Vrij verkeer

Gewezen EU-werknemer behoudt verblijfsrecht bij werkloosheid na twee weken werken

Dr. mr. B.P. ter Haar*

In deze zaak geeft het Hof van Justitie voor het eerst uitleg aan artikel 7 lid 3 onder c Richtlijn 2004/38/EG. De taalkundige onduidelijkheid in deze bepaling leidde in de zaak *Tarola* tot de vraag of een werknemer die na twee weken te hebben gewerkt onvrijwillig werkloos wordt, de status als werknemer behoudt. Het Hof van Justitie antwoordt hier bevestigend op waarbij nog eens wordt bevestigd dat het Hof van Justitie streeft naar een interpretatie van het begrip werknemer waar zo veel mogelijk personen onder vallen.

HvJ 11 april 2019, zaak C-483/17, ECLI:EU:C:2019:309 (*Neculai Tarola/Minister for Social Protection*)

Inleiding – Hoofdvraag

De zaak *Tarola*¹ is interessant omdat er voor de eerste keer een uitleg wordt gevraagd over artikel 7 lid 3 onder c Richtlijn 2004/38/EG.² Deze bepaling ziet op het verblijf van een Unie-burger op het grondgebied van een andere lidstaat voor langer dan drie maanden. Een uitleg van deze bepaling is nodig, aangezien deze (taalkundig) verwarrend is. De bepaling luidt als volgt:

‘hij [de Unie-burger, BtH] bevindt zich in een toestand van naar behoren vastgestelde onvrijwillige werkloosheid na afloop van een tijdelijke arbeids-

overeenkomst voor minder dan één jaar of hij is in de eerste twaalf maanden onvrijwillig werkloos geworden en heeft zich als werkzoekende bij de bevoegde dienst voor arbeidsvoorziening ingeschreven. In dit geval blijft de status van werknemer ten minste zes maanden behouden.’

Deze bepaling is vrijwel letterlijk overgenomen in het Ierse recht.³ De verwarring wordt veroorzaakt door het woordje ‘of’ en de vraag of er een relatie bestaat, en zo ja welke, tussen hetgeen voor het woordje ‘of’ wordt gezegd en erna. Duidelijkheid in hoe deze bepaling moet worden geïnterpreteerd is gewenst, omdat voor *Tarola* hiervan afhangt of hij zijn status als werknemer behoudt of niet. Verliest hij die status, dan heeft hij niet langer een verblijfsrecht in, in dit geval, Ierland. Behoudt hij die status, dan kan hij zich als werkzoekende inschrijven en heeft hij, afhankelijk van de vereisten gesteld in de nationale wetgeving, mogelijk recht op een werkloosheids- of bijstandsuitkering.

De verwijzende Ierse rechter heeft daarom de volgende prejudiciële vraag voorgelegd aan het Europees Hof van Justitie:

‘Behoudt een staatsburger van een andere lidstaat van de Europese Unie die na de eerste twaalf maanden zijn recht van vrij verkeer te hebben uitgeoefend, het gastland binnenkomt en daar gedurende twee weken betaald werk verricht (anders dan in het kader van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd) en daarna onvrijwillig werkloos wordt, de status van werknemer voor een periode van ten minste zes maanden in de zin van artikel 7, lid 3, onder c), en artikel 7, lid 1, onder a), van [richtlijn 2004/38], zodat hij op dezelfde grondslag als een staatsburger van het gastland aanspraak kan maken op socialebijstandsuitke-

* Dr. mr. B.P. (Beryl) ter Haar is universitair docent en academisch coördinator advanced master Global and European Labour Law (GELL) aan de Universiteit Leiden en Visiting professor Universiteit Warschau.

1. HvJ 11 april 2019, zaak C-483/17, ECLI:EU:C:2019:309 (*Neculai Tarola/Minister for Social Protection*).

2. Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, *PbEU* 2004, L 158/77.

3. *Tarola*, punt 8.

ringen of, in voorkomend geval, op socialezekerheidsvoorzieningen?’⁴

In deze bijdrage ga ik eerst in op de relevante feiten van de zaak. Die zijn relevant, omdat deze bijdragen aan de verwarring over hoe deze bepaling moet worden gelezen. Daarna bespreek ik de conclusie van de advocaat-generaal samen met de uitspraak van het Hof van Justitie. Ter nadere duiding van deze uitspraak zal ik deze vervolgens plaatsen in het kader van eerdere uitspraken. Ten slotte zal ik nog kritisch ingaan op de bredere context van het vrij verkeer en het onderscheid dat het Hof van Justitie daarin maakt tussen personen die duidelijk de status van een werknemer hebben en zij die zich beroepen op het Unie-burgerschap. Ten slotte overweeg ik nog kort of de sterke, inclusieve interpretatie van het begrip werknemer in het kader van het vrij verkeer van werknemers nog wel van deze tijd is.

Feiten in de zaak Tarola

De feiten die aanleiding hebben gegeven tot deze zaak zijn relevant, omdat in lid 3 onder c van artikel 7 Richtlijn 2004/38/EG tot tweemaal toe een periode wordt genoemd. Ten eerste behoudt de Unie-burger zijn status als werknemer bij onvrijwillige werkloosheid na afloop van een tijdelijke arbeidsovereenkomst voor minder dan één jaar. Ten tweede behoudt de Unie-burger zijn status als werknemer als hij in de eerste twaalf maanden onvrijwillig werkloos is geworden. Om de concrete situatie te kunnen interpreteren en begrijpen is het dus van belang om te weten wat de situatie van Tarola was.

Vast staat dat Tarola voor het eerst in 2007 naar Ierland is gegaan om te werken. In dat jaar heeft hij van 5 tot 30 juli gewerkt en van 15 augustus tot 14 september. Daarna volgt een periode waarvan niet bekend is waar Tarola zich bevond. Duidelijk is wel dat hij van 22 juli 2013 tot 24 september 2013 opnieuw te werk was gesteld in Ierland. Er volgt opnieuw een periode waarvan niet duidelijk is waar Tarola zich bevindt. Daarna werkt hij weer in Ierland, eerst in loondienst (van 8 juli tot 22 juli 2014) en vervolgens als zelfstandig ondernemer (van 17 november tot 12 december 2014).⁵

Wat aanleiding gaf tot deze zaak is dat Tarola een aantal keren een uitkering heeft aangevraagd. Voor de eerste keer was dat op 21 september 2013, toen hij een uitkering aanvraagde als werkzoekende. De tweede keer was op 26 november 2013, toen hij een aanvullende bijstandsuitkering aanvraagde en de derde keer was op 6 november 2014, opnieuw een verzoek tot een uitkering als werkzoekende. Al zijn verzoeken zijn afgewezen omdat Tarola niet kon aantonen hoe hij in de niet in Ierland werkzame periodes in zijn levensonderhoud had voorzien dan wel dat hij in Ierland zijn gewone verblijfplaats had.⁶

Tegen de laatste afwijzing heeft Tarola beroep ingesteld tot herziening van de beslissing bij de minister van Sociale Bescherming. Ook dit beroep is afgewezen om redenen dat de korte periode van werk in Ierland geen aanleiding was aan te nemen dat hij zijn gewone verblijfplaats had in Ierland.⁷ Op 10 maart 2015 verzoekt Tarola de minister nogmaals om een herziening van de beslissing. Deze keer beroept hij zich op artikel 7 lid 3 onder c Richtlijn 2004/38/EG en voert hij aan dat hij op grond hiervan het recht heeft als werknemer ten minste zes maanden na beëindiging van de werkzaamheden om te verblijven in Ierland. Dit verzoek wordt afgewezen omdat hij sinds zijn aankomst in Ierland korter dan een jaar werkzaam is geweest.

Tarola geeft niet op en stelt tegen de laatste beslissing beroep in bij de rechter in eerste aanleg (high court). Deze rechter is van oordeel dat Tarola niet kan worden aangemerkt als werknemer omdat hij niet werkzaam was geweest op een tijdelijke arbeidsovereenkomst voor een periode die korter was dan één jaar en tevens omdat Tarola niet kon aantonen dat hij voor aanvraag van de uitkering onafgebroken voor ten minste één jaar in Ierland had gewerkt.⁸ Tarola laat het er wederom niet bij zitten en stelt beroep in bij de rechter in tweede aanleg (court of appeal). Deze rechter twijfelt hoe artikel 7 lid 3 onder c Richtlijn 2004/38/EG moet worden gelezen⁹ en stelt daarover een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie.

Conclusie van de advocaat-generaal en uitspraak van het Hof van Justitie

Het Hof van Justitie stelt eerst een aantal dingen vast. Uit de feiten blijkt dat er in eerste instantie nog twijfel is of Tarola valt onder de definitie van werknemer in de zin van artikel 45 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en artikel 7 lid 3 Richtlijn 2004/38/EG. De verwijzende rechter stelt echter vast dat Tarola in elk geval kwalificeert als werknemer enkel vanwege het feit dat hij in de maand juli 2014 twee weken heeft gewerkt.¹⁰ Blijft over de vraag of Tarola zijn status als werknemer behoudt. Het Hof van Justitie sluit vervolgens uit dat lid 3 onder b van toepassing is op de situatie, omdat duidelijk is dat Tarola niet aan de voorwaarde voldoet ten minste één jaar te hebben gewerkt.¹¹ Vervolgens stelt het Hof van Justitie vast dat de eerste situatie die valt onder lid 3 onder c van artikel 7, eveneens niet van toepassing is op Tarola. In de prejudiciële vraag is immers duidelijk aangegeven dat Tarola in Ierland werkzaam is geweest ‘anders dan in het

4. Tarola, punt 21.

5. Tarola, punt 9.

6. Tarola, punt 10-12.

7. Tarola, punt 13.

8. Tarola, punt 15.

9. Tarola, punt 17-20.

10. Tarola, punt 18 en 25.

11. Tarola, punt 27-28.

kader van een tijdelijke arbeidsovereenkomst'.¹² Daarmee blijft over een interpretatie van de tweede helft van lid 3 onder c van artikel 7, namelijk de situatie van elke werknemer die 'in de eerste twaalf maanden onvrijwillig werkloos is geworden'.¹³

Het Hof van Justitie volgt hier de conclusie van advocaat-generaal Szpunar dat het niet mogelijk is om aan de hand van de bewoordingen van deze bepaling te bepalen of Tarola hieraan voldoet.¹⁴ De bewoordingen maken namelijk niet duidelijk of de bepaling van toepassing is op alleen werknemers of ook op zelfstandigen. Onduidelijk is ook op wat voor contractvorm de bepaling ziet. Betreft het alleen contracten van bepaalde tijd met een looptijd van meer dan één jaar, contracten voor onbepaalde tijd, of elk type van contract of activiteit? Ten slotte is onduidelijk of de twaalf maanden zien op de periode van verblijf of de periode van beroepsactiviteit in het gastland.¹⁵ Hiermee heeft het Hof van Justitie de kernvragen geformuleerd die moeten worden beantwoord. Om daar een antwoord op te vinden verwijst het Hof van Justitie naar zijn vaste jurisprudentie die bepaalt dat voor de uitleg van bepalingen van Unierecht moet worden gekeken naar de context, de doelstellingen die met dat recht worden nagestreefd¹⁶ en de ontstaansgeschiedenis van de betreffende bepaling.¹⁷ Gelet op de doelstellingen van Richtlijn 2004/38/EG dienen de bepalingen daarvan niet restrictief te worden uitgelegd.¹⁸

Ten aanzien van de eerste vraag, namelijk of de bepaling alleen ziet op werknemers of ook op zelfstandigen, verwijst het Hof van Justitie naar eerdere jurisprudentie waarin een gezamenlijke lezing van artikel 7 lid 1 onder a met lid 3 onder c leidde tot de conclusie dat dit een recht is dat elke EU-burger die een activiteit heeft uitgeoefend ten deel valt. Kortom, de werkstatus doet er niet toe.¹⁹ Bepalend voor het behouden van de status van werknemer is of de persoon 'beschikbaar is en binnen een redelijk tijdsbestek weer kan deelnemen aan de arbeidsmarkt van het gastland'.²⁰ Voor deze lezing sluit het Hof van Justitie sterk aan bij een van de doelen van Richtlijn 2004/38/EG, namelijk het veiligstellen van het recht van verblijf van personen 'die wegens een

gebrek aan werk buiten hun wil om hun beroepsactiviteit hebben beëindigd'.²¹ Omdat het recht op verblijf wordt beperkt tot zes maanden is het Hof van Justitie van oordeel dat er binnen de richtlijn al een balans is gevonden tussen deze doelstelling en de doelstelling dat het sociaalekonomisch stelsel van het gastland niet onredelijk wordt belast.²²

De tweede (contractvorm) en derde vraag (periode van twaalf maanden een periode van verblijf of beroepsactiviteit) worden door het Hof van Justitie alleen indirect beantwoord. Ten eerste stelt het Hof van Justitie vast, daarbij advocaat-generaal Szpunar volgend,²³ dat voor behoud van de status van werknemer van belang is wat de initiële duur van de beroepsactiviteit in het gastland was, met name of deze langer of korter was dan twaalf maanden.²⁴ Een stuk verderop in het arrest merkt het Hof van Justitie vervolgens op dat voor het behoud van de status van werknemer in de zin van artikel 7 lid 3 onder c Richtlijn 2004/38/EG, vereist is dat de EU-burger voordat hij onvrijwillig werkloos is geworden daadwerkelijk de status van werknemer in de zin van de richtlijn moet hebben gehad.²⁵ Mede met inachtneming van de totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn²⁶ concludeert het Hof van Justitie vervolgens een dat werknemer als Tarola die, alvorens onvrijwillig werkloos te zijn geworden de status van werknemer heeft verworven vanwege het uitoefenen van een beroepsactiviteit, ook al was dit maar voor twee weken, die status behoudt voor een periode van ten minste zes maanden, vermits hij moet zich als werkzoekende heeft ingeschreven bij de bevoegde dienst voor arbeidsvoorziening.²⁷

Ten slotte merkt het Hof van Justitie nog op dat het antwoord op de vraag of de betreffende werkzoekende, in casu Tarola, recht heeft op een uitkering afhankelijk is van de vereisten die de nationale wetgeving aan dergelijke aanvragen stelt. In hoeverre dit het geval is, is aan de nationale rechter om te bepalen.²⁸

Beschouwing uitspraak in bredere ontwikkeling begrip werknemer en werkzoekende

Dat de Ierse instanties en rechter er in de situatie van Tarola niet uitkwamen, is niet zo verwonderlijk. De periodes van werken van Tarola zijn niet netjes aaneen-

12. *Tarola*, punt 21 en 32-33.

13. *Tarola*, punt 33.

14. *Tarola*, punt 34 en Conclusie A-G 15 november 2018, zaak C-483/17, ECLI:EU:C:2018:919 (*Neculai Tarola/Minister for Social Protection*), punt 30.

15. *Tarola*, punt 35.

16. *Tarola*, punt 37, met verwijzing naar HvJ 7 oktober 2010, zaak C-162/09, ECLI:EU:C:2010:592 (*Lassal*), punt 49.

17. *Tarola*, punt 37, met verwijzing naar HvJ 27 november 2012, zaak C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756 (*Pringle*), punt 135, HvJ 3 oktober 2013, zaak C-583/11, ECLI:EU:C:2013:625 (*Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad*), punt 50 en HvJ 24 juni 2015, zaak C-373/13, ECLI:EU:C:2015:413 (*T.*), punt 58.

18. *Tarola*, punt 38, met verwijzing naar HvJ 11 december 2007, zaak C-291/05, ECLI:EU:C:2007:771 (*Eind*), punt 43, HvJ 25 juli 2008, zaak C-127/08, ECLI:EU:C:2008:449 (*Metock e.a.*), punt 84 en HvJ 5 juni 2018, zaak C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385 (*Coman e.a.*), punt 39.

19. *Tarola*, punt 39 en 48, met verwijzing naar HvJ 20 december 2017, zaak C-442/16, ECLI:EU:C:2017:1004 (*Gusa*), punt 37 en 38.

20. *Tarola*, punt 40, met verwijzing naar HvJ 13 september 2018, zaak C-618/16, ECLI:EU:C:2018:719 (*Prefeta*), punt 37.

21. *Tarola*, punt 49, met verwijzing naar HvJ september 2015, zaak C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597 (*Alimanovic*), punt 60, HvJ 25 februari 2016, zaak C-299/14, ECLI:EU:C:2016:114 (*García-Nieto e.a.*), punt 47 en HvJ 20 december 2017, zaak C-442/16, ECLI:EU:C:2017:1004 (*Gusa*), punt 42.

22. *Tarola*, punt 50-51.

23. Conclusie A-G, *Tarola*, punt 33.

24. *Tarola*, punt 43.

25. *Tarola*, punt 52.

26. *Tarola*, punt 53, met verwijzing naar de conclusie A-G, *Tarola*, punt 51-52.

27. *Tarola*, punt 54.

28. *Tarola*, punten 55-57.

gesloten en laten gaten zien waar wetgeving niet echt op inspeelt. Daarnaast blinkt lid 3 onder c van artikel 7 Richtlijn 2004/38/EG niet uit in duidelijkheid. De analyse van het Hof van Justitie op de drie vraagpunten die er in deze bepaling zitten, getuigt hiervan. Slechts met een beroep op een aantal interpretatiemethoden kan het Hof van Justitie tot een interpretatie komen. Een interpretatie die de ruime interpretatie van het begrip werknemer, inclusief werkzoekende, bevestigt en wellicht zelfs nog iets meer oprekt. Het Hof van Justitie heeft de brede autonome communautaire interpretatie van het begrip werknemer uit de zaak *Lawrie Blum*²⁹ al ingezet. De grens wordt gevonden daar waar het werk louter marginaal en bijkomstig is.³⁰ Met andere woorden: het moet om reële en daadwerkelijke arbeid gaan die een economische waarde vertegenwoordigt.³¹ Dit is het geval als de prestatie kan worden aangemerkt als een activiteit die normaliter op de arbeidsmarkt wordt verricht.³² Uitbreiding van het begrip werknemer naar ook werkzoekende kan worden gevonden in het arrest, hetgeen het Hof van Justitie niet heel snel het geval vindt. Een uitbreiding van het begrip werknemer wordt ook al snel gevonden in de toevoeging van tijdelijke rechten voor de werkzoekenden.³³

De ontwikkeling van deze jurisprudentie is grotendeels gecodificeerd in Richtlijn 2004/38/EG, waaronder artikel 7, waarin het verblijfsrecht van een EU-burger onder omstandigheden langer kan zijn dan drie maanden. Voor de interpretatie van artikel 7 spelen de doelstellingen van de richtlijn een belangrijke rol, met name het vergemakkelijken van het gebruikmaken van het recht van vrij verkeer door EU-burgers en de bescherming van de kwetsbare positie van (grensoverschrijdende) werkenden. Deze doelstellingen samen beschouwd met de ontwikkeling van het begrip werknemer in de jurisprudentie maakt dat de conclusie in de zaak *Tarola* een logische vervolgentwikkeling is. Bepalend of *Tarola* werknemer is, is niet de duur van zijn overeenkomst of de daadwerkelijke tijd die hij heeft gewerkt, maar of de werkzaamheden die hij heeft verricht gelden als reëel en daadwerkelijk en of die van economische waarde zijn. Hierover lijkt geen twijfel te bestaan, in elk geval blijkt daar niets over in de feiten van de zaak of uit de vragen van de verwijzende rechter. De erkenning dat twee weken werken genoeg is om te kwalificeren als werknemer wordt door Jacqueson en Pennings gezien als een bevestiging van de sterk ‘inclu-

sieve’ benadering van het begrip werknemer die het Hof van Justitie volgt.³⁴ Eenmaal gekwalificeerd als werknemer is de kwalificatie als werkzoekende een heel kleine stap. Het enige wat hiervoor nodig is, is dat *Tarola* onvrijwillig werkloos is geworden en dat hij zich bij de bevoegde dienst voor arbeidsvoorziening heeft ingeschreven.

Ook de interpretatie van ‘in de eerste twaalf maanden’ als zijnde verwijzend naar wat voor vorm van contract of activiteiten dan ook, of dit nu als ‘werknemer of zelfstandige was en of hij een tijdelijke arbeidsovereenkomst van meer dan één jaar, een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, dan wel een ander type overeenkomst had’,³⁵ getuigt van een inclusieve benadering. Dit volgt ook weer logischerwijs uit de ontwikkeling van het begrip werknemer in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Als al gezegd, de definitie van werknemer lijkt zijn begrenzing erin te vinden dat de werkzaamheden niet louter marginaal en bijkomstig zijn. Die grens wordt niet snel bereikt. Zo doet de hoogte van het inkomen er bijvoorbeeld niet echt toe³⁶ en kan ook een oproepcontract waarbij het daadwerkelijk aantal te werken uren niet vaststaat toch kwalificeren als werk dat reëel en daadwerkelijk genoeg is.³⁷ Daar kan nu aan worden toegevoegd dat als de activiteit voor slechts twee weken is uitgeoefend dit al genoeg is om de status van werknemer te behouden en als werkzoekende een recht te vestigen om voor minstens zes maanden naar werk te zoeken.³⁸

Hoe verhoudt deze ruime inclusieve benadering zich met de derde doelstelling van de richtlijn: de bescherming van de sociale stelsels van de lidstaten? Het Hof van Justitie lijkt dit laatste te beschouwen als verdisconteerd in artikel 7 Richtlijn 2004/38/EG en wel op twee manieren. Ten eerste is het onder voorwaarde te verkrijgen verlengde verblijfsrecht beperkt tot (ten minste) zes maanden.³⁹ Ten tweede staat het een lidstaat vrij om de toegang tot een werkzoekende, werkloosheids- of (aanvullende) bijstandsuitkering te beperken voor personen die zeer kort hebben gewerkt.⁴⁰ In *Tarola* stelt het Hof van Justitie duidelijk dat indien een dergelijke beperking is opgenomen in de nationale wetgeving, deze uitsluiting op dezelfde wijze van toepassing is op personen die gebruikmaken van hun recht op vrij verkeer.⁴¹ Met andere woorden, zij dienen volstrekt gelijk

29. HvJ 3 juli 1986, zaak C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284 (*Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg*).

30. HvJ 23 maart 1982, zaak C-53/81, ECLI:EU:C:1982:105 (*D.M. Levin/Staatssecretaris van Justitie*), HvJ 3 juni 1986, zaak C-139/85, ECLI:EU:C:1986:223 (*R.H. Kempf/Staatssecretaris van Justitie*) en HvJ 21 juni 1986, zaak C-197/86, ECLI:EU:C:1986:323 (*Steven Malcolm Brown/Secretary of State for Scotland*).

31. Zie over economische waarde onder andere HvJ 12 december 1974, zaak C-36/74, ECLI:EU:C:1974:140 (*Walrave Koch*), HvJ 15 december 1995, zaak C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (*Bosman*) en HvJ 20 november 2001, zaak C-268/99, ECLI:EU:C:2001:616 (*Jany*).

32. HvJ 7 september 2004, zaak C-456/03, ECLI:EU:C:2004:488 (*Trojani*), punt 24.

33. Onder meer in: HvJ 26 februari 1991, zaak C-292/89, ECLI:EU:C:1991:80 (*Antonissen*).

34. C. Jacqueson en F. Pennings, ‘Equal Treatment of Mobile Persons in the Context of a Social Market Economy’, *Utrecht Law Review* 2019, nr. 2, p. 66.

35. *Tarola*, punt 48. Zie ook HvJ 26 februari 1991, zaak C-292/89, ECLI:EU:C:1991:80 (*Antonissen*), p. 773, HvJ 15 september 2015, zaak C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597 (*Allimanovic*), punt 56 en HvJ 30 april 2004, zaak C-138/02, ECLI:EU:C:2004:172 (*Collins*) (deze laatste met een beperking dat er niet oneindig een beroep kan worden gedaan op de status van werknemer).

36. HvJ 3 juni 1986, zaak C-139/85, ECLI:EU:C:1986:223 (*Kempf*) en HvJ 23 maart 1982, zaak C-53/81, ECLI:EU:C:1982:105 (*Levin*).

37. HvJ 26 februari 1992, zaak C-357/89, ECLI:EU:C:1992:87 (*Roulin*).

38. Vergelijkbaar: Jacqueson en Pennings 2019, p. 66.

39. *Tarola*, punt 53, met verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn.

40. Jacqueson en Pennings 2019, p. 67.

41. *Tarola*, punt 56.

behandeld te worden als elke andere werknemer die een beroep doet op een dergelijke inkomensvervangende of aanvullende uitkering.

Implicaties van het arrest voor de Nederlandse situatie

Een werknemer als Tarola zou in Nederland, in theorie, een beroep kunnen doen op twee soorten uitkeringen: de WW-uitkering en de bijstandsuitkering. In beide gevallen begint het met een inschrijving als werkzoekende bij het UWV. Om recht op een WW-uitkering te hebben moet worden voldaan aan een referte-eis: 26 uit 36 weken. Om voor een WW-uitkering in aanmerking te komen betekent dit dat de betreffende persoon, bijvoorbeeld Tarola, ten minste 26 weken van 36 weken werkzaam moet zijn geweest voorafgaand aan de eerste dag van werkloosheid (art. 17 WW). Twee weken staan daar nog heel ver van af.

Voor het verkrijgen van een bijstandsuitkering geldt een dergelijke drempel niet. Op grond van de Participatiewet (PW) zou een werkzoekende als Tarola voor een periode van ten minste zes maanden recht hebben op een bijstandsuitkering. Na die zes maanden is het waarschijnlijk dat er geen recht meer bestaat op een bijstandsuitkering, omdat de status van werkzoekende dan niet meer is gebaseerd op artikel 7 lid 3 onder c Richtlijn 2004/38/EG. In plaats daarvan geldt voor een werkzoekende het verblijfsrecht van artikel 14 lid 4 onder b Richtlijn 2004/38/EG. Voor een dergelijk verblijfsrecht hoeft op grond van artikel 24 lid 2 Richtlijn 2004/38/EG geen bijstand te worden verleend aan een werkzoekende. In die zin wordt het socialezekerheidsstelsel van Nederland beschermd zoals door het Hof van Justitie ook werd aangegeven in *Tarola*⁴²

Afsluitende overwegingen

Hoewel er nog meer te zeggen valt over de positie van een werkzoekende als Tarola in Nederland – zie bijvoorbeeld de noot van Minderhoud die nog ingaat op het vreemdelingenrecht⁴³ – wil ik graag afsluiten met een paar algemenere overwegingen aangaande het vrij verkeer van werknemers.

Voor een lange tijd bleef het gebruik van het vrij verkeer van werknemers en diensten achter op het vrij verkeer van goederen en kapitaal. Hier werden verschillende verklaringen voor gegeven, waaronder volledige werkgelegenheid in de jaren vijftig en zestig, het traditionele broodwinnermodel en de weerstand zonder het gezin naar een ander land te gaan, taalbarrières, cultuurver-

schillen, juridische obstakels, enzovoort.⁴⁴ Dit lijkt de afgelopen tien tot vijftien jaar te zijn veranderd. Na de toetreding van de Midden- en Oost-Europese lidstaten in 2004 en 2007 is er een waarneembare migratiestroom van oost naar west waarneembaar. Sinds de crisis van 2008 is er ook een waarneembare migratiestroom, van vooral jongeren, van het zuiden van de EU naar het noordwesten van de EU. In ontvangende lidstaten lijkt steeds meer weerstand te ontstaan tegen het ontvangen van intra-EU-migranten.⁴⁵ Zo was het een van de argumenten die is gebruikt in de Brexit-campagne om de EU te verlaten⁴⁶ en kennen we in Nederland een aanhoudende discussie betreffende overlast veroorzaakt door Oost-Europese arbeidsmigranten.⁴⁷ Politiek-economisch gezien staat het vrij verkeer van werknemers en diensten ter discussie in verband met mogelijke consequenties van sociale dumping en (sociale) overlast in de ontvangende lidstaten⁴⁸ en van tekorten aan arbeidskrachten, sociale gevolgen en *brain drains* in de zenden- de lidstaten.⁴⁹

Gegeven de wijze waarop het vrij verkeer van personen een vlucht heeft genomen in de afgelopen tien tot vijftien jaar, zouden vraagtekens geplaatst kunnen worden bij de door het Hof van Justitie ook in deze uitspraak weer sterk benadrukte benadering: het versterken van dit recht.⁵⁰ Zou met de toename van de intra-EU-migratie en de problemen die hieromtrent zijn ontstaan, zowel in het ontvangende land als het zenden- de land en voor de werkenden zelf, die focus niet moeten verschuiven? Laten we om dit meer concreet te maken eens vanuit een andere bril kijken naar de situatie van Tarola.

44. Zie onder meer: B. Bercusson, *European Labour Law*, Londen: Butterworths 1996, p. 384-385; C. Laske, 'The impact of the single European market on social protection for migrant workers', *Common Market Law Review* 1993, p. 515; C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2010; Europese Commissie, *Communication An Action Plan for the Free Movement of Workers*, COM(97) 586 final.
45. Zie onder andere: R. Tselms, J. Parlevliet en M. Rooduijn, 'Winnaars en verliezers van vrij verkeer van werknemers', *ESB* Jaargang 102 (4754S), 3 oktober 2017; L. Asscher en D. Goodhart, 'Code Oranje voor vrij werkverkeer binnen EU', *de Volkskrant* 17 augustus 2013.
46. Zie onder andere: <https://npofocus.nl/artikel/7854/waarom-hebben-de-britten-voor-brexit-gekozen> (laatst bezocht op 18 februari 2020).
47. Onder meer: <https://demonitor.kro-ncrv.nl/artikelen/poolse-arbeidsmigrant-we-kunnen-toch-vrienden-zijn> (laatst bezocht op 18 februari 2020).
48. Hoewel vaker in het kader van vrij verkeer van diensten, zie bijvoorbeeld: P. van Kempen en M. van Mierlo, 'Geen sprake van sociale dumping', *ESB* Jaargang 102 (4754S), 3 oktober 2017; L. Lucassen, 'Arbeidsmigranten aanpakken werkt juist averechts', *de Volkskrant* (opinie), 16 december 2019; en SER-advies *Prioriteiten voor een fair Europa: Samen sterker in een onzekere wereld*, april 2019.
49. Over migratie in specifieke landen: A. Fihel en P. Kaczmarczyk, 'Migration: A Threat or a Chance? Recent Migration of Poles and its Impact on the Polish Labour Market', in: K. Burrell (red.), *Polish Migration to the UK in the 'New' European Union*, Londen: Routledge 2016 en V. Vasile, 'Labour mobility impact on sending countries. Romanian EU workers case study', *Procedia Economics and Finance* 2014, p. 737-746. Over *brain drain* specifiek: S. Cavallini e.a., *Addressing brain drain: The local and regional dimension*, Report for the Committee of the Regions 2018.
50. *Tarola*, punt 49 met onder meer een verwijzing naar 15 september 2015, zaak C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597 (*Allimanovic*), punt 60.

42. *Tarola*, punt 52.

43. P.E. Minderhoud, 'Behoud status van werknemer na twee weken activiteit alvorens onvrijwillig werkloos te worden', *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht* 2019/114.

Uit de feiten in deze zaak valt op te maken dat Tarola een grillig arbeidspatroon heeft (gehad). Een aantal korte dienstverbanden is concreet aangegeven met daartussen langere periodes waarin niet bekend is waar hij was en wat voor soort werkzaamheden hij verrichtte onder wat voor soort dienstverbanden. Aanslaand op het kennelijk grillige arbeidspatroon en dan met name de kortere dienstverbanden die Tarola heeft gehad, is het interessant om een uitstapje te maken naar zogenoemde *hypermobile workers* in de context van grensoverschrijdende detachering. Terwijl er over de laatste groep werkenden wel al het een en ander bekend is en er acties worden ondernomen om iets aan hun situatie te verbeteren,⁵¹ is er maar weinig bekend over de daadwerkelijke arbeidspatronen van grensoverschrijdende arbeiders in het kader van artikel 45 VWEU. Voor zover er informatie beschikbaar is over het gebruik van het vrij verkeer door personen is dit vooral op het niveau van het aantal mensen dat er gebruik van maakt;⁵² informatie over de contractvormen, zoals de duur en omvang van de overeenkomst (en het verblijf), bestaat (vrijwel) niet.⁵³

Uit onderzoek naar *hypermobile workers*, die bijvoorbeeld zijn ingezet bij de bouw van de energiecentrale in de Eemshaven te Groningen, blijkt dat deze werknemers bijzonder kwetsbaar zijn voor uitbuiting.⁵⁴ Vaak weten zij niet waar ze recht op hebben, en omdat ze vanwege hun hypermobiliteit moeilijk te benaderen zijn door bijvoorbeeld vakbonden, is de informatievoorziening over hun rechten lastig.⁵⁵ Als dergelijke werkenden al weten waar ze recht op hebben, doen ze hier vaak geen beroep op uit angst hun baan te verliezen of om op een zwarte lijst te worden geplaatst.⁵⁶ Hoewel het laatste niet alleen een risico is voor werkenden in een grensoverschrijdende situatie, lijken deze werkenden er kwetsbaarder voor te zijn en draagt het er zeker aan bij dat zij minder genegen zijn voor hun rechten op te komen. Tarola lijkt daarmee bijzonder vasthoudend te zijn geweest door eerst een aantal keren bezwaar te maken tegen de afwijzende besluiten en daarna ook nog naar de rechter te gaan.⁵⁷

Wat ik met de vergelijking met de *hypermobile workers* wil aansnijden is het signaal dat het Hof van Justitie afgeeft door een kort dienstverband als in deze zaak te erkennen. Vanuit de realiteit van de praktijk is het goed. Tarola krijgt hiermee in elk geval de bescherming die iemand die gebruikmaakt van het vrij verkeer toe hoort te komen. Maar door helemaal niets op te merken over het grillige arbeidspatroon met duidelijk een aantal zeer korte dienstverbanden heeft het Hof van Justitie de kans gemist om vanuit het grondrecht van menselijke waardigheid hier iets over te vinden. Dat had makkelijk gekund. Dat er verwarring was over de interpretatie van artikel 7 lid 3 onder c Richtlijn 2004/38/EG had mede te maken met die kortere dienstverbanden. Het beleidsstandpunt van de EU is dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de norm is.⁵⁸ Dit draagt namelijk bij tot de levenskwaliteit van de werknemer.⁵⁹ Die levenskwaliteit van de werknemer kan worden gelinkt aan de menselijke waardigheid neergelegd in artikel 1 EU Handvest. Op grond daarvan dient de EU bij alles wat ze doet hier rekening mee te houden (art. 51 lid 1 Handvest van de grondrechten van de EU). Door die link te maken had het Hof van Justitie op zijn minst een signaal kunnen afgeven dat dergelijke praktijken niet gewenst zijn binnen de EU.

Ten slotte wil ik nog opmerken dat het erop lijkt dat deze uitspraak precies op tijd is gekomen. De Internationale Arbeidsorganisatie waarschuwt dat als gevolg van de COVID-19-pandemie zo'n 25 miljoen banen zullen gaan verdwijnen.⁶⁰ KLM ontsloeg al 1500 tot 2000 werknemers vanwege het Coronavirus,⁶¹ er verdwenen al 750 banen bij autobandenfabriek Apollo⁶² en Cirque du Soleil ontsloeg 95% van zijn werknemers (4679 in totaal).⁶³ Het merendeel van de banen die verdwijnen betreft 'flexibele' banen. Dat zijn bijvoorbeeld tijdelijke arbeidsovereenkomsten (die dan niet worden verlengd of omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd) en oproep- of nulurencontracten (waarbij werknemers gewoon niet meer worden opgeroepen of ingeroosterd).⁶⁴ Naast deze flexibele werknemers zullen vooral ook werknemers die net aan een nieuwe baan zijn begonnen en nog in de proeftijd zitten, worden geraakt. Tijdens de proeftijd geldt immers geen ontslag-

51. Zie met name het onderzoek van L. Berntsen en N. Lille, 'Hyper-mobile migrant workers and Dutch trade union representation strategies at the Eemshaven construction sites', *Economic and Industrial Democracy* 2016, nr. 1, p. 171-187.
52. Zie bijvoorbeeld de Annual Reports on intra-EU labour mobility van de Europese Commissie op ec.europa.eu/social/main onder publications and documents, onderwerp 'moving & working in Europe'.
53. Mogelijk dat hier in de (nabije) toekomst verandering in komt aangezien er een voorstel ligt om met gebruik van big data gedetailleerdere informatie te verzamelen. Zie C. Gendronneau e.a., *Measuring Labour Mobility and Migration Using Big Data*, beschikbaar op de website van de Europese Commissie met kenmerk: Catalog N.: KE-01-19-556-EN-N.
54. L.E. Berntsen, *Agency of labour in a flexible pan-European labour market: A qualitative study of migrant practices and trade union strategies in the Netherlands* (diss. Groningen), SOM research school 2015.
55. S. Danaj en M. Sippola, 'Organising hyper-mobile transnational construction workers', *ETUI Policy Brief* 2015, nr. 11.
56. Zie hierover meer in het algemeen: ETUC, *Resolution whistleblowing and protection from blacklisting*, Adopted at the Executive Committee on 14-15 December 2016.
57. De advocate die hem bijstond in de zaak lijkt haar praktijk vooral op dergelijke zaken te richten en vooral Roemenen in Ierland bij te staan

die vastlopen in het krijgen van hun recht bij de Ierse instanties. Uit nieuwsgierigheid waarom Tarola zo vasthoudend is geweest heb ik contact gezocht met haar, maar helaas heeft zij geen nadere toelichting willen geven.

58. Bijvoorbeeld richtsnoer 7 van de Europese Werkgelegenheidsstrategie – Beslissing van de Raad (EU) 2018/1215 van 16 juli 2018, *PbEU* 2018, L 224/4.
59. Algemene overweging 6 van Raamovereenkomst van het EVV, de UNI-CE en het CEEP inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, uitgevoerd door Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999.
60. www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_738742/lang-en/index.htm.
61. F. Bouma, 'KLM schrapt 1500-2000 banen vanwege coronacrisis', *NRC* 13 maart 2020.
62. NOS, 'Massaontslag in Enschede: 750 banen weg bij bandenmaker Apollo Vredestein', 5 maart 2020.
63. P. van Erven Dorens, 'Massaontslag bij Cirque du Soleil', *De Telegraaf* 20 maart 2020.
64. <https://iloblog.org/2020/03/20/precarius-workers-pushed-to-the-edge-by-covid-19/>.

bescherming.⁶⁵ Het is voor een werkgever dus heel makkelijk om van deze werknemers af te komen. Betreft dit een werknemer die gebruik heeft gemaakt van het vrij verkeer van werknemers, dan weet die nu dat hij volgens het Hof van Justitie in het pre-COVID-19-pandemie-tijdperk, hoewel zijn dienstverband maar korte tijd heeft bestaan, op grond van artikel 7 lid 3 onder c Richtlijn 2004/38/EG onder gelijke voorwaarden als elke andere werkzoekende aanspraak kan maken op een uitkering.

65. Art. 7:652 BW. In alle EU-lidstaten kent het arbeidsrecht een dergelijk beding, zie hierover: European Labour Law Network, 'Dismissal – particularly for business reasons – and Employment protection', *Thematic Report* 2011.