

Europese sociale politiek en atypische arbeidsrelaties

Frans Pennings

10.1 Inleiding

Afgelopen tien jaar is het aantal flexibele banen hard gegroeid. Zoals de Europese Commissie schreef: “In 2016 werd een kwart van alle arbeidsovereenkomsten opgemaakt voor ‘atypische’ vormen van werk; de laatste tien jaar was meer dan de helft van de nieuwe banen ‘atypisch’.”¹ Ook zijn als gevolg van de digitalisering nieuwe vormen van werk ontstaan en hebben demografische veranderingen geleid tot een grotere diversiteit binnen de beroepsbevolking, zoals verschillende combinatiemogelijkheden van arbeid en andere taken, waaronder met name zorg.

In de vorige alinea zijn de termen ‘atypische arbeidsrelaties’ en ‘nieuwe werkvormen’ gebruikt. Met de term ‘atypische arbeidsrelaties’ wordt verwezen naar alle vormen van werk anders dan een voltijdse arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, zoals afroepcontracten, uitzendwerkers, deeltijdwerkers en zzp'ers. ‘Nieuwe vormen van werk’ worden gekarakteriseerd door niet-traditionele werkpatronen en arbeidsplaatsen of door het onregelmatige aanbod van werk, bijv. telewerken of platformwerk.² Personen die nieuwe vormen van werk verrichten, werken vaak in flexibele arbeidsrelaties, al hoeft dat niet noodzakelijkerwijs. Zo kan iemand die geen vaste werkplek heeft en al zijn werk via internet verricht een fulltime vaste baan hebben.

In dit hoofdstuk gaat het met name om de atypische arbeidsrelaties. Vanwege de onzekerheden over hun contracten en toepasselijke regelgeving en onregelmatigheden in arbeidsaanbod en beloning zijn deze werkenden vaak veel minder goed beschermd dan werknemers met een voltijds permanent contract. Daarom zijn speciaal beleid en bijzondere regelgeving nodig om deze bescherming te bieden. Lidstaten kunnen echter geneigd zijn om geen of weinig activiteiten op dit terrein te ondernemen, als ze vrezen dat daardoor hun concurrentiepositie zal verslechteren. Daarom dient onderzocht te worden of Europees arbeidsrecht hier een rol kan spelen.

We zullen hierbij ten eerste kijken naar de huidige richtlijnen op het terrein van sociale politiek, besproken in de vorige hoofdstukken. Deze zijn gericht op werknemers, waardoor het soms onduidelijk is of atypische arbeidsrelaties hieronder kunnen vallen. Zij kunnen immers werkzaam zijn op een andere overeenkomst dan een arbeidsovereenkomst of het kan onzeker zijn wat voor overeenkomst ze hebben.

1 COM(2017) 797, p.1.

2 Eurofound 2015.

Het Hof van Justitie heeft een brede interpretatie gegeven van het werknemersbegrip in Europese regelgeving, zodat atypische arbeidsrelaties daar soms toch onder kunnen vallen, ook al worden ze niet als werknemer door een nationale wetgever beschouwd; in paragraaf 10.2 zal een overzicht worden gegeven van deze jurisprudentie. Er zijn ook speciale richtlijnen gemaakt voor categorieën van flexibele arbeidsrelaties, namelijk voor deeltijders, bepaalde tijdcontracten en uitzendkrachten. Deze zijn behandeld in hoofdstuk 5 en komen hier niet als zodanig aan de orde; wel wordt het werknemersbegrip van deze richtlijnen behandeld in paragraaf 10.2.

De richtlijnen op het terrein van sociale politiek, ook die speciaal voor flexibele werknemers zijn gemaakt, geven slechts een beperkte arbeidsrechtelijke bescherming. Ze doen dit vooral, zij het niet uitsluitend, in termen van gelijke behandeling, en dan alleen voor die arbeidsrelaties waarop deze richtlijnen betrekking hebben. Bij atypische arbeidsrelaties en nieuwe werkvormen hoeft echter geen sprake te zijn van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of deeltijd; de bescherming van deeltijders en werkenden met bepaaldetijdcontracten die deze richtlijnen geven levert voor deze arbeidskrachten geen soelaas op. Om deze reden, en omdat ook het nationale recht vaak weinig bescherming biedt aan deze arbeidsrelaties, wordt aan deze werkenden in dit hoofdstuk speciale aandacht besteed.

Hierbij is met name de Europese Sociale Pijler van belang, die expliciet de ambitie formuleerde om de positie van werkenden in atypische arbeidsrelaties te verbeteren, en waar mogelijk ongelijke behandeling van werkenden met werknemers op vaste contracten tegen te gaan. De Pijler wordt behandeld in paragraaf 10.3. Hier komen ook de richtlijnen en aanbevelingen aan de orde die inmiddels ter uitwerking van de Pijler al aangenomen zijn, waaronder de Richtlijn betreffende transparante arbeidsvoorwaarden, de Aanbeveling over toegang tot sociale bescherming en de ontwerp-richtlijn over minimumlonen, welke ook van nut kunnen zijn voor flexibele arbeidsrelaties.

Het EU-recht kan ook een belemmerende factor zijn om sociale politiek te voeren. Zo kan een voorwaarde van een aanbestedende gemeente dat langdurig werklozen bij een project moeten worden ingeschakeld stuiten op eisen van aanbestedingsrecht. Ook kunnen bij aanbestedingen waarin aannemers uit andere lidstaten potentieel geïnteresseerd zijn beperkingen gelden aan het arbeidsrecht dat door de aanbesteder (of de lidstaat waarin deze opereert) kan worden opgelegd. Deze kwesties komen in paragraaf 10.4 (aanbesteding) en paragraaf 10.5 (mededinging en tariefafspraken) aan de orde. Op deze onderwerpen is al gedeeltelijk in vorige hoofdstukken, met name hoofdstuk 6, ingegaan, maar het is nuttig de effecten van deze Europese regelgeving nog eens te bezien vanuit mogelijke beperkingen voor sociale politiek.

10.2 Het werknemersbegrip in het EU-arbeidsrecht

In het verdrag, in richtlijnen en in verordeningen worden ter aanduiding van de personele werkingssfeer termen gebruikt als 'werkenden', 'werknemers', en 'loontrekkenden'. Ofschoon de eerste neiging zal zijn om bij dergelijke termen naar de betekenis ervan in het eigen nationale recht te kijken, is dat een verkeerde aanpak. In het kader van het Europees recht kunnen deze begrippen immers een andere betekenis hebben. Bovendien zijn er momenteel 27 verschillende nationale stelsels en daarmee ten minste 27 nationale omschrijvingen van 'werknemer'. Deze verschillen onderling van elkaar.

In deze paragraaf is vooral van belang of, en in hoeverre, atypische arbeidsrelaties kunnen profiteren van EU-arbeidsrechtelijke regelingen doordat zij onder het werknemersbegrip vallen van de betreffende regeling. Eerst zal de interpretatie van 'werknemer' in het Verdrag (par. 10.2.1) besproken worden; vervolgens komen de richtlijnen waarin het begrip 'werknemer' gedefinieerd wordt (par. 10.2.2.1), de richtlijnen waarin het niet gedefinieerd is (par. 10.2.2.2), en richtlijnen die voor een omschrijving aansluiten bij het nationale recht (par. 10.2.2.3) aan de orde.³

10.2.1 De term 'werknemer' in het verdrag

10.2.1.1 De bepaling over het vrije verkeer van werknemers

De eerste interpretaties van de term 'werknemer' zijn te vinden in arresten over het recht op vrij verkeer van werknemers, zoals neergelegd in (wat nu is) artikel 45 VWEU.⁴ Het werknemersbegrip was en is niet gedefinieerd in het verdrag en ook niet in secundaire wetgeving, zoals Verordening 492/2011. In het *Lawrie-Blum*-arrest⁵ moest het Hof zich daarom erover uitspreken, of een Britse vrouw, die stage wilde volgen die nodig was voor het tweede staatsexamen voor leraar bij het hoger middelbaar onderwijs, als werknemer een beroep kon doen op de gelijke behandeling op basis van nationaliteit, zoals voorgeschreven door artikel 45. De stage kende eerst een opleiding aan een vormingsinstituut, en daarna een periode van maximaal elf uren per week in verschillende klassen van het gymnasium, eerst onder toezicht van een vakleraar en later zelfstandig. De kandidaat die tot de stage is toegelaten werd aangesteld als ambtenaar en genoot als zodanig alle voordelen die met de status van ambtenaar verbonden zijn. *Lawrie-Blum* werd niet toegelaten, omdat zij de Duitse nationaliteit niet bezat, terwijl die vereist was om ambtenaar te zijn in Duitsland.

Deze feiten worden hier vermeld, omdat ze duidelijk maken dat het in deze zaak ging om relatief geringe werkzaamheden en dan ook nog als onderdeel van een opleiding. Ze tonen ook dat lidstaten soms personen op basis van nationaliteit uitsluiten, zoals hier van opleiding tot leraar.

Het Hof overwoog dat het vrije verkeer van werknemers een van de grondbeginselen van de Gemeenschap is; daarom mag het werknemersbegrip in artikel 45 niet naar gelang van het nationale recht verschillend worden uitgelegd. Het heeft daarentegen een communautaire inhoud, en moet daarom ruim worden uitgelegd, omdat het de werkingssfeer van de fundamentele vrijheid van het vrije verkeer bepaalt. Vervolgens noemde het Hof zelf de criteria: iemand levert gedurende een bepaalde tijd prestaties voor een ander en onder diens gezag en ontvangt als tegenprestatie een vergoeding (hierna: *Lawrie-Blum*-formule). Het Hof paste vervolgens deze criteria toe, en deed dit op een ruime manier (in latere zaken liet het Hof de toepassing over aan de nationale rechter). Het concludeerde dat *Lawrie-Blum* aan het gezagscriterium voldeed, omdat ze onder het gezag en het toezicht stond van de school waarbij zij was ingedeeld. Daarnaast bepaalde de school haar werkzaamheden en werktijden en zij moest aanwijzingen van de school

3 Deze paragraaf is een bewerking van Pennings *TRA* 2021/3.

4 Eenvoudshalve wordt het huidige artikel over het vrije verkeer van werknemers genoemd, toentertijd was het art. 48 EG.

5 HvJ EG 3 juli 1986, 66/85 (*Lawrie-Blum*).

opvolgen en haar reglementen naleven. Voor het aannemen van gezag hanteerde het Hof dus met name organisatorische criteria.

Bij het criterium 'prestaties' overwoog het Hof dat ze economische waarde moeten hebben en ze niet marginaal mogen zijn. Omdat Lawrie-Blum moest lesgeven, verrichtte zij diensten ten behoeve van de school die een bepaalde economische waarde hadden. Het kleine aantal uren per week en de koppeling aan de opleiding vond het Hof geen reden om de werkzaamheden als marginaal en niet van economische waarde te beschouwen. De bedragen die zij ontving waren te beschouwen als een vergoeding voor de verrichte diensten. Dat ze lager waren dan de minimumsalarissen voor leerkrachten vond het Hof geen reden haar niet als werknemer te beschouwen. Het Hof concludeerde vervolgens dat er in deze situatie sprake is van werknemerschap.

Ook oordeelde het Hof dat voor de toepassing van artikel 45 de aard van de rechtsbetrekking tussen de werknemer en de werkgever niet ter zake doet. Dus ook ambtenaren kunnen werknemers zijn. Artikel 45 lid 4 VWEU sluit weliswaar beperkingen in overheidsdienst uit en het Duitse Land beriep zich op deze uitzondering om onder de vrijeverkeersbepaling uit te komen. Het Hof gaf echter een heel beperkte interpretatie aan deze uitzondering: hiermee worden enkel betrekkingen bedoeld die, al dan niet rechtstreeks, deelneming aan de uitoefening van overheidsgezag inhouden. Deze interpretatie ontleende het Hof aan de doelstelling van de verdragsbepaling om vrij verkeer te bevorderen; er is geen nadere definitie of regeling die deze ondersteunt. Het is wel een interpretatie die essentieel is voor het vrije verkeer, omdat in sommige landen in grote delen van de arbeidsmarkt werkenden de positie van ambtenaar hadden/hebben, zoals ook in Nederland in het verleden, zoals in het onderwijs, spoorwegen, post, etc. Bij een ruime benadering van de uitzondering van betrekkingen in overheidsdienst zou het vrije verkeer sterk belemmerd worden. Daarom kan deze interpretatie wel afwijken van wat in het nationale recht onder 'werknemer' wordt verstaan.⁶

Het arrest *Lawrie-Blum* is nog steeds geldend recht, ook al kwam de benadering van het Hof onder druk te staan, omdat die ook migrerende werknemers in hele kleine banen het recht geeft op gelijke behandeling, en daarmee toegang tot alle sociale voorzieningen van de gaststaat. De interpretatie van werknemerschap voor artikel 45 VWEU geldt immers ook voor Verordening 492/2011. Daardoor kunnen ook migrerende werknemers in banen die op zich onvoldoende inkomen opleveren om van te leven een beroep doen op inkomensaanvullingen, zoals bijstand, zorgtoeslag, huursubsidie, al naar gelang die in het gastland bestaan voor nationale werknemers.

In het *Vatsouras en Koupatantze*-arrest⁷ werd de jurisprudentie van het Hof over het werknemersbegrip samengevat: noch het geringe niveau van die beloning, noch de herkomst van de middelen waaruit deze wordt betaald (bijvoorbeeld uit subsidies), maken dat iemand geen werknemer is in de zin van het Gemeenschapsrecht.⁸ Ook het feit dat het inkomen uit een beroepsactiviteit onder het bestaansminimum ligt, belet niet dat de persoon werknemer is,⁹ ook niet indien de betrokkene de beloning tracht aan te vullen met andere middelen van bestaan, zoals financiële steun die uit de openbare middelen

6 Zie ook par. 3.3.1.

7 HvJ EG 4 juni 2009, C-22/08 en C-23/08 (*Vatsouras en Koupatantze*).

8 HvJ EG 31 mei 1989, C-344/87 (*Bettray*); HvJ EG 30 maart 2006, C-10/05 (*Mattern en Cikotic*).

9 HvJ EG 23 maart 1982, 53/81 (*Levin*); HvJ EG 14 december 1995, C-317/93 (*Nolte*).

van de staat waar hij werkt wordt gefinancierd.¹⁰ De omstandigheid dat een betrekking in loondienst van korte duur is, sluit op zich de toepassing van artikel 45 VWEU niet uit.¹¹ Kortom, het Hof heeft de brede interpretatie van het werknemersbegrip uit het *Lawrie-Blum*-arrest aangehouden.

Van het werknemersbegrip zijn enkel diegenen uitgezonderd die marginale en bijkomstige werkzaamheden verrichten. Het Hof heeft het aan de lidstaten overgelaten om dit begrip te interpreteren. Zo was in het *Genc*-arrest de zaak aan de orde van iemand wier arbeidsduur ongeveer 14% bedroeg van de werktijd voor voltijds werkzame werknemers en het salaris 25% van het minimuminkomen was.¹² Het Hof overwoog dat een zeer gering aantal werkuren een aanwijzing kan vormen dat de verrichte arbeid slechts marginaal en bijkomstig is; niet kan echter worden uitgesloten dat deze activiteit na een algehele beoordeling van de betrokken arbeidsrelatie door de nationale autoriteiten als reëel en daadwerkelijk wordt beschouwd en betrokkene toch werknemer in de zin van artikel 45 VWEU is. Bij de algehele beoordeling van Gencs arbeidsverhouding moest niet alleen rekening worden gehouden met de arbeidsduur en de hoogte van de beloning, maar ook met het recht op 28 doorbetaalde vakantiedagen, het behoud van salaris bij ziekte, het feit dat op het contract de geldende cao van toepassing is, en dat haar contractsverhouding met de onderneming bijna vier jaar heeft geduurd, aldus het Hof.

De nationale rechter had erover geklaagd dat de rechtspraak van het Hof bijdroeg aan het gebrek aan duidelijkheid van het begrip 'marginale en bijkomstige arbeid'. Het Hof van Justitie hield echter vast aan de benadering dat het aan de nationale rechter is om de feiten te beoordelen.

10.2.1.2 De bepaling over gelijk loon voor mannen en vrouwen

Ook het artikel over gelijk loon van mannen en vrouwen in het verdrag, momenteel artikel 157 VWEU, spreekt over 'werknemers', zonder een definitie van deze term te geven.¹³ In het *Allonby*-arrest merkte het Hof op, dat de interpretatie van de term 'werknemer' afhangt van het instrument waarin deze gebruikt wordt. Als de term niet nader gedefinieerd is, moeten voor de interpretatie ervan de algemeen erkende uitleggingsbeginselen gehanteerd worden, rekening houdend met de context van deze term en met de doelstellingen van het Verdrag. Aangezien het beginsel van gelijkheid tussen mannen en vrouwen een door het Gemeenschapsrecht beschermd grondrecht is en tot de grondslagen van de Gemeenschap behoort, heeft het begrip 'werknemer' een communautaire draagwijdte. Het kan bovendien niet strikt worden uitgelegd, aldus het Hof. We zien hier dezelfde redenering als in *Lawrie-Blum*; sterker nog, het Hof hanteerde ook de omschrijving van 'werknemer' uit dit arrest, zonder uit te leggen waarom de interpretatie uit de vrijeverkeersjurisprudentie ook in gelijkloonzaken geldt.

Het Hof ging vervolgens nader in op het begrip 'gezag' uit de *Lawrie-Blum*-formule. Of van 'ondergeschiktheid' (dit is de term die het Hof in het *Allonby*-arrest gebruikt)

¹⁰ HvJ EG 3 juni 1986, 139/85 (*Kempf*).

¹¹ HvJ EG 26 februari 1992, C-3/90 (*Bernini*); HvJ EG 6 november 2003, C-413/01 (*Ninni-Orasche*).

¹² HvJ EU 4 februari 2010, C-14/09 (*Genc*).

¹³ HvJ EU 13 januari 2004, C-256/01 (*Allonby*). Aldus ook eerder HvJ EG 12 mei 1998, C-85/96 (*Martínez Sala*).

sprake is, moet van geval tot geval worden beantwoord, op grond van alle elementen en omstandigheden die de verhoudingen tussen de partijen kenmerken, en dit moet worden bepaald door de nationale rechter. In de *Allonby*-zaak had een hogeschool haar in deeltijd werkende docenten ontslagen en hun diensten weer ingehuurd via een bureau, waar zij als zelfstandigen stonden ingeschreven. Het Hof overwoog dat wanneer een persoon 'werknemer' is in de zin van artikel 157 VWEU, de aard van de rechtsbetrekking tussen hem en de andere partij in de arbeidsverhouding irrelevant is voor de toepassing van dit artikel. Een persoon die naar nationaal recht formeel gezien een zelfstandige is, moet daarom niettemin als een werknemer in de zin van dit artikel worden aangemerkt indien zijn zelfstandigheid slechts fictief is.

Bij docenten die in opdracht van een als tussenpersoon handelende onderneming een leeropdracht bij een hogeschool dienen te vervullen, moet met name worden onderzocht in hoeverre hun vrijheid om hun tijdschema en de plaats en de inhoud van hun werk te bepalen aan banden is gelegd. Dat zij niet verplicht zijn om een leeropdracht te aanvaarden, is in dit verband irrelevant (al eerder had het Hof geoordeeld dat ook personen met oproepcontracten werknemers waren¹⁴). Ook in deze zaak noemde het Hof derhalve organisatorische criteria om te bepalen of er sprake van een gezagsrelatie is.

10.2.1.3 Mededinging en cao's

Organisatorische criteria om te bepalen of iemand 'werknemer' is werden ook gehanteerd in het *FNV Kiem*-arrest.¹⁵ In dit arrest ging het om de interpretatie van de mededingingsbepalingen van het verdrag (momenteel artikelen 101 en 102 VWEU). Deze verbieden, kort gezegd, overeenkomsten tussen ondernemingen die mededinging beperken. In het *Albany*-arrest¹⁶ had het Hof geoordeeld dat de mededingingsbepalingen van het Verdrag geen betrekking hebben op cao-bepalingen waarover onderhandeld was door werkgevers- en werknemersorganisaties die wegens hun aard en hun doel moeten worden geacht niet onder de mededingingsartikelen te vallen. Voor beoordeling van het doel van de overeenkomsten is van belang of de regeling rechtstreeks bijdraagt aan de verbetering van een van de arbeidsvoorwaarden van werknemers (zie ook par. 6.6.4). Zo kwam in *FNV Kiem* de vraag aan de orde wat verstaan wordt onder 'werknemers'.

Het Hof overwoog dat als concertremplaçanten 'ondernemingen' zijn, in cao's geen arbeidsvoorwaardenbepalingen die op hen betrekking hebben kunnen worden opgenomen. De zaak ligt echter anders indien deze dienstverleners in werkelijkheid schijnzelfstandigen vormen, dat wil zeggen dienstverleners wier situatie vergelijkbaar is met die van werknemers. Een dienstverlener kan immers zijn hoedanigheid van ondernemer verliezen, wanneer hij niet zelfstandig zijn marktgedrag bepaalt, maar volledig afhankelijk is van zijn opdrachtgever, doordat hij geen van de uit de werkzaamheid van deze laatste voortvloeiende financiële en commerciële risico's draagt en werkzaam is als medewerker in diens onderneming.

Het Hof verwees vervolgens naar de *Lawrie-Blum*-formule voor het werknemersbegrip en overwoog, dat het irrelevant is dat een persoon naar nationaal recht als zelfstandige

14 HvJ EG 26 februari 1992, C-357/89 (*Raulin*).

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

16 HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*).

is aangeworven. Van belang is of betrokkene onder leiding van zijn werkgever handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen, hij niet deelt in de commerciële risico's van die werkgever, en hij tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die werkgever waarmee hij een economische eenheid vormt.

De vraag is daarom, aldus het Hof, of de concertremplaçanten zich in een ondergeschiktheidsrelatie met het betrokken orkest bevinden tijdens de duur van de contractuele verhouding, en vergeleken met werknemers die hetzelfde werk verrichten, over gelijke zelfstandigheid en flexibiliteit beschikken voor wat betreft de bepaling van het tijdschema, de plaats en de wijze van uitvoering van de toevertrouwde taken, te weten de repetities en concerten.

Het Hof hanteerde hiermee wederom een ruime interpretatie van de term gezag, waarbij het aan de verwijzende rechter was om deze toe te passen op de situatie.

Het *FNV Kiem*-arrest geeft aldus een nadere uitwerking van de criteria voor werknemer in het EU-recht. Het is daarmee mogelijk om voor groepen die geen werknemer zijn volgens het nationale recht, toch arbeidsvoorwaardenbepalingen in een cao op te nemen. Toch moet gezegd worden dat ook deze omschrijving nog niet erg scherp is, en voor discussies ruimte geeft.¹⁷ Voor toepassing van de mogelijkheden die FNV Kiem biedt om voor schijnzelfstandigen tariefafspraken te maken, zie paragraaf 10.5.

10.2.2 De term 'werknemer' in richtlijnen van sociale politiek

Er zijn inmiddels verschillende richtlijnen aangenomen die normen op het terrein van sociale politiek uitwerken. Ze hebben verschillende doelstellingen en dateren uit verschillende perioden, waardoor ze een aanzienlijke variatie in benaderingen van de personenkring kennen. Sommige bevatten een definitie van 'werknemer', andere niet, en weer andere verwijzen expliciet voor de interpretatie daarvan naar nationale wetgeving. Er is slechts één arbeidsrechtelijke richtlijn met een eigen definitie van 'werknemer'; deze wordt besproken in paragraaf 10.2.2.1. Vervolgens worden de richtlijnen zonder eigen definitie (par. 10.2.2.2) en met een verwijzing naar nationale wetgeving (par. 10.2.2.3) besproken.

10.2.2.1 Richtlijnen met een definitie van 'werknemer'

De *Arborichtlijn* (Richtlijn 89/391) heeft als enige richtlijn een eigen definitie van 'werknemer'.¹⁸ Volgens artikel 3a is werknemer 'iedere persoon die door een werkgever wordt tewerkgesteld, alsmede stagiairs en leerlingen, met uitzondering van huispersoneel'. Van belang voor interpretatie hiervan is ten eerste de omschrijving van 'werkgever'. Deze is gedefinieerd als: 'iedere natuurlijke of rechtspersoon die wederpartij is in de arbeidsverhouding met de werknemer en die de verantwoordelijkheid draagt voor het bedrijf en/of de inrichting'. Dit is een ruime definitie, die beoogt een brede verantwoordelijkheid te creëren voor degene die anderen voor zich laat werken. Door het gebruik van de term 'wederpartij

17 Ook de wederpartij van de FNV, de ACM, gaf zich nog niet gewonnen, maar de rechter oordeelde dat de cao-bepalingen voor concertremplaçanten geoorloofd waren (Hof Den Haag 1 september 2015 (*FNV/Staat der Nederlanden*)).

18 Zie hoofdstuk 9.

van de werknemer' in de definitie van 'werkgever' en de term 'arbeidsverhouding' zijn 'werknemers' niet alleen personen die op basis van een arbeidsovereenkomst werken.

10.2.2.2 Richtlijnen zonder definitie van 'werknemer'

De *Arbeidstijdenrichtlijn* (Richtlijn 2003/88) bevat geen definitie van 'werknemer'. Het Hof oordeelde in het *Isère*-arrest¹⁹, dat aangezien die definitie ontbreekt, en er geen verwijzing is naar het nationale recht, het begrip 'werknemer' niet naargelang het nationale recht verschillend mag worden uitgelegd. Vervolgens hanteerde het Hof de *Lawrie-Blum*-formule. Ook in andere jurisprudentie over deze Richtlijn oordeelde het Hof, dat het rechtskarakter naar nationaal recht niet van belang is voor de vraag of iemand werknemer is voor de Richtlijn; in het *Matzak*-arrest²⁰ bijvoorbeeld werd een brandweervrijwilliger als werknemer beschouwd, omdat hij onder leiding van een andere persoon bepaalde reële activiteiten verrichtte waarvoor hij werd betaald.

Een recent arrest over deze Richtlijn is *Yodel*.²¹ Het arrest betreft een koerier die met zijn eigen auto pakketten bezorgde, aangeleverd door Yodel. Hij had het recht om zich te laten vervangen, mits de vervanger over dezelfde basale vaardigheden en kennis beschikt. Ondertussen bleef hij wel aansprakelijk voor diens handelen en nalaten. Hij moest de pakketten tussen 7.30 en 21.00 uur bezorgen, maar verder was hij vrij in de keuze van werktijden, de route en dergelijke. Yodel was niet verplicht om arbeid aan te bieden en de koeriers waren niet verplicht om opdrachten aan te nemen. Ze kregen een bedrag voor iedere bezorging, dat afhing van de plaats van bezorging.

Het Hof overwoog, dat het de term 'werknemer' in de *Arbeidstijdenrichtlijn* al eerder had uitgelegd. Het handelde de zaak daarom af met een beschikking in de zin van artikel 99 Proceduregels. Toch is het arrest interessant, want het Hof paste zelf de *FNV Kiem*-criteria toe op de feiten van deze casus (al is het laatste woord aan de nationale rechter). Hierdoor gaf het meer duidelijkheid over de toepassing van de criteria. Het overwoog dat iemand werknemer is, als hij onder leiding van de opdrachtgever handelt met betrekking tot zijn vrijheid om werktijden, plaats en inhoud van het werk te bepalen. Als iemand meer vrijheid dan een werknemer heeft bij deze onderdelen en ook de vrijheid heeft om eigen personeel aan te nemen, dan lijkt betrokkene meer op een zelfstandige.

Vervolgens gaf het Hof een voorzet voor toepassing van deze criteria. Omdat de koeriers grote vrijheid ten opzichte van hun opdrachtgever hadden, werd eerst onderzocht of die vrijheid reëel was. Met andere woorden, is er een gezagsrelatie? Om die vraag te beantwoorden, besprak het Hof de volgende relevante omstandigheden. De koeriers hadden de mogelijkheid onderaannemers aan te nemen voor hun werkzaamheden. De opdrachtgever kon slechts beperkte controle, op basis van een puur objectief criterium, over de keuze van onderaannemers uitoefenen. De koeriers hadden een absoluut recht om de werkzaamheden die aan hen toegewezen waren niet aan te nemen. Ze mochten voor welke derde partij dan ook werken, dus ook voor directe concurrenten van de opdrachtgever.

Voorts waren de *time slots* waarbinnen de pakjes geleverd moesten alleen vastgesteld omdat dit voor de dienst nodig was; de pakketjes konden immers moeilijk midden in de

19 HvJ EU 14 oktober 2010, C-428/09 (*Isère*). Zie ook HvJ EU 26 maart 2015, C-316/13 (*Fenoll*).

20 HvJ EU 21 februari 2018, C-518/15 (*Matzak*).

21 HvJ EU 22 april 2020, C-692/19 (*Yodel*).

nacht afgeleverd worden. Het Hof concludeerde dat de zelfstandigheid niet fictief was, en dat er geen ondergeschiktheidsrelatie was met de opdrachtgever. Het eindoordeel werd aan de verwijzende rechter overgelaten.

Ook de Richtlijn Collectief ontslag (Richtlijn 98/59) kent geen definitie van 'werknemer'. In het *Pujante-arrest*²² was de vraag aan de orde of werknemers met een overeenkomst die is gesloten voor bepaalde tijd of voor een bepaald werk moesten worden meegeteld voor het doel van deze Richtlijn. Het Hof antwoordde dat het woord 'werknemer' in deze Richtlijn niet kan worden gedefinieerd door een verwijzing naar de wetgeving van de lidstaten; het moet een autonome en uniforme uitlegging vinden in de rechtsorde van de Unie.²³ Vervolgens hanteerde het Hof de *Lawrie-Blum*-formule.

In het *Danosa-arrest*²⁴ moest het begrip werknemer in de Zwangerschapsrichtlijn (Richtlijn 92/85) worden geïnterpreteerd; ook deze Richtlijn kent geen definitie van 'werknemer'. Betrokkene was een vrouwelijke directeur van een Letse vennootschap. De vennootschap stelde dat er geen arbeidsovereenkomst, maar een lastgevingsovereenkomst (*contract of agency*) met haar was gesloten. Het Hof oordeelde dat ook hier het begrip 'werknemer' moet worden uitgelegd conform *Lawrie-Blum* en *Allonby*. Ook als de arbeidsverhouding naar nationaal recht een rechtskarakter *sui generis* heeft, mag dit geen gevolgen hebben voor de hoedanigheid van werknemer in de zin van het Unierecht. Een persoon die naar nationaal recht formeel gezien een zelfstandige is, moet daarom niettemin als werknemer in de zin van de Zwangerschapsrichtlijn worden aangemerkt, indien haar zelfstandigheid slechts fictief is en dus een arbeidsverhouding in de zin van deze Richtlijn verhult.

In casu werd niet betwist dat mevr. Danosa, in uitvoering van de haar door de statuten van deze vennootschap en het reglement van orde van dit comité toegekende functie van directeur, regelmatig tegen vergoeding diensten heeft verricht voor de vennootschap. Over de vraag of er sprake was van een gezagsverhouding liepen de opvattingen van de partijen in deze zaak uiteen. Het Hof overwoog dat de vraag of van ondergeschiktheid sprake is, van geval tot geval moet worden beantwoord, op grond van alle elementen en omstandigheden die de verhoudingen tussen de partijen kenmerken. Daarom moest onderzocht worden onder welke omstandigheden zij in dienst was genomen, de aard van de haar opgedragen taken, het kader waarbinnen deze taken werden uitgeoefend, de omvang van de bevoegdheid van de betrokkene, het toezicht dat in de vennootschap op haar werd uitgeoefend, en de omstandigheden waarin zij van haar functie kon worden ontheven. Het Hof concludeerde dat zij bij besluit van de aandeelhouders van haar functie kon worden ontheven, waardoor kon worden afgeleid dat er sprake is van ondergeschiktheid aan dit orgaan.

10.2.2.3 Richtlijnen waarin voor het werknemersbegrip wordt aangesloten bij het nationale recht

De Richtlijn Overgang van onderneming (Richtlijn 2001/23) definieert 'werknemer' als 'iedere persoon die in de lidstaat in kwestie krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer. Deze richtlijn doet geen afbreuk aan het nationale recht

22 HvJ EU 11 november 2015, C-422/14 (*Cristian Pujante Rivera*).

23 Zie ook HvJ EU 9 juli 2015, C-229/14 (*Balkaya*), r.o. 33.

24 HvJ EU 11 november 2010, C-232/09 (*Danosa*).

met betrekking tot de definitie van een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking.' In zijn interpretatie hiervan sloot het Hof aan bij het werknemersbegrip in het nationale recht dat in de betreffende zaak aan de orde was, maar gaf het hier wel een ruime betekenis aan.²⁵

In het *Moreira*-arrest²⁶ overwoog het Hof dat uit de werknemersdefinitie van de Richtlijn voortvloeit dat ze beoogt de werknemers te beschermen. Het is echter aan de lidstaten om de werknemer en zijn arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking in hun respectieve wettelijke regelingen te definiëren. De verwijzende rechter had opgemerkt dat de overeenkomst van betrokkene als vertrouwenspersoon werd beschouwd als een arbeidsovereenkomst, ook al kende deze functie minder ontslagbescherming dan andere arbeidsovereenkomsten. Het Hof oordeelde dat betrokkene, nu ze een arbeidsovereenkomst had, 'werknemer' was in de zin van de Richtlijn; verschillen tussen werknemers naargelang van de inhoud of de kwaliteit van de bescherming zijn niet van belang, want anders zou Richtlijn 2001/23 ten dele haar nuttige werking worden ontnomen.

Een tendens naar een gemeenschapsrechtelijke benadering?

In sommige arresten zien we dat het Hof bij richtlijnen die voor het werknemersbegrip verwijzen naar nationale wetgeving Unierechtelijke randvoorwaarden hanteert voor hoe lidstaten de personenkring voor implementatie van de betreffende richtlijn mogen definiëren. Dit zien we met name in een aantal arresten over de richtlijnen die aangenomen zijn om raamovereenkomsten van sociale partners te implementeren (zie hfdst. 1 en 5), maar de ontwikkeling is hiertoe niet beperkt. In de Richtlijn betreffende bepaalde tijd-overeenkomsten (Richtlijn 1977/70) is bepaald dat zij van toepassing is op werknemers met een contract voor bepaalde tijd die werken uit hoofde van een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding, als omschreven bij wet, cao's of gebruiken in iedere lidstaat. Uit een letterlijke lezing lijkt te volgen dat nationale wetgeving kan bepalen dat aanstellingen bij overheidsdiensten hier niet onder vallen. In het *Del Cerro Alonso*-arrest overwoog het Hof echter, dat, gezien het belang van het gelijkebehandelingsbeginsel, aan de bepalingen van deze richtlijn algemene gelding moet worden toegekend.²⁷ Zij moeten immers worden beschouwd als bijzonder belangrijke voorschriften van communautair sociaal recht, die voor alle werknemers gelden als minimumbeschermingsvoorschriften. Het feit dat het nationale recht bepaalde functies als overheidsfuncties aanmerkt, is in dit verband niet relevant. De effectiviteit van de Richtlijn zou ernstig in gevaar worden gebracht, wanneer lidstaten bepaalde categorieën personen van deze bescherming zouden kunnen uitsluiten.

Het Hof verwees hier derhalve naar de algemene gelding van het gelijkebehandelingsbeginsel en de noodzaak om het nuttig effect van de Richtlijn te realiseren en willekeurig handelen tegen te gaan om te oordelen dat een Unierechtelijke benadering van het werknemersbegrip in deze Richtlijn moet worden gevolgd.²⁸

25 Dat was anders onder de voorganger van de huidige richtlijn, Richtlijn 77/187. In deze Richtlijn was het begrip 'werknemer' nog niet gedefinieerd. In HvJ EG 11 juli 1985, 105/84 (*Danmols*) moest het Hof het werknemersbegrip in deze richtlijn interpreteren.

26 HvJ EU 13 juni 2019, C-317/18 (*Cátia Correia Moreira/Portimão*).

27 HvJ EU 13 september 2007, C-307/05 (*Del Cerro Alonso*).

28 Zie voor een vergelijkbare benadering bij Richtlijn ouderschapsverlof (Richtlijn 96/34), HvJ EU 16 september 2010, C-149/10 (*Chatzi*).

Ook voor de Richtlijn betreffende deeltijdcontracten (Richtlijn 97/81) geeft het Hof Unierechtelijke randvoorwaarden voor implementatie van het werknemersbegrip. Dit zien we in het *O'Brien-arrest*,²⁹ dat de uitsluiting van bepaalde groepen rechters van pensioenregelingen betrof. De personele werkingssfeer van deze Richtlijn en de bijbehorende raamovereenkomst is op dezelfde wijze geformuleerd als die van de Richtlijn voor de bepaalde tijdcontracten, hierboven besproken.

Het Hof overwoog dat de Raamovereenkomst, behorend bij deze Richtlijn, geen harmonisering van alle nationale voorschriften inzake deeltijdarbeidsovereenkomsten of deeltijdarbeidsverhoudingen beoogt, maar uitsluitend een algemeen kader wil vaststellen om een einde te maken aan de discriminatie van deeltijdwerkers. De zinsnede 'deeltijdwerkers die werken op basis van een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding' moet daarom worden uitgelegd volgens het nationale recht. De lidstaten hebben hierbij echter geen onbepaalde bevoegdheid, zo vervolgde het Hof. Hun definities moeten het nuttig effect van de richtlijn en de algemene beginselen van het Unierecht in acht nemen. Ze mogen niet naar eigen goeddunken bepaalde categorieën personen uitsluiten van de bescherming beoogd door de Richtlijn.

De Britse regering had betoogd dat rechters niet worden aangesteld op basis van een arbeidsovereenkomst en dat het Britse recht niet een categorie 'arbeidsverhouding' kent. Het Hof antwoordde hierop dat met deze uitleg rechters bij voorbaat de bescherming van de Richtlijn wordt ontnomen. Om de nuttige werking van het beginsel van gelijke behandeling neergelegd in de Richtlijn te verzekeren, kan een dergelijke uitsluiting slechts worden aanvaard indien de betrokken arbeidsverhouding naar haar aard wezenlijk anders is dan die van werknemers. De verwijzende rechter moet dit beoordelen. Daarbij moet hij rekening houden met de afbakening van deze categorie van rechters ten opzichte van zelfstandigen. Van belang hierbij is de wijze waarop rechters worden benoemd en uit hun ambt worden ontheven, en ook hoe hun werk is georganiseerd. Van rechters wordt verwacht dat zij op bepaalde tijden en gedurende bepaalde tijdvakken werken, ook al hebben zij een grotere flexibiliteit bij de organisatie van hun werk dan andere beroepsbeoefenaars. Ook is van belang dat rechters recht hebben op betaling bij ziekte, moederschap en soortgelijke voordelen, hetgeen wijst in de richting van werknemerschap.

We zien derhalve dat het werknemersbegrip geïnterpreteerd wordt door verwijzing naar hoe de positie van betrokkenen in het nationale recht is geregeld. Deze factoren worden geherinterpreteerd in het licht van de Richtlijn door de betreffende rechters te vergelijken met werknemers c.q. zelfstandigen. De term 'arbeidsverhouding' uit de richtlijn wordt vervolgens gebruikt als aanknopingspunt om personen die niet op arbeidsovereenkomst werken, maar lijken op werknemers, onder de bescherming van de Richtlijn te brengen, ook al kent het nationale recht de rechtsvorm 'arbeidsverhouding' niet.

Het Hof gebruikte bij de richtlijnen met verwijzing naar het nationale recht dus niet de autonome definitie van het Europese werknemerschap, de *Lawrie-Blum*-formule, maar gaf een interpretatie van 'werknemer' in het licht van het nationale recht en ook van de richtlijn, waarmee het een Unierechtelijke benadering koos om het nationale recht te interpreteren.

In een recenter arrest verwees het Hof wel naar de *Lawrie-Blum*-formule in een Richtlijn die verwijst naar nationaal recht. Het betreft de Uitzendrichtlijn (Richtlijn 2008/104). Hierin is als 'werknemer' gedefinieerd: iedere persoon die in de betrokken lidstaat krachtens

29 HvJ EU 1 maart 2012, C-393/10 (*O'Brien*).

de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer (art. 3 lid 1a). Lid 1c definieert 'uitzendkracht' als 'een werknemer met een arbeidsovereenkomst of *arbeidsverhouding* met een uitzendbureau teneinde ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van laatstgenoemde onderneming tijdelijk te werken.' (cursivering auteur).

In het betreffende arrest, *Ruhrlandklinik*³⁰, ging het om een vereniging van verpleegkundigen die hun leden detacheerde bij zorginstellingen, zoals ziekenhuizen. Ze hadden geen arbeidsovereenkomst met die vereniging. Het Hof overwoog dat volgens zijn rechtspraak hoofdkenmerk van een arbeidsverhouding is dat een persoon gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt. Hier wordt dus de *Lawrie-Blum*-formule gebruikt om 'arbeidsverhouding' te omschrijven. Omdat onder 'uitzendkracht', zoals in de Richtlijn gedefinieerd, ook werknemers met een 'arbeidsverhouding' met een uitzendbureau vallen, achtte het Hof de juridische kwalificatie van hun relatie met het uitzendbureau niet doorslaggevend om hen als werknemer te beschouwen. Het begrip 'werknemer' betreft derhalve, aldus het Hof, iedere persoon met een arbeidsverhouding zoals boven omschreven die in de desbetreffende lidstaat op grond van zijn arbeid wordt beschermd.

Om te bepalen of de verpleegsters in deze zaak een arbeidsverhouding hadden maakte het Hof een vergelijking: hun verhouding met het uitzendbureau verschilde niet wezenlijk van die van werknemers. Bovendien genoten ze een bepaald aantal rechten die gelijkwaardig waren aan die van werknemers volgens Duits recht, zoals ziekte- en ouderschapsverlof en medezeggenschap.

Voor de benadering in dit arrest hanteerde het Hof de inmiddels bekende argumenten: een beperking tot personen met een arbeidsovereenkomst zou de verwezenlijking van de doelstellingen van de richtlijn in gevaar kunnen brengen en afbreuk doen aan het nuttig effect ervan.

10.2.2.4 Conclusie over het werknemersbegrip

Het Hof interpreteert de term 'werknemer' in een EU-regeling steeds op zo'n manier om werkenden de bescherming van de betreffende regeling te geven. Het is daardoor mogelijk dat iemand voor de ene EU-regeling wél werknemer is, en voor een andere niet. Omdat het aldus gevonden werknemersbegrip van belang is om betrokkene toegang tot bescherming van een bepaalde EU-regeling te geven, is niet van belang of hij een werkgever heeft. Zo kan iemand die volgens nationaal recht niet-werknemer is, zoals *Allonby* en *Danosa*, voor een Europese regeling 'werknemer' zijn. Het Europese werknemerschap vormt als het ware een derde dimensie voor personen die arbeid verrichten. Het vervult daarmee een andere rol dan een nationaal werknemersbegrip, dat immers geldt als algemeen toegangsbiljet voor werknemersbescherming, zoals het hele pakket van het Nederlandse Boek 7, Titel 10 BW.

Qua inhoud kunnen we concluderen dat als een regeling of bepaling het werknemersbegrip niet omschrijft, het Hof het autonome werknemersbegrip hanteert uit *Lawrie-Blum*. Het Hof vat dit samen als: iemand levert prestaties voor een ander en onder diens gezag en ontvangt als tegenprestatie een vergoeding. Met name het onderdeel 'gezag' heeft een eigen betekenis gekregen in de jurisprudentie. Het citeren van deze formule los van die

30 HvJ EU 17 november 2016, C-216/15 (*Ruhrlandklinik*).

context kan daarom tot misverstanden leiden. Een omschrijving die de jurisprudentie vollediger probeert samen te vatten, zou de volgende kunnen zijn: “iemand is werknemer indien hij onder leiding van een ander handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen, tegen loon prestaties verricht, en tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt.”

Als een EU-regeling wél naar het nationale recht voor het werknemersbegrip verwijst, wordt geen Unierechtelijke definitie, maar een Unierechtelijke benadering gehanteerd voor de interpretatie ervan. De uitkomst kan variëren naar gelang de richtlijn. Net als bij richtlijnen die geen bepaling hebben over het werknemersbegrip, is bij richtlijnen die dat wel hebben de doelstelling van de regeling van groot belang. Betreft die een fundamenteel beginsel, dan moet de personenkring ruim worden uitgelegd. Dit gebeurt door aan te sluiten bij het nationale recht: welke categorieën worden als werknemer beschermd door het nationale arbeidsrecht (waarbij ook werknemersverzekeringen van belang zijn)?; lijkt de uitgesloten categorie daar zo op dat de uitsluiting niet in overeenstemming met de betreffende richtlijn is, dan volgt dat ze ook de betreffende bescherming moet krijgen. Hoe de rechtsbetrekking volgens nationaal recht heet, is niet van belang. Als de term ‘arbeidsverhouding’ in de richtlijn voorkomt, dan hanteert het Hof deze om de uitgesloten categorie alsnog onder de personenkring te brengen. Zo vulde het Hof in het *Ruhrlandklinik*-arrest de term ‘arbeidsverhouding’, die voorkwam in de omschrijving van uitzendkracht, in met het autonome werknemersbegrip.

Betekent dit nu dat er een uniform Europees werknemersbegrip aan het ontstaan is? Zal het Hof ook bij andere richtlijnen, zoals Richtlijn 2001/23 (overgang van onderneming), de benadering uit het *Ruhrlandklinik*-arrest gaan volgen? Dit is nog geen uitgemaakte zaak. Het Hof kan immers bij interpretatie van ‘werknemer’ blijven vasthouden aan het belang van de doelstelling van de betreffende richtlijn, zoals het tot dusver consequent gedaan heeft. Zo overwoog het Hof, in het na *Ruhrlandklinik* gewezen *Moreira*-arrest over de Richtlijn Overgang van onderneming, dat het doel van deze Richtlijn is om de rechten van de werknemers bij verandering van ondernemer veilig te stellen en niet om deze rechten in voorkomend geval uit te breiden. Het gebruikte dus niet de *Lawrie-Blum*-formule.

Men zou kunnen zeggen dat het in de onderhavige casus ging om een arbeidscontract naar nationaal recht, zodat verwijzing naar het autonome werknemersbegrip ook niet nodig is. De uitdrukkelijke verwijzing naar het doel van de Richtlijn Overgang van onderneming om bescherming van rechten van werknemers te bieden, wijst er echter op dat het Hof geen uitbreiding tot behoud van rechten van bijvoorbeeld vrijwilligers en zzp'ers bij overgang van onderneming voor ogen heeft. Deze Richtlijn kent ook geen algemeen beginsel dat als gevolg van overgang nooit een rechtsbetrekking mag eindigen of contractvoorwaarden mogen veranderen. Voorts luidt artikel 2 dat lidstaten van de werkingssfeer van de Richtlijn geen arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen mogen uitsluiten enkel op grond van het aantal gewerkte uren; omdat ze voor bepaalde tijd zijn of omdat het uitzendarbeidsbetrekkingen zijn. Andere overeenkomsten mogen dus kennelijk wel worden uitgesloten. Omdat dit type factoren, in lijn met de eerdere interpretatie door het Hof, een rol zullen spelen, kan men nog niet concluderen dat een autonoom werknemersbegrip gaat worden gehanteerd voor alle richtlijnen.³¹

31 Zie ook Février *ELJ* 2020; Risak en Dullinger 2018.

Het belang van deze jurisprudentie voor werknemers in atypische arbeidsrelaties is dat, ook als ze geen arbeidsovereenkomst naar nationaal recht hebben, maar wel aan de omschrijving van 'werknemer' voor het de betreffende EU-regeling vallen, ze daar een beroep op kunnen doen. Zo mag ook bijvoorbeeld bij platformwerkers die 'Europees werknemer' zijn geen onderscheid worden gemaakt in beloning van mannen en vrouwen. Evenzo kan worden onderzocht of zij onder de bescherming van overgang van onderneming en collectief ontslag vallen.

Toch is deze bescherming op zichzelf maar betrekkelijk. Gelijk loon ongeacht sekse levert niet veel op als bijvoorbeeld geen loon betaald hoeft te worden als er geen oproepen voor werk zijn of als de lonen erg laag zijn. En als men een nulurencontract heeft, dan heeft behoud van arbeidsvoorwaarden bij overgang van onderneming ook maar weinig betekenis.

Vandaar dat aanvullende regelingen nodig zijn, die besproken worden in de volgende paragraaf. We zullen daarvoor het kader van de Europese Sociale Pijler gebruiken, omdat deze de principes voor de sociale politiek vermeldt. Vervolgens komen een aantal concrete regelingen die hieruit voortvloeien aan de orde. Voor die aanvullende regelingen is het Europees werknemersbegrip van belang, zoals we zullen zien.

10.3 De Europese Sociale Pijler

10.3.1 Algemeen

De Europese Pijler van Sociale Rechten³² is in hoofdstuk 1 geïntroduceerd. Hij richt zich primair op het realiseren van efficiënte en veerkrachtige arbeidsmarkten die een hoog niveau van werkgelegenheid bevorderen en in staat zijn schokken op te vangen zonder werkloosheid te creëren.³³ Ook beoogt hij dat iedere burger toegang heeft tot adequaat onderwijs en dat er een doeltreffend sociaalbeschermingssysteem voorhanden is om de meest kwetsbare groepen in de samenleving te beschermen, met inbegrip van een minimum aan sociale bescherming.

De Pijler bevat twintig terreinen waarop beginselen en rechten genoemd zijn. Deze terreinen worden ingedeeld in drie categorieën: (1) gelijke kansen en toegang tot de arbeidsmarkt; (2) billijke arbeidsomstandigheden; en (3) sociale bescherming en inclusie.

De bevoegdheden voor de Raad en het Europees Parlement om regelingen op het terrein van sociale rechten aan te nemen zijn beperkt, zoals al besproken is in hoofdstuk 1. De toelichting op de Pijler constateert terecht dat de lidstaten, en op vele gebieden de sociale partners, primaire of zelfs exclusieve bevoegdheden hebben op gebieden als arbeidsrecht, minimumlonen, onderwijs, gezondheidszorg en de organisatie van de socialezekerheidsstelsels.³⁴ Ook zijn aan veel van de maatregelen die nodig zijn om de Europese pijler van sociale rechten uit te voeren, kosten verbonden. Het document benadrukt daarom dat de beginselen en rechten van de pijler op het niveau van de Unie en op dat van haar lidstaten moeten worden uitgevoerd met volledige eerbiediging van hun respectieve bevoegdheden.³⁵

De Pijler bevat een reeks waarden die nagestreefd moeten worden. Deze zijn overigens al in het VWEU (en eerdere EG/EU-verdragen) opgenomen en ook terug te vinden in

32 COM(2017)251.

33 COM(2017) 250, p. 5.

34 COM(2017)250, p. 7.

35 COM(2017)250, p. 7.

instrumenten van de Verenigde Naties, de IAO en de Raad van Europa. De Pijler bouwt, aldus de Commissie, met name voort op het Europees Sociaal Handvest, op het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden uit 1989 en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

De Pijler zal worden uitgewerkt met EU-wetgeving, sociale dialoog; beleidsrichtsnoeren; aanbevelingen in het kader van het Europees semester voor coördinatie van het economisch beleid (dit is de jaarlijkse cyclus voor coördinatie van het economisch beleid); en financiële steun uit verschillende EU-fondsen.

De beginselen en rechten zijn niet rechtstreeks inroepbaar: zij moeten worden vertaald in specifieke acties en/of afzonderlijke wetgeving. In het Werkdocument van de Commissie worden veel plannen aangekondigd voor dergelijke voorstellen.³⁶ Hierna worden een aantal instrumenten besproken die al ontwikkeld zijn.

10.3.2 *Richtlijn 2019/1152 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden*

10.3.2.1 *Inleiding*

Beginsel 7 van de Pijler luidt: “Werknemers hebben het recht om bij hun indiensttreding schriftelijk in kennis te worden gesteld van hun rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsrelatie, waaronder die met betrekking tot de proeftijd.” En beginsel 5 luidt: “Ongeacht de aard en de duur van hun arbeidsrelatie hebben werknemers recht op een billijke en gelijke behandeling wat betreft arbeidsvoorwaarden, toegang tot sociale bescherming en opleiding. De overgang naar arbeidsrelaties voor onbepaalde duur wordt bevorderd. (...) Arbeidsrelaties die leiden tot onzekere arbeidsvoorwaarden worden voorkomen, onder meer door een verbod op misbruik van atypische arbeidsovereenkomsten. Een proeftijd moet een redelijke tijdsduur hebben.”

De Richtlijn Transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden beoogt deze beginselen uit te werken.³⁷ De Richtlijn is gebaseerd op artikel 153 lid 2b VWEU, dat de mogelijkheid biedt om richtlijnen vast te stellen met minimumvoorschriften voor arbeidsvoorwaarden. Dit onderdeel van de Pijler is daarmee uitgewerkt in bindend EU-recht.

Bednarowicz wijst erop dat de Preambule van de Richtlijn verwijst naar beginselen van de Pijler.³⁸ Daarmee kunnen de doelstellingen van de Pijler door het Hof van Justitie betrokken worden bij de interpretatie van de Richtlijn en daarmee kan de Pijler juridische betekenis krijgen.

10.3.2.2 *Het werknemersbegrip van de Richtlijn*

De Richtlijn en de corresponderende Pijlerbeginselen hebben betrekking op ‘werknemers’. In het voorstel voor de Richtlijn had de Europese Commissie een definitie van ‘werknemer’ opgenomen die ontleend was aan *Lawrie-Blum*. De definitie was neergelegd in artikel 2 lid 1a van het voorstel: ‘werknemer’ is een natuurlijke persoon die gedurende een bepaalde

36 SWD(2017)201.

37 Pb 2019, L 186. Uiterlijk op 1 augustus 2022 moet deze Richtlijn in nationale regelgeving zijn omgezet.

38 Bednarowicz, ILJ 2019, p. 611.

periode tegen beloning prestaties verricht voor en onder gezag van een ander. Lid b definieerde ‘werkgever’ als ‘een of meer natuurlijke of rechtspersoon/personen die direct of onrechtstreeks partij is/zijn bij een arbeidsrelatie met een werknemer’.³⁹

Bij de discussie over het voorstel bleken sommige lidstaten bezwaren tegen deze omschrijving te hebben.⁴⁰ Dat leidde ertoe dat de Raad in zijn voorlopige conclusies besloot dat de werknemersdefinitie enkel mocht verwijzen naar het nationale recht; het Europese Parlement stond er echter op dat de jurisprudentie van het Hof van belang bleef voor het werknemersbegrip.⁴¹ In de versie van de Richtlijn die uiteindelijk aangenomen werd,⁴² bepaalt artikel 1 lid 2: “Deze Richtlijn bepaalt minimumrechten die van toepassing zijn op elke werknemer in de Unie met een arbeidsovereenkomst of arbeidsrelatie zoals omschreven in het recht, de praktijk of de collectieve overeenkomsten die van kracht zijn in elke lidstaat, *met inachtneming van de rechtspraak van het Hof van Justitie*” (cursivering auteur).⁴³

De Richtlijn bevat derhalve geen definitie van ‘werknemer’, maar verwijst naar het nationale recht, met inachtneming van de jurisprudentie van het Hof. Men zou kunnen zeggen dat deze definitie een ‘hybride karakter’ heeft;⁴⁴ het is daardoor interessant hoe de lidstaten deze omschrijving gaan implementeren in hun nationale wetgeving, want, zoals we in paragraaf 10.2.2.4 hebben gezien, gaat het Hof voor de interpretatie van dit begrip uit van het betreffende instrument en hangt de toepassing ervan in belangrijke mate af van de waardering van de feiten.

De Preambule van de Richtlijn geeft wel een paar aanknopingspunten voor interpretatie van de omschrijving van de personele werkingssfeer. Overweging 7 luidt dat het Hof van Justitie in zijn vaste rechtspraak criteria heeft vastgesteld om de status van werknemer te bepalen. In de voetnoot bij deze overweging worden de volgende arresten genoemd: *Lawrie-Blum*, *Isère*, *Balkaya*, *FNV Kiem* en *Ruhrlandklinik*. Dit zijn de arresten waarin het autonome werknemersbegrip gehanteerd wordt. De Preambule vervolgt met: “Op voorwaarde dat zij voldoen aan die criteria zullen huishoudelijk personeel, oproepwerkers, gelegenheidswerknemers, werknemers die werken op basis van een vouchersysteem, platformwerknemers, stagiairs en jongeren met een leercontract binnen het toepassingsgebied van deze richtlijn vallen.”

De Richtlijn garandeert dus niet dat de hier genoemde atypische arbeidsrelaties onder het werknemersbegrip vallen; ze moeten wel voldoen aan de criteria uit de jurisprudentie van het Hof.

Ter toelichting bij deze categorieën kan het volgende worden opgemerkt. Gelegenheidswerkers zijn personen aan wie de werkgever niet verplicht is om regelmatig werk te verschaffen. Voor dit type werk kunnen verschillende vormen worden gebruikt; in Nederland is dit in de regel het oproepcontract, een vorm van een arbeidsovereenkomst, en daarmee vallen oproepkrachten onder het werknemersbegrip in de zin van de Richtlijn.

39 COM(2017)797 final.

40 2017/0355 (COD), 10054/18, p. 9.

41 Ontwerpwetgevingsresolutie van het Europees Parlement, A/2018/0355.

42 Uiteindelijk onthielden drie lidstaten zich van stemming over deze tekst (Duitsland, Oostenrijk, België).

43 Dezelfde definitie is gebruikt in Richtlijn 2019/1158 van 20 juni 2019 betreffende het evenwicht tussen werk en privéleven voor ouders en mantelzorgers, *Pb* 2019, L 188/79; en het voorstel voor de Richtlijn over het minimumloon, zie par. 10.3.4.

44 Bednarowicz *ILJ* 2019, p. 613.

In het vouchersysteem is de arbeidsrelatie gebaseerd op betaling voor diensten door een voucher die gekocht is van een daartoe bevoegde instantie, waarmee zowel het loon als socialezekerheidspremies gedekt zijn.⁴⁵ De contractsvorm waarop voucher-werkers werkzaam zijn is onduidelijk,⁴⁶ maar omdat ze arbeid verrichten voor een klant die de voucher betaalt en ze de voucher kunnen inleveren bij de voucherorganisatie waarbij zij aangesloten zijn, mag worden aangenomen dat zij onder het werknemersbegrip van de Richtlijn vallen.

Platformwerk kent verschillende vormen, waarbij zowel sprake kan zijn van werknemerschap als zelfstandige (zie de *Yodel*-beschikking, behandeld in par. 10.2.2.2). De vraag of platformwerkers werknemer in de zin van deze Richtlijn zijn, hangt derhalve af van de voorwaarden waaronder zij werken.

Stagiaires en jongeren op basis van een leerwerkcontract zullen waarschijnlijk vaak als Europees werknemer worden beschouwd.

Een vervolgvraag is of er een ondergrens geldt aan de omvang van de werkzaamheden om als werknemer voor de Richtlijn beschouwd te kunnen worden. In de jurisprudentie over het vrije verkeer van werknemers heeft het Hof uitgemaakt dat personen die enkel marginale en bijkomstige werkzaamheden verrichten uitgesloten kunnen worden. Bij uitspraken over het werknemersbegrip in andere instrumenten komt dit criterium niet terug.

De Richtlijn Transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden bevat bepalingen over een ondergrens. Artikel 1 lid 3 luidt dat de lidstaten kunnen besluiten de verplichtingen van deze Richtlijn niet toe te passen op werknemers met een arbeidsrelatie met een vooraf bepaalde en daadwerkelijk gewerkte tijd van gemiddeld drie uur of minder per week in een referentieperiode van vier opeenvolgende weken. De gewerkte tijd bij alle werkgevers die dezelfde onderneming, groep of entiteit vormen of ertoe behoren, wordt samengeteld om tot dit gemiddelde van drie uur te komen. Het vierde lid van dit artikel luidt dat deze uitzondering niet van toepassing is op een arbeidsrelatie waarbij geen gewaarborgde hoeveelheid betaald werk is bepaald vóór de aanvang van het werk. De uitzondering van marginale arbeid geldt dus niet voor oproepkrachten.⁴⁷

Een aparte uitzonderingsmogelijkheid van bescherming van de Richtlijn is gedefinieerd voor huishoudelijk personeel. Bij deze werknemers kunnen de lidstaten besluiten de verplichtingen van artikel 12 (overgang naar een andere vorm van werk), artikel 13 (opleiding) en artikel 15 lid 1a (gevolgen van het niet-geven van bepaalde vormen van informatie) niet toe te passen op natuurlijke personen die deel uitmaken van huishoudens die als werkgevers optreden en waar er werk voor die huishoudens wordt verricht (art. 1 lid 7).

45 Ze komen met name in België (<https://dienstencheques.vlaanderen.be>) en Frankrijk voor.

46 Eurofound 2015.

47 Deze omschrijving van marginale arbeid geldt in principe alleen voor deze Richtlijn. Ofschoon deze omschrijving niet de jurisprudentie van het Hof over het werknemersbegrip bij het vrije verkeer hoeft te beïnvloeden, is dat wel mogelijk. De ondergrens van circa 12 uur per maand kan hoger zijn dan uit de criteria van het Hof zou kunnen worden afgeleid (bijv. HvJ EU 4 februari 2010, C14/09, (*Genc*) en zou een verslechtering kunnen zijn voor werknemers. Het biedt echter wel meer zekerheid dan de huidige situatie, waarin lidstaten eigen criteria aanleggen, die hoger kunnen liggen, zoals Nederland, dat 56 uur per maand als ondergrens hanteert om als werknemer een beroep te kunnen doen op studiefinanciering.

10.3.2.3 De inhoud van de Richtlijn

Artikel 3 luidt dat de lidstaten ervoor zorgen dat de werkgevers worden verplicht hun werknemers informatie te bieden over de belangrijkste aspecten van de arbeidsrelatie. Hierbij worden o.a. de duur en voorwaarden van de proeftijd, verlof, regels voor ontslag, loon, en eventuele toepasselijke cao genoemd. Deze bepaling is van belang, juist ook voor atypische arbeidsrelaties, omdat er anders inderdaad onduidelijkheid kan zijn over bijvoorbeeld beloning; zonder dit soort duidelijkheid is het moeilijk voor deze werkenden om hun rechten te realiseren.

Over de proeftijd bepaalt de Richtlijn dat deze maximaal zes maanden mag bedragen. Bij een arbeidsrelatie voor bepaalde tijd moet de duur van die proeftijd in verhouding staan tot de verwachte duur van de overeenkomst en de aard van het werk. Bij verlenging van een overeenkomst voor dezelfde functie en taken geldt geen nieuwe proeftijd voor de arbeidsrelatie.

Een andere bepaling van de Richtlijn betreft het tegengaan van het verbod op nevenwerkzaamheden. De lidstaten moeten er voor zorgen dat de werkgever de werknemer niet verbiedt naast zijn werkzaamheden bij de werkgever voor andere werkgevers te gaan werken. De werkgever mag hierbij de werknemer niet nadelig behandelen. Wel mogen lidstaten voorwaarden vastleggen waaronder werkgevers kunnen bepalen dat nevenwerkzaamheden onverenigbaar zijn met de werkzaamheden bij de werkgever. Daarvoor moeten zij objectieve redenen geven, zoals gezondheid en veiligheid, de bescherming van de vertrouwelijkheid van bedrijfsinformatie, de integriteit van overheidsdiensten of het vermijden van belangenconflicten.

Een derde bepaling van de Richtlijn betreft niet-vaste werkpatronen. De lidstaten moeten ervoor zorgen dat wanneer het werkpatroon van een werknemer geheel of grotendeels onvoorspelbaar is, de werknemer niet door de werkgever kan worden verplicht te werken. Daarvoor geldt een uitzondering, indien aan twee voorwaarden is voldaan: het werk wordt verricht binnen de vooraf bepaalde referentiedagen en -uren (zoals gedefinieerd in de Richtlijn) en de werknemer wordt vooraf door zijn werkgever in kennis gesteld van een werkopdracht binnen een redelijke termijn voor kennisgeving. Indien niet is voldaan aan een van deze of beide vereisten heeft een werknemer het recht een werkopdracht zonder nadelige gevolgen te weigeren.

Ten slotte moeten lidstaten ervoor zorgen dat een werknemer met ten minste zes maanden anciënniteit bij dezelfde werkgever, die zijn proeftijd heeft doorlopen, kan verzoeken om, indien beschikbaar, een vorm van werk met meer voorspelbare en zekere arbeidsvoorwaarden. De werkgever geeft binnen een maand na het verzoek schriftelijk antwoord. Voor kleine werkgevers mogen de lidstaten voorzien in een verlenging van die termijn tot maximaal drie maanden.

10.3.3 Aanbeveling betreffende toegang tot sociale bescherming

Beginsel 12 van de Europese Pijler luidt dat ongeacht de aard en de duur van hun arbeidsrelatie werknemers en, onder vergelijkbare voorwaarden, zelfstandigen recht hebben op adequate sociale bescherming. Deze bepaling betreft dus niet alleen werknemers, maar ook zelfstandigen.

Dit beginsel is uitgewerkt in de Aanbeveling van 8 november 2019 met betrekking tot de toegang tot sociale bescherming voor werknemers en zelfstandigen.⁴⁸ De Aanbeveling verwijst naar artikel 153 lid 1c VWEU, dat de Unie de mogelijkheid biedt het optreden van de lidstaten te ondersteunen en aan te vullen op het gebied van sociale zekerheid en sociale bescherming van de werknemers. Voor zelfstandigen bestaat deze bevoegdheid niet, daarom verwijst de Preambule naar artikel 352 VWEU, dat de Raad de mogelijkheid geeft om passende maatregelen te nemen om doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken wanneer de Verdragen niet in de daartoe vereiste bevoegdheden voorzien.

Voor toegang tot sociale bescherming is geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om in een richtlijn minimumnormen vast te leggen; in plaats daarvan is gekozen voor een aanbeveling.

De Aanbeveling met betrekking tot sociale bescherming is van toepassing op de takken van de sociale bescherming die vaak nauw samenhangen met de arbeidsmarktparticipatie. Zij zorgen vooral voor bescherming tegen het verlies van inkomsten uit arbeid wanneer bepaalde risico's zich voordoen. Het gaat dus om risico's die samenhangen met werk, zoals werkloosheid, ziekte, arbeidsongeschiktheid en ouderdom. De Aanbeveling heeft daarom geen betrekking op socialebijstandsregelingen en minimuminkomensregelingen.

Zij moet artikel 153 lid 4 in acht nemen, dat bepaalt dat uitsluitend de lidstaten bevoegd zijn om de beginselen van hun sociale zekerheidsstelsel te bepalen. Vandaar dat ze zich ertoe beperkt de lidstaten aan te bevelen om voor alle werknemers en zelfstandigen formele en effectieve dekking, adequaatheid en transparantie van sociale bescherming te waarborgen. Deze beginselen gelden voor zowel werknemers als zelfstandigen, maar de Aanbeveling erkent dat voor werknemers en zelfstandigen verschillende regels van toepassing kunnen zijn.

'Formele dekking' houdt in dat de bestaande wetgeving of cao's bepalen wie recht hebben om deel te nemen aan een socialebeschermingsstelsel in een bepaalde tak van sociale zekerheid. Bij 'effectieve dekking' gaat het om de mogelijkheid om adequate uitkeringen op te bouwen en, indien het desbetreffende risico zich inderdaad voordoet, dat betrokkenen toegang hebben tot een bepaald niveau van uitkeringen. Met name inkomsten- en tijdsdrempels (drempelperiodes, wachttijden, minimale lengte van werkperiodes, looptijd van de uitkeringen) kunnen het voor bepaalde groepen atypische werknemers en zelfstandigen te moeilijk maken om toegang te krijgen tot sociale bescherming. Enerzijds kan dit het geval zijn, als verschillende regels gelden voor werknemers met standaardarbeidsovereenkomsten, voor werkenden in atypische arbeidsvormen en voor zelfstandigen. Het kan echter ook zo zijn dat dezelfde regels gelden voor alle groepen, maar dat dit voor mensen met atypische arbeidsvormen nadeliger uitvalt en dat de regels niet aan de situatie van zelfstandigen zijn aangepast. Een ander probleem is dat rechten inzake sociale bescherming niet altijd behouden, opgebouwd en/of overgedragen worden wanneer personen de ene rechtspositie op de arbeidsmarkt inruilen voor een andere. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen als werknemers zelfstandigen worden, en ook als zij naast hun baan als werknemer als zelfstandige aan de slag gaan. Het behoud, de opbouw en/of de overdraagbaarheid van rechten in deze situaties zijn cruciaal voor effectieve toegang tot socialezekerheidsstelsels gebaseerd op premiebetaling.

48 Pb 2019, C 387/01.

Aan adequate sociale bescherming is voldaan, aldus de Aanbeveling, indien het stelsel mensen in staat stelt om een fatsoenlijke levensstandaard te handhaven, hun inkomensverlies op een redelijke manier te vervangen, een waardig leven te leiden en indien het verhindert dat zij in armoede terechtkomen. Bij het beoordelen van de adequaatheid dient te worden gekeken naar het socialebeschermingsstelsel van de lidstaat in zijn geheel, dat wil zeggen naar alle sociale voordelen van de lidstaat.

10.3.4 *Recht op toereikend minimumloon en billijke lonen*

10.3.4.1 *Band met de Pijler*

Beginsel 6 van de Pijler luidt dat 'werknemers recht hebben op een billijk loon waarmee zij een fatsoenlijke levensstandaard kunnen genieten. Er wordt gezorgd voor toereikende minimumlonen, die voorzien in de behoeften van de werknemer en zijn of haar gezin in het licht van de nationale economische en sociale omstandigheden, maar waarbij tegelijkertijd de toegang tot werk en de prikkel om werk te zoeken worden gewaarborgd. Armoede onder werkenden wordt voorkomen. Lonen worden op een transparante en voorspelbare manier vastgesteld, volgens de nationale gebruiken en met inachtneming van de autonomie van de sociale partners'.

Een regeling omtrent minimumlonen was een van de hoofdplannen die de Europese Commissie presenteerde bij haar aantreden in 2019.⁴⁹ Ze overwoog dat minimumlonen in veel landen lager zijn dan tweederde van het nationale mediane loon,⁵⁰ de norm die vaak gehanteerd wordt als ondergrens voor een minimuminkomen, bijvoorbeeld door het Europees Comité van Sociale Rechten van de Raad van Europa. Ongeveer één op de zes werknemers in de EU verdient een loon onder deze norm.

De Richtlijn wordt gebaseerd op artikel 153 lid 1b VWEU, dat de mogelijkheid geeft activiteiten te ondernemen op het terrein van arbeidsvoorwaarden. Bij de vormgeving ervan is van belang dat artikel 153 lid 5 VWEU bepaalt dat de bepalingen van dit artikel geen betrekking hebben op loon. De EU kan daardoor niet rechtstreeks ingrijpen in het vaststellen van de hoogte van lonen. Ze kan geen maatregel aannemen om de minimumlonen in Europa te harmoniseren door een mechanisme aan te nemen om minimumlonen vast te stellen, bijvoorbeeld door een wettelijk minimumloon in alle lidstaten te introduceren. Ook de bevoegdheden van sociale partners om door onderhandelingen lonen vast te stellen moeten worden gerespecteerd.

10.3.4.2 *De richtlijn*

De Commissie raadpleegde, zoals voortvloeit uit artikel 154 VWEU (zie par. 5.2.1), eerst de sociale partners over het voornemen een maatregel te nemen op het terrein van het minimumloon.⁵¹ Daarop bleek dat ze het niet eens konden worden over een mogelijk instrument en daarover ook geen onderhandelingen wilden aangaan. Vervolgens publiceerde

49 In *A union that strives for more. My agenda for Europe. Political Guidelines for the next European Commission 2019-2024*.

50 Het doorsnee of mediane inkomen is het middelste inkomen als alle inkomens van laag naar hoog zijn gesorteerd. De helft van de inkomens is dus kleiner, de andere helft groter.

51 Com(2020)3570 final, Brussel 3 juni 2020.

de Commissie in oktober 2020 een voorstel voor een Richtlijn betreffende toereikende minimumlonen in de Europese Unie.⁵² Dit is gebaseerd op artikel 153 lid 2 in samenhang met art. 153, lid 1b VWEU, dat de mogelijkheid biedt om minimumbepalingen vast te stellen op het terrein van de arbeidsvoorwaarden. Ook wordt verwezen naar artikel 31 Handvest van de grondrechten in de EU, dat bepaalt dat iedere werknemer recht heeft op gezonde, veilige en waardige arbeidsomstandigheden (zie hfdst. 2).

In de Preambule van de Richtlijn wordt overwogen dat, met inachtneming van artikel 153 lid 5 VWEU, niet beoogd wordt het minimumloon in de Unie te harmoniseren, noch een uniform mechanisme voor de vaststelling van minimumlonen vast te stellen. Overweging 28 van de Preambule luidt dat wellicht sommige landen weinig geneigd zijn om de toereikendheid en de dekkingsgraad van de minimumlonen te verbeteren, omdat ze menen dat hun externe kostenconcurrentievermogen hierdoor negatief beïnvloed zou kunnen worden. Op deze wijze beargumenteert de Commissie derhalve dat het voorstel aan het subsidiariteitsbeginsel voldoet. De doelstellingen van deze Richtlijn kunnen in deze opvatting niet voldoende door de lidstaten worden verwezenlijkt, maar kunnen vanwege de omvang of de gevolgen van het optreden beter door de Unie worden bereikt.

10.3.4.3 *Personenkring*

De Richtlijn is van toepassing op werknemers, waarbij 'werknemer' in artikel 2 op dezelfde wijze is gedefinieerd als in de Richtlijn Transparante arbeidsvoorwaarden. Zodoende vallen ook flexibele arbeidskrachten, zoals schijnzelfstandigen en platformwerkers, genoemd in de Preambule van laatstgenoemde richtlijn, en ook opgesomd in Preambule, overweging 17 van de Richtlijn Minimumloon, onder de Richtlijn Minimumloon.

10.3.4.4 *Criteria ten aanzien van het minimumloon*

De Richtlijn benadrukt dat lidstaten ervoor kunnen kiezen om een minimumloon door wetgeving of door cao's te laten regelen (art. 1 lid 2). Als het minimumloon door cao's wordt geregeld, dan is er geen verplichting deze algemeen verbindend te verklaren. Wel stelt de Preambule vast, dat als er alleen een stelsel van collectieve onderhandelingen is, het van belang is dat dit een goed functionerend stelsel is en een goede dekkingsgraad heeft. Om te bereiken dat er slechts een klein percentage laagbetaalde werknemers is, is doorgaans een dekkingsgraad van de cao's van meer dan 70% nodig (Preambule nr. 19). Lidstaten die deze dekkingsgraad niet halen, moeten in overleg met de sociale partners zorgen voor een kader om de voorwaarden voor collectieve onderhandelingen te creëren en ze moeten een actieplan opstellen ter bevordering van collectieve onderhandelingen (art. 4 lid 2).

Het voorstel voor de Richtlijn definieert, zoals gezegd, niet de hoogte van het minimumloon. Wel geeft het criteria voor de toereikendheid van wettelijke minimumlonen (art. 5). De lidstaten moeten die criteria vaststellen overeenkomstig hun nationale praktijken, hetzij in relevante nationale wetgeving, hetzij in besluiten van de bevoegde instanties, hetzij in tripartiete overeenkomsten. De criteria worden op duurzame en duidelijke wijze vastgesteld.

52 COM(2020)682 final.

De nationale criteria moeten ten minste de volgende elementen omvatten:

- a) de koopkracht van de wettelijke minimumlonen, rekening houdend met de kosten voor levensonderhoud en de bijdrage van belastingen en sociale uitkeringen;
- b) het algemene niveau van de brutolonen en de verdeling ervan;
- c) het groeipercentage van de brutolonen; en
- d) de ontwikkelingen van de arbeidsproductiviteit.

Minimumlonen worden als toereikend beschouwd als ze billijk zijn in verhouding tot de loonverdeling in het land en een waardige levensstandaard waarborgen. De toereikendheid van de wettelijke minimumlonen wordt bepaald door de nationale sociaaleconomische omstandigheden, met inbegrip van de groei van de werkgelegenheid, het concurrentievermogen en regionale en sectorale ontwikkelingen. De toereikendheid ervan moet ten minste worden beoordeeld in verhouding tot de koopkracht, de ontwikkelingen van de productiviteit, het brutoloon, de loonverdeling en de groei. Internationaal vaak gebruikte indicatoren – zoals 60% van het mediane brutoloon en 50% van het gemiddelde brutoloon – kunnen worden gebruikt om de toereikendheid van de minimumlonen in verhouding tot de brutolonen te beoordelen (art. 5 lid 3). De Richtlijn noemt dus wel de relevante normen, maar legt ze niet op.

Verder verlangt de Richtlijn dat inhoudingen op het minimumloon worden beperkt (art. 6) en dat de wettelijke minimumlonen doeltreffend gehandhaafd worden (met maatregelen genoemd in art. 8).

De Richtlijn legt ook een verband met overheidsaanbestedingen en verwijst naar artikel 18.2 Richtlijn 2014/24 (zie ook par. 10.4.3). Artikel 9 van de Richtlijn minimumloon luidt dat 'de lidstaten passende maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat ondernemers bij de uitvoering van overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten zich houden aan de lonen die zijn vastgesteld in collectieve arbeidsovereenkomsten voor de betrokken sector en het betrokken geografische gebied, en aan de wettelijke minimumlonen – waar wettelijke minimumlonen bestaan.'

10.4 Aanbesteding door overheidsinstanties en sociaal beleid

10.4.1 Inleiding

Het verband tussen aanbesteding en sociaal beleid moge op het eerste gezicht vergezocht zijn, maar dit verband is er wel degelijk. Ten eerste, omdat koppeling van sociale voorwaarden aan aanbesteding een indirecte manier is om bedrijven aan te zetten tot sociaal beleid. Overheden kunnen in aanbestedingsopdrachten bijvoorbeeld verlangen dat de aannemers mensen met een achterstand op de arbeidsmarkt werkervaring laten opdoen of aan werk helpen. Dit wordt wel social return on investment (SROI) genoemd; de aannemer moet wat terug doen voor de gemeenschap. Oorspronkelijk bestond hiervoor weinig ruimte binnen het Europese aanbestedingsrecht, maar de mogelijkheden zijn geleidelijk toegenomen. De kwestie of sociale voorwaarden mogen worden verbonden aan aanbestedingen wordt in paragraaf 10.4.2 besproken.

Ten tweede is van belang of de aanbestedende dienst eisen mag stellen aan de arbeidsvoorwaarden van de werknemers die het werk gaan uitvoeren. Dit onderwerp wordt apart van de onderwerpen van paragraaf 10.4.2 behandeld, aangezien niet alleen

aanbestedingsrecht, maar ook het recht van het vrije verkeer van diensten hierop ingrijpt. Zoals we in paragraaf 10.3.4.4 al hebben gezien, is ook hier een ontwikkeling te zien, namelijk dat EU-recht bepalingen is gaan bevatten dat lidstaten van aannemers moeten verlangen dat ze de wettelijke minimumlonen en cao's volgen. Dit komt in paragraaf 10.4.3 aan de orde.

10.4.2 Aanbesteding en sociale voorwaarden

10.4.2.1 Inleiding

In paragraaf 10.4.1 is de term *social return* gevallen. Overheden zijn steeds meer in *social return* geïnteresseerd geraakt, met name ook omdat ze afgelopen decennia veel activiteiten hebben afgestoten in het kader van privatiseringen, zoals in Nederland het postbedrijf, telefoon, energievoorziening, woningbouw en luchtvaart. Daardoor zijn de mogelijkheden van bijvoorbeeld gemeenten beperkt om mensen met een achterstand op de arbeidsmarkt tewerk te stellen, omdat ze zelf dit werk niet meer laten verrichten. Geprivatiseerde en andere ondernemingen kunnen echter wel geschikt werk hebben voor bedoelde groeperingen.

Het zijn vooral lokale overheden, met name gemeenten, die sociale voorwaarden in aanbestedingsprocedures opnemen. Zij verlangen bijvoorbeeld dat de winnende partij een bepaald percentage kwetsbare groepen zal te werkstellen, zoals langdurig werklozen of arbeidsongeschikten. Niet alleen omdat de aannemer, anders dan de gemeente zelf, voor deze groepen geschikt werk heeft, maar ook omdat, als bijstandsgerechtigden worden ingezet, er door de besparing op uitkeringslasten minder uitgaven zullen zijn voor de gemeentebegroting.⁵³

De mogelijkheden voor overheidsinstanties om sociale politiek te voeren bij aanbestedingsprocedures worden beperkt door EU-recht. Als een contract om een dienst, werk of een product te leveren aan de criteria van de Aanbestedingsrichtlijn voldoet en boven een bepaald bedrag uitkomt (elke twee jaar door de Europese Commissie bepaald),⁵⁴ dan moet de procedure namelijk voldoen aan de criteria van deze Richtlijn en de criteria ontwikkeld door het Hof van Justitie.

Meer in het algemeen geldt dat het aanbestedingsrecht zo is ingericht dat het wil voorkomen dat mededingers naar een bepaalde overheidsopdracht ongelijk behandeld worden. Het wil in het bijzonder voorkomen dat mededingers uit een andere lidstaat dan de aanbestedende partij benadeeld worden. Zo'n ongelijke behandeling kan eenvoudig voortvloeien uit nationale voorwaarden die bij aanbesteding gesteld worden. Dergelijke voorwaarden kunnen op zich oogmerken hebben die vanuit nationaal perspectief heel begrijpelijk zijn, bijv. dat ze bepaalde hoogwaardige industrieën in het betreffende land beogen te ontwikkelen, of steun willen bieden aan industrieën in achtergebleven gebieden of aan vervangende werkgelegenheid aldaar. Ook al kan een bepaald beleid vanuit nationaal perspectief begrijpelijk zijn, er bestaat een serieus risico dat dergelijke voorwaarden de interne markt ondergraven. Als lidstaten immers voorwaarden stellen waar dienstverleners

53 Voor een beeld van de Nederlandse situatie zie TNO 2010.

54 De huidige drempelbedragen voor overheidsopdrachten zijn laatstelijk vastgesteld als: voor werken: € 5.350.000; leveringen en diensten voor centrale overheid: € 139.000; leveringen en diensten voor decentrale overheid: € 214.000; overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten: € 750.000 (Gedelegeerde Verordening 2019/1828).

uit het eigen land eenvoudiger aan kunnen voldoen, dan wordt het voor buitenlandse aanbieders van diensten veel moeilijker om succesvol mee te dingen.

De Europese wetgever heeft daarom vanaf de jaren '70 richtlijnen uitgevaardigd op het terrein van aanbesteding,⁵⁵ momenteel geldt Richtlijn 2014/24,⁵⁶ om een gelijk speelveld te creëren. Bij dit doel sluiten de belangrijkste beginselen en uitgangspunten van het aanbestedingsrecht aan: de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit, en de uitgangspunten van objectiviteit en daadwerkelijke mededinging.⁵⁷ Deze beginselen beogen een *level playing field* te garanderen voor de aanbestedende diensten en marktpartijen. Deze achtergrond verklaart waarom in aanbestedingsprocedures sociale voorwaarden slechts in beperkte mate toegelaten worden: het risico bestaat dat dergelijke voorwaarden de transparantie van het aanbestedingsproces kunnen bemoeilijken en bepaalde nationale ondernemingen kunnen bevoordelen.

In de huidige Richtlijn, Richtlijn 2014/24 kregen, met name door druk van het Europese Parlement, sociale voorwaarden meer ruimte dan in de eerdere Aanbestedingsrichtlijnen. Een van de aanknopingspunten voor een socialere aanbesteding is het al vaker in dit boek aangehaalde artikel 3 lid 3 VEU, dat niet enkel economische groei en bevordering van mededinging als doelstelling voor de Unie stelt, maar ook bevordering van een sociale markteconomie.

Een grotere ruimte voor sociale voorwaarden neemt overigens niet weg, dat de hierboven genoemde beginselen en uitgangspunten van aanbestedingsrecht blijven gelden en dat sociale voorwaarden daar aan moeten blijven voldoen.

In paragraaf 10.4.2.2 zal eerst een overzicht van de geleidelijke toelating van sociale voorwaarden in het aanbestedingsrecht worden gegeven, omdat dit enerzijds de weerstand (m.n. van de betreffende ambtelijke dienst van de Europese Commissie) hiertegen toont, en anderzijds ook duidelijker maakt welke voorwaarden wél en welke niet mogelijk zijn.

10.4.2.2 De geleidelijke toelating van sociale voorwaarden in het aanbestedingsrecht

Selectie-eisen, gunningscriteria en uitvoeringsvoorwaarden.

Bij aanbesteding wordt onderscheid gemaakt tussen criteria voor selectie, gunningscriteria en uitvoeringsvoorwaarden.

Bij de criteria voor selectie wordt onderscheid gemaakt tussen a. uitsluitingsgronden (professionele integriteit, kredietwaardigheid of betrouwbaarheid van de ondernemer); b. geschiktheidseisen (toetsen van de bekwaamheid) en c. selectiecriteria (ter vermindering van het aantal deelnemers).

De uitsluitingsgronden zijn aan strikte eisen onderhevig, in Nederland opgenomen in de Aanbestedingswet. Zij houden gronden in om inschrijvers op de aanbesteding uit te sluiten en betreffen omstandigheden die de aanbieder betreffen en die zijn uitsluiting van alle aanbestedingen kunnen rechtvaardigen. Tussen die omstandigheden en de specifieke opdracht bestaat in principe geen verband. Een aantal van deze voorwaarden zijn verplicht; zij betreffen met name de professionele integriteit, kredietwaardigheid en betrouwbaarheid van de aannemers. Zo moeten personen met een recente strafrechtelijke veroordeling

55 Richtlijn 71/305; Richtlijn 92/50; Richtlijn 2004/18.

56 Pb 2014, L 94, p. 65-242.

57 HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (*Commissie/CAS Succhi di Frutta*).

voor een of meer van zes in de wet genoemde misdrijven worden uitgesloten. Dat geldt in beginsel ook bij veroordeling voor het niet voldoen aan het betalen van belastingen of socialezekerheidspremies (art. 2.86 lid 4-5 Aanbestedingswet). Er zijn ook facultatieve uitsluitingsgronden, waaronder schending van verplichtingen op milieu-, sociaal en arbeidsrecht.

Geschiktheidseisen en selectiecriteria betreffen de geschiktheid van de aannemers en moeten verband houden met hun economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid.

Gunningscriteria hebben betrekking op de opdracht. Net als de criteria voor selectie moeten zij voldoen aan de al genoemde beginselen en uitgangspunten, dus transparant en proportioneel zijn, en niet discriminerend. Ze dienen bovendien voldoende rechtstreeks verband te houden met het voorwerp van de opdracht.

Ten slotte zijn er uitvoeringsvoorwaarden voor de uitvoering van de opdracht. Uitvoeringsvoorwaarden moeten in de aankondiging van de aanbestedingsopdracht worden gespecificeerd en dienen voldoende verband te houden met het voorwerp van de opdracht. Zij mogen dus niet in het algemeen betrekking hebben op de bedrijfsvoering van een opdrachtnemer.

Het is van belang dat een sociale voorwaarde in de juiste categorie aanbestedingsvoorwaarden wordt ondergebracht, omdat de betreffende voorwaarde aan de eisen van de betreffende categorie moet voldoen. Zo past een voorwaarde zoals 'is in staat om langdurig werklozen in te zetten' niet bij de hierboven genoemde selectievoorwaarden, gelet op de hierboven behandelde eisen.

Een sociale voorwaarde zal in het algemeen eenvoudiger onder te brengen zijn bij de uitvoeringsvoorwaarden dan bij de gunningsvoorwaarden. De aanbesteder kan echter een voorkeur hebben om zo'n voorwaarde als gunningsvoorwaarde te hanteren. Hij kan dan immers deze voorwaarde gebruiken om aanbiedingen te selecteren, en een aanbieder kiezen die bijv. meer ervaring heeft, en meer begeleiding en precies de juiste doelgroep kan aanbieden.

Als een sociale voorwaarde wordt ondergebracht bij de uitvoeringsvoorwaarden kan het gebeuren dat een winnaar van de aanbesteding geen ervaring en expertise heeft ten aanzien van de betreffende voorwaarde. Hij moet, als gevolg van deze voorwaarden, wel bereid en in staat zijn om hieraan te voldoen, maar het kan dus ook zijn dat de aannemer er niet veel affiniteit of ervaring mee heeft. Vandaar dat van belang is in welke categorie de voorwaarde kan worden ondergebracht.

Hierna bespreken we de ontwikkeling in de jurisprudentie over de mogelijkheid om sociale voorwaarden te stellen in aanbestedingsprocedures.

De Beentjes-jurisprudentie: inzet van langdurig werklozen

Social return kwam voor het eerst aan de orde in het *Beentjes*-arrest,⁵⁸ gewezen onder de eerste Aanbestedingsrichtlijn, Richtlijn 71/305.⁵⁹ De onderneming *Beentjes* was afgewezen in een aanbestedingsprocedure, aangezien de aanbestedende dienst van mening was dat

58 HvJ EG 20 september 1988, 31/87 (*Beentjes*).

59 Richtlijn betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, PB 1971 L 185, p. 5-14, niet meer van kracht.

Beentjes niet in de positie verkeerde om langdurig werklozen te werk te stellen in het project waarvoor aanbesteed werd. De toenmalige Aanbestedingsrichtlijn zweeg over sociale voorwaarden bij de selectieprocedure.

Het Hof overwoog dat de uitsluiting van een inschrijver op grond dat hij niet in staat zou zijn om langdurig werklozen in te zetten, geen verband houdt met de toetsing van de geschiktheid van de aannemers aan de hand van hun economische, financiële en technische capaciteit. Dus het kon geen selectievoorwaarde zijn.

Met betrekking tot de gunningscriteria bepaalde de toenmalige Richtlijn dat de aanbestedende diensten de laagste prijs of de economisch voordeligste aanbieding als criterium mochten hanteren. Hoewel bij het tweede genoemde criterium de aanbestedende diensten konden bepalen hoe ze de gunningscriteria formuleerden, moesten die criteria wel dienen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding. De uitsluiting in verband met de ongeschiktheid langdurig werklozen in te zetten, hield, aldus het Hof, geen verband met deze criteria.

Het Hof zag echter toch een gaatje om Beentjes hierop uit te sluiten: het overwoog dat de Richtlijn geen eenvormige en uitputtende communautaire regeling behelsde. De lidstaten bleven vrij om materiële en procedureregels inzake aanbesteding van openbare werken te handhaven of vast te stellen. Voorwaarde was wel dat zij daarbij alle relevante bepalingen van het Gemeenschapsrecht eerbiedigden. Relevant waren met name de verboden die voortvloeien uit de in het Verdrag neergelegde beginselen inzake het recht van vestiging en het vrije verrichten van diensten. De aanbestedende diensten moesten ten slotte passende bekendheid geven aan de voor elke aanbesteding geldende voorwaarden en criteria.

Vervolgens paste het Hof deze randvoorwaarden toe op de casus. Het vereiste om langdurig werklozen in te zetten zou met name inbreuk kunnen maken op het in het Verdrag neergelegde verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, indien mocht blijken dat alleen binnenlandse inschrijvers aan die voorwaarde konden voldoen, dan wel dat inschrijvers uit andere lidstaten er moeilijker aan konden voldoen. De nationale rechter moest, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, nagaan of het stellen van een dergelijke voorwaarde direct of indirect discriminerende gevolgen had. Ook indien deze criteria op zich niet onverenigbaar waren met de Richtlijn, moesten zij worden toegepast met inachtneming van alle procedurevoorschriften van de Richtlijn, in het bijzonder de bepalingen inzake bekendmaking, aldus het Hof.

Het Hof liet dus de voorwaarde van inzet van langdurig werklozen wel toe, zij het onder randvoorwaarden. Het noemde deze voorwaarde een 'aanvullende bijzondere voorwaarde'.

Het arrest leidde vervolgens tot verwarring. Wat was de rol van de 'aanvullende bijzondere voorwaarde'? Was het nu een gunnings- of een uitvoeringsvoorwaarde?

Het Hof verduidelijkte in de infractieprocedure *Europese Commissie/Frankrijk* dat het een gunningscriterium kan zijn.⁶⁰ In deze zaak verweet de Commissie Frankrijk schending van de Aanbestedingsrichtlijn, omdat dit land in sommige van de aankondigingen van opdrachten uitdrukkelijk een tewerkstellingsvoorwaarde, verband houdend met een plaatselijke actie van werkloosheidsbestrijding, als gunningscriterium had vermeld, en dat mocht niet volgens Beentjes, aldus de Commissie. Het Hof antwoordde hierop dat de Commissie het Beentjes-arrest verkeerd gelezen had: het vereiste om langdurig werklozen in te zetten

60 HvJ EG 26 september 2000, C-225/98 (*Commissie/Frankrijk: Nord-Pas-de-Calais*), r.o. 51.

was reden voor uitsluiting van een aannemer geweest en daarmee een gunningscriterium. Dit is geoorloofd, tenzij het in strijd is met het EU-recht.⁶¹

Het Max Havelaar-arrest

De geoorloofdheid van een aanvullend gunningscriterium, ditmaal op milieuterrein, kwam ook aan de orde in het *Max Havelaar*-arrest,⁶² waarbij met name de voorwaarde dat er een band met het voorwerp van de opdracht moest zijn aan de orde was. In deze zaak ging het om de provincie Noord-Holland, die verlangde dat bij de levering en onderhoud van koffiemachines en de daarbij behorende koffie voldaan werd aan het Max Havelaar-certificaat. Ook nu was het de Europese Commissie die dit aanvocht, en wel in een infractieprocedure tegen Nederland. De Commissie betoogde dat de verwijzing naar het keurmerk een gunningscriterium is, dat inbreuk maakte op artikel 53 lid 1 van de toenmalige Richtlijn 2004/18, dat luidt dat de gunningscriteria gebaseerd moeten zijn op de laagste prijs of de economisch voordeligste inschrijving.

De Europese Commissie had aangevoerd dat deze voorwaarde geen verband hield met het voorwerp van de opdracht, nu de uitgangspunten van het Max Havelaarkeurmerk niet de te leveren producten zelf betroffen, maar het algemene beleid van de inschrijvers. In de tweede plaats verdroeg bedoeld gunningscriterium zich niet met de vereisten inzake gelijke toegang, non-discriminatie en transparantie, nu het onder meer tot gevolg had dat niet-Nederlandse potentiële inschrijvers die de genoemde keurmerken niet bezitten worden benadeeld.

Het Hof van Justitie leidde uit punt 46 van de Preambule van de Richtlijn af, dat de aanbestedende diensten mogen kiezen voor gunningscriteria, gebaseerd op sociale of milieuoverwegingen. Ze kunnen betrekking hebben op de gebruikers of de begunstigden van de werken, leveringen of diensten welke het voorwerp van de opdracht zijn, maar ook op andere personen. Het is niet vereist, aldus het Hof, dat een gunningscriterium een kenmerkende eigenschap van een product betreft, dat wil zeggen een element dat materieel in het product is opgenomen.⁶³ Zo mag een opdracht voor de levering van elektriciteit als gunningscriterium hanteren dat elektriciteit wordt opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen. In beginsel mag het criterium derhalve inhouden dat een product een *fair trade*-product moet zijn, zoals in deze zaak.

Het Hof gaf hiermee een ruime uitleg aan de term 'het voorwerp van de opdracht', die ook van belang is bij eventuele sociale voorwaarden. Immers, de voorwaarde dat langdurig werklozen moeten worden ingezet past (meestal) niet bij een enge interpretatie van 'het voorwerp van de opdracht', want waarom zou het betreffende werk niet door anderen dan langdurig werklozen kunnen geschieden? De voorwaarde past wel bij een ruime interpretatie ervan.

Vervolgens wees het Hof wel het specifieke criterium van het Max Havelaar-keurmerk af. Ook bij sociale en milieuvoorwaarden moet immers worden voldaan aan de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie, die moeten verzekeren dat de offertes objectief en dus onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging worden

61 In de *Interpretative Communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating social considerations into public procurement*, Com(2001) 566 final, is deze jurisprudentie vastgelegd.

62 HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10 (*Commissie/Nederland: Max Havelaar*).

63 HvJ EU 10 mei 2012 C-368/10 (*Commissie/Nederland: Max Havelaar*) r.o. 91.

vergeleken en beoordeeld. Dat zou niet het geval zijn met criteria die de aanbestedende dienst een onvoorwaardelijke keuzevrijheid zouden laten. Ook moeten de gunningscriteria zodanig worden geformuleerd dat iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver de precieze draagwijdte ervan kan kennen en ze dus op dezelfde manier kan uitleggen. Aanbestedende diensten mogen daarom voor de vereisten inzake de milieukenmerken gebruikmaken van de gedetailleerde specificaties van een milieukeur, maar niet van een milieukeur als zodanig.

10.4.2.3 Richtlijn 2014/24

In 2014 werd na een lange procedure Richtlijn 2014/24 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten aangenomen; gedurende de behandeling ervan had het Europees Parlement sterk aangedrongen op opname van sociale en duurzaamheidscriteria bij de gunningscriteria.⁶⁴ De Richtlijn hanteert een nieuwe formulering voor de gunningscriteria, hetgeen sommige problemen met *social return* kan verminderen. Dit gebeurde door het criterium van 'economisch meest gunstige aanbod' te vervangen door het criterium van 'beste prijs-kwaliteitsverhouding'. Deze term moet wel worden uitgelegd overeenkomstig de rechtspraak over de eerdere richtlijnen, behalve wanneer in Richtlijn 2014/24 wezenlijk andere bepalingen staan.

Met betrekking tot de beste prijs-kwaliteitsverhouding is in de richtlijn een niet-uitputtende lijst van mogelijke gunningscriteria opgenomen, die ook op de milieu- en sociale aspecten betrekking hebben. Artikel 67 lid 2 betreffende de gunningscriteria bepaalt dat de beste prijs-kwaliteitsverhouding in aanmerking kan worden genomen, te bepalen op basis van criteria, waaronder kwalitatieve, milieu- en/of sociale aspecten, die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht. Zoals we hebben gezien, interpreteert het Hof in het *Max Havelaar*-arrest het criterium van het voorwerp van de opdracht ruim.

Overweging 99 staat uitdrukkelijk het stellen van sociale voorwaarden toe: "Maatregelen ter bescherming van de gezondheid van het bij het productieproces betrokken personeel, of ter bevordering van de sociale integratie van kansarmen of leden van kwetsbare groepen onder de personen die zijn aangewezen om de opdracht uit te voeren of om vaardigheden voor de opdracht te verwerven, kunnen eveneens tot de gunningscriteria of de contractvoorwaarden behoren, mits zij betrekking hebben op de werken, leveringen of diensten in het kader van de opdracht. Dergelijke criteria of voorwaarden kunnen onder meer betrekking hebben op het in dienst nemen van langdurig werklozen en de implementatie van opleidingsmaatregelen voor werklozen en jongeren tijdens de uitvoering van de te gunnen opdracht. In de technische specificaties kunnen de aanbestedende diensten sociale eisen opnemen die direct kenmerkend zijn voor het product of de dienst, zoals toegankelijkheid voor personen met een handicap of geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers."

Uit de Richtlijn en de jurisprudentie vloeit derhalve voort dat een aanbestedende dienst als bijzondere aanvullende gunningsvoorwaarde kan verlangen dat er sociale doelen worden gerealiseerd, maar er moet wel een band zijn met het voorwerp van de opdracht. Bovendien moeten de voorwaarden voldoen aan de eisen van transparantie en gelijke

64 Zie bijv. Rodgers 2018, p. 155.

behandeling. Inzet van personen uit bepaalde achtergestelde groepen bij uitvoering van het werk is daarmee in beginsel toegelaten.⁶⁵

Het kan echter wel zijn, dat sommige sociale voorwaarden geen band hebben met het voorwerp van de opdracht. Stel dat bij een opdracht hoge technische eisen gelden aan de werknemers die een opdracht moeten uitvoeren. Er kan dan niet verlangd worden dat langdurig werklozen worden ingezet. Stel ook dat een gemeente dan wenst dat werkgelegenheid voor achtergestelde groepen buiten het project om gecreëerd wordt. In zo'n situatie ontbreekt het vereiste verband met het voorwerp van de opdracht; een dergelijke voorwaarde kan dan enkel als uitvoeringsvoorwaarde worden gesteld. Met andere woorden, een dergelijke voorwaarde speelt dan geen rol bij de selectie van de aannemer en de aanbieder.

Daarnaast geeft de Richtlijn de mogelijkheid, en dat is nieuw, dat een aanbesteding beperkt is tot bepaalde sociale ondernemingen. Artikel 20 luidt dat de lidstaten het recht om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures kunnen voorbehouden aan sociale werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel hebben, of de uitvoering van deze opdrachten kunnen voorbehouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid, mits ten minste 30 % van de werknemers van deze werkplaatsen, ondernemingen of programma's gehandicapte of kansarme werknemers zijn.

10.4.3 Aanbesteding en arbeidsvoorwaarden

Aanbestedingsregels hebben ook een belangrijke invloed op de mogelijkheden van lidstaten om eisen te stellen aan de arbeidsvoorwaarden van de werknemers die de aanbieder onderneming inzet.⁶⁶ Evenals in paragraaf 10.4.2 gaat het hier steeds om aanbesteding door overheidsinstanties (waaronder ook ondernemingen belast met overheidstaken).⁶⁷

Artikel 18 lid 2 van Richtlijn 2014/24 bepaalt dat de lidstaten passende maatregelen nemen om te waarborgen dat de ondernemers bij de uitvoering van de overheidsopdrachten voldoen aan de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal- en arbeidsrecht uit hoofde van het Unierecht, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage X vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht.⁶⁸ Artikel 71 luidt dat 'De bevoegde nationale instanties, die handelen

65 Soms is dit lastig te verwezenlijken en doet dit een beroep op de creativiteit van de aannemer. Een mogelijkheid is om van bepaalde banen de eenvoudiger taken af te halen en deze te verenigen in nieuwe banen die zich lenen voor de betreffende doelgroep ('job carving').

66 Zie ook Sánchez-Graells 2018.

67 Zie voor een overzicht van de sociale en arbeidsvoorwaarden in de Richtlijn van 2014 ook Corvaglia 2017, p. 153-192.

68 Hier worden genoemd de volgende IAO-verdragen. Verdrag 87 betreffende de vrijheid tot het oprichten van vakverenigingen en de bescherming van het vakverenigingsrecht; Verdrag 98 betreffende de toepassing van de beginselen van het recht zich te organiseren en collectief te onderhandelen; Verdrag 29 betreffende de gedwongen of verplichte arbeid; Verdrag 105 betreffende de afschaffing van gedwongen arbeid; Verdrag 138 betreffende de minimumleeftijd voor toelating tot het arbeidsproces; Verdrag 111 betreffende discriminatie in arbeid en beroep; Verdrag 100 betreffende gelijke beloning; Verdrag 182 over de ernstigste vormen van kinderarbeid. Rodgers 2018, p. 155 wijst erop dat er belangrijke instrumenten ontbreken, zoals Verdrag 81 over de arbeidsinspectie, Verdrag 95 (lonen), Verdrag 102 (sociale zekerheid), Verdrag 138 (minimumloon) en Verdrag 155 (arbeidsomstandigheden).

binnen hun verantwoordelijkheid en bevoegdheid, zorgen er door middel van passende maatregelen voor dat onderaannemers de in artikel 18, lid 2, bedoelde verplichtingen naleven.' Dat betekent dat er ook toezicht wordt gehouden op de onderaannemers.

Dit is een veelbelovende verplichting. Hierbij geldt echter wel dat, aangezien ook ondernemingen uit andere lidstaten kunnen meedingen bij een aanbesteding, andere bepalingen van het Europese recht van toepassing is, zoals het vrije verkeer van diensten. Juist die andere bepalingen kunnen de mogelijkheden van flankerende sociale maatregelen beperken. Daarom zijn met name de verplichtingen en beperkingen die voortvloeien uit de Detacheringsrichtlijn van belang. Overwegingen 37 en 39 van de Preambule van Richtlijn 2014/24 verwijzen immers uitdrukkelijk naar de Detacheringsrichtlijn.⁶⁹ Aangezien de Detacheringsrichtlijn al uitvoerig in hoofdstuk 3 is behandeld, zal de bespreking hiervan in dit hoofdstuk beknopt zijn.

10.4.3.1 Kort overzicht van de Detacheringsrichtlijn

Artikel 3 van de Detacheringsrichtlijn bepaalt dat de lidstaten erop toezien dat de detachende ondernemingen voor de op hun grondgebied ter beschikking gestelde werknemers wat de hierna genoemde aangelegenheden betreft, de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden garanderen die in de lidstaat waar het werk wordt uitgevoerd zijn vastgelegd.⁷⁰ Het artikel geeft vervolgens een limitatieve lijst van deze onderwerpen (de harde kern-voorwaarden). Bij deze onderwerpen geldt bovendien de voorwaarde dat de op te leggen bepalingen in de wet of in algemeen verbindend verklaarde cao's (of gelijkgestelde cao's⁷¹) staan. Andere dan deze voorwaarden mogen dus niet worden opgelegd.

De beperkingen om arbeidsvoorwaarden op te leggen aan het in te zetten personeel van een buitenlandse aanbieder waren groter onder Richtlijn 96/71 voordat deze herzien werd door Richtlijn 2018/957.⁷² Terwijl de Richtlijn tot de herziening alleen toestond minimumlonen op te leggen, noemt de huidige Richtlijn beloning als onderdeel van de harde kern. Daarmee is er dus geen beperking meer tot minimumloon, maar wel nog tot het loon zoals geregeld in wet of algemeen verbindend verklaarde cao's.

Als iemand langer dan twaalf maanden gedetacheerd is (deze periode is uit te breiden op verzoek van de werkgever tot achttien maanden) geeft de Richtlijn geen beperking meer tot de harde kernvoorwaarden van artikel 3. Wel geldt de beperking tot wat vastgelegd is in wet en algemeen verbindend verklaarde cao. Ook mogen de bepalingen over het aangaan en beëindigen van de arbeidsovereenkomst en de aanvullende pensioenen niet worden opgelegd, ook niet na twaalf maanden.

10.4.3.2 Illustratie van het effect van de Detacheringsrichtlijn op aanbesteding

Een mooie illustratie van de betekenis van de Aanbestedings- en Detacheringsrichtlijnen voor een concrete aanbesteding is te vinden in de zaak *Royal Schiphol Group/FNV*.⁷³ De zaak betrof een aanbesteding door Schiphol van inkoop van beveiligingsdiensten voor een

69 Zie ook Barnard 2018, p. 202.

70 Zie uitgebreid hoofdstuk 3.

71 Zie art. 3, lid 8 Detacheringsrichtlijn.

72 *PbEU* 2018, L 173, p. 16.

73 Rb. Amsterdam 4 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7456.

periode van vier jaar, te verlengen met maximaal vier jaar. In eerdere besprekingen hadden de vakbonden verlangd (a) dat in verband met de hoge werkdruk een roostersystematiek werd ontwikkeld; (b) dat de arbeidsduur moest worden verkort van 152 uur per loonperiode tot 144 uur; (c) dat de lonen per jaar met 2,5% worden verhoogd; en ten slotte (d) dat als uitgangspunt minimaal 80% van de arbeidsovereenkomsten bestaat uit overeenkomsten voor onbepaalde tijd. Deze afspraken waren neergelegd in het zogenaamde Schipholakkoord en de voorwaarden (b)-(d) stonden ook in de algemeen verbindend verklaarde Cao Particuliere Beveiliging. De vakbonden wensten dat ook ondernemers aan wie (op grond van art. 7a van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten) dispensatie was verleend voor deze cao hieraan gebonden waren.

Aan de rechtbank was de vraag voorgelegd of deze voorwaarden toelaatbaar zijn, gelet op het aanbestedingsrecht. Zij overwoog dat uit het arrest *Beentjes*⁷⁴ (besproken in par. 10.4.2.2) volgt, dat een aanbestedende dienst bijzondere voorwaarden mag stellen; zij toetste de bestreden voorwaarden daarom niet aan de Detacheringsrichtlijn, maar alleen aan de beginselen van het aanbestedingsrecht. Omdat Schiphol een bedrijf is dat overheidsdiensten uitvoert is het immers gebonden aan de Aanbestedingsrichtlijn.⁷⁵

Zoals annotator Lintsen bij deze uitspraak opmerkte,⁷⁶ liet de rechtbank ten onrechte de Detacheringsrichtlijn buiten beschouwing. De rechtbank meende dat vanwege het gebrek aan interesse bij buitenlandse aanbieders deze richtlijn niet van belang is. Aanbestedingen met een omvang boven de drempelbedragen (zie boven) hebben echter per definitie een grensoverschrijdend belang, omdat in principe altijd buitenlandse partijen geïnteresseerd kunnen zijn. Als men voorwaarden zou kunnen hanteren die hiermee geen rekening houden, dan zouden die juist het effect kunnen hebben dat ze die interesse beperken, waardoor een cirkelredenering zou kunnen ontstaan.

Artikel 3 van de Detacheringsrichtlijn spreekt over de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden voor werknemers van de buitenlandse dienstverlener op het terrein van de in het eerste lid genoemde gebieden. Alleen deze arbeidsvoorwaarden mogen worden opgelegd. De Detacheringsrichtlijn heeft geen betrekking op sociale voorwaarden die geen arbeidsvoorwaarde of -omstandigheid zijn. Deze mogen wel worden opgelegd, indien ze voldoen aan de voorwaarden van de Aanbestedingsrichtlijn. Een verplichting om bijvoorbeeld langdurig werklozen in te zetten (die in *Beentjes* aan de orde was) mag dus wel worden gehanteerd, ook al wordt die niet genoemd in artikel 3 Detacheringsrichtlijn.

De eerste vraag was of de voorwaarden uit het Schipholakkoord kunnen worden opgelegd. Voorwaarde a) betreft het instellen van een werkgroep om een roostersystematiek te ontwerpen. Het lijkt me dat dit geen arbeidsvoorwaarde is, maar een opdracht aan partijen bij het Schipholakkoord. De Detacheringsrichtlijn staat hier niet aan in de weg. Wel kan men zich afvragen of deze voorwaarde voldoet aan het transparantiebeginsel, dat aan het aanbestedingsrecht ten grondslag ligt, aangezien niet duidelijk is wat uit de voorstellen van de werkgroep aan voorwaarden zal voortvloeien. Ook kunnen vraagtekens worden

74 HvJ 20 september 1988, 31/87 (*Beentjes*).

75 Schiphol is ook aan het aanbestedingsrecht gebonden als zogenaamde speciale sectorbedrijf (zie ook Richtlijn 2014/25 van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *PbEU* 2014, L 94/243) dat geprivatiseerde overheidsdiensten levert.

76 I. Lintsen in *VAAN AR Updates*/207202.

gezet bij de eis aan gelijke behandeling, nu de partijen betrokken bij het akkoord hierover gaan spreken in de betreffende werkgroep, terwijl de uitkomsten gevolgen kunnen hebben voor andere partijen. Aangezien het ontwikkelen van een systematiek nog niet betekent dat ze wordt opgelegd, zou deze voorwaarde wel door de beugel kunnen.

Zoals Lintsen opmerkt, kan voorwaarde (b) – de verkorting van de werktijd – worden gezien als maximumwerktijd en valt deze wel onder bepalingen die opgelegd kunnen worden. De loonsverhoging (voorwaarde c) valt onder de Detacheringsrichtlijn, voorzover het de minimumlonen uit de cao betrof (ten tijde van het geding was de Detacheringsrichtlijn hiertoe beperkt).

Voorwaarde (d) geeft de opdracht om 80% van de arbeidsovereenkomsten uit overeenkomsten voor onbepaalde tijd te laten bestaan. Is dit een arbeidsvoorwaarde? Werknemers kunnen hier geen beroep op doen. Toch heeft deze bepaling indirect tot gevolg dat werknemers een overeenkomst voor onbepaalde tijd moeten krijgen, indien de werkgever anders niet voldoet aan de verplichtingen. Daarbij is van belang dat ook na twaalf maanden procedures, formaliteiten en voorwaarden van de sluiting en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet aan buitenlandse dienstverleners kunnen worden opgelegd. Deze bepaling sluit dus ook voorwaarden om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd af te sluiten uit, ook na twaalf maanden. Daarmee kan deze bepaling ook niet worden opgelegd.

Een tweede kwestie die in deze zaak speelde was of ook de bepalingen van een algemeen verbindend verklaarde cao konden worden opgelegd aan buitenlandse detacherende ondernemers als van die cao dispensatie is verleend aan nationale ondernemingen (ingevolge art. 2 Wet op het algemeen verbindend verklaren). In de Schipholzaak werden die voorwaarden door middel van uitvoeringsvoorwaarden opgelegd.

Het Hof van Justitie oordeelde in het arrest *FNV/Van den Bosch*⁷⁷ dat voor de vraag of een cao algemeen verbindend is verklaard in de zin van de Detacheringsrichtlijn, het nationale recht bepalend is. In deze zaak ging het om ondernemingen die onder de Cao Goederenvervoer vallen. Die cao was niet algemeen verbindend verklaard. Zij moest evenwel worden nageleefd om te kunnen worden vrijgesteld van de toepassing van de Cao Beroepsgoederenvervoer, die wel algemeen verbindend is verklaard. Bovendien was de inhoud van de bepalingen van die twee cao's nagenoeg gelijk. Alle ondernemingen die actief zijn in de goederenvervoersector dienden die bepalingen dus na te leven, aldus het Hof.

Dispensatie voor een sector- of ondernemingscao van een algemeen verbindend verklaarde cao betekent dus niet dat bepalingen van de algemeen verbindend verklaarde cao niet meer kunnen worden opgelegd aan buitenlandse dienstverleners. Dat zou anders kunnen zijn, als de gedispenseerde cao's een lichter regime zouden hebben dan de algemeen verbindend verklaarde cao. Gelet op het stelsel van algemeen verbindendverklaring en dispensatie ervan in Nederland zou zo'n situatie niet voor moeten kunnen komen. En

77 HvJ EU 1 december 2020, C-815/18 (*FNV/Van den Bosch*), (r.o. 69).

als dat wel zo is, dan heeft dit consequenties voor de gebondenheid door detacherende ondernemingen.⁷⁸

Een laatste vraag was of als een aanbesteding een project betreft dat (aanzienlijk) langer dan de duur van de algemeenverbindendverklaring duurt, de bepalingen van die cao mogen worden opgelegd. Ik meen dat dit moet kunnen. De strekking van de bepaling is immers dat buitenlandse en nationale ondernemingen gelijk worden behandeld. Dat is het geval bij de aanvang van het project. Als de algemeenverbindendverklaring afgelopen is, werkt de cao na voor de partijen die door lidmaatschap gebonden zijn aan de cao. De buitenlandse dienstverlener, die gebonden is aan dezelfde bepalingen van de cao via de aanbestedingsvoorwaarden, wordt dan niet anders behandeld dan de partijen voor wie de cao nawerkt. Indien een nieuwe cao minder zware eisen stelt (bijvoorbeeld een lagere loonsverhoging), of als de nieuwe cao niet algemeen verbindend verklaard is, dan zou de buitenlandse dienstverlener zich niet meer aan de betreffende aanbestedingsvoorwaarden gehouden hoeven te voelen, omdat die arbeidsvoorwaarden dan niet meer opgelegd kunnen worden volgens de Richtlijn.

10.5 Mededinging en tariefafspraken voor atypische werknemers

In paragrafen 6.5.4 en 10.2.1 zijn de *Albany*-⁷⁹ en *FNV-Kiem*-arresten⁸⁰ besproken, die van belang zijn voor de toepassing van mededingingsbepalingen op cao's. Kort gezegd houdt deze jurisprudentie in, dat de mededingingsbepalingen van het Verdrag geen betrekking hebben op cao's die rechtstreeks bijdragen aan de verbetering van een van de arbeidsvoorwaarden van werknemers en die gesloten zijn na collectieve onderhandelingen door werkgevers- en werknemersorganisaties. We hebben in paragraaf 10.2 gezien dat het Hof 'werknemer' omschreven heeft als een persoon die gedurende bepaalde tijd voor een ander onder diens gezag prestaties verricht tegen beloning. Ook als iemand naar nationaal recht als zelfstandige wordt beschouwd, kan hij of zij werknemer zijn voor de mededingings-exemptie. Dat is het geval voor zover iemand onder leiding van zijn werkgever handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen, hij niet deelt in de commerciële risico's van die werkgever en hij tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt.

Deze formulering roept de vraag op wanneer het in een cao mogelijk is om arbeidsvoorwaarden te regelen voor personen die geen arbeidsovereenkomst hebben. In de *FNV*

78 Zie voor een situatie waarin dit onderscheid in strijd met art. 56 VWEU werd geacht, HvJ EG 24 januari 2002, C-164/99, (*Portugaia Construções*). Zie ook HvJ EU 12 februari 2015, C-396/13 (*ESA*) waar de Advocaat-Generaal had aangevoerd dat de mogelijkheid om bij cao af te wijken van een algemeen verbindend verklaarde cao in de betreffende zaak een probleem kon zijn, maar waar het Hof niet op inging, aangezien er geen vraag over was gesteld. Zie ook Novitz 2018, p. 233. In het Toetsingskader algemeenverbindendverklaringen cao-bepalingen wordt hier geen speciale aandacht aan besteed, maar bij dispensatieverzoeken zal hier uitdrukkelijk naar gekeken moeten worden. Met de herziene Detacheringsrichtlijn, die zich niet beperkt tot minimumlonen, zal de beoordeling of de gedispenseerde cao even zware eisen stelt als de ge-avvde cao nog lastiger zijn.

79 HvJEG 21 september 1999, 67/96 (*Albany*); zie voor een studie over de gevolgen van deze jurisprudentie Bruun & Hellsten 2001; Wirtz 2006.

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

Kiem-zaak werden de orkestremplaçanten, die als vervangers optreden voor de vaste orkestleden, beschouwd als werknemers, ook al waren ze zelfstandigen voor het Nederlands arbeidsrecht; voor hen kon dus de uitzondering op de mededingingsbepalingen gelden.

De omschrijving in het arrest laat echter nog veel interpretatieruimte over. Een voorbeeld vormen platformwerkers. Voor hun positie is van belang of het platform waarvoor ze werken wel een onderneming is; sommige platformen betogen dat zij niet meer dan een prikbord zijn voor aanbieders en vragers. Ook kan er discussie zijn over de vraag wanneer een platformwerker opgenomen is in de onderneming. Is hiervoor voldoende dat betrokkene een app installeert? En vormt deze persoon dan 'een economische eenheid' met het platform of niet? Mogen bijvoorbeeld platformwerkers een vakbond inschakelen en mogen ze zich organiseren om tariefafspraken te maken? Mogen vakbonden tarieven afspreken voor zzp'ers?

Om de *FNV Kiem*-jurisprudentie uit te werken en duidelijkheid te scheppen ten aanzien van dit soort vragen heeft de Autoriteit Consument en Markt (ACM) het beleid ten aanzien van tariefafspraken en mededingingskwesties herzien, en wel in de Leidraad Tariefafspraken zzp'ers (laatste versie juli 2020). Deze leidraad is mede vastgesteld naar aanleiding van maatschappelijke discussies dat sommige groepen zzp'ers een zwakke positie hebben op de arbeidsmarkt. Bepleit werd dat het mededingingsrecht niet in de weg zou moeten staan aan cao-bepalingen om hun positie te verbeteren.

Juist dergelijke afspraken waren al eerder, in 2006, in de Cao voor remplaçanten bij symfonieorkesten neergelegd; deze werden echter door de rechtsvoorganger van de ACM, de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Afgeschoten, hetgeen uiteindelijk leidde tot het *FNV Kiem*-arrest.

Mede als vervolg hierop heeft rechtsopvolger ACM in de Leidraad voor een andere benadering gekozen. Als de zelfstandigheid van de zzp'er slechts fictief is, dan wordt hij voor de doeleinden van de Mededingingswet voor de betreffende werkzaamheden niet aangemerkt als een onderneming. Het kartelverbod is dan niet van toepassing op eventuele onderlinge tariefafspraken met andere schijnzelfstandigen en zij kunnen (mee-) profiteren van cao-afspraken. Daarvoor is van belang of de zzp'er zich in een situatie bevindt die vergelijkbaar is met die van een werknemer. Dit kan alleen gelden voor zzp'ers die als enige bedrijfsactiviteit de levering van diensten door middel van hun eigen arbeid hebben.

De ACM hanteert hierbij als vuistregel: zzp'ers die feitelijk zij-aan-zij werken met één of meer werknemers en bij wie de dagelijkse gang van zaken niet te onderscheiden is van die van werknemers, zijn voor die activiteiten niets aan te merken als een onderneming. Bij de toepassing van de vuistregel geldt dat zzp'ers ook in dezelfde situatie kunnen verkeren met werknemers die niet bij dezelfde opdrachtgever werken, maar bij andere ondernemingen die actief zijn in dezelfde sector. Dat laatste is een belangrijke uitbreiding van de omschrijving van het Hof van Justitie, waar dat spreekt van iemand die 'tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt'. De interpretatie van de ACM past wel bij een vergelijking van werknemers en zelfstandigen, omdat het in de huidige arbeidsverhoudingen goed mogelijk is dat iemand met andere zzp'ers werkzaam is als zzp'er bij een opdrachtgever, terwijl zijn of haar positie sterk lijkt op die van werknemers bij een andere opdrachtgever.

Zoals de ACM schrijft, kunnen opdrachtgevers ook tussenpartijen (intermediairs of zzp-dienstverleners) inschakelen in plaats van zzp'ers direct in te huren. Vaak hebben

de betreffende zzp'ers in zo'n geval alleen een overeenkomst met de tussenpartij en niet met de onderneming waar zij feitelijk de opdracht uitvoeren. In dergelijke gevallen moet voor de toepassing van de zij-aan-zij regel worden gekeken naar de situatie waarin de zzp'er zijn opdracht uitvoert bij de eindopdrachtgever en niet naar zijn verhouding met de tussenpartij.

Een variant daarop is dat zzp'ers hun arbeid aanbieden via internetplatforms, aldus de ACM. Deze platforms bestaan in verschillende vormen en kunnen de vraag van bedrijven naar personeel en/of de vraag van consumenten en het aanbod van zelfstandigen bij elkaar brengen.

Voorbeelden daarvan zijn (maaltijd)koeriers, schoonmakers en taxichauffeurs. Voor de toepassing van de zij-aan-zij regel moet de situatie van de zzp'er die via een online platform werkt worden vergeleken met die van werknemers van de ondernemingen in de betreffende branche. Om bijvoorbeeld te beoordelen of een maaltijdbezorger die via een platform zijn diensten aanbiedt zij-aan-zij werkt, moet dus worden gekeken naar de situatie van maaltijdbezorgers die in loondienst zijn bij bijvoorbeeld een snackbar of pizzeria.

De zij-aan-zij vuistregel is bedoeld als hulpmiddel voor zzp'ers om te bepalen of zij een onderneming zijn in de zin van de Mededingingswet, aldus de ACM. Het is niet uitgesloten dat behalve zij-aan-zij werkenden nog andere zzp'ers niet als onderneming kunnen worden aangemerkt op basis van een grondige toetsing aan de criteria uit het arrest FNV Kiem. Het is goed mogelijk, aldus de Leidraad, dat een zzp'er voor de ene opdracht wel kan kwalificeren als onderneming en voor de andere niet.

De ACM noemt als voorbeeld een pakketbezorger die werkt voor één grote bezorgdienst. Als andere bezorgdiensten een mix van vaste werknemers en zelfstandigen kennen, dan wordt hij vergeleken met de werknemers bij die andere bezorgdiensten. Stel: de bezorgdienst bepaalt het tarief per pakket, wanneer hij de pakketten moet afleveren, de kleding en hoe zijn bus eruit moet zien bij het rondbrengen van de pakketjes. Hij heeft dezelfde beperkte mate van vrijheid als de werknemers bij de andere postdienst om te bepalen hoe hij zijn opdracht uitvoert. Dat hij een eigen vervoermiddel gebruikt doet er, volgens de ACM, niet aan af dat hij geen onderneming is in de zin van de Mededingingswet.

Om te bepalen of de cao-exemptie van toepassing is, moeten cao-partijen aan de hand van de boven besproken criteria goed onderscheid maken tussen verschillende zzp'ers die in de betrokken bedrijfstak of onderneming werkzaam kunnen zijn en mogen zij niet iedereen over één kam scheren. Het is immers mogelijk dat slechts een deel daarvan niet kwalificeert als onderneming in de zin van de Mededingingswet. Cao-partijen moeten met feitelijke en concrete gegevens duidelijk en transparant maken welke zzp'ers zij niet en welke zij wel aanmerken als onderneming.

De uitbreiding van de *FNV-Kiem*-criteria door de ACM komt tegemoet aan het probleem dat veel zzp'ers anders niet veel aan deze jurisprudentie zouden hebben, omdat ze geen onderdeel vormen van de onderneming van de werkgever. Ze lijkt me te passen in de benadering van het Hof, waarin voor schijnzelfstandigheid de vergelijking met werknemers wordt gemaakt. Zoals de *Leidraad* opmerkt, geldt de uitzondering van het kartelverbod alleen voor de werkzaamheden die aan de criteria voldoen. Toepassing is dus in hoge mate casuïstisch. Of platformwerkers daadwerkelijk tariefafspraken gaan maken is een andere zaak.

Kortom: de cao-exemptie biedt wel mogelijkheden voor sociale bescherming voor atypische arbeidsrelaties via cao's, maar in de praktijk is dat toch niet eenvoudig, want moeilijk te bepalen wie er wel onder vallen en wie niet.⁸¹

81 Zie echter de avv-verklaarde cao Toneel en Dans 1-1-2020 – 31-12-2021, art. 14, lid 6.