



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Met de vlam in de pijp door Europa: de arbeidssituatie van internationale vrachtwagenchauffeurs : constructies en percepties

Hoeven, A.M.H. van der

Citation

Hoeven, A. M. H. van der. (2023, December 12). *Met de vlam in de pijp door Europa: de arbeidssituatie van internationale vrachtwagenchauffeurs : constructies en percepties*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3672199>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3672199>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

3

Werken in Nederland door de intra-EU-arbeidskracht

Inventarisatie tewerkstellingsvormen en (schijn)constructies

3.1 INLEIDING

3.1.1 Schijnconstructies: veel varianten, vluchtig en niet gedefinieerd

Arbeid kan in Nederland op basis van veel verschillende contracten worden uitgevoerd. Hierdoor kunnen werkgevers op de Nederlandse arbeidsmarkt gebruikmaken van veel en nieuwe arbeidscontractmogelijkheden, wat ook een veelheid aan (schijn)constructies mogelijk maakt.¹ De Nederlandse arbeidsmarkt maakt bovendien deel uit van de Europese arbeidsmarkt waardoor constructies vaak een internationale component hebben.² Informatie over hoe deze grensoverschrijdende constructies in elkaar zitten, is vaak moeilijk of niet te verkrijgen.³ Daarbij komt dat de verschijningsvormen van constructies steeds veranderen in reactie op economische ontwikkelingen en nieuwe wet- en regelgeving. Deze vluchtigheid en vaak ingewikkelde – soms meerdere grenzen overschrijdende – opzet van (schijn)constructies maakt het lastig inzicht te verkrijgen in de precieze aard, laat staan de omvang, ervan.⁴ Gelet hierop is het geven van een eenduidig en limitatief overzicht van in Nederland voorkomende (schijn)constructies lastig. Dit blijkt ook uit de rapportages van de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de Inspectie) over door haar onderkende (schijn)constructies (zie paragraaf 3.5). Jaarlijks ontstaan nieuwe varianten. Een deel daarvan wordt niet door de Inspectie geconcretiseerd. Zij geeft slechts aan dat zij legale (schijn)constructies heeft uitgewerkt c.q. geconstateerd. Daarnaast zijn er constructies die steeds in dezelfde vorm terugkomen.

Een ander lastig punt dat naar voren komt als over schijnconstructies wordt geschreven, is het ontbreken van een duidelijke definitie van dat begrip. Zoals in de inleiding uitvoerig belicht, wordt in de diverse (parlementaire) stukken

1 Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2019a, p. 25.

2 Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2019a, p. 40.

3 Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2019, p. 58.

4 Belastingdienst 2015, p. 5; Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (W. Koolmees) van 22 december 2017, 2017-00000173741, p. 4; Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2018a, conclusie; Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2019, p. 20, p. 58; Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (W. Koolmees) van 2 oktober 2019; zie ook Walz, Frouws & Grijpstra 2010 over de vluchtige aard en toenemende verrijndheid en complexiteit van constructies in de uitzendsector.

geen scherp onderscheid gemaakt tussen constructies die in strijd met de wet zijn en dus per definitie ongewenst en legale constructies. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de Minister SZW) acht alle – dus ook legale – constructies (politiek) onwenselijk, wanneer deze leiden tot, volgens de Minister SZW, *oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden*.⁵

In tegenstelling tot de Minister oordeelt de Nederlandse rechter dat – onder zekere voorwaarden – bepaalde legale constructies geoorloofd zijn, ondanks dat deze tot concurrentie op arbeidskosten leiden. Een voorbeeld van zo'n constructie is het optuigen door een werkgever van een internationaal concern om vervolgens met toepassing van EU-recht gebruik te maken van goedkopere Oost-Europese arbeidskrachten. Een ander voorbeeld is het detacheren van een werknemer uit Roemenië naar Nederland, terwijl deze gedetacheerde werknemer uitsluitend sociaalrechtelijk verzekerd is in Roemenië. Als de premiedruk in Roemenië lager is dan in Nederland heeft de Roemeense onderneming een competitief voordeel ten opzichte van een bedrijf in Nederland. Het Nederlandse bedrijf loopt geen risico op premiebetaling in Nederland als uit een A1-verklaring blijkt dat de werknemer aangesloten is bij het sociale-verzekeringstelsel in Roemenië.⁶ Met een A1-verklaring toont de werkgever aan in welk land een werknemer is aangesloten bij het socialeverzekeringstelsel. Deze verklaring wordt afgegeven door de sociaalverzekeringsrechtelijke instantie van een land. In Nederland is dat de Sociale Verzekeringsbank.⁷

3.1.2 Inventarisatie tewerkstellingsvormen in Nederland, voorkomende constructies en onderzoeksvragen

Om te begrijpen hoe arbeidsrechtelijke constructies die als doel hebben te besparen op loonkosten tot stand komen, is kennis nodig over de verschillende manieren waarop de intra-EU-arbeidskracht in Nederland werk kan verrichten. Datzelfde geldt voor de diverse wettelijke kaders (nationaal en Europees (arbeids)recht en internationaal privaatrecht) die daaraan ten grondslag liggen. Alleen binnen die context is het mogelijk de (schijn)constructies die in literatuur en jurisprudentie naar voren komen te doorgronden. Om dit eerste doel van dit hoofdstuk te bereiken, is een inventarisatie gemaakt van de in Nederland voorkomende tewerkstellingsvormen en de mogelijkheden die het recht van de Europese Unie (EU) biedt voor EU-burgers om in Nederland te werken.

5 Zie uitgebreid over het ontbreken aan duidelijke definiëring van (schijn)constructies en kritiek daarop Even & Zwanenburg 2017; Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (L.F. Asscher) van 11 april 2013, 2013-0000044872, p. 4; Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (W. Koolmees) van 21 juni 2019, 2019-0000088595, p. 10.

6 Even & Zwanenburg 2017, p.185-186.

7 Even & Zwanenburg 2017, p. 186.

Daarnaast is geïnventariseerd welke (schijn)constructies in de rapportages van de Inspectie en in gepubliceerde Nederlandse rechtspraak naar voren komen.⁸ Met behulp van deze inventarisatie afkomstig uit twee verschillende bronnen kan het tweede doel van dit hoofdstuk gerealiseerd worden: de veelheid aan (schijn)constructies te reduceren tot de constructies die steeds terugkomen en die te ordenen in een typologie.

Een en ander leidt tot de volgende onderzoeksvragen:

Wat is het wettelijke kader op basis waarvan de intra-EU-arbeidskracht in Nederland kan werken?

Op basis van welke constructies die als doel hebben te besparen op loonkosten werken intra-EU-arbeidskrachten in Nederland?

Hoe gaat de rechter in Nederland om met (schijn)constructies?

Deze vragen worden beantwoord door analyse van informatie afkomstig uit twee bronnen: rapportages van de Inspectie en gepubliceerde Nederlandse rechtspraak. Zie daarover uitgebreid hoofdstuk 2 waar de in dit onderzoek toegepaste methode, waaronder dit jurisprudentie- en literatuuronderzoek, wordt beschreven.

3.1.3 Wat buiten beschouwing blijft

De zelfstandige zonder personeel (zzp'er en de wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelatie (wet DBA))⁹ valt buiten de reikwijdte van dit onderzoek. Deze constructie (een bijzondere vorm van de overeenkomst van opdracht) en de daarmee gepaardgaande problemen wordt beschouwd als een geheel zelfstandig, grotendeels fiscaalrechtelijk, onderwerp waar door anderen (wetenschappe-

8 Dit onderzoek richt zich specifiek op intra-EU-arbeidskrachten. Bij de jurisprudentie in dit hoofdstuk worden dan ook alleen die uitspraken nader besproken waarin vaststaat dat arbeidskrachten uit een andere EU-lidstaat partij in het geschil zijn in hoedanigheid van arbeidskracht. Uitspraken waarin dat niet duidelijk is of waarin het Nederlandse staatsburgers c.q. ingezetenen betreft, blijven buiten beschouwing. Bij de bespreking van de rapportages van de Inspectie wordt dat onderscheid niet gemaakt, omdat meestal niet duidelijk is om wie het gaat. Voor de definities van de begrippen Nederlandse staatsburger en Nederlandse ingezetenen zie hierna.

9 De wet DBA wordt vervangen. Tot dat moment geldt de Wet DBA, maar wordt deze slechts door de Belastingdienst gehandhaafd als er kwaadwillendheid in het spel is of als aanwijzingen niet binnen een redelijke termijn zijn opgevolgd. Zie daarover uitgebreid: <https://omnyacc.nl/nieuws/lonenspecial-wet-dba-2022> en <https://www.ikgastarten.nl/bedrijf-starten/wet-dba-geen-boetes-tot-2021>

lijk) onderzoek naar wordt verricht.¹⁰ Deze arbeidsrelatie wordt wel genoemd als het gaat om de constructie schijnzelfstandigheid die als doel heeft de hoedanigheid van werknemer te verhullen.¹¹

Ook het online-platformwerk blijft in dit onderzoek buiten beschouwing. Voor dit onderwerp met een specifieke (arbeidsrechtelijke en sociaalezekerheidsrechtelijke) problematiek wordt verwezen naar de meer specifieke literatuur daarover.¹²

3.2 SOORTEN ARBEIDSRELATIES IN NEDERLAND

Zoals aangegeven is werken in Nederland mogelijk op basis van veel verschillende typen arbeidscontracten. Op basis van al deze contractvormen kunnen Nederlandse staatsburgers c.q. ingezetenen werk verrichten. Onder Nederlands staatsburger wordt verstaan: iemand met de Nederlandse nationaliteit.¹³ Onder ingezetene wordt verstaan: iemand die in Nederland woont.¹⁴ Daarnaast is het ook voor EU-burgers uit andere EU-lidstaten mogelijk om in Nederland te werken. Zij kunnen dit doen op basis van het vrij verkeer van personen (in dit geval: werknemers) of het vrij verkeer van diensten dat gewaarborgd is in de interne markt van de EU.¹⁵ In welke mate het Nederlandse arbeidsrecht van toepassing is op deze intra-EU-arbeidskrachten is afhankelijk van de rechtsgrond op basis waarvan zij in Nederland werken: het vrij verkeer van werknemers of van diensten. Intra-EU-arbeidskrachten die op basis van het vrij verkeer van werknemers in Nederland werken, kunnen dat doen op basis van alle in Nederland mogelijke arbeidscontracten waarvan een impressie volgt.¹⁶

10 Zie hierover uitgebreid: Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/70a; Boot e.a. 2016; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. I 2023, p. 215-217; Said 2017, p. 55-56 en p. 83-89; zie ook <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/zelfstandigen-zonder-personeel-zzp/wet-deregulering-beoordeling-arbeidsrelaties-dba>.

11 Zie voor een uitvoerige beschouwing over de zelfstandige in het arbeidsrecht ook HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV Kunsten Informatie en Media*) en Concl. A-G N. Wahl, 11 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2215, bij HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV Kunsten Informatie en Media*).

12 Zie uitgebreid over dit onderwerp: Houwerzijl 2017 en Houwerzijl 2017a.

13 Zie de Rijkswet op het Nederlanderschap voor de wijzen waarop de Nederlandse nationaliteit verkregen kan worden. De hoofdregel in deze wet (artikel 3 lid 1) is dat iemand Nederlander is, als op het moment van de geboorte één van de ouders Nederlander is.

14 Zie voor deze definitie artikel 2 Algemene Ouderdomswet; artikel 2 Algemene Kinderbijslagwet; artikel 6 Algemene nabestaandenwet.

15 Zie nader over de interne arbeidsmarkt Van Mierlo & Van Kempen 2017; Elzinga 2017.

16 Zie uitgebreid over flexibele arbeidsrelaties Smitskam 1989; Smitskam 1999; Belzer e.a. 2002: https://pure.uva.nl/ws/files/2225054/26355_75_sm_flex totaal_5_november.pdf. Zie ook voor een handzaam overzicht van de verschillende arbeidsrelaties <https://www.hr-kiosk.nl/hoofdstuk/arbeidsrecht/arbeidsovereenkomst/flexibele-arbeidsovereenkomst>

In Nederland kan gewerkt worden op basis van conventionele en flexibele arbeidscontracten. Conventionele arbeidscontracten zijn de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd¹⁷ en voor bepaalde tijd,¹⁸ de overeenkomst van opdracht¹⁹ (en de zzp-er als bijzondere vorm) en aanneming van werk.²⁰

Tot de flexibele arbeidscontracten behoren op- en afroepcontracten;²¹ de thuiswerkovereenkomst;²² de freelanceovereenkomst;²³ de uitzendovereenkomst;²⁴ *payrolling*;²⁵ *contracting*²⁶; en platformarbeid.²⁷ Ook kan gewerkt worden op basis van bijzondere arbeidscontracten. Daartoe horen onder meer de overeenkomst van handelsvertegenwoordiging;²⁸ de rechtsverhouding

-
- 17 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/19-26; Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2021, p. 60-68; Van der Grinten/Bouwens, Bij de Vaate & Duk 2020, p. 1-9 en p. 21-23; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. I 2023, p. 151-179.
 - 18 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/325; Van der Grinten/Bouwens, Bij de Vaate & Duk 2020, p. 21-22; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. I 2023, p. 235-241; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. II 2023, p. 350-394 en zie p. 353-381 uitgebreid over de ketenregeling. Zie over aanscherping ketenregeling: Bungener 2016.
 - 19 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/27-28; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/34-35 en 303-309; Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2021, p. 10-11 en p. 66-68; Van der Grinten/Bouwens, Bij de Vaate & Duk 2020, p. 40; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. I 2023, p. 213-215.
 - 20 Asser/Van Gulijk 7-VI 2022-1/5-8, 184-208; Van der Grinten/Bouwens, Bij de Vaate & Duk 2020, p. 40; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. I 2023, p. 213, 215-217. Zie verder uitgebreid over aanneming van werk Asser/Van Gulijk 7-VI 2022-1.
 - 21 Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2021, p. 67-74; Van der Grinten/Bouwens, Bij de Vaate & Duk 2020, p. 23-26; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. I 2023, p. 241-264.
 - 22 Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2021, p. 70; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. I 2023, p. 264-269.
 - 23 Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2021, p. 71; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. I 2023, p. 214.
 - 24 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/453-463; Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2021, p. 74-75, p. 227-228; Van der Grinten/Bouwens, Bij de Vaate & Duk 2020, p. 26-31; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. I 2023, p. 269-286; zie specifiek over de allocatiefunctie Sick & Wevers 2017; Zwemmer 2017, p. 32-33.
 - 25 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/32, 352 en 463a-463d; Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2021, p. 75-76; Van der Grinten/Bouwens, Bij de Vaate & Duk 2020, p. 31-33; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. I 2023, p. 286-296. Zie over de ontslagbescherming van payrollwerknemers en uitsluiting van artikel 7:691 BW Loonstra & Zondag/Houweling e.a. I 2023, p. 286-288 en p. 290 en HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR 2016:2356, r.o. 3.4.2 en r.o. 3.4.3., JAR 2016/286. Zie ook: Loonstra & Zondag/Houweling e.a. I 2023, p. 270-273; Sick & Wevers 2017; Verburg 2017; Zwemmer 2014, 6; Zwemmer 2017. Sommige auteurs (en kantonrechters) verdedigen het ontstaan van een arbeidsovereenkomst ex 7:610 BW tussen payrollwerknemer en opdrachtgever/inlener zie: Loonstra & Zondag/Houweling e.a. I 2023, p. 293-296.
 - 26 Zwemmer 2014, 1; zie ook Zwemmer 2015; Van der Grinten/Bouwens, Bij de Vaate & Duk 2020, p. 33-34.
 - 27 Van der Grinten/Bouwens, Bij de Vaate & Duk 2020, p. 34-35.
 - 28 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/450-452; Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2021, p. 68; Van der Grinten/Bouwens, Bij de Vaate & Duk 2020, p. 39.

van bestuurders van een (beursgenoteerde) vennootschap;²⁹ het inlenen van een directeur via een management B.V.;³⁰ commissarissen en bestuurders van rechtspersonen;³¹ de gemengde overeenkomst;³² arbeid binnen familieverband;³³ de zee-arbeidsovereenkomst;³⁴ en de zeevarende in de visserij.³⁵ Al deze arbeidsrelaties zijn in meer of minder gedetailleerde mate in de wet geregeld met als voornaamste doel bescherming van de arbeidskracht.

3.3 WERKEN IN NEDERLAND DOOR DE INTRA-EU-ARBEIDSKRACHT: WETTELIJK KADER

In hoeverre Intra-EU-arbeidskrachten door het Nederlandse arbeidsrecht beschermd worden, is afhankelijk van de Europeesrechtelijke vrijheid die benut wordt om toe te treden tot de Nederlandse arbeidsmarkt

Zowel het vrij verkeer van werknemers als het vrij verkeer van diensten geeft EU-burgers het recht om binnen de EU in de lidstaten te werken.³⁶ Het vrij verkeer van diensten gaat bovendien vaak hand in hand met de vrijheid van vestiging. De vrijheid van vestiging biedt werk- en opdrachtgevers de faciliteiten in het kader van een intra-EU-dienstverrichting een (schijn)constructie op te zetten en/of te gebruiken. Een bekende manier is het oprichten van een (postbus)bedrijf of dochteronderneming in een EU-lidstaat met lage lonen (bijvoorbeeld Cyprus) en via dit bedrijf arbeidskrachten in Nederland in te zetten tegen een Cypriotisch loon.³⁷

Ondanks toenemende intra-EU-arbeidsmobiliteit is er (nog)geen Europese arbeidsmarkt, maar 27 nationale arbeidsmarkten³⁸ waarover EU-burgers zich

29 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/40-41); Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2021, p. 68; Van der Grinten/Bouwens, Bij de Vaate & Duk 2020, p. 36-38.

30 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/42.

31 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/43-44.

32 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/46; zie over samenloop HR 4 juni 1976, NJ 1977/40 (Dienstwoning).

33 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/45; zie ook HR 10 oktober 2003, NJ 207/466 (van der Male/Den Hoedt) over een schijn arbeidsrelatie tussen (ex) echtgenoten om de alimentatie na echtscheiding financieel gunstig te regelen.

34 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/464-525d; Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2021, p. 68.

35 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/526-532d; Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2021, p. 68.

36 Houwerzijl 2021, p. 81-82; zie ook Lodder 2016, p. 2744; Houwerzijl 2015a, p. 105; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. II 2023, p. 812-818. Zie ook Van Gardingen 2017.

37 Cremers 2014a, Cremers 2015; Cremers 2016; zie ook Davies 2013, p. 157-163.

38 Ingevolge de op 1 januari 1994 in werking getreden Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 14 februari 1992 (*Trb.* 1992, 132) is er bovendien voor Liechtenstein, Noorwegen en IJsland vrij verkeer van werknemers. Hiertoe moest wetgeving van de EU worden ingevoerd in de EER-staten. Zwitserland onderhandelde mee, maar de bevolking wees in een referendum de toetreding tot de EER af. Wel is er vrij verkeer van personen

voor werk vrij mogen verplaatsen. Het op arbeidsmobiele EU-burgers toepasselijke (arbeids)recht bestaat dus zowel uit Europees als nationaal recht. Daarbij komt dat in arbeidsrelaties met een internationaal aspect ook het internationale privaatrecht (hierna: ipr) nodig is om te bepalen welk recht op een bepaalde arbeidsverhouding toepasselijk is. Een criterium dat bij die bepaling een rol speelt is of er sprake is van een land waar de werknemer gebruikelijk werkt (het 'gewoonlijk werkland'). Deze vraag speelt ook een essentiële rol bij de onthulling van een mogelijke (schijn)constructie.³⁹ Bespreking van genoemde drie Europese vrijheden en het ipr is dus nodig om te begrijpen binnen welk wettelijk kader intra-EU-arbeidskrachten in Nederland kunnen werken. Daarnaast wordt de complexiteit van deze combinatie van regels duidelijk wat het gebruik van (schijn)constructies in de hand werkt en de onthulling ervan bemoeilijkt.⁴⁰

3.3.1 Vrij verkeer van werknemers

Het vrij verkeer van werknemers vindt zijn basis in de artikelen 45-48 VWEU.⁴¹ EU-burgers hebben het recht werk te zoeken en werk te aanvaarden, te reizen en te verblijven op het grondgebied van de lidstaten voor dit doel en onder voorwaarden op het grondgebied van een lidstaat te verblijven na afloop van de dienstbetrekking. Het vrij verkeer van werknemers mag niet worden beperkt op basis van nationaliteit en zelfs niet worden belemmerd, tenzij voor dat laatste een rechtvaardiging bestaat. Een rechtvaardigingsgrond om dit vrij

met Zwitserland (ingevolge de Overeenkomst tussen de EG en haar lidstaten enerzijds, en de Zwitserse Bondsstaat anderzijds over het vrije verkeer van personen – Slotakte – Gemeenschappelijke verklaringen – Informatie betreffende de inwerkingtreding van de zeven overeenkomsten met de Zwitserse Bondsstaat in de sectoren vrij verkeer van personen, luchtvervoer en overlandvervoer, overheidsopdrachten, wetenschappelijke en technologische samenwerking, wederzijdse erkenning van overeenstemmingsbeoordeling en handel in landbouwproducten, Luxemburg 21 juni 1999. Ook bestaan er Associatieovereenkomsten. Tot de oudste behoren de overeenkomsten met Turkije (12 september 1963, *Trb.* 1964, 171 en Aanvullend Protocol van 23 november 1970, *Trb.* 1971, 70). Daarin is bepaald dat het vrij verkeer van werknemers geleidelijk tot stand zal worden gebracht en met de Magreb-landen Algerije (*PbEG* 1978, L 264, p. 2), Marokko (*PbEG* 1978, L 263, p. 2) en Tunesië (*PbEG* 1978, L 264, p. 2) met een hoofdstuk over samenwerking op het gebied van arbeidskrachten. Zie Houwerzijl 2021, p. 82, noot 3; zie ook: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/europese-unie/vraag-en-antwoord/welke-landen-horen-bij-de-europese-economische-ruimte-eer>.

39 De manier waarop die onthulling gedaan kan worden is onderwerp van hoofdstuk 6.

40 Zie ook Van Gardingen 2017.

41 De rechten van werknemers ex artikelen 45-48 VWEU zijn verder uitgewerkt in Verordening 492/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende het vrije

verkeer te beperken, is bijvoorbeeld de bescherming van de volksgezondheid.⁴² De reikwijdte van het vrij verkeer van werknemers wordt in belangrijke mate bepaald door de jurisprudentie van het HvJ EU.⁴³ Deze rechtspraak geeft in het algemeen een ruime uitleg aan het beginsel van vrij verkeer van personen en werknemers. Beperkingen worden restrictief uitgelegd. Migrerende EU-burgers worden zoveel mogelijk behandeld als de eigen burgers.⁴⁴ Bij deze vorm van intra-EU-arbeidsmigratie werkt een intra-EU-arbeidskracht in Nederland in dienst van een Nederlandse werkgever. Uitgangspunt daarbij is dat intra-EU-arbeidskrachten en Nederlandse werknemers bij gelijk werk hetzelfde loon verdienen.⁴⁵

3.3.2 Vrij verkeer van diensten

Dit uitgangspunt ‘gelijk loon voor gelijk werk’ gaat niet op als een intra-EU-arbeidskracht *tijdelijk* in Nederland komt werken. Deze transnationale detachering in Nederland is een uitzondering op de normale werksituatie (‘het

verkeer van werknemers binnen de Unie, PbEU 2011, L 141 en in Richtlijn 2014/54 betreffende de maatregelen om de uitoefening van de in de context van het vrije verkeer van werknemers aan werknemers verleende rechten te vergemakkelijken, PbEU 2014 L 128 Deze richtlijn moest op 21 mei 2016 in de lidstaten zijn omgezet. De rechten die betrekking hebben op het recht om een andere lidstaat binnen te gaan en daar te verblijven, zijn geregeld in Richtlijn 2004/38 (Verblifsrichtlijn) 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 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, PbEU 2004, L 229. Ook Verordening (EG) nr. 1251/70 is vervangen door Richtlijn 2004/38, namelijk bij besluit van de Commissie in 2006, PbEG 2006, L 112/9.

42 Zie voor de beperkingsgronden van het vrij verkeer van werknemers artikel 45 lid 3 VWEU. Zie ook over gerechtvaardigde beperkingsmaatregelen van het vrij verkeer van werknemers: het Expertise centrum Europees recht: <https://ecer.minbuza.nl/ecer/dossiers/goederen-vrij-verkeer/rechtvaardigingsgronden.html> en <https://ecer.minbuza.nl/-/het-vrij-personenverkeer-en-de-bescherming-van-de-volksgezondheid>; Van de Gronden e.a. 2011, pp. 265-294.

43 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 6 juni 2000, C-281/98 (*Angonese*) waarin het Hof bepaalde dat artikel 45 VWEU naast verticale directe werking ook horizontale directe werking heeft. In deze kwestie beriep een werknemer zich op artikel 45 VWEU in een zaak tegen zijn aspirant-werkgever, een Italiaanse onderneming. Zie ook HvJ EG 3 juli 1986, C-66/85 (*Laurie-Blum*) en Zie HvJ EG 20 november 2001, C-268/99, r.o. 34 (*Jany*).

44 Zie uitgebreid over het vrij verkeer van werknemers: Houwerzijl 2015a, p. 105-131; Houwerzijl 2021, p. 81-108; zie ook Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2021, p. 539-541; Barnard 2012, p. 143-188; Houwerzijl & Kullmann, 2010; Lodder 2016; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. II 2023, p. 812-818; Van Peijpe 2011; Staal 2014.

45 Houwerzijl 2015b; Houwerzijl 2021; Even 2018, p. 21.

gewoonlijk werkland') in een andere EU-lidstaat en valt onder het vrij verkeer van diensten.⁴⁶

Bij transnationale tijdelijke detachering mag een in een lidstaat van de EU gevestigde ondernemer vrijelijk zijn diensten aanbieden in andere lidstaten. In dat kader mag hij ook zijn eigen werknemers over de grens tewerkstellen voor de duur van de uitvoering van een aangenomen dienst. Het maakt daarbij niet uit of de eigen werknemers van de in de EU gevestigde dienstverlener de nationaliteit van een EU-lidstaat hebben. Ook legaal in een lidstaat verblijvende onderdanen van derdelanden kunnen door hun werkgever gedetacheerd worden in een andere lidstaat in het kader van het vrij verkeer van diensten. De werkgever moet wel in de EU gevestigd zijn.⁴⁷ De werknemersbescherming is nader geregeld in de Detacheringsrichtlijn,⁴⁸ de versterkte handhaving van de Detacheringsrichtlijn (hierna: Handhavingsrichtlijn⁴⁹), de herziening van de Detacheringsrichtlijn door Richtlijn 2018/957⁵⁰ (hierna: herziene Detacheringsrichtlijn) en in een specificatie van de Detacheringsrichtlijn voor het wegtransport door Richtlijn 2020/1057.^{51/52}

In artikel 1 lid 3 Detacheringsrichtlijn worden drie soorten transnationale tijdelijke tewerkstelling onderscheiden steeds voor zover tijdens de periode van de terbeschikkingstelling een dienstverband bestaat tussen de uitzendende onderneming en de gedetacheerde werknemer:

-
- 46 Houwerzijl 2015b, p. 80-82. Het vrij verkeer van diensten is geregeld in de artikelen 56 en 57 VWEU en uitgewerkt in Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (Dienstenrichtlijn).
- 47 Even 2018, p. 21-24; Houwerzijl 2015, p. 140-141; Houwerzijl 2021, p. 117-120; Lodder 2016, p. 2748; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. II 2023, p. 812-818.
- 48 Richtlijn 96/71 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, *Pb.* 21 januari 1997, L 18, 1.
- 49 Richtlijn 2014/67 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van Verordening 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt, *Pb.* 28 mei 2014, L 159,11.
- 50 Richtlijn (EU) 2018/957 van het Europees parlement en de Raad van 28 juni 2018 tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, *Pb* 9 juli 2018, L 173/16. Deze richtlijn is op 30 juli 2020 in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd.
- 51 Richtlijn 2020/1057 van het Europees parlement en de Raad van 15 juli 2020 tot vaststelling van specifieke regels met betrekking tot Richtlijn 96/71 en Richtlijn 2014/67 wat betreft de detachering van bestuurders in de wegvervoersector en tot wijziging van Richtlijn 2006/22/EG wat betreft de handhavingsvoorschriften en Verordening 1024/2012, *Pb.* 31 juli 2020, L 249,49.
- 52 HvJ EG 27 maart 1990, C-113/98 (*Rush Portuguesa*); zie ook Dorssemont 2008; Scheers 2018; Even 2018, p. 21-22. In dit arrest bepaalde het Hof dat grensoverschrijdende detachering onder het vrij verkeer van diensten valt. Het revolutionaire aspect hiervan was dat werknemers uit derdelanden hiermee een van hun werkgever afgeleid recht op – tijdelijk – vrij verkeer verworven.

- a. detachering op het grondgebied van een andere lidstaat in het kader van aanneming van werk (ook genoemd *contracting*)⁵³ voor rekening en onder leiding van de eigen werkgever;
- b. grensoverschrijdende detachering in concernverband:
dit is het in groepsverband ter beschikking stellen van een werknemer aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap behorend tot dezelfde groep;⁵⁴
- c. detachering naar een andere lidstaat als uitzendkracht:
dit is uitzending van een uitzendkracht van een uitzendbureau in een lidstaat aan een inlener in een andere lidstaat.^{55/56}

Typend voor werknemers die grensoverschrijdende arbeid in dienstverlening verrichten, is dat hun arbeidsovereenkomst is gesloten in een andere lidstaat dan de lidstaat waar de dienstverrichting wordt uitgevoerd; dit is niet de staat waar de werknemer gewoonlijk werkt (artikel 2 lid 1 Detacheringsrichtlijn).⁵⁷

Op grond van de Detacheringsrichtlijn is de buitenlandse werkgever verplicht een kern van dwingendrechtelijke bepalingen van het arbeidsrecht van het land waar de dienst wordt verricht (bijvoorbeeld Nederland) en ook algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen na te leven tijdens de detachering van de werknemer. In tegenstelling tot EU-werknemers die zich verplaatsen op grond van artikel 45 VWEU gelden voor gedetacheerde werknemers dus niet alle dwingendrechtelijke wettelijke en cao-bepalingen tijdens de tewerkstelling in het ontvangstland, maar alleen een basispakket. Toepassing van dat basispakket gaat alleen op als dit gunstiger voor de werknemer uitpakt dan het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht.⁵⁸ Dit basispakket, ook bekend onder de naam 'harde-kernarbeidsvoorwaarden' is opgenomen in artikel 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn.⁵⁹ In de herziene Detacheringsrichtlijn is het begrip 'minimumloon' (een van de harde-kernarbeidsvoorwaarden) vervangen door het begrip 'beloning'. Dat betekent dat alle verplichte belo-

⁵³ Zie Laagland 2016, p. 4.

⁵⁴ Denk aan een onderneming die hoort tot een internationaal concern, die een bepaalde werknemer voor een zekere tijd in een andere lidstaat wil laten werken om daar ervaring op te doen of een project af te ronden.

⁵⁵ Denk aan een Nederlands uitzendbureau dat ligt bij de grens met België dat in België een klant heeft gevonden die tijdelijk een arbeidskracht nodig heeft.

⁵⁶ Houwerzijl 2015, p. 145-146; Houwerzijl 2021, p. 126-129. Zie ook Houweling e.a. 2015, p. 20-21.

⁵⁷ Houwerzijl 2021, p. 127.

⁵⁸ Houwerzijl 2021, p. 130-133. Een belangrijke uitspraak in dit verband is HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (*Laval*). De consequentie van die uitspraak was dat de ondergrens die de Detacheringsrichtlijn beoogt te stellen aan de door het ontvangstland in acht te nemen dwingendrechtelijke kernarbeidsvoorwaarden in geval van transnationale detachering sinds 2008 werd geïnterpreteerd als bovengrens. Zie Houwerzijl 2021, p. 122-124; zie ook uitgebreid over de *Laval* zaak: Van den Eeckhout 2009; Franssen & Van Lent 2008.

⁵⁹ Houwerzijl 2015b, p. 92; Houwerzijl 2021, p. 130-133.

ningscomponenten in het tijdelijke werkland moeten worden gegarandeerd: niet alleen het minimumloon, maar ook het cao-loon en andere loonbestanddelen zoals bonussen en loonsverhogingen als gevolg van anciënniteit.⁶⁰

De toepassing van slechts dit basispakket en dus niet het volledige Nederlandse arbeidsrecht maakt transnationale detachering voor een Nederlandse werkgever lucratief. Voor deze werkgever blijft er ruimte over om te concurreren op lonen en overige arbeidskosten met Nederlandse ondernemers die wel volledig gebonden zijn aan het Nederlandse arbeidsrecht.⁶¹ Omdat loonkosten en premies in bijvoorbeeld Bulgarije of Polen lager zijn dan in Nederland is de gedetacheerde Oost-Europese werknemer goedkoper dan wanneer hij door een Nederlandse werkgever in dienst wordt genomen. De regelgeving over transnationale detachering werkt dus het gebruik van (schijn)constructies in de hand die het voor de werkgever 'duurdere' en voor de werknemer met meer waarborgen omklede arbeidsrecht omzeilen.

In Nederland komt dat voor als het gaat om *contracting* (genoemd onder a) waarbij werk wordt uitbesteed aan Midden- en Oost-Europeanen. Vaak is dan sprake van doorleenconstructies waarbij verschillende rechtspersonen tussen enerzijds de 'werkgever' en het *contracting*bedrijf en anderzijds de opdrachtgever worden ingeschakeld om in Nederland van toepassing zijnde cao's of het minimumloon te ontduiken. Een ander voorbeeld is het doen alsof de uitzonderingssituatie van detachering geldt, terwijl in werkelijkheid de werknemer geen 'gewoonlijk werkland' heeft en/of omdat zijn werkgever geen substantiële activiteiten in het zendland verricht.⁶² Ook detachering via een uitzendbureau (genoemd onder b) kan leiden tot omstreden constructies. Een voorbeeld daarvan is de Rimec-kwestie die in 2013 speelde en waar in de media en de politiek veel aandacht aan werd besteed. In dat geval werkten Portugese en Ierse werknemers via een buitenlands uitzendbureau aan de snelweg A2 bij Maastricht. Betwijfeld werd of er inderdaad sprake was van detachering in de zin van artikel 1 lid 3 onder c Detacheringsrichtlijn zoals het uitzendbureau (Rimec) deed voorkomen.⁶³ Zie meer over deze casus bij de bespreking van jurisprudentie in paragraaf 5.1 onder type 3 transnationale (schijn)detachering.

Een ander probleem dat speelt bij transnationale detachering en dat misbruik en oneigenlijk gebruik van de Detacheringsrichtlijn in de hand werkt, is dat detachering niet in tijd gelimiteerd is. Dit maakt het lastig te bepalen wanneer in de praktijk een meer structurele tewerkstellings situatie is ontstaan.⁶⁴ In de herziene Detacheringsrichtlijn wordt beoogd dit misbruik en

60 Zwanenburg & Van Overbeeke 2021, p. 24; Houwerzijl 2019.

61 Houwerzijl 2021, p. 122-126 en p. 129-133.

62 Houwerzijl 2015b, p. 81-82, p. 87-88, p. 90-93; Zwemmer 2014, 1; zie ook Zwemmer 2015; Van der Grinten/Bouwens, Bij de Vaate & Duk 2020, p. 33-34.

63 Zie ook Houwerzijl 2015b, p. 82-84; Houwerzijl 2021, p. 129-130.

64 Houwerzijl 2021, p. 127-132; Janssen 2018, p. 12.

oneigenlijk gebruik tegen te gaan door een aparte regeling voor langdurige detacheringen te introduceren. Als een detachering langer duurt dan twaalf maanden (met mogelijke verlenging tot achttien maanden) wordt de harde kern van rechten die moeten worden gewaarborgd aanzienlijk uitgebreid (artikel 1 lid 2 sub b herziene Detacheringsrichtlijn). In dat geval is al het dwingendrechtelijke arbeidsrecht van het (nog steeds) tijdelijke werkland van toepassing. Uitzondering daarop zijn de expliciet in artikel 3 lid 1 bis⁶⁵ Detacheringsrichtlijn (en artikel 2 lid 2 WagwEU) uitgezonderde onderwerpen zoals ontslag- en bedrijfspensioenregelingen.⁶⁶

3.3.3 Vrijheid van vestiging

Op grond van de vrijheid van vestiging in de EU (artikelen 49-55 VWEU) kunnen (Nederlandse) natuurlijke personen en rechtspersonen een onderneming vestigen in een andere lidstaat.⁶⁷ Van deze mogelijkheid maken Nederlandse bedrijven gebruik om via buitenlandse vestigingen goedkope diensten in de EU aan te bieden. Een bekende manier is dat de werkgever zijn in Nederland wonende werknemers administratief overhevelt naar een (postbus)onderneming in bijvoorbeeld Cyprus, Polen, Slowakije of Roemenië. De werknemers werken voor het nieuwe ‘bedrijf’ en worden door hun vroegere werkgever via deze intermediair ingehuurd voor het leveren van diensten. De vroegere werkgever krijgt als klant een factuur voor geleverde diensten. De werknemers krijgen het minimumloon waarover sociale lasten in Cyprus (of een ander EU-lagelonenland) worden betaald. Alle overige toeslagen en betalingen worden – vaak – contant uitbetaald en niet belast.⁶⁸ Het kostenvoordeel voor de ‘vroegere’ werkgever is evident. Hoewel de vestiging van dit soort ondernemingen legaal is, faciliteert de – aan weinig restricties onderhevige – vrijheid van vestiging de oprichting van (postbus)ondernemingen. Deze ondernemingen bestaan vaak uit niet meer dan een kantoortje en iemand die de telefoon opneemt. Een dergelijke constructie heeft geen ander doel dan het omzeilen van (Nederlandse) arbeidsrechtelijke regelingen.⁶⁹ Om beter te kunnen beoordelen (door Inspectiediensten) of sprake is van een onderneming die substan-

65 Zie artikel 1 lid 2 sub b herziene Detacheringsrichtlijn (2018/957).

66 Van Hoek en Van Overbeeke 2022, p. 452-453; Houwerzijl 2021, p. 127-132; Zwanenburg & Van Overbeeke 2021, p. 24.

67 Davies 2013, p. 157-165; Cremers 2016, p. 157-158.

68 Cremers 2014; Cremers 2014a; Cremers 2015, p. 13 en p. 18; Cremers 2016; Houwerzijl 2015b.

69 Cremers 2015, p. 18; Cremers 2016, p. 155-156; Cremers 2017, p. 63. Zie Conclusie A-G P. Pikamäe, 26 november 2019, C-610/18, ECLI:EU:C:2019 (AFMB Ltd e.a.) voor een recente zaak waarin het ging om een soortgelijke Cyprusconstructie. Hoewel het in dit geval niet ging om een zuivere postbusfirma, maar om een salarisadministrateur was er toch sprake van een dubieuze constructie ten nadele van de arbeidskrachten (internationale vrachtwagenchauffeurs), aldus de A-G. Het HvJ EU deed op 16 juli 2020 uitspraak in deze zaak en volgde de A-G. Zie hoofdstuk 4 voor een nadere bespreking van deze zaak.

tiële activiteiten verricht of dat het gaat om een postbusbedrijf staan in artikel 4 van de Handhavingsrichtlijn een aantal elementen om dat te bepalen.⁷⁰ Dat gaat dan om alle feitelijke elementen die gedurende een langere periode kenmerkend zijn voor de activiteiten die een onderneming verricht in de lidstaat van vestiging. Voorbeelden daarvan zijn: de plaats waar de onderneming haar statutaire zetel heeft en haar administratie wordt verricht, waar zij kantoren heeft en socialezekerheidspremies en belasting betaalt, de plaats waar de gedetacheerde werknemers worden geworven en van waaruit zij worden gedetacheerd.⁷¹

3.4 DE ROL VAN HET INTERNATIONALE PRIVAATRECHT BIJ GRENDOVERSCHRIJDENDE DETACHERING

Het ipr regelt welk recht van toepassing is op een arbeidsrelatie met internationale aspecten.⁷² Inzicht in het onderdeel van het ipr dat het toepasselijke recht regelt, is van belang omdat de rechter, als hij moet oordelen over (het mogelijke gebruik van schijnconstructies bij) de tewerkstelling van intra- EU arbeidskrachten in Nederland op basis van het vrij verkeer van diensten, altijd de vraag moet beantwoorden welk recht van toepassing is. Door deze ipr-regels kun je als werkgever dus niet zomaar bepalen dat het recht van een lagelonenland van toepassing is.

Bij het bepalen van het toepasselijke recht spelen twee regelingen – en het verband tussen beide – een rol: Verordening (EG) 593/2008 (Rome I)⁷³ en de Detacheringsrichtlijn.⁷⁴ Om deze regelingen op de juiste manier op een internationale arbeidsrelatie te kunnen toepassen en door een (schijn)constructie

70 Dit is een niet-limitatieve lijst waaraan de lidstaten elementen kunnen toevoegen. Voor Nederland zijn deze elementen opgenomen in het Besluit arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie, 28 november 2016, *Stb.* 2016, 477. Zie hierover Even & Zwanenburg 2017, p. 192-193.

71 Handhavingsrichtlijn artikel 4 lid 2 onder a en b.

72 Voorafgaand aan de vraag welk recht van toepassing is, moet de vraag worden beantwoord welke rechter bevoegd is van een geschil kennis te nemen. Dat onderdeel van het ipr is voor dit hoofdstuk niet relevant en bespreek ik niet. Ik volsta met verwijzen naar literatuur daarover: Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2021, p. 509-512; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. II 2023, p. 768-792.

73 Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *PbEG* 2008, L 177/6. Voor overeenkomsten die voor 17 december 2009 zijn gesloten geldt het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome, 19 juni 1980, *Trb.* 1980, 156 (EVO).

74 Even 2018, p. 21-24; Van Hoek 2019; Kullmann 2015, p. 205; zie ook Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2021, p. 542-545; Houwerzijl 2009; Lodder 2016, p. 2748; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. II 2023, p. 792-812 en p. 818-835.

heen te kunnen kijken, is kennis van de hiernavolgende ipr-regels onontbeerlijk.⁷⁵

3.4.1 Rome I

3.4.1.1 *Rechtskeuze*

De hoofdregel is dat de overeenkomst wordt beheerst door het door partijen gekozen recht (artikel 3 Rome I). Voor arbeidsovereenkomsten geldt echter op grond van artikel 8 lid 1 Rome I dat een rechtskeuze er niet toe kan leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van het recht dat zonder een rechtskeuze van toepassing zou zijn geweest (het objectief toepasselijke recht). Het objectief toepasselijke recht kan dus niet volledig uitgeschakeld worden. Daarbij geldt het 'gunstigheidsprincipe': als het gekozen recht gunstiger is voor de werknemer dan blijft dit van toepassing. Als het objectief toepasselijke recht gunstiger is dan zet dit het gekozen recht opzij. Dit geldt alleen voor dwingendrechtelijke bepalingen. Voor het overige heeft het door partijen gekozen recht voorrang.

3.4.1.2 *Geen rechtskeuze*

Als geen rechtskeuze is gedaan, wordt een individuele arbeidsovereenkomst beheerst door het recht van het land *waar of van waaruit* de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht (artikel 8 lid 2 Rome I). Dat 'gewoonlijke werkland' wordt niet geacht te zijn gewijzigd wanneer de werknemer zijn arbeid tijdelijk in een ander land verricht. In verband hiermee is van belang dat overweging 34 van de preambule van Rome I stelt dat de bepaling inzake individuele arbeidsovereenkomsten geen afbreuk mag doen aan de toepassing van bepalingen van de Detacheringsrichtlijn. Overweging 34 is cruciaal voor de gedetacheerde werknemer als het arbeidsrechtelijke regime van het gewoonlijk werkland nadeliger voor de werknemer is dan het regime van het tijdelijke werkland. Op deze manier is gewaarborgd dat ook in dat geval de (voor de werknemer gunstigere) bepalingen van de Detacheringsrichtlijn van toepassing zijn.

Wanneer de werknemer niet gewoonlijk in eenzelfde land zijn arbeid verricht, is het recht van het land waar de werkgever gevestigd is van toepassing (artikel 8 lid 3 Rome I). Deze twee regels gelden tenzij uit het geheel van de omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst een nauwere band heeft met een ander land. In dat geval is het recht van dat andere land van toepas-

⁷⁵ Zie uitgebreid over conflictenrecht in het Europese wegtransport Van Overbeeke 2018: <https://repository.uantwerpen.be/docman/irua/f21992/155699.pdf>

sing (artikel 8 lid 4 Rome I). Deze regel wordt wel aangeduid als de ‘exceptie-clausule’.

3.4.1.3 Voorrangsregels

Artikel 9 Rome I regelt de toepassing van voorrangsregels. Voorrangsregels kunnen zich, ongeacht het objectief toepasselijke recht op grond van artikel 8 Rome I, en ondanks een eventuele rechtskeuze, doorzetten. Het gaat om bepalingen van bijzonder dwingend recht die een zelfstandig internationaal geldingsbereik hebben.⁷⁶ In de literatuur wordt de Detacheringsrichtlijn door sommige auteurs (technisch) gezien als een instrument dat het gebruik van voorrangsregels in de zin van artikel 9 Rome I door de lidstaten in detacheringssituaties onderling afstemt en deze regels nader uitwerkt.⁷⁷ Anderen zijn van mening dat de Detacheringsrichtlijn op grond van artikel 23 Rome I moet worden gekwalificeerd als een bijzondere verwijzingsregel.⁷⁸

3.4.1.4 Verband Detacheringsrichtlijn en Rome I

De Detacheringsrichtlijn en de artikelen 8 en 9 Rome I vullen elkaar aan. Het op grond van de verwijzingsregel van artikel 8 Rome I gekozen en/of objectief toepasselijke recht blijft gelden tijdens grensoverschrijdende detachering, mits dit recht de werknemer beter beschermt dan de toepasselijke kernbepalingen uit het recht van het tijdelijke werkland (gunstigheidsbeginsel). Als de harde kern in het ontvangstland gunstiger is, moet de dienstverlenende werkgever die bepalingen toepassen. Door een harde kern van wettelijk arbeidsrecht én verbindende cao's in het werkland (Nederland) te bestempelen als bijzonder dwingend recht geeft de Detacheringsrichtlijn nadere invulling aan artikel 9 Rome I. Deze harde-kernarbeidsvoorwaarden worden daarmee op grond van EU-recht – de Detacheringsrichtlijn – gekwalificeerd als ‘voorrangsregel’.⁷⁹ Op grond van artikel 23 Rome I heeft de Detacheringsrichtlijn voorrang op Rome I. De Detacheringsrichtlijn is dus leidend bij het antwoord op de vraag

76 Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2021, p. 506-509; Houwerzijl 2015, p. 134-140; Houwerzijl 2021, p. 110-115; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. II 2023, p. 810-812; Van Hoek & Van Overbeeke 2022, p. 446-451; Van Overbeeke 2018; Van Overbeeke 2019, p. 9-12 zie ook: Bakker & IJzerman 2009; Houwerzijl & Van Hoek 2017, p. 40-48; Van Kampen 2012; Kullmann 2015; Laagland 2012; Van Den Eeckhout 2012; De Wind & Pronk 2013.

77 Houwerzijl 2021, p. 115-117; Van Hoek & Van Overbeeke 2022, p. 451 en p. 456.

78 Van Hoek & Van Overbeeke 2022, p. 454-456; Van Overbeeke 2019, p. 13. Deze auteurs merken wel op dat, ongeacht de basis die ten grondslag ligt aan het recht van het tijdelijke werkland, de harde-kernbepalingen sowieso moeten worden toegepast (en gehandhaafd). Zie verder uitgebreid over voorrangsregels en de (verschillende) typing van de Detacheringsrichtlijn in dat kader: Van Hoek & Van Overbeeke 2022, p. 451-456; Houwerzijl 2021, p. 114-117; Van Overbeeke 2019, p. 12-13. Zie ook Kullmann 2015, p. 207; Kullmann 2016.

79 Houwerzijl 2021, p. 114-117; Kullmann 2015, p. 207; Van Hoek & Van Overbeeke 2022, p. 451-456; Zwanenburg & Van Overbeeke 2021, p. 26.

welk bijzonder dwingend arbeidsrecht van toepassing is op de arbeidsovereenkomst van de intra-EU-gedetacheerde werknemer.⁸⁰

Het met behulp van de verwijzingsregel van artikel 8 Rome I bepaalde (gekozen en/of objectief) toepasselijke recht op de arbeidsovereenkomst blijft gelden tijdens de grensoverschrijdende detachering van werknemers binnen de EU. Enerzijds geldt dit voor recht dat die werknemers een betere bescherming biedt dan de toepasselijke kernbepalingen uit het recht van het tijdelijke werkland (gunstigheidsbeginsel). Anderzijds geldt dit voor de arbeidsvoorwaarden die *niet* tot de door de Detacheringsrichtlijn benoemde kernbepalingen horen.

Ondanks het feit dat de Detacheringsrichtlijn voorrang heeft op Rome I, kunnen er op grond van artikel 9 Rome I ook nog (andere) lokale voorrangsregels van toepassing zijn.⁸¹

Doordat alleen een aantal limitatief opgesomde arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden in het ontvangstland door de werkgever gegarandeerd worden, is het grensoverschrijdend detacheren van werknemers economisch lucratief. Dit maakt het verschil in bescherming duidelijk tussen gedetacheerde werknemers in de zin van de Detacheringsrichtlijn en EU-burgers in de zin van het vrij verkeer van werknemers zoals bepaald in artikel 45 VWEU, van wie de arbeidsovereenkomsten geheel bestreken worden door Rome I.⁸²

3.4.1.5 Begrippen 'tijdelijkheid' en 'gewoonlijk werkland'

Om vast te stellen of sprake is van detachering in de zin van de Detacheringsrichtlijn is van belang of de tewerkstelling (in Nederland) tijdelijk is en of er een gewoonlijk werkland is. Zowel Rome I als de Detacheringsrichtlijn gebruiken in het kader van grensoverschrijdende detachering de term 'tijdelijkheid'. Wat 'tijdelijk' is, is van belang om te bepalen of een werkgever verplicht is zijn werknemers voor de duur van de detachering minimumbescherming te bieden en daarmee geen verdergaande bescherming vereist is.⁸³ De tekst van Rome I en de Detacheringsrichtlijn wijst erop dat de betrokken werknemer voorafgaand aan de detachering daadwerkelijk gewerkt moet hebben in het land van herkomst (aangemerkt als het land waar de werknemer 'gewoonlijk'

80 Kullmann 2015, p. 207; Van Hoek & Van Overbeeke 2022, p. 456; Zwanenburg & Van Overbeeke 2021, p. 24.

81 Houwerzijl 2021, p. 115-117: Houwerzijl benadrukt dat deze restwerking van artikel 9 Rome I voor intra-EU-gedetacheerde werknemers nogal lijkt ingeperkt door het arrest HvJ EG 19 juni 2008, C-139/06, ECLI:EU:C:2008:350 (*Commissie/Luxemburg*); Kullmann 2015, p. 207.

82 Kullmann 2015, p. 207; Houwerzijl & Kullmann 2010, p. 29: artikel 45 VWEU bepaalt dat een werknemer niet gediscrimineerd mag worden op grond van zijn nationaliteit wat betreft werkgelegenheid, beloning en overige arbeidsvoorwaarden. Dit gaat verder dan het alleen toepassen van harde-kernarbeidsvoorwaarden zoals bepaald in de Detacheringsrichtlijn.

83 Kullmann 2015, p. 208; Houwerzijl 2021, p. 127-130.

werkt). Het uitgangspunt is dat er een land is waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht, maar dat verlaten wordt gedurende de tijdelijke tewerkstelling van de werknemer in een ander EU-land. Dat is niet het geval als de werknemer alleen voor de duur van de detachering is aangenomen. In overweging 36 van de preambule van Rome I is toegelicht dat na afloop van de detachering de betrokken werknemer weer moet werken in het land van herkomst. Dit duidt erop dat de werknemer niet direct kan worden doorgeplaatst naar een ander EU-land.⁸⁴ In Rome I en de Detacheringsrichtlijn ontbreken echter duidelijke criteria om vast te stellen of een detachering tijdelijk is. Dit heeft enerzijds het voordeel dat de begrippen flexibel uitgelegd kunnen worden naar gelang de feitelijke situatie. Anderzijds bemoeilijkt het de vaststelling of de Detacheringsrichtlijn van toepassing is dan wel welk recht van toepassing is op de arbeidsverhouding.⁸⁵ In de praktijk leidt deze onduidelijkheid tot het losjes omspringen met de criteria die bepalen welk land het gewoonlijk werkland is en of sprake is van detachering in de zin van de Richtlijn. In het kader van detachering staat de wetgeving in ieder geval niet in de weg aan de ontwikkeling van (schijn)constructies. Dat dit soort constructies daadwerkelijk in Nederland voorkomen, wordt bevestigd in rapportages van de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de Inspectie⁸⁶) en jurisprudentie.⁸⁷

3.5 RAPPORTAGES INSPECTIE OVER OP HET SPOOR GEKOMEN (SCHIJN)CONSTRUCTIES

3.5.1 In Nederland voorkomende (schijn)constructies

Om de tweede onderzoeksvraag ‘Op basis van welke constructies die als doel hebben te besparen op loonkosten werken intra-EU-arbeidskrachten in Nederland?’ te beantwoorden zijn rapportages van de Inspectie onderzocht. Voor deze bron is gekozen omdat de Inspectie zich intensief bezighoudt met het in kaart brengen en opsporen van (schijn)constructies in Nederland. De Inspectie rapporteert hierover veelvuldig in interne documenten, maar ook in jaarverslagen en andere externe publicaties. Geanalyseerd zijn twee interne publicaties waarin de Inspectie een overzicht van schijnconstructies maakte.⁸⁸ In het

⁸⁴ Houwerzijl 2021, p. 127-130.

⁸⁵ Kullman 2015, p. 205; zie verder Kullmann 2015 voor een uitgebreide bespreking van de (gecompliceerde) verhouding tussen Rome I en de Detacheringsrichtlijn.

⁸⁶ Per 1 januari 2022 is de Inspectie van naam veranderd en heet zij de Nederlandse Arbeidsinspectie (zie <https://www.nlarbeidsinspectie.nl/actueel/nieuws/2021/12/20/inspectie-szw-wordt-de-nederlandse-arbeidsinspectie>

⁸⁷ Zie over het voorkomen van (schijn)detacheringsconstructies ook Houwerzijl 2015, p. 145-149; Houwerzijl 2021, p. 129-130.

⁸⁸ Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Inspectie SZW) 2014, p. 13-60; Kennis- en Informatieplatform Schijnconstructies 2017.

overzicht van 2014 onderscheidde de Inspectie negentien schijnconstructies⁸⁹ en in het overzicht van 2017 waren dat er twaalf.⁹⁰ Opvallend is dat de beschreven constructies elkaar deels overlappen en dat de beschrijving en definiëring van de constructies in de documenten niet consistent is. Daarnaast zijn de Jaarverslagen 2016 tot en met 2020 onderzocht, de publicaties ‘Staat van eerlijk werk’ 2017 en 2019 en de publicatie ‘Aanpak schijnconstructies en cao-naleving 2014-2018’.

De in de diverse rapportages steeds terugkomende (schijn)constructies zijn: schijnzelfstandigheid en schijnvennoten; *contracting*;⁹¹ inzet van arbeidskrachten via buitenlandse dochterbedrijven dan wel postbusfirma’s door onderaanneming/uitbesteding van werk in het kader van detachering; misbruik van de Detacheringsrichtlijn; en onderbetaling van arbeidskrachten door malafide werkgevers waaronder uitzendbureaus⁹² door onder meer contante terugbetalingen van en exorbitante inhoudingen op het loon voor onder meer huisvesting en boetes. Deze constructies worden nader toegelicht aan de hand van concrete voorbeelden afkomstig uit de rapportages van de Inspectie.

Een aantal constructies komt ook terug in de jurisprudentie. Zoals gezegd is jurisprudentie de tweede bron die is geïnventariseerd en geanalyseerd om te achterhalen op basis van welke constructies intra-EU-arbeidskrachten in Nederland werken. Dit jurisprudentieonderzoek vult het onderzoek naar voorkomende (schijn)constructies in Inspectierapportages aan en maakt het mogelijk de tweede onderzoeksvraag vollediger te beantwoorden. De jurisprudentie wordt in paragraaf 3.6 besproken.

De rode draad in deze constructies is het financiële voordeel dat de opdrachtgever of de werkgever incasseert. De Inspectie geeft aan dat dat voordeel

89 Te weten: schijnzelfstandigheid en schijnondernemerschap, gefingeerde dienstverbanden, faillissementsfraude, ontduiking minimumloon en cao’s, stukloon, koop-verkoopconstructies, contractvormen, hoge onkostenvergoeding voor rekening werknemer (Polenconstructie), migrantenconstructies, kennismigrantenregeling, werkstudenten, stagiairs, au pairs, schijnhuwelijken, notificatiefraude, misbruik premie- en belastingafdracht, detacheringsfraude, G-rekening fraude, hoge onkostenvergoeding bruto salaris.

90 Te weten: niet aangeven buitenlandse arbeidsinkomsten mogelijk in combinatie met uitkeringsfraude; verleggen verzekeringsplicht naar land met lage premies, ter beschikking stellen van arbeidskrachten presenteren als aanneming van werk; koop-verkoopconstructies; onderbetaling door middel van terugbetaling loon; kosten en boetes; onderbetaling door middel van stages en werkervaringsplaatsen; onderbetaling door middel van stukloon, problematiek in de 24-uurs thuiszorg; verzamel en/of *fake*-adressen; gefingeerde dienstverbanden; faillissementsfraude; en postbusondernemingen.

91 Bij *contracting* worden werkzaamheden uitbesteed aan een ander bedrijf, namelijk de opdrachtnemer, waardoor aangenomen of overgenomen werkzaamheden uitgevoerd worden door arbeidskrachten in dienst van een ander bedrijf. De opdrachtnemer heeft leiding en toezicht over de arbeidskrachten waardoor er geen sprake is van terbeschikkingstelling (uitzending) van arbeidskrachten en de Waadi niet van toepassing is. Zie Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2019a, p. 28.

92 Zie Walz, Frouws & Grijpstra 2010, p. 26.

tienduizenden euro's per jaar kan zijn per individuele werkende die op basis van een van deze constructies werkt.⁹³

De (schijn)constructies die steeds terugkomen, in zowel de rapportages van de Inspectie als de jurisprudentie, zijn verwerkt in een typologie die is weergegeven in tabel 3.1 ter afsluiting van de paragrafen 3.5 en 3.6.

De typologie heeft enerzijds als functie de complexe materie en vele verschijningsvormen van (schijn)constructies te vereenvoudigen en terug te brengen tot de constructies die steeds terugkomen.

Anderzijds wordt de typologie gebruikt als leidraad. In de diverse hoofdstukken wordt naar deze typologie verwezen als het gaat om in dit onderzoek geconstateerde constructies. Op die manier wordt op eenvoudige wijze duidelijk in hoeverre de in de typologie benoemde constructies zich manifesteren in het dagelijkse werk van internationale vrachtwagenchauffeurs.

3.5.2 Concrete voorbeelden constructies

In 2016 noemt de Inspectie negen voorbeelden van door haar aangetroffen en aangepakte schijnconstructies waaronder constructies met vennoten en schijn-zzp-ers.⁹⁴ In het eerste geval ging het om vennoten van een onderneming die feitelijk onderbetaalde werknemers waren. Het tweede geval ging ook om verhuilde werknemers, in dit geval chauffeurs werkzaam als zzp-ers bij een transportbedrijf.⁹⁵ In het kader van cao-nalevingsonderzoek constateerde de Inspectie bij een Nederlandse scheepswerf dat daar sprake was van transnationale (schijn)detachering. De daar werkzame Roemenen waren zogenaamd tijdelijk gedetacheerd, maar werkten bij die scheepswerf al vijf tot tien jaar op basis van Roemeense arbeidsvoorwaarden.⁹⁶ Een typisch voorbeeld van een constructie die het gewoonlijk werkland, in dit geval Nederland, verhuult met als doel besparen op loonkosten.

In 2017 kwam de Inspectie een constructie op het spoor waarbij een kweker als opdrachtgever het oogsten en andere werkzaamheden had uitbesteed aan een buitenlandse opdrachtnemer. Deze op Cyprus geregistreerde *Limited* verloonde ook de werknemers. Welke constructie dit is volgens de Inspectie wordt niet duidelijk.⁹⁷ In dit geval kan het gaan om transnationale schijndetachering van arbeidskrachten bij de Nederlandse kweker via een door de kweker opgerichte (postbus)onderneming in Cyprus. Cyprus is een van de 'goedkope' EU-landen die door Nederlandse ondernemingen wordt gebruikt

93 Inspectie SZW 2017, p. 26.

94 Zie over de inzet van intra-EU-arbeidskrachten als schijnzelfstandigen ook Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (H.G.J. Kamp) van 14 april 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 29407, 118, p. 11-12.

95 Inspectie SZW 2017, p. 25-36.

96 Inspectie SZW 2017, p. 25-27.

97 Inspectie SZW 2018, p. 35.

om daar een postbus c.q. dochteronderneming op te richten en gebruik te maken van de bij die onderneming tewerkgestelde werknemers op basis van Cypriotische arbeidsvoorwaarden. Zowel het Cypriotische loon als de in Cyprus betaalde socialezekerheidsbijdragen zijn voordeliger voor de Nederlandse werkgever wat het gebruik van deze constructie om het Nederlandse duurdere arbeidsrecht te omzeilen, verklaart. De betaling van socialezekerheidsbijdragen in Cyprus moet blijken uit een zogenaamde A1-verklaring die is afgegeven door de betreffende instantie in Cyprus. Ook als de A1-verklaring ten onrechte is afgegeven moet deze door het gastland, hier Nederland, worden geaccepteerd.⁹⁸ Als het werk uitbesteed was aan een Nederlandse opdrachtnemer zou sprake kunnen zijn van oneigenlijk gebruik van *contracting*. Dat is het geval als in werkelijkheid arbeidskrachten ter beschikking worden gesteld en de opdrachtgever leiding en toezicht heeft over deze arbeidskrachten. De arbeidskrachten hebben dan recht op het inlenersloon van de opdrachtgever en dat is vaak meer dan op basis van *contracting* wordt betaald.⁹⁹

Vanzelfsprekend is er niet altijd sprake van oneigenlijk gebruik van *contracting* zoals in het laatste (fictieve) voorbeeld. Zoals ook de Inspectie aangeeft is *contracting* een op zich legale constructie waarbij een werkgever of opdrachtgever een deel van het productieproces uitbesteedt aan bijvoorbeeld een uitzendbureau of een ander bedrijf als aanneming van werk of als overeenkomst van opdracht. De *contractor* (opdrachtnemer) levert arbeid en heeft ook de leiding en het toezicht en is zelf verantwoordelijk voor de productie en winst of verlies. Dit betekent dat er geen sprake is van terbeschikkingstelling (uitzending) van arbeidskrachten. In die situatie is de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) niet van toepassing en vallen de werknemers niet onder de cao van de opdrachtgever en ook niet onder enige uitzend-cao.¹⁰⁰ Niet valt in te zien wat er op tegen is als een bedrijf gebruikmaakt van deze constructie om arbeidskosten te besparen.

Andere voorbeelden van door de Inspectie opgespoorde schijnconstructies betreffen het verhullen van werknemerschap door het inzetten (en onderbetalen) van arbeidskrachten in hoedanigheid van respectievelijk schijnzelfstandigen, stagiairs en vennoten. Ook werd onderbetaling van drie tijdelijk naar Nederland gedetacheerde werknemers van een Tsjechisch bedrijf geconstateerd.¹⁰¹ De in de praktijk aangetroffen door (malafide) werkgevers opgetuig-

98 Zie ook Even & Zwanenburg 2017, p. 186 en <https://www.awvn.nl/publicaties/achtergrond/a1-verklaring/>.

99 Ook in 2018 was oneigenlijke *contracting* onderwerp van onderzoek door de Inspectie. Zie daarover Inspectie SZW 2018a en Inspectie SZW 2019, p. 57-59.

100 Inspectie SZW 2017a, p. 11; Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2019a, p. 28.

101 Inspectie SZW 2018, p. 11, p. 12, p. 35. Zie Inspectie SZW 2018, p. 70 over het gebruik in de transportsector van – niet nader toegelichte – constructies gericht op het minimaliseren van kosten.

de constructies, met als doel onderbetaling¹⁰² van hun (tijdelijke) werknemers, zijn divers. Voorbeelden daarvan zijn alternatieve loonstroken, contante terugbetaling van het giraal betaalde wettelijke loon, contante uitbetaling van loon in combinatie met vervalste kwitanties (loon klopt wel, maar de geleverde werkuren niet) en schijnzelfstandigheid. Ook constructies waarbij misbruik gemaakt wordt van de Detacheringsrichtlijn met ten onrechte afgegeven A1-verklaringen worden door de Inspectie in de praktijk aangetroffen.^{103/104}

In 2018 constateerde de Inspectie dat Roemeense, Poolse en Hongaarse arbeidskrachten niet (volledig) werden betaald conform het op hen toepasselijke Nederlandse arbeidsrecht. De constructies op basis waarvan werd gewerkt, waren transnationale (schijn)detachering en de inzet door een Nederlands transportbedrijf van Polen via een Poolse vestiging tegen een Pools loon. In deze twee gevallen was er sprake van een constructie die het gewoonlijk werkland, in beide gevallen Nederland, verhulde. Een derde constructie die werd toegepast was bewust te lage inschaling van uitzendkrachten door een uitzendbureau met onderbetaling als gevolg.^{105/106}

In 2019 kwam de Inspectie een postbusonderneming gevestigd in Kroatië op het spoor. Via deze onderneming, die geen enkele economische activiteit ontplooidde, werden Kroatische arbeidskrachten tewerkgesteld op grote bouwprojecten in Nederland en België. Via deze postbusconstructie wilde de betreffende onderneming de schijn opwekken dat sprake was van grensoverschrijdende detachering – wat dus niet zo was. Bovendien hadden deze arbeidskrachten ook niet de toentertijd nog benodigde werkvergunningen om in de EU te mogen werken. Ook werd onderbetaling van arbeidskrachten geconstateerd door het niet-toepassen van een cao of de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (Wml) en door het tewerkstellen van arbeidskrachten via *contracting*. Hetzelfde gevolg werd bereikt door constructies toe te passen

102 Zie over onderbetaling door onder meer inhoudingen op het loon voor huisvestingskosten en inhoudingen voor boetes (voor bijvoorbeeld het niet op tijd buiten zetten van vuilnis) ook Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (H.G.J. Kamp) van 14 april 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 29407, 118, p. 13.

103 Zie over misbruik A1 verklaringen ook Cremers 2014; Cremers 2014b; Even & Zwanenburg 2017; Houwerzijl 2015b; Morsa 2015. Zie ook <https://www.fnv.nl/getmedia/a8f1d474-09d8-473c-a81a-7fe6de7612af/Factsheet-A1-verklaring.pdf>

104 Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2017a, p. 11-13; Inspectie SZW 2018a; Inspectie SZW 2020, p. 68- 70; zie ook Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (W. Koolmees) van 21 juni 2019, 2019-0000088595, p. 2.

105 Zie over toegepaste constructies in de uitzendbranche specifiek Walz, Frouws & Grijpstra 2010, p. 22-30. Zie over de inzet van malafide uitzendbureaus bij de tewerkstelling in Nederland van intra-EU-arbeidskrachten ook Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (H.G.J. Kamp) van 14 april 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 29407, 118, p. 9-11.

106 Inspectie SZW 2019, p. 59 en p. 61. Het voorbeeld op p. 61 van onderbetaling van Poolse arbeidskrachten wordt ook genoemd in Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2018a, p. 12; zie <https://www.nlarbeidsinspectie.nl/publicaties/rapporten/2018/06/15/aanpak-schijnconstructies-en-cao-naleving-2014-2018>.

waarbij werknemers tewerkgesteld werden in hoedanigheid van schijnzelfstandigen of vennoten.¹⁰⁷ Deze laatste constructie werd door de Inspectie ook in 2020 geconstateerd. Het ging in die casus om twee schoonmaaksters die als zelfstandigen zouden opereren en om die reden van elk gewerkt uur een bedrag aan bemiddelingskosten aan de bemiddelaar (in dit geval een platform) moesten afstaan. In feite bleek sprake te zijn van een werknemer-werkgeverrelatie en waren de schoonmaaksters schijnzelfstandigen die recht hadden op nabetaling van achterstallig loon door de ‘werkgever’.¹⁰⁸

3.5.3 Tussenconclusie

In de diverse rapportages komt duidelijk tot uiting dat (schijn)constructies vluchtig, veranderlijk en complex zijn en zich in vele vormen manifesteren. Zoals ook in paragraaf 3.1.1 geconstateerd, ontbreekt bij de Inspectie een consistente definitie van het begrip ‘schijnconstructie’ evenals een duidelijke afbakening tussen de diverse soorten. De rode draad in de meeste constructies die door de Inspectie worden benoemd, is hun doel: besparen op (loon)kosten. Werkgevers passen deze constructies dus toe voor hun financieel gewin. Uit de door de Inspectie gehanteerde definities blijkt dat het daarbij kan gaan om constructies waarbij werkgevers wet- en regelgeving omzeilen, maar ook om legale constructies of constructies waarbij een werkgever de randen van de wet opzoekt.¹⁰⁹ De Inspectie gooit al deze soorten op één hoop en acht ze allemaal onwenselijk. De vraag is of dat terecht is.

Op deze soort constructies waar alleen de werkgever voordeel van heeft, zijn ook uitzonderingen waarbij sprake is van samenspanning tussen werkgever en werknemer en beiden voordeel hebben van de constructie. Een voorbeeld daarvan is het gefingeerde dienstverband dat ook door de Inspectie gezien wordt gezien als een “specifieke vorm van schijnconstructie”.¹¹⁰ In dit onderzoek wordt aan dergelijke constructies geen aandacht besteed en gaat het om constructies waarvan de (intra-EU-)arbeidskracht (financieel) de dupe is. Dát soort constructies komen in de Inspectierapporten ruimschoots aan bod en het is duidelijk dat werkgevers de ruimte benutten die wordt geboden door zowel de diverse contractvormen in het Nederlandse arbeidsrecht als het Europeesrechtelijke (al dan niet in combinatie met het ipr) wettelijke kader en het gebruik van (schijn)constructies niet uit de weg gaan.

107 Inspectie SZW 2020, p. 77-80; Inspectie SZW 2019a, p. 26-30.

108 Inspectie SZW 2021, p. 96.

109 Zie voor de diverse door de Inspectie gebruikte definities: Inspectie SZW 2017, p. 11; Inspectie SZW 2017a, p. 11; Inspectie SZW 2018, p. 35; Inspectie SZW 2018a, eerste pagina; Inspectie SZW 2019, p. 56; Inspectie SZW 2019a, p. 25; Inspectie p. 77; Inspectie SZW 2021, p. 95. Zie over de definitie kwestie ook Even & Zwanenburg 2017.

110 Zie onder meer Inspectie SZW 2018a en Inspectie SZW 2018, p. 35.

Niet altijd worden de op het spoor gekomen (schijn)constructies benoemd en uitgelegd. Volstaan wordt met de enkele opmerking dat (schijn)constructies zijn geconstateerd. Daarnaast valt op dat lang niet alle onderzochte constructies van concrete voorbeelden worden voorzien. Het blijft daarom onduidelijk wat de uitkomst is van de vele onderzoeken naar (schijn)constructies. Welke (schijn)constructies worden er feitelijk door werkgevers gebruikt? Dat laatste – in de rapportages ontbrekende – gegeven is van belang om de werkelijke aard en omvang van het probleem te kunnen bepalen.

Ondanks deze gebreken is er een aantal constructies te noemen dat hardnekkig is en steeds terugkomt. Voorkomen c.q. bestrijden van deze constructies is kennelijk zonder succes. Redenen daarvoor kunnen verschillend zijn. Het kan gaan om constructies die door de betrokkenen niet als problematisch worden ervaren. Ook kunnen het complexe grensoverschrijdende constructies zijn die moeilijk te onthullen zijn en waarbij handhavingsproblemen een rol spelen. Ten slotte kan het gebrek aan klachten van arbeidskrachten over bepaalde constructies ertoe leiden dat deze ongebreideld voort kunnen bestaan. Of de bij die steeds terugkomende constructies betrokken arbeidskrachten al dan niet intra-EU-arbeidskrachten zijn, wordt in de literatuur niet altijd vermeld. Wel is aannemelijk dat in de meeste gevallen kwetsbare arbeidskrachten uit Oost- en Midden-Europa ‘slachtoffer’ van (schijn)constructies zijn. Zij spreken de taal niet, kennen het rechtssysteem niet en zijn makkelijk inwisselbaar voor een andere arbeidskracht uit een goedkope lidstaat. Snel klagen over een voor hen nadelige arbeidssituatie zullen zij dus niet.¹¹¹ Bovendien blijkt uit de in de rapportages genoemde concrete voorbeelden van gebruikte constructies dat het merendeel van de arbeidskrachten inderdaad uit een Oost-Europese lidstaat afkomstig is.

3.6 JURISPRUDENTIE INTRA-EU-ARBEIDSKRACHTEN WERKZAAM IN NEDERLAND: HOE GAAT DE RECHTER OM MET (SCHIJN)CONSTRUCTIES?

Zoals ook blijkt uit de Inspectierapportages gebruiken werkgevers geregeld allerlei (schijn)constructies om het dwingende arbeidsrecht en/of cao bepalingen te omzeilen. De toepassing van een arbeidsrechtelijk stelsel van een goedkoper (Oost-Europees) land levert voor werkgevers een financieel voordeel op dat zij niet onbenut laten. Datzelfde geldt voor een constructie die de feitelijke – vaak duurdere – arbeidsrelatie verhuult. De voor hen werkzame intra-EU-arbeidskrachten zijn hiervan de dupe als vaststaat dat zij door de gebruikte constructie minder loon krijgen dan waar zij bij toepassing van de juiste regelgeving recht op hebben.

Als gezegd, ligt het niet voor de hand dat deze arbeidskrachten snel zullen klagen over hun werksituatie, laat staan dat zij naar de rechter stappen. Een

111 Zie in dezelfde zin Walz, Frouws & Grijpstra 2010, p. 30 en Inspectie SZW 2017a, p. 13.

klein deel, al dan niet op initiatief van een vakbond of andere belangenbehartiger, wendde zich wel tot de rechter met vragen over de constructie en de daaruit voortvloeiende arbeidsvoorwaarden op basis waarvan zij werkten.

De derde onderzoeksvraag ‘Hoe gaat de rechter in Nederland om met (schijn)constructies?’ wordt beantwoord aan de hand van de analyse van een aantal casus waarin vier verschillende constructies aan de orde komen.

Bij elke constructie die de rechter moest beoordelen spelen de volgende juridische vragen afzonderlijk dan wel in combinatie met elkaar een rol.

1. Hoe moet de arbeidsrelatie worden gekwalificeerd?
2. Wat is het toepasselijke recht en het gewoonlijk werkland?
3. Is er al dan niet sprake van tijdelijk werk in een ander land dan het gewoonlijk werkland in de zin van de Detacheringsrichtlijn? Bij deze vraag moet de rechter soms ook beoordelen in of de betrokken buitenlandse firma's wezenlijke activiteiten verrichten.

Bij elke soort constructie die uit de jurisprudentie naar voren komt, moest de rechter een of meer van deze vragen beantwoorden om te kunnen oordelen of al dan niet sprake was van een (schijn)constructie.

3.6.1 Soorten constructies in de rechtspraak

3.6.1.1 *Type 1 Contracting (tewerkstelling op basis van overeenkomst van opdracht of (onder)aanneming van werk)*

Voor al Oost-Europeanen worden door Nederlandse bedrijven veel aan het werk gezet op basis van (onder)aannemovereenkomsten of overeenkomsten van opdracht. Deze constructie (ook wel (sub)contracting genoemd) wordt gebruikt om te verdoezelen wat de eigenlijke arbeidsrelatie is en wie de feitelijke werkgever is. Doel is weer het besparen op loonkosten door omzeiling van Nederlandse arbeidsregelgeving.

In één zaak werden Roemeense arbeidskrachten in dienst van een Cypriotische onderneming (BMS) ingezet op basis van aanneming van werk door twee scheepsbouw- en reparatiebedrijven Waterhuizen en Shipyard. Het werk vond plaats op de werf in Nederland.¹¹² In deze zaak gaat het om de kwalificatie van de arbeidsrelatie: is er daadwerkelijk sprake van een aanneemovereenkomst of verhuurt deze de eigenlijke uitzendovereenkomst met als doel ontduiking van de toepasselijke Nederlandse cao? Na een holistische weging van alle feiten en omstandigheden oordeelde de rechter dat de Roemeense werklie-

¹¹² Rb. Noord-Nederland 4 maart 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:1076, RAR 2015/129; zie ook <https://www.volkskrant.nl/economie/-volstrekt-malafide-praktijken-op-nederlandse-scheepswerven-a4257198/> en <http://www.totaaltrans.nl/fnv-overweegt-stappen-tegen-groningen-shipyard/>

den door BMS aan de Nederlandse bedrijven ter beschikking zijn gesteld en uitzendkrachten zijn als bedoeld in artikel 7:690 BW. Op grond hiervan achtte de rechter de cao Metalelektro – en dus Nederlands recht – onverkort van toepassing op de Roemenen.¹¹³ De door de Nederlandse scheepsbouwers gebruikte constructie die tot onderbetaling van de Roemeense arbeidskrachten leidde, werd door de rechter onthuld. Opmerkelijk aan deze uitspraak is dat de rechter niet motiveert op basis van welke regeling (Rome I of de Detacheringsrichtlijn) hij tot de toepasselijkheid van Nederlands recht komt. Onduidelijk is of de Roemenen een gewoonlijk werkland hebben waar zij na deze detachering terugkeren. Het lijkt er meer op dat verschillende detacheringen elkaar opvolgen en de Detacheringsrichtlijn niet van toepassing is. In dat geval zou Nederland als gewoonlijk werkland op basis van Rome I bestempeld moeten worden wat zou leiden tot onverkorte toepassing van het Nederlandse arbeidsrecht.

Ook in twee andere zaken werkten arbeidskrachten van Oost-Europese afkomst op papier op basis van aanneming van werk. Na de vereiste kwalificatie van de arbeidsrelatie oordeelde de rechter dat de arbeidskrachten in werkelijkheid werkzaam waren op basis van een uitzendovereenkomst en recht hadden op loon conform de cao voor uitzendkrachten.¹¹⁴ In een van die zaken overweegt het Hof letterlijk dat de aanneemovereenkomsten “in strijd met de werkelijke arbeidsrelatie” zijn en neemt daarbij in aanmerking “dat het gaat om personen van (...) Oost-Europese afkomst, die vaak bereid zijn om te werken voor een (voor de Nederlandse verhoudingen) lage beloning (...).”¹¹⁵

3.6.1.2 Type 2a Werken in Nederland via (postbus)bedrijven in het buitenland

Een tweede constructie die gebruikt wordt door Nederlandse (transport)bedrijven is het op basis van onderaannemingsovereenkomsten (ook charterovereenkomsten genoemd) of overeenkomsten van opdracht inzetten van intra-EU-chauffeurs in dienst van een bedrijf gevestigd elders in de EU. De rechter moet in die zaken de vraag beantwoorden in hoeverre bij uitbesteding door een Nederlands transportbedrijf aan (gelieerde) elders in de EU gevestigde transportbedrijven sprake is van tijdelijk in Nederland verrichtte transportwerkzaamheden in de zin van de Detacheringsrichtlijn. In dat verband komt ook altijd de vraag aan de orde of de arbeidskrachten een gewoonlijk werkland (Rome I) hebben. Bij deze *contracting*-constructie zal de rechter soms ook de

113 Rb. Noord-Nederland 4 maart 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:1076, r.o. 10, r.o. 11 en r.o. 12, RAR 2015/129.

114 Hof Den Bosch 4 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2369; Hof Den Bosch 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4353, JAR 2015/10, m.nt. J.P.H. Zwemmer; zie ook Verburg 2017, p. 102; zie ook Zwemmer 2014, 1 en 5.

115 Hof Den Bosch 4 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2369, r.o. 2.5.

hoedanigheid van de voor de uitvoering van het werk ingezette buitenlandse firma's moeten beoordelen. De vrijheid van vestiging maakt de oprichting van goedkope buitenlandse postbusfirma's, met het enkele doel Nederlandse arbeidsregels te omzeilen, erg eenvoudig.

3.6.1.2.1 *Aanspraak op charterbepalingen in cao's*

In een aantal zaken ging het erom of intra-EU-arbeidskrachten aanspraak kunnen maken op Nederlandse arbeidsvoorwaarden ingevolge charterbepalingen in cao's.¹¹⁶ Als uit de feitelijke omstandigheden blijkt dat de gelieerde transportbedrijven wezenlijke activiteiten verrichten (en dus geen postbusfirma's zijn) en geen sprake is van tijdelijke arbeid van de chauffeurs in Nederland, dan kan geen beroep gedaan worden op naleving van de charterbepalingen.¹¹⁷ Alleen als Nederland wél aangemerkt kan worden als tijdelijk werkland – en de Detacheringsrichtlijn dus van toepassing is – wordt beroep op naleving van de charterbepalingen door de rechter gehonoreerd.¹¹⁸ De arbeidskrachten hebben dan recht op – in dit geval Nederlandse – harde kernarbeidsvoorwaarden zoals bepaald in artikel 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn.

3.6.1.2.2 *Verhullen gewoonlijk werkland*

In een andere zaak ging het om Hongaren woonachtig in Hongarije die als internationaal vrachtwagenchauffeur werkten in dienst van een Hongaars transportbedrijf (Silo-Tank Kft) en in opdracht van een Nederlands zustertransportbedrijf internationaal transport verrichtten.

De kantonrechter verklaarde op grond van artikel 8 Rome I (Nederland is het gewoonlijk werkland) Nederlands recht van toepassing op de arbeidsovereenkomst. Vervolgens oordeelde de kantonrechter dat de uitgevoerde transporten in ieder geval zijn onder te brengen bij het geval als omschreven in artikel 1 lid 3 onder a Detacheringsrichtlijn. Met de gebruikte invliegcon-

116 De charterbepaling houdt in dat de werkgever gehouden is in overeenkomsten van onderaanneming die in of vanuit de Nederlandse vestiging worden uitgevoerd, te bedingen dat de onderaannemers de basisvoorwaarden van de cao zullen toekennen wanneer dat voortvloeit uit de Detacheringsrichtlijn ook als is gekozen voor het recht van een ander land dan Nederland. De charterbepalingen zijn opgenomen in respectievelijk artikel 44 cao Beroepsgoederenvervoer Nederland en artikel 73 cao Beroepsgoederenvervoer.

117 Zie Hof Arnhem Leeuwarden 17 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3792, r.o. 5.20. JAR 2016/147, m.nt. E.J.A. Franssen; Hof Den Bosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1873.

118 Hof Den Bosch 24 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2011, r.o. 3.23. en r.o. 3.28. JAR 2016/163, m.nt. F.G. Laagland. In haar noot bij het arrest bekritiseert Laagland de uitspraak. Zij is van mening dat aan het oordeel van het Hof niet te veel gewicht moet worden toegekend. Het oordeel is namelijk gebaseerd op de door het Nederlandse transportbedrijf nauwelijks weersproken stellingen van de FNV, die de zaak aanhangig maakte. Voorts valt uit de uitspraak niet op te maken waarom het Hof Nederland als het tijdelijke werkland en niet als het gewoonlijke werkland aanmerkte.

structie kan niet worden voorkomen dat Nederlandse (harde-kern)arbeidsvoorwaarden moeten worden toegepast op de Hongaarse chauffeurs.¹¹⁹

Het Hof Den Bosch maakte in hoger beroep korte metten met deze uitspraak en ging niet mee in het oordeel van de kantonrechter dat de Hongaren recht hadden op Nederlands loon.¹²⁰ Volgens het Hof is niet gebleken dat de betreffende chauffeurs hun arbeid tijdelijk in Nederland verrichtten. Om die reden is de Detacheringsrichtlijn niet van toepassing. Nederland is ook niet te beschouwen als hun gewone werkland. Er bestond geen verplichting de chauffeurs op basis van Nederlandse arbeidsvoorwaarden te belonen.

De kantonrechter sloeg inderdaad de plank mis. Gelet op de samenhang tussen Rome I en de Detacheringsrichtlijn is het niet mogelijk te oordelen dat Nederland het gewoonlijk werkland is op grond van Rome I en tegelijkertijd te bepalen dat de werknemers op grond van de Detacheringsrichtlijn aanspraak kunnen maken op de harde-kernarbeidsvoorwaarden in het tijdelijke werkland. De essentie van de Detacheringsrichtlijn is dat voor de toepasselijkheid van de richtlijn het gewoonlijke werkland en het tijdelijke werkland niet hetzelfde kunnen zijn.¹²¹

Tegen het arrest van het Hof hebben de Hongaarse chauffeurs cassatieberoep ingesteld. Op 23 november 2018 verwees de Hoge Raad de zaak terug naar het Hof Arnhem-Leeuwarden om opnieuw te onderzoeken of Hongarije dan wel Nederland het gewoonlijk werkland is om de vraag naar het toepasselijke recht te kunnen beantwoorden. De Hoge Raad oordeelde dat het Hof Den Bosch verzuimde “elk van de gezichtspunten te betrekken die volgens het HvJ EU met name in aanmerking moeten worden genomen” (o. 3.5.2). De Hoge Raad doelt hiermee op de criteria genoemd in het arrest *Koelzsch* aan de hand waarvan bepaald moet worden wat het gewoonlijk werkland (ex artikel 8 Rome I) van een internationale vrachtwagenchauffeur is. Volgens de Hoge Raad moeten deze criteria strikt worden gevolgd.¹²² Op 27 juli 2021 deed het Hof Arnhem-Leeuwarden uitspraak in deze zaak.¹²³ Zie voor een bespreking van dat vonnis hoofdstuk 4 onder ‘jurisprudentie’.

119 Rb. Oost-Brabant 8 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:18, RAR 2015/46.

120 Hof Den Bosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1874. Zie over deze zaak ook Even & Zwanenburg 2017, p. 196.

121 Kullmann 2015, p. 207.

122 HR 23 november 2018. ECLI:NL:HR:2018:2165; Zwanenburg & Van Overbeeke 2021, p. 23. Zie voor een verwante uitspraak HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2174; in deze zaak aangespannen door FNV Bondgenoten als belangenbehartiger van Hongaarse en Duitse vrachtwagenchauffeurs stelde de Hoge Raad prejudiciële vragen aan het Hof over de toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn op vrachtwagenchauffeurs werkzaam in het internationale wegvervoer. Zie over deze zaak ook Van Overbeeke 2019, p. 15-16 en Van Overbeeke 2019a, p. 93-95. Zie specifiek over de transportsector en deze jurisprudentie hoofdstuk 4 van dit proefschrift.

123 Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7206, JAR 2021/212, m.nt. E.J.A. Franssen (*Hongaarse werknemers/Silo-Tank*).

In de zaak Nico Mooy komt toetsing aan de criteria genoemd in *Koelzsch* ook aan de orde. In dat geval koos de werkgever (Nico Mooy) voor de toepassing van Pools recht op chauffeurs die via de Poolse vennootschap Nico Mooy (Mooy Polen) als uitzendkrachten ter beschikking waren gesteld aan de Nederlandse tak van het bedrijf Mooy NL. Na toetsing aan de *Koelzsch*-criteria oordeelt de rechter dat de chauffeurs hun werkzaamheden voornamelijk in Nederland uitoefenen. Dat betekent dat, ondanks de keuze voor Pools recht, alle dwingende Nederlandse arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn (Rome I).¹²⁴ Ook in deze zaak komt het faciliterende karakter van de vrijheid van vestiging tot uitdrukking. Het is niet ondenkbaar dat Mooy Polen is opgericht om aan Mooy NL goedkope Poolse arbeidskrachten te leveren die het werk uitvoeren in de plaats van Nederlandse chauffeurs die bij Mooy NL in dienst waren. Bij Mooy NL was ten tijde van de rechtszaak nog maar één werknemer in dienst. Ook door deze (het gewoonlijk werkland verhullende) constructie prikt de rechter heen.

3.6.1.3 Type 3 Transnationale (schijn)detachering

Een derde constructie die werkgevers toepassen om onder betaling van het hogere Nederlandse loon uit te komen is door te sjoemelen met de regels die gelden bij internationale detachering. Een simpele door werkgevers gebruikte manier is bijvoorbeeld te kiezen voor Pools recht en dat van toepassing te verklaren op de arbeidsovereenkomsten van de intra-EU-arbeidskrachten waar ze gebruik van maken. Op die manier wordt getracht betaling van het Nederlandse (minimum)loon te omzeilen en worden de werknemers onderbetaald op basis van het goedkopere gekozen recht.

Deze constructie werd gebruikt door een Poolse werkgever bij de detachering van 800 werknemers in Nederland voor bouwwerkzaamheden aan de energiecentrale van Essent in de Eemshaven. De vraag die de rechter moest beantwoorden was of sprake was van tijdelijke detachering in Nederland in de zin van de Detacheringsrichtlijn. De rechter bepaalde dat daar sprake van was en achtte de Detacheringsrichtlijn van toepassing. Via die weg was dus Nederlands recht van toepassing op de werknemers en hadden zij recht op de Nederlandse harde-kernarbeidsvoorwaarden (artikel 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn).¹²⁵ Ook in deze zaak nam de rechter de kwetsbare positie van deze arbeidskrachten in aanmerking (o. 5.19):

124 Hof Den Bosch 28 mei 2013 ECLI:NL:GHSHE:2013:CA1457, *JAR* 2013/159, m.nt. E.J.A. Franssen. Zie voor de uitspraak in eerst aanleg Rb. Roermond (kantonrechter) 10 augustus 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BR4863, *RAR* 2011/156; *JAR* 2011/234; *TRA* 2011/95, m.nt. K. Boonstra.

125 Rb. Groningen 5 oktober 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BX9234.

“(...) de onderhavige groep werknemers uit Polen een kwetsbare groep is. Zij werken in een vreemd land, waar ze de taal en regelgeving niet kennen. (...) is het aannemelijk dat bang zijn dat hun contract niet verlengd wordt indien zij tegen hun loon protesteren.”¹²⁶

Een andere door werkgevers gebruikte constructie om aan alle Nederlandse arbeidsregels te ontkomen is te doen *alsof* er sprake is van detachering in de zin van de Detacheringsrichtlijn. In feite blijkt geen sprake te zijn van tijdelijk werk in Nederland en is Nederland het gewoonlijk werkland (artikel 8 lid 2 Rome I). Dit brengt mee dat op de intra-EU-arbeidskrachten het Nederlandse arbeidsrecht volledig van kracht is. Deze schijndetacheringsconstructie werd gebruikt bij de inzet van Portugese en Ierse werknemers door het buitenlandse uitzendbureau Rimec voor de bouw van de Koning Willem Alexander tunnel (A2-project Maastricht). Ook in deze zaak moest de rechter zich buigen over de vraag naar het toepasselijke recht. De rechter antwoordde deze vraag op basis van artikel 8 lid 1 en 2 Rome I en kwam tot de conclusie dat geen sprake was van tijdelijk werk in een ander land dan het gewoonlijk werkland. Het werk werd steeds in Nederland verricht en dus was (dwingend) Nederlands recht van toepassing op de Poolse en Portugese arbeidskrachten. Zij hebben recht op in ieder geval dezelfde arbeidsvoorwaarden als de werknemers die in dienst zijn bij Strukton en Ballast Nedam.¹²⁷

Het meest opvallende aan deze constructie is dat de werknemers geen gewoonlijk werkland hebben waar ze naar terugkeren en waarop de ‘detachering’ een uitzondering is. Hun gewoontelijke steeds tijdelijke werk bestond uit elkaar opvolgende detacheringen. Op zo’n arbeidsrelatie is de Detacheringsrichtlijn uitdrukkelijk *niet* van toepassing.

126 Rb. Groningen 5 oktober 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BX9234, r.o. 5.19.

127 Rb. Midden-Nederland 22 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5393, r.o. 5.12-r.o. 5.26, JAR 2015/203, m.nt. E.J.A. Franssen. Uit het vonnis blijkt dat de naam van Rimec Ltd. gewijzigd is in Mecra Ltd. Om verwarring te voorkomen wordt in dit stuk de naam Rimec Ltd. gebruikt; zie ook over de *Rimec*-casus: Houwerzijl 2015b, p. 82-84; Houwerzijl 2021, p. 129-130. Zie voor twee eerdere uitspraken in de *Rimec*-kwestie: Rb. Midden-Nederland 11 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:6250; Rb. Midden-Nederland 18 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1752, RAR 2015/94. De rechter zonderde van deze veroordeling uit de Portugese werknemers die in een vaststellingsovereenkomst ex artikel 7:900 jo. 7:902 BW afstand deden van enige vordering uit hoofde van de cao Bouwnijverheid. De rechtbank oordeelde dat deze vaststellingsovereenkomst tot stand kwam na het vonnis in kort geding van 11 december 2013 en er inderdaad toe strekte een eind te maken aan de onzekerheid die het geschil in 2013 tussen Rimec en cao nalevingsinstantie TBB in het leven riep. Een dergelijke vaststellingsovereenkomst is geldig ook als deze in strijd is met dwingend recht. Van strijd met de goede zeden of openbare orde bleek de rechtbank niet. Dit roept nog steeds de vraag op of deze werknemers vrijwillig deze vaststellingsovereenkomst tekenden of dat zij daartoe gedwongen werden. In de uitspraak worden de omstandigheden waaronder deze overeenkomst tot stand kwam niet geconcretiseerd.

3.6.1.4 Type 4 Verrekenen kosten met loon

Een door werkgevers veel gebruikte en door het Ministerie van SZW bestreden praktijk is het verrekenen van premies ziektekosten en kosten voor inwoning met het loon van werknemers. Deze praktijk werd vaak toegepast op in Nederland – al dan niet tijdelijk – werkzame intra-EU-arbeidskrachten. Deze verrekening is een (schijn)constructie die voor de werkgever een kostenvoordeel oplevert en de inzet van buitenlandse arbeidskrachten lucratiever maakt dan de inzet van Nederlandse arbeidskrachten. Tot 1 januari 2017 is deze verrekening talloze malen door de (hoogste) rechter goedgekeurd.¹²⁸ In alle zaken betrof het intra-EU-arbeidskrachten.

Op 1 januari 2017 is het verbod op verrekeningen en inhoudingen op het minimumloon in werking getreden.¹²⁹ Dit verbod is geregeld in de Was. Op dit verbod gelden wel uitzonderingen. Inhoudingen op kosten voor huisvesting en zorgverzekering zijn mogelijk, wanneer de werknemer hiervoor een schriftelijke volmacht verleent aan de werkgever. Voor huisvesting geldt hierbij een maximum van 25% van het minimumloon. De huisvesting moet ook voldoen aan bepaalde vastgestelde kwaliteitsnormen. Voor inhouding van zorgverzekeringskosten moet een kopie van de zorgpolis overlegd worden, waarbij een maximum geldt van de geschatte gemiddelde premie.¹³⁰

Deze uitzonderingen gelden niet voor in het kader van het vrije verkeer van diensten gedetacheerde werknemers.¹³¹

3.6.1.5 Type 5 Constructies in uitzendwerk

Intra-EU-arbeidskrachten worden geregeld tewerkgesteld via in Nederland gevestigde uitzendbureaus. Zoals ook blijkt uit de onderzoeken naar (schijn)-constructies van de Inspectie wordt de uitzendsector gezien als risicosector als het gaat om de inzet van intra-EU-arbeidskrachten op basis van constructies

128 Gelet op het op 1 januari 2017 ingetreden verbod op deze verrekening volsta ik met een verwijzing naar deze uitspraken. Zie: Rb. Breda 8 juli 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BJ2299; Rb. Groningen 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BY0086, RAR 2013/9; Rb. Den Haag 11 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:16924; Rb. Gelderland 5 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6830, JAR 2015/286, m.nt. E.J.A. Franssen; RvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4062, JAR 2015/11, m.nt. J.P.H. Zwemmer (uitspraak in hoger beroep van Rb. Den Haag 11 december 2013); Hof Arnhem Leeuwarden 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8599, JAR 2016/279 (uitspraak in hoger beroep van Rb. Gelderland 5 november 2015).

129 Zie artikel 13 Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, *Stb.* 2023, 168.

130 Zie artikelen 2a en 2b Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag, *Stb.* 2022, 496.

131 Zie artikel 13 lid 2 jo. artikel 6 lid 1 sub e Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, *Stb.* 2022, 496. Zie ook *Kamerstukken II* 2016/17, 34573, p. 40-41; European Commission 2019, p. 24; HvJ EU, 12 februari 2015, C-396/13, r.o. 59, ECLI:EU:C:2015:86 (*Sähköalojen ammattiliitto*); Hof Leeuwarden 11 februari 2004, ECLI:NL:GHLEE:2004:AO3778, JAR 2004, 65 (*Bosschietter/Dembinska*).

met als doel onderbetaling van deze arbeidskrachten. In de onderzochte rechtspraak wordt dit beeld bevestigd.

In één zaak noemde het uitzendbureau zich ‘detacheringsbureau’ met als doel betaling van de Poolse arbeidskrachten op basis van de cao voor uitzendkrachten te omzeilen en dus goedkoper af te zijn. Daarbij gaat het uitzendbureau kennelijk uit van een evident verschil tussen uitzenden en detacheren waarbij detacheren niet voldoet aan het allocatievereiste en om die reden niet valt onder de werking van artikel 7:690 BW, maar onder een ‘verlicht arbeidsrechtelijk regime’. Over het vereiste van een allocatieve functie heerst verdeeldheid in de literatuur en de rechtspraak. Sommigen vinden dat detacheren niet voldoet aan het vereiste van constant zoeken naar de match tussen vraag en aanbod en dus niet onder de werking van artikel 7:690 BW valt. Anderen vinden dat ook andere driehoeksverhoudingen zoals detachering, uitlening, *contracting* en *payrolling*, wel onder de werking van artikel 7:690 vallen.¹³²

In deze zaak moest de rechter de arbeidsrelatie kwalificeren en onderzoeken of sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen het bureau en de arbeidskrachten. Sinds het arrest *Groen/Schoevers*¹³³ staat vast dat het bij die kwalificatie aankomt op de beoordeling van alle feiten en omstandigheden van het geval, in onderlinge samenhang bezien, waarbij niet één enkele omstandigheid doorslaggevend kan zijn. Daarbij is niet enkel van belang wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering aan de overeenkomst hebben gegeven, alsmede de maatschappelijke positie van partijen.¹³⁴ Bij deze zogenaamde holistische weging¹³⁵ van de gezamenlijke feiten en omstandigheden gaat wezen voor schijn. Dit betekent dat de feitelijke situatie bepalend is voor het antwoord op de vraag hoe een bepaalde arbeidsverhouding gekarakteriseerd moet worden.¹³⁶ Hoewel de bedoeling van partijen bij de beoordeling van de kwalificatievraag is genuanceerd in een recenter arrest van de Hoge Raad in

132 Zie hierover uitgebreid: Houweling e.a. 2015, p. 196-197.

133 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*).

134 Said 2017, p. 57-58.

135 Het hanteren van deze holistische benadering kan met zich brengen dat een bepaalde omstandigheid in een (iets) ander feitencomplex anders wordt beoordeeld, zodat het antwoord op de kwalificatievraag anders zal uitvallen. Illustratief hiervoor zijn de in 2015 en 2016 gewezen rechterlijke uitspraken in de *PostNL*-zaken. Het ging over de vraag of tussen PostNL en diverse pakketbezorgers een arbeidsovereenkomst bestond. De feiten in deze zaken waren in grote lijnen gelijk. Het betrof pakketbezorgers werkzaam voor PostNL op basis van een overeenkomst getiteld ‘vervoersovereenkomst’ die betaald werden per afgeleverd pakket door het indienen van een factuur via een *self billing*-systeem. Ondanks de onderlinge verwantschap werd in drie zaken geoordeeld dat sprake was van een vervoersovereenkomst en in acht gevallen dat sprake was van een arbeidsovereenkomst. Zie Said 2017, p. 63 en p. 65-86 voor een uitgebreide bespreking van de *PostNL*-uitspraken.

136 Loonstra & Zondag/Houweling e.a. I 2023, p. 179-209.

de zaak *X/Gemeente Amsterdam*¹³⁷ doet dat niets af aan de holistische weging. Bij de kwalificatie van een arbeidsrelatie gebeurt dat nog steeds. Uitgangspunt zal veelal zijn de vraag of een bepaalde arbeidsrelatie voldoet aan de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst ex artikelen 7:610 BW of 7:690 BW.¹³⁸ Als een bepaalde arbeidsrelatie gekwalificeerd wordt als arbeidsovereenkomst brengt dat tal van arbeidsrechtelijke rechten en plichten mee voor zowel de werknemer als de werkgever. In de regel zal de werknemer dan 'duurder' en zijn voor de werkgever en hun relatie 'duurzamer' dan wanneer geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. De rechter keek door de schijn heen en de onderneming werd aangemerkt als uitzendbureau die de Polen op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst had en gehouden was de betreffende cao na te leven.¹³⁹

Ook komt het voor dat uitzendbureaus simpelweg de cao structureel niet naleven als het gaat om de betaling van Oost-Europese werknemers.¹⁴⁰ In het aan het Hof Amsterdam voorgelegde geval ging het om een uitzendbureau voor louter Poolse uitzendkrachten. Vaststond dat sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen het uitzendbureau en haar uitzendkrachten. Onderzoek bij dit uitzendbureau wees echter uit dat zij de CAO Uitzendkrachten structureel niet naleefde en alle bij haar werkzame Polen onderbetaalde. De rechter veroordeelde het uitzendbureau tot alsnog nakoming van haar (loon)verplichtingen. Aannemelijk is dat het voor dit soort werkgevers aantrekkelijk is uitzendkrachten uit Oost-Europa in te zetten. Deze arbeidskrachten verkeren in een kwetsbare positie waardoor het voor het uitzendbureau eenvoudig is om misbruik van hen te maken. Niet alleen door een mogelijke taalbarrière, maar ook omdat deze werknemers niet bekend zijn met het Nederlandse arbeidsrecht welke rechtspositie zij hebben, laat staan dat zij deze positie geldend kunnen maken.¹⁴¹

3.6.1.6 Tussenconclusie

De rechter wordt geconfronteerd met verschillende soorten constructies op basis waarvan intra-EU-arbeidskrachten in Nederland arbeid verrichten. De complexiteit van deze kwesties komt tot uiting in een aantal uitspraken waaruit

137 HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746. Zie over dit arrest en de consequenties ervan uitgebreid Houweling, 2020; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. I 2023, p. 192-209; Said 2021; Verburg 2021.

138 Zie bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 24 november 1999, *JAR* 2000/19; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. I 2023, p. 186 en p. 266. De kantonrechter prikt in deze zaak door een schijnconstructie heen na de arbeidsrelatie te hebben getoetst aan onder meer de elementen 'gezag', 'loon' en 'persoonlijk verrichten van de werkzaamheden'.

139 Ktr. Amsterdam 28 november 2008, *JAR* 2009/23.

140 Hof Amsterdam 18 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BZ0127 (in deze zaak ging het om Poolse werknemers).

141 Zie over de preciaire positie van Poolse uitzendkrachten ook Rb. Groningen 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BY0086, r.o. 3.6.2., *RAR* 2013/9.

blijkt dat de rechter niet altijd beschikt over de benodigde kennis op bij voorbeeld ipr-gebied. Soms zijn de procedures ook erg lang – en dus kostbaar – doordat alle rechtsmiddelen benut worden. Voor de arbeidskrachten heeft dat als nadeel dat zij lang op hun achterstallige loon moeten wachten, wat heel vaak toch de inzet van de procedure is. Anderzijds zijn er ook uitspraken waarin de rechter wel op vakkundige wijze door een bepaalde constructie heen kijkt én blijk geeft van inlevingsvermogen in de kwetsbare positie van deze arbeidskrachten en die ook in zijn oordeel betreft.

Juist deze kwetsbaarheid van intra-EU-arbeidskrachten brengt mee dat diegenen die over hun arbeidssituatie procederen in de minderheid zijn. Daarbij komt dat elke arbeidssituatie verschillend en casuïstisch is en zelden zal leiden tot een uitspraak die voor een hele grote groep geldt. Al met al lijkt de aanpak van voor deze arbeidskrachten (financieel) nadelige constructies via de rechter niet de meest efficiënte en/of effectieve weg.

De in paragraaf 3.5.1 beschreven en toegelichte typologie met (schijn)constructies die in de rapportages van de Inspectie en de jurisprudentie steeds terugkomen, volgt hierna in tabel 3.1.

Tabel 3.1: Typologie van steeds terugkomende (schijn)constructies op basis waarvan intra-EU-arbeidskrachten in Nederland werken

Constructie	Omschrijving	Doel	Relevante regelgeving	Rechtsvraag
1. Contracting	Tewerkstelling op basis van overeenkomst van opdracht of aanneming van werk	Inhuren van gespecialiseerde arbeidskrachten en op legale werkwijze op loonkosten besparen Oneigenlijk gebruik: om te verhullen dat er feitelijk sprake is van ter-beschikkingstelling van arbeidskrachten en dus besparen op loonkosten	Boek 7 BW, Uitzend cao	Kwalificatie arbeidsrelatie Naleving cao Tijdelijk werk in de zin van Detacheringsrichtlijn Toepasselijk recht en gewoonlijk werkland
2. Vennootschapsrechtelijke constructies:				
a. oprichting van (post-bus)vennootschappen (in lagelonen-EU-landen zoals Cyprus)	Arbeidskrachten verrichten in dienst van deze vennootschappen arbeid in NL op basis van <i>contracting</i> als dienstverlener.	Besparen op loonkosten waaronder betaling sociale premies die ten onrechte worden verlegd naar land waar sociale premies veel lager zijn	Boek 2 BW; artikelen 49-55 VWEU; Europese coördinatieregels sociale verzekeringen (Verordening EG 883/2004 en Verordening EG 987/2009)) Faciliteert verrichten van diensten op grond van Detacheringsrichtlijn. Faciliteert betalen sociale premies in land waar (post-bus)firma is gevestigd en misbruik A1-verklaringen	Verricht de buitenlandse firma wezenlijke activiteiten
b. Schijn-vennoten	Werknemers werk laten doen in hoedanigheid van vennoot	Besparen op loonkosten en verhullen dat sprake is van werknemers	Boek 2 BW	Kwalificatie arbeidsrelatie
c. Schijn-zelfstandigen	Werknemers werk laten doen in hoedanigheid van zelfstandige	Besparen op loonkosten en verhullen dat sprake is van werknemers	Boek 2 BW	Kwalificatie arbeidsrelatie

Tabel 3.1: Typologie van steeds terugkomende (schijn)constructies op basis waarvan intra-EU-arbeidskrachten in Nederland werken (vervolgd)

Constructie	Omschrijving	Doel	Relevante regelgeving	Rechtsvraag
3. Transnationale (schijn)-detachering	Arbeidskrachten op onjuiste gronden wel of niet laten werken op basis van detachering	Besparen op loonkosten	Detacheringsrichtlijn, Rome I Vaak toegepast in combinatie met in het buitenland opgerichte vennootschappen (art. 49-55 VWEU) en misbruik A1-verklaring	Tijdelijk werk in de zin van Detacheringsrichtlijn Toepasselijk recht en gewoonlijk werkland
4. Verrekenen kosten met loon en contante terugbetalingen van loon/onkostenvergoedingen	Exorbitante kosten verrekenen, (contante) terugbetalingen laten doen, valse administratie/loonstrook	Besparen op loonkosten	Wml, Was, Uitzend-cao	N.v.t.
5. Uitzendwerk via Nederlandse uitzendbureaus	Onderbetaling door omzeilen/niet-naleven uitzend-cao	Besparen op loonkosten	Boek 7 BW, Uitzend-cao	Kwalificatie arbeidsrelatie Naleving cao

3.7 EUROPESE EN NEDERLANDSE WETGEVING TER BESTRIJDING VAN (SCHIJN)-CONSTRUCTIES

Het gebruik, de hardnekkigheid en complexiteit van (schijn)constructies die leiden tot onderbetaling van arbeidskrachten en daardoor mogelijk tot oneerlijke concurrentie tussen arbeidskrachten en/of bedrijven, hebben de volle aandacht van de politiek en de wetgever. In de loop der jaren heeft de Europese en de Nederlandse wetgever vele regels ontworpen om (transnationale) (schijn)constructies aan te pakken.¹⁴²

3.7.1 Europa

In paragraaf 3.5.2 zijn de Europese regels die als doel hebben bescherming van de werknemer ook genoemd. Hier wordt op een aantal regels nader

¹⁴² Even & Zwanenburg 2017, p. 189.

ingegaan. De Detacheringsrichtlijn is een belangrijk wettelijk instrument.¹⁴³ In de praktijk bleek de Detacheringsrichtlijn lastig na te leven en problemen op te leveren als het gaat om informatievoorziening, toezicht en handhaving. Deze problemen heeft de EU-wetgever aangepakt met nieuwe wetgeving: de op 14 mei 2014 aangenomen Handhavingsrichtlijn.^{144/145} In de Handhavingsrichtlijn is een wetgevingskader neergelegd voor meer toezicht en transnationale samenwerking en wederzijdse bijstand met het oog op een betere naleving en voor een betere toepassing van de bestaande regels.¹⁴⁶

Gelet op het afnemende draagvlak voor grensoverschrijdende arbeidsmobiliteit als gevolg van onder meer de misstanden rond detachering acht de Europese Commissie de verbeterde handhaving onvoldoende.¹⁴⁷ Om die reden heeft de Europese Commissie op 8 maart 2016 een voorstel tot wijziging van de Detacheringsrichtlijn gepubliceerd.¹⁴⁸ Het doel is oneerlijke praktijken aan te pakken en het beginsel te introduceren dat hetzelfde werk op dezelfde plaats op dezelfde manier moet worden bezoldigd.¹⁴⁹ De Commissie benadrukt dat met het voorstel geen enkel onderwerp wordt aangepakt dat door de handhavingsrichtlijn wordt behandeld. De herziene Detacheringsrichtlijn en de Handhavingsrichtlijn vullen elkaar aan en versterken elkaar.¹⁵⁰ De herziene Detacheringsrichtlijn (Richtlijn 2018/957/EU)¹⁵¹ is op 29 mei 2018 door het Europees parlement aangenomen. De uiterste omzettingsdatum van

143 Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (*PB L 018* van 21.01.1997).

144 Richtlijn 2014/67/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt (de IMI-verordening) (*PB L 159* van 28.5.2014).

145 Zie uitgebreider hierover Even & Zwanenburg 2017, p. 189-190; zie ook Van Overbeeke 2019, p. 12.

146 Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2021, p. 259-262 en p. 543-544; Even & Zwanenburg 2017, p. 190.

147 Zie https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/MEMO_16_467.

148 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, COM(2016) 128 final; zie ook Concl. A-G B.J. Drijber, 7 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:943, r.o. 3.36, bij HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2174.

149 Durve & Kamta 2017; Houwerzijl 2021, p. 124-126; Kenner 2017; zie ook Janssen 2018; Kullmann 2018.

150 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG van het Europees parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, COM(2016) 128 final, p.3; zie ook Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (W. Koolmees) van 2 oktober 2019, p. 10.

151 Richtlijn (EU) 2018/957 van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 2018 tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (*PB L 173/16* van 09.07.2018).

de herziene Detacheringsrichtlijn in nationaal recht was 30 juli 2020.¹⁵² Alle wijzigingen hebben als doel de positie van de gedetacheerde werknemer te verbeteren en een gelijk speelveld te creëren.¹⁵³ Twee belangrijke aanpassingen zijn, zoals gezegd, de uitbreiding van de beloning waar aanspraak op gemaakt kan worden en de uitbreiding van de te waarborgen harde kern van rechten na een detachering die langer duurt dan twaalf dan wel achttien maanden. Onder beloning worden de volgende looncomponenten verstaan: het geldende minimumloon of het periodeloan in de schaal; vakantietoelage; (aanvullende) toeslagen inclusief vergoedingen voor overwerk; periodieken; anciënniteitsuitkering en eindejaarsuitkeringen en bonussen. Na een detacheringperiode van twaalf dan wel achttien maanden geldt al het dwingendrechtelijke arbeidsrecht van het gastland voor de gedetacheerde werknemer, met uitzondering van pensioen- en ontslagregelingen.¹⁵⁴

Voor de sector internationaal wegtransport is op 1 augustus 2020 Richtlijn 2020/1057, een specificatie van de Detacheringsrichtlijn, in werking getreden. De uiterste omzettingsdatum van Richtlijn 2020/1057 in nationaal recht was 2 februari 2022. De uitvaardiging van Richtlijn 2020/1057 bracht tevens toepassing van de herziene Detacheringsrichtlijn (per 2 februari 2020) op de wegtransportsector mee.¹⁵⁵ Richtlijn 2002/1057 komt nader aan de orde in hoofdstuk 4.

3.7.2 Nederland

De Detacheringsrichtlijn en de Handhavingsrichtlijn zijn in Nederland geïmplementeerd met de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (WagwEU).^{156/157} De WagwEU verenigt de doelen van beide richtlijnen: een betere handhaving van de beschermingsbepalingen van gedeta-

152 Boot 2019, zie <https://www.hvglaw.nl/wp-content/uploads/alert-implementatie-herziene-detacheringsrichtlijn.pdf>

153 Het voert te ver om alle wijzigingen te bespreken zie daarvoor Laagland 2021.

154 Van Hoek & van Overbeeke 2022, p. 452-453; Houwerzijl 2021, p. 129-132; Van Overbeeke 2019, p. 12.

155 Zwanenburg & Van Overbeeke 2021, p. 22 en p. 24.

156 *Stb.* 2016, 219. De voorloper van de WagwEU is de Wet arbeidsvoorwaarden bij grensoverschrijdende arbeid, (vervallen met ingang van 18 juni 2016).

157 Concl. A-G B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2018:943, punt 3.43, bij HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2174; Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (W. Koolmees) van 2 oktober 2019, bijlagen externe deskundigen Even en Houwerzijl; Durve & Kamta 2017; Even & Zwanenburg 2019, p. 191-194; Houwerzijl 2015, p. 152-153; Houwerzijl 2021, p. 124-126 en p. 132-134; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. II 2023, p. 835-847. Zie ook over grensoverschrijdende detachering Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2021, p. 259-262 en p. 539-545; Barnard 2012, p. 213-239; Dorssemont 2008; Franssen & Maes 2015; Gawronski & Keupink 2016; Franssen 2012; Govaert & Van Beers 2013; De Graaf 2016; Houwerzijl 2014; Kullmann 2015; Kullmann 2016; Laagland 2016; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. I 2023, p. 296-297; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. II 2023, p. 818-835; Van Overbeeke 2014.

cheerde werknemers en het voorkomen van ondermijnende concurrentie in het gastland. Onder de WagwEU vallen zowel werknemers die vanuit een andere lidstaat naar Nederland gedetacheerd worden als de omgekeerde situatie.¹⁵⁸ Op 30 juli 2020 is de herziene Detacheringsrichtlijn in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd.¹⁵⁹

Vooruitlopend op de implementatie van de Handhavingsrichtlijn is in Nederland de Wet aanpak schijnconstructies (hierna: Was¹⁶⁰) ingevoerd.¹⁶¹ De Was trad in de periode 1 juli 2015 – 1 januari 2017 gefaseerd in werking. De ingevoerde maatregelen zijn onder meer de ketenaansprakelijkheid voor het loon (zowel werkgever als opdrachtgever zijn aansprakelijk);¹⁶² het giraal overmaken van het loon; het verstrekken van een duidelijke gespecificeerde loonstrook; het betalen van het volledige minimumloon; het openbaar maken van inspectiegegevens;¹⁶³ en het in paragraaf 3.6.1.4 genoemde verrekeningsverbod.¹⁶⁴ Op 1 januari 2017 is tevens de ketenaansprakelijkheid uitgebreid met de overeenkomst tot het vervoeren van goederen over de weg en de overeenkomst tot het doen vervoeren van goederen over de weg.¹⁶⁵

Ten slotte mag de Waadi¹⁶⁶ niet onvermeld blijven. De Waadi is van toepassing als het gaat om uitlenen of inlenen van personeel. Voor zowel uitleners (uitzend- of detacheringsbureaus) als inleners van personeel is er op grond van de Waadi een registratieplicht met als doel de bescherming van werkers en het tegengaan van illegale arbeid, schijnconstructies, onderbetaling en te lange werktijden. De Inspectie ziet toe op naleving van de Waadi.¹⁶⁷

158 Even & Zwanenburg 2019, p. 191. Zie over de WagwEU ook Van Mierlo & Van Kempen 2017.

159 Zie over die implementatie en de wijzigingen van andere wetten die dat meebracht: <https://www.postedworkers.nl/documenten/vragen-en-antwoorden/wat-verandert-er-vanaf-30-juli-2020-door-de-herziene-detacheringsrichtlijn> en <https://wetten.overheid.nl/BWBR0043892/2020-07-30#ArtikelIII>

160 *Stb.* 2015, 233.

161 Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2021, p. 261; Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (W. Koolmees) van 2 oktober 2019, bijlagen externe deskundigen Even en Houwerzijl.

162 Inwerking getreden op 1 juli 2015 *Stb.* 2015, 234.

163 Inwerking getreden op 1 januari 2016 *Stb.* 2015, 234.

164 Zie ook *Stb.* 2015, 496 en *Stb.* 2016, 198.

165 Zie voor een uitgebreid overzicht van de maatregelen en de doelstelling van de Was: *Kamerstukken II* 2014/15, 34108, 3; Even & Zwanenburg 2019, p. 190-191; Loonstra & Zondag/Houweling e.a. II 2023, p. 846-847; Zwemmer *TAP* 2015/3, p. 16-17. Zie uitgebreide informatie van de Rijksoverheid over de gefaseerde inwerkingtreding van de Was op <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/aanpak-schijnconstructies/inhoud/maatregelen-tegen-schijnconstructies>.

166 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, *Stb.* 2015, 167. Zie <https://wetten.overheid.nl/BWBR0009616/2020-01-01>

167 Zie <https://ondernemersplein.kvk.nl/personeel-inhuren-en-uitlenen-waadi-registratie-en-waadi-check/>

Geconcludeerd kan worden dat de Europese en de Nederlandse wetgever niet heeft stilgezeten en tal van regels heeft ontworpen met het doel (schijn)constructies zowel preventief als repressief aan te pakken.

3.7.3 Evaluatie Was

Het is de vraag of al deze regels ook het beoogde gevolg hebben gehad. De evaluatie van de Was laat in ieder geval een gemengd beeld zien. De ketenaansprakelijkheid voor loon bijvoorbeeld heeft een preventieve en correctieve werking. Dit zorgt ervoor dat werkers het cao-loon ontvangen en dat cao-naleving bevorderd wordt. Tegelijkertijd blijkt uit de evaluatie dat notoire overtreders zich niet laten weerhouden om (schijn)constructies te gebruiken. Sterker nog, soms lokt de Was zelfs nieuwe constructies uit. Het giraal betalen van het loon leidt tot de constructie dat werkgevers werknemers contant bedragen laten pinnen om aan hen af te dragen (zogenaamde *cashback*-constructies) of dat het loon giraal op het rekeningnummer van de werkgever wordt gestort. Ook gebeurt het dat huisvestingskosten boven het toegestane maximum via automatische incasso's, pin- of contante betalingen worden verrekend en worden verrekeningen voor bijvoorbeeld werkkleding gedaan buiten de loonstrook om.¹⁶⁸

Deze voorbeelden geven aan dat constructie 4 in tabel 3.1 'Verrekenen kosten met loon en contante terugbetalingen van loon/onkostenvergoedingen' nog steeds bestaat en dat de Was preventief noch correctief heeft gewerkt.

3.8 CONCLUSIE

Uit de inventarisatie van de voor intra-EU-arbeidskrachten mogelijke tewerkstellingsvormen in Nederland blijkt dat deze arbeidskrachten tal van (juridische) opties hebben om in Nederland te werken. Op basis van het vrij verkeer van personen zijn deze arbeidskrachten vrij in Nederland werk te zoeken en te doen. In dat geval staan voor hen de vele verschillende Nederlandse arbeidsrelaties en navenante arbeidsvoorwaarden en omstandigheden ter beschikking, net als voor Nederlandse staatsburgers c.q. ingezetenen. In die situatie zijn alle Nederlandse arbeidsvoorwaarden onverkort van toepassing op de intra-EU-arbeidskracht. Daarnaast is het vrij verkeer van diensten de basis waarop intra-EU-arbeidskrachten *tijdelijk* kunnen werken in Nederland. Deze arbeidsrelatie kan op drie – in de Detacheringsrichtlijn geregelde – manieren vorm worden gegeven waarbij slechts een aantal Nederlandse basisarbeitsvoorwaarden gelden.

168 Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (W. Koolmees) van 2 oktober 2019, inzake evaluatie Wet aanpak schijnconstructies (*Kamerstukken II* 2019/20, 34108, 32, Bijlagen 910163, 910164 en 910165).

Enerzijds zorgt deze diversiteit voor dynamiek op de Nederlandse arbeidsmarkt en verschillende opties voor de intra-EU-arbeidskracht om in Nederland te werken en voor werkgevers om – tijdelijke – tekorten aan arbeidskrachten op te vullen. Anderzijds bieden deze verschillende arbeidsvormen volop ruimte aan onder meer werkgevers om allerlei (schijn)constructies te bedenken en te gebruiken met als voornaamste doel besparen op loonkosten wat kan leiden tot oneerlijke concurrentie en verdringing van lokale arbeidskrachten. Dit fenomeen staat ook wel bekend als *social dumping*.¹⁶⁹

Uit de geanalyseerde rapportages van de Inspectie en de jurisprudentie komen vijf (schijn)constructies naar voren die steeds weer terugkomen bij de tewerkstelling in Nederland van intra-EU-arbeidskrachten (zie tabel 3.1). Ook wordt duidelijk dat die constructies vaak gecombineerd worden gebruikt.¹⁷⁰

3.8.1 Vrij verkeer van diensten

Van een aantal constructies (*contracting*, transnationale (schijn)detachering, diensten laten verrichten via een in het buitenland gevestigde (postbus)vennootschap kan worden gezegd dat die zich voordoen als de arbeidsmigrant in Nederland werkt op basis van het vrij verkeer van diensten. In die gevallen wordt getracht via (gelieerde) buitenlandse bedrijven gevestigd in goedkope EU-landen intra-EU-arbeidskrachten onder het recht en de arbeidsvoorwaarden van dat goedkope land in Nederland te laten werken. Doel is besparen op loonkosten door het omzeilen van de duurdere Nederlandse dwingende arbeidsregelgeving (waaronder ook cao's) en het betalen van sociale premies in Nederland. De hoofdvraag is steeds of Nederland het gewoonlijk werkland is dan wel of het gaat om tijdelijke detachering in Nederland op grond waarvan ofwel Rome I ofwel de Detacheringsrichtlijn van toepassing is. In de meeste gevallen komt de rechter tot het oordeel dat het Nederlandse arbeidsrecht van toepassing is en dat de toegepaste (schijn)constructie leidt tot onderbetaling van de intra-EU-arbeidskrachten en oneerlijke concurrentie tussen bedrijven. De vrijheid van vestiging speelt bij tal van deze constructies een faciliterende rol en zorgt ervoor dat de oprichting van een dochteronderneming of postbusfirma in een lagelonenland op een snelle en eenvoudige manier kan worden verwezenlijkt. In sommige gevallen is de rechter zich daarvan bewust en toetst hij in hoeverre het gaat om postbusfirma's.

169 Zie over *social dumping* of soms ook genoemd sociale *dumping* ook Houwerzijl 2014; Houwerzijl 2021; Even 2018.

170 Zie ook Walz, Frouws & Grijpstra 2010, p. 22.

3.8.2 Vrij verkeer van werknemers

Constructies als *contracting*, verrekenen van kosten met loon, schijnvennoten en schijnzelfstandigen, uitzendwerk via (in Nederland gevestigde) uitzendbureaus worden in ieder geval ook gebruikt als de migrant in Nederland werkt op basis van het vrij verkeer van werknemers. Ook dan is goedkope(re) arbeid en het ontkomen aan toepassing van Nederlandse (arbeids)regelgeving het doel.

3.8.3 Aanpak

Hoewel de nadelige gevolgen van (schijn)constructies de politiek en de wetgever niet zijn ontgaan en er veel wetgeving in de strijd tegen dergelijke constructies is ontwikkeld, blijkt dit instrumentarium onvoldoende effectief. Een voorbeeld daarvan is dat door het verbod in de Was de verrekeningsconstructie niet effectief bestreden is, en zelfs leidt tot nieuwe constructies waarmee werkgevers dit verbod omzeilen.¹⁷¹ Een tweede voorbeeld is de uitbreiding in de herziene Detacheringsrichtlijn van de harde kern van rechten die moeten worden gewaarborgd bij detacheringen die langer dan twaalf (of achttien) maanden duren. Of deze aanpassing het gebruik van (schijn)constructies tegengaat, moet nog blijken. In de literatuur worden daarover al twijfels geuit. Zo bevestigen Even & Zwanenburg dat de uitbreiding van te waarborgen rechten bij detacheringen die langer dan twaalf (of achttien) maanden duren meer rechtszekerheid biedt. Tegelijkertijd zien zij als risico dat genoemde termijn in de rechtspraak doorslaggevende betekenis krijgt waar werkgevers slim op zullen inspelen. Bovendien duren de meeste transnationale detacheringen korter dan twaalf (of achttien) maanden zodat de materiële impact ervan volgens deze auteurs beperkt is.¹⁷²

Een alternatieve manier van aanpak lijkt in de rede te liggen. Gedacht kan worden aan het ontwikkelen van wetgeving met daarin stimulerende – in plaats van repressieve – maatregelen voor opdracht- en werkgevers om af te zien van het gebruikmaken van (schijn)constructies. Bijvoorbeeld het toekennen

171 Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (W. Koolmees) van 2 oktober 2019 inzake evaluatie Wet aanpak schijnconstructies (*Kamerstukken II* 2019/20, 34108, 32, Bijlagen 910163, 910164 en 910165).

172 Even & Zwanenburg 2019, p. 196. Even & Zwanenburg zijn bovendien van mening dat alle door hen besproken instrumenten (Detacheringsrichtlijn, Handhavingsrichtlijn, Was, WagwEU, Wet AVV) tekort schieten in het creëren van een gelijk speelveld. De Detacheringsrichtlijn voorkomt niet dat op andere arbeidsvoorwaarden buiten de kernvoorwaarden kan worden geconcentreerd. De Wet AVV garandeert niet dat buitenlandse werkgevers altijd gebonden zijn aan een algemeen verbindend verklaarde cao. (Schijn)constructies zijn onder meer hierdoor nog onverkort mogelijk volgens Even & Van Zwanenburg. Wel vinden zij dat de instrumenten de handhaving van het arbeidsrecht verbeterd hebben: Even & Zwanenburg 2019, p. 195-196.

van een bonus of mee laten doen aan een aanbesteding als de werk- of opdrachtgever niet met uitzendkrachten werkt of niet met meer dan drie (onder)aannemers. Dit past goed in de huidige opdracht aan bedrijven om maatschappelijk verantwoord te ondernemen. Een neveneffect daarvan kan zijn dat opdracht- en werkgevers zich bewuster worden van hun verantwoordelijkheid in het kader van goed werkgeverschap te strijden tegen (meewerken aan) het gebruik van (schijn)constructies.¹⁷³

173 Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (W. Koolmees) van 2 oktober 2019, *Kamerstukken II* 2019/20, 34108, 32, Bijlage 910163, p. 4-5; Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (W. Koolmees) van 21 juni 2019, *Kamerstukken II* 2018/19, 29861, 47, p. 4; zie ook notitie informatieve gesprek met hoofd personeelszaken van transportbedrijf L.-V. te D.