van het minimumloon aan de uitzendkracht indien de arbeid in Nederland wordt verricht. Lid 2 van genoemd artikel bepaalt dat de inlener die zijn uitzendkrachten van een gecertificeerde uitzendonderneming betreft, gevrijwaard is van deze aansprakelijkheid. Met behulp van de inlenersaansprakelijkheid is getracht de aantrekkelijkheid van niet-gecertificeerde uitzendbureaus voor de inlener te verminderen. De buitenlandse werknemer die is uitgezonden naar Nederland, kan dus een beroep doen op dit artikel.

22. Zie *Kamerstukken II 2014/25, 34108, 3* (memorie van toelichting), p. 22.

23. Het SNA keurmerk is het keurmerk voor alle uitzendondernemingen en (onder)aannemers van werk. Op basis van twee NEN-normen, NEN 4400-1 (Nederlandse ondernemingen) en NEN 4400-2 (buitenlandse ondernemingen) verstrekt de Stichting Normering Arbeid het SNA-keurmerk.

De tweede is artikel 23 lid 3-4 WAV²⁴ waarop door derde-landers die hier arbeid verrichten een beroep kan worden gedaan. Deze artikelden regelen de ketenaansprakelijkheid voor vreemdelingen. Een derde-lander die hier arbeid verricht is op grond van artikel 1 onderdeel c WAV jo. artikel 1 Vreemdelingenwet 2000²⁵ een vreemdeling aangezien deze niet de Nederlandse nationaliteit bezit en niet als Nederlander behandeld moet worden op grond van een wettelijk voorschrift. De buitenlandse werknemer kan 'elke naast hogere werkgever' aanspreken voor de nakoming van loon als de 'naast lagere werkgever' nalaat te betalen. Er is sprake van een volgtijdelijk systeem wat inhoudt dat de eerstvolgende schakel alleen kan worden aangesproken als een beroep op de voorgaande schakel niet slaagt. In tegenstelling tot hoofdelijke aansprakelijkheid heeft ketenaansprakelijkheid het gevolg dat uiteindelijk alle schakels in de keten aansprakelijk gesteld kunnen worden voor de vordering, alleen als de eerdere werkgever in de keten niet aan zijn verplichtingen voldoet.

De veronderstelling dat de noodzaak om de ketenaansprakelijkheid uit te breiden ligt in het feit dat vreemdelingen op grond van de huidige wet- en regelgeving geen beroep kunnen doen op ketenaansprakelijkheid, is dus niet juist. Nu de twee hiervoor besproken wettelijke voorschriften betrekking hebben op de uitzendbranche respectievelijk op vreemdelingen houdt juist in dat de Nederlandse arbeidskrachten, die niet werkzaam zijn in de uitzendbranche, op grond van het huidige wettelijke kader geen beroep op een hoofdelijke- of ketenaansprakelijkheidsregeling kunnen doen. Daarnaast valt nog wat te zeggen over de bescherming van de werknemers. De voorgestelde algemene ketenaansprakelijkheidsregeling kent een beperkter loonbegrip dan artikel 23 WAV.²⁶ Dat impliceert dat buitenlandse werknemers beter worden beschermd dan de Nederlandse werknemers. Of dit de bedoeling is van de regering valt te betwijfelen.

24. Art. 23 WAV luidt:

'1. De werkgever is verplicht de vreemdeling die arbeid heeft verricht zijn loon als bedoeld in artikel 2, onderdeel j, van de Richtlijn nr. 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen (PbEU 2 009 L 168) te voldoen.

2. Indien een werkgever een vreemdeling arbeid doet verrichten in strijd met artikel 2, wordt de vreemdeling vermoed gedurende ten minste zes maanden werkzaam te zijn voor die werkgever tegen het loon, bedoeld in het eerste lid, en voor de duur van het verrichten van de arbeid die in de desbetreffende bedrijfstak gebruikelijk is.

3. De vreemdeling kan tevens elke naast hogere werkgever aansprakelijk stellen voor de nakoming van het eerste lid.

4. Een vordering uit hoofde van het derde lid is slechts mogelijk indien een vordering op de naast lagere werkgever niet is geslaagd.

5. De kantonrechter is bevoegd kennis te nemen van vorderingen op grond van het eerste tot en met derde lid.'

25. Zie wet van 23 november 2000 tot algehele herziening van de Vreemdelingenwet, Stb. 2000, 495.

26. Art. 23 Wav luidt:

'Loon als bedoeld in artikel 2, onderdeel j, van de Richtlijn nr. 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen (PbEU 2009 L 168).'

Van belang is nog om te vermelden dat een zoektocht naar het aantal (gepubliceerde) uitspraken waarin (door buitenlandse werknemers) een beroep wordt gedaan op artikel 7:692 BW ofwel artikel 23 WAV geen resultaten oplevert. De vraag is dus of en zo ja waarom de nieuwe algemene hoofdelijke/ketenaansprakelijkheidsregeling dan wel het gewenste effect zal hebben. Wat wellicht meespeelt, is dat vreemdelingen geen beroep doen op deze wettelijke mogelijkheden, omdat kennis over het Nederlandse rechtssysteem ontbreekt en zij de Nederlandse taal niet machtig zijn. Deze vreemdelingen weten dus niet welke rechten zij hebben.

5.4 KLACHTENREGELING

Dit laatste is een bruggetje naar een ander wettelijk voorschrift die ziet op de verbetering van de privaatrechtelijke handhaving, namelijk de klachtenregeling. Het zijn de vakbonden die ervoor moeten zorgen dat de gedetacheerde werknemers makkelijker een klacht kunnen indienen en een gerechtelijke of administratieve procedure kunnen opstarten tegen de werkgever. Vakbonden zijn er om de rechten van werknemers te beschermen. Nu de Nederlandse vakbonden zich verzetten tegen verdringing van Nederlandse werknemers op de arbeidsmarkt is het maar de vraag of de Nederlandse vakbonden staan te springen om de buitenlandse werknemers te helpen terwijl de Nederlandse werknemers werkloos thuiszitten. Wij betwijfelen dat. Daarnaast moet niet worden vergeten dat de buitenlandse werknemers in het algemeen blij zijn dat zij sowieso een baan hebben. Riskeren zij het verlies van die baan om een klacht tegen de werkgever in te dienen? Wij zijn benieuwd naar het aantal klachten dat in de aankomende jaren wordt ingediend tegen de werkgevers, maar wij verwachten dat dit aantal weleens bar tegen kan vallen.

6. SLOT

Nu de uitvoering, toepassing en handhaving van de Detacheringsrichtlijn in de praktijk voor de nodige problemen heeft gezorgd, is de Handhavingsrichtlijn ingevoerd. Deze Handhavingsrichtlijn geeft een gemeenschappelijk algemeen kader van voorschriften en maatregelen om misbruik en omzeiling van de regelgeving niet alleen te voorkomen maar ook te bestraffen. Een aantal van deze voorschriften en maatregelen heeft betrekking op de dienstverrichters. Zo kunnen administratieve sancties en boetes die aan dienstverrichters in de ene lidstaat zijn opgelegd in andere lidstaten worden geïnd. Vervolgens ziet een aantal voorschriften toe op de verbetering van het toezicht op de naleving. De lidstaten moeten hiertoe administratieve eisen en controlemaatregelen opnemen in de nationale wet- en regelgeving die aan de dienstverrichters opgelegd worden en er zullen inspecties worden verricht die moeten zorgen voor een betere en meer uniforme toepassing van de Detacheringsrichtlijn en handhaving hiervan in de praktijk. Daarnaast ziet een aantal voorschriften op de verbetering van de privaatrechtelijke handhavingsmogelijkheden van de gedetacheerde werknemers. De rechten van de gedetacheerde werknemers om een klacht tegen de werkgever in te dienen worden verbeterd en er wordt een aansprakelijkheidsregeling ingevoerd. In het wetsvoorstel Wet aanpak schijnconstructies, is een aansprakelijkheidsregeling opgenomen. Aan deze regeling ligt ten grondslag dat ook buitenlandse werknemers een beroep op aansprakelijkheidsregeling kunnen doen. Er is echter een wettelijke voorziening die een beroep op hoofdelijke en ketenaansprakelijkheid door deze doelgroep al mogelijk maken. Daarnaast geldt een wettelijke ketenaansprakelijkheidsregeling voor de uitzendsector.

Evaluatie Wet op- sporing en verzeke- ring onverzekerden zorgverzekering

MR. DRS. N.J.E.G.
CREMERS*

Het is juist voor Nederlandse werknemers, die niet in de uitzendsector werkzaam zijn, op dit moment niet mogelijk om een beroep op een ketenaansprakelijkheidsregeling te doen. De nieuwe regeling die is voorgesteld in het wetsvoorstel Wet aanpak schijnconstructies geeft dus aan Nederlandse werknemers een verbetering van hun rechtspositie. De effectiviteit van de richtlijn hangt af van meer dan een factor, zoals de manier waarop vorm wordt gegeven aan de inspectiecapaciteit die door de vele bezuinigingen is afgenomen. Het is dus de vraag of er sowieso capaciteit bestaat om de inspecties uit te voeren en de wet- en regelgeving te handhaven. Een vervolgvraag is wat het nut van nieuwe wettelijke voorschriften is als er toch niet voldoende capaciteit bestaat om hier op toe te zien. Hoe effectief de Handhavingsrichtlijn uiteindelijk is, zal moeten blijken uit de eerste evaluatie in juni 2019. Wij zijn benieuwd.

Januari 2015

INLEIDING

Sinds de invoering van de Zorgverzekeringswet (Zvw) per 1 januari 2006 moeten verzekeringsplichtigen een zorgverzekering sluiten. Verzekeringplichtig zijn die personen die als Nederlands ingezetene worden aangemerkt. Uitzondering hierop vormen de militairen in actieve dienst en die personen die als gemoedsbezwaarden worden aangemerkt. Verzekeringplichtigen die niet aan hun Zvw-verzekeringplicht voldoen en nalaten een zorgverzekering te sluiten zijn onverzekerd. Dit is in strijd met de Zvw. Het is ook om verschillende andere redenen ongewenst dat verzekeringplichtigen zich niet verzekeren. Een van de redenen is dat zij alleen de procentuele, inkomensafhankelijke bijdrage, betalen. Voorts onttrekken ze zich aan de solidariteit. Dit kan gevolgen hebben voor zorgaanbieders die geconfronteerd worden met dubieuze debiteuren in het geval ze hun financiële verplichtingen niet kunnen voldoen. Uiteraard kan dit ook gevolgen hebben voor de volksgezondheid omdat onverzekerden wellicht zorg mijden. Om te voorkomen dat verzekeringplichtigen na zouden laten een zorgverzekering te sluiten, is aanvankelijk in de Zvw een sanctie opgenomen die het voor verzekeringplichtigen onaantrekkelijk maakt zich aan de verzekeringplicht te onttrekken. Verzekeringplichtigen die zich bij de inwerkingtreding van de Zvw niet tijdig verzekerd hadden, waren een boete verschuldigd ter hoogte van 130% van de premie over de termijn waarover zij hadden nagelaten zich te verzekeren. Aan die termijn was een maximum verbonden van vijf jaar. De boete kon pas opgelegd worden wanneer verzekeringplichtigen zich alsnog aanmeldden voor een zorgverzekering, bijvoorbeeld omdat zij medische zorg nodig hadden. Verwacht werd dat van de dreiging van een boete bij het zich alsnog verzekeren een preventieve werking zou uitgaan. Het tegendeel bleek het geval. De boete kon zelfs zo hoog oplopen dat die in de praktijk een hoge financiële drempel opwierp, met name voor langdurig onverzekerden, om zich alsnog te verzekeren. Voorts ging er geen dreiging uit van het boeteregime aangezien de boete in de praktijk niet kan worden geëffectueerd bij het ontbreken van betaalmogelijkheden bij boete plichtigen in relatie tot de hoogte van de boete. In dergelijke gevallen werd de boete namelijk verlaagd, rekening houdend met de mate waarin betrokkenen in staat bleken te zijn deze te betalen. Veelal werd de boete zelfs op nihil gesteld.

Als gevolg hiervan konden bepaalde groepen personen zich in feite ongestraft aan de verzekeringplicht voor de Zvw onttrekken door te wachten met het sluiten van een

* Mevr. mr. drs. N.J.E.G. Cremers is lid
van de redactie van PS