

1 INLEIDING

1.1 AANLEIDING

1.1.1 *Politieke aandacht voor de aanpak van schijnconstructies*

Sinds 2013 staat de aanpak van schijnconstructies stevig op de politieke agenda in Nederland.¹ In een periode waarin Nederland zich als gevolg van de financiële crisis in economisch zwaar weer bevond, sloten de sociale partners het Sociaal Akkoord '*Perspectief voor een sociaal en ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*'.² Onderdeel van dit Sociaal Akkoord was een zoektocht naar een meer verantwoorde inzet van externe flexibiliteit en flexibele arbeidscontracten in arbeidsorganisaties. Een van de wegen om dit te bereiken was de aanpak van schijnconstructies. In het Sociaal Akkoord is te lezen dat schijnconstructies zich voordoen 'wanneer arbeidsrelaties zo worden ingericht dat zij een andere formele verschijningsvorm hebben dan de echte werkelijkheid'. Schijnconstructies hebben volgens het Sociaal Akkoord als effect dat regels en arbeidsvoorwaarden worden ontweken, waarbij een inbreuk op rechten van mensen en een versterking van concurrentievermogen tussen ondernemingen ontstaat. In het Sociaal Akkoord wordt opgeroepen tot een aanpak van schijnconstructies.³

Aan deze oproep heeft toenmalig Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Asscher gehoor gegeven met de Kamerbrief aanpak schijnconstructies (hierna: kamerbrief)⁴ en de introductie van een aan deze brief gehecht Actieplan aanpak schijnconstructies (hierna: actieplan).⁵ In de kamerbrief noemt de minister werkgevers die via schijnconstructies proberen de kosten van arbeid te verlagen waardoor voor gelijk werk ongelijke arbeidsvoorwaarden ontstaan 'de kern van het probleem'.⁶ Schijnconstructies worden op verschillende

1 Zie o.a. de brief van de Minister en Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 oktober 2019 (*Kamerstukken II* 2019/20, 34108, nr. 32) waar op p. 6 wordt opgemerkt dat de aanpak van schijnconstructies een stevige plaats op de politieke agenda heeft gekregen.

2 *Sociaal Akkoord* (Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33566, nr. 15, p. 1.

3 *Sociaal Akkoord* (Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33566, nr. 15, p. 21 e.v.

4 Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 11 april 2013 (*Kamerstukken II* 2012/13, 17050, nr. 428).

5 Actieplan bestrijden van schijnconstructies, bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 17050, nr. 428.

6 Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 11 april 2013 (*Kamerstukken II* 2012/13, 17050, nr. 428), p. 3.

terreinen gesignaleerd. Het actieplan beschrijft er zes: schijnzelfstandigheid, ontduiking van minimumloon, misbruik van premieafdracht, ontduiking van cao's (o.a. bij grensoverschrijdende arbeid), gefingeerde dienstverbanden en migratieconstructies. Gesignaleerd wordt dat schijnconstructies vaak een grensoverschrijdende dimensie hebben, veroorzaakt door het grote prijsverschil van arbeid tussen Nederland en een aantal andere (Europese) landen.⁷ Deze grensoverschrijdende schijnconstructies houden veelal verband met de Europese vrijheden, waardoor in de aanpak hiervan moet worden voorkomen dat hierop een ongerechtvaardigde inbreuk wordt gemaakt.⁸

In navolging van het actieplan heeft dezelfde 'minister tegen de schijnconstructies', zoals Asscher later in Kamerdebatten ook wel wordt genoemd,⁹ de Wet aanpak schijnconstructies geïntroduceerd.¹⁰ De titel van de wet wekt de suggestie dat de term 'schijnconstructie' een juridisch begrip is: wanneer een constructie kan worden aangemerkt als schijnconstructie, kan deze worden aangepakt.¹¹ De term wordt in de wet zelf, die voornamelijk ziet op versterking van de handhaving, niet gedefinieerd. Over de titel van de wet en de betekenis van het begrip schijnconstructie zijn door de Raad van State (kritische) vragen gesteld aan de minister. De minister omschreef de term desgevraagd als:

‘een verzamelbegrip waarmee bedoeld wordt op constructies, al dan niet grensoverschrijdend, waarmee sommige werkgevers de randen van de wet opzoeken (legaal maar onwenselijk) of er ook overheen gaan (illegaal). De feitelijke situatie wijkt bij schijnconstructies af van de (papieren) situatie zoals die wordt voorgespiegeld met als doel het oneigenlijk concurreren op arbeidsvoorwaarden.’¹²

Uit deze omschrijving is af te leiden dat de term 'schijnconstructie' in deze brede, politieke zin een dubbele lading heeft. Enerzijds behelst het begrip situaties waar werkgevers over de randen van de wet heen gaan, hetgeen juridisch niet is toegestaan. Anderzijds worden

7 Actieplan bestrijden van schijnconstructies, bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 17050, nr. 428, p. 17.

8 Zie hierover ook: J.H. Even & A. Zwanenburg, 'Schijnconstructies, constructies en de WagwEU', *TAO* 2017, afl. 4, p. 184-197.

9 *Handelingen II* 2013/2014, nr. 9, item 10, p. 1.

10 Wet van 4 juni 2015 tot wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten ter verbetering van de naleving en handhaving van arbeidsrechtelijke wetgeving in verband met de aanpak van schijnconstructies door werkgevers (Wet aanpak schijnconstructies).

11 Deze kritiek is ook kenbaar gemaakt in de evaluatie van de Was. Zie: Evaluatie Wet aanpak schijnconstructies (Paper van prof. mr. dr. J.H. Even d.d. 5 september 2019), bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 34108, nr. 32.

12 *Kamerstukken II* 2014/2015, 34108, nr. D, p. 36.

onder het begrip situaties geschaard die juridisch toelaatbaar zijn, maar die politiek onwenselijk worden gevonden. Ook het oordeel dat sprake is van oneigenlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden (met welk doel schijnconstructies volgens de minister worden ingezet) is tot op zekere hoogte een politiek oordeel. Wat door de een als oneigenlijke concurrentie wordt beschouwd, kan door een ander als een slimme manier van winst-maximalisatie en als toegestaan concurrentievoordeel worden beschouwd.

1.1.2 *Procedures over de legaliteit van ‘schijnconstructies’: de juridisering van het begrip*

Over de legaliteit van verschillende situaties die worden aangeduid als schijnconstructies wordt ook geprocedeerd. In deze juridische procedures wordt het onderscheid tussen de twee categorieën (illegaal enerzijds en legaal maar onwenselijk anderzijds) die in de bredere, politieke context nog onder dezelfde noemer – namelijk die van schijnconstructies – worden gebracht, zichtbaar. Soms wordt in de procedure door een van de partijen of door de rechter gerefereerd aan de term ‘schijnconstructie’, waarbij deze veelal als juridisch relevant wordt gepresenteerd zonder dat direct duidelijk is wat de juridische betekenis van de term is en welk juridisch argument schuilgaat achter de stelling dat van een schijnconstructie sprake is. Ter illustratie kan worden gewezen op een vonnis van de rechtbank Noord-Holland, waar de rechter opmerkt dat het ‘in deze zaak [gaat] om de vraag of (...) sprake is geweest van een juridische schijnconstructie’.¹³ In andere gevallen wordt in de arbeidsrechtelijke literatuur duiding gegeven aan procedures waarin de rechter zou hebben beslist of sprake is van een schijnconstructie. Zo volgt uit het AFMB-arrest van het Hof van Justitie¹⁴ blijkens de Nederlandse literatuur ‘klip en klaar dat rechters geen rekening mogen houden met bepaalde contractueel overeengekomen schijnconstructies die tot doel hebben de toepassing van een duurder socialezekerheidssysteem te omzeilen’¹⁵ en was ‘in de ogen van het HvJ EU sprake van een schijnconstructie (ook al noemt het dat woord nergens)’.¹⁶ In feite wordt het begrip schijnconstructie door dergelijk gebruik in rechterlijke procedures en arbeidsrechtelijke literatuur gejuridiseerd, zonder dat de juridische betekenis van dit begrip duidelijk is.

13 Rb. Noord-Holland 8 november 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:9323, r.o. 5.3 (*werknemer/El Al*).

14 HvJ EU 16 juli 2020, C-610/18, ECLI:EU:C:2020:565 (*AFMB*).

15 HvJ EU 16 juli 2020, C-610/18, ECLI:EU:C:2020:565, TRA 2020/76, m.nt M. Kullmann (*AFMB*).

16 HvJ EU 16 juli 2020, C-610/18, ECLI:EU:C:2020:565, JAR 2020/201, m.nt. E.J.A. Franssen (*AFMB*).

1.1.3 *Beperkte aandacht voor de (juridische) betekenis van het begrip 'schijnconstructie' in de arbeidsrechtelijke literatuur*

Er is in de literatuur in beperkte mate aandacht besteed aan de (juridische) betekenis van de term 'schijnconstructie'.¹⁷ Slechts in enkele bronnen wordt expliciet stilgestaan bij de vraag wat onder een schijnconstructie wordt verstaan.

In 2015 verscheen van de hand van Houwerzijl een hoofdstuk over de aanpak van schijnconstructies op de Europeaniserende arbeidsmarkt in de bundel 'Open grenzen, nieuwe uitdagingen. Arbeidsmigratie uit Midden- en Oost-Europa'.¹⁸ Houwerzijl constateert dat er sinds enige tijd veel wordt gesproken over schijnconstructies, maar dat dit geen juridische term is. Evenmin biedt een woordenboek uitsluitsel over de betekenis van de term 'schijnconstructie'. Houwerzijl sluit aan bij de definitie van de term 'constructie' in de *Dikke van Dale*: 'een rechtsgeleerde constructie, waar de werkelijkheid een oogje bij trekt'. Deze definitie dekt volgens haar de lading. Ook zij constateert dat de term 'schijnconstructie' een dubbele betekenis heeft, waar zowel illegale praktijken en (in haar woorden) semilegale constructies onder worden geschaard. Volgens Houwerzijl zijn de constructies vaak internationaal van aard, en wordt daarbij geleund op EU-rechten zoals het vrij verkeer van diensten en het recht van vrije vestiging in de interne markt. Zij geeft twee voorbeelden van grensoverschrijdende schijnconstructies: een arbeidsrechtelijk voorbeeld van een (schijn)detacheringsconstructie met buitenlandse werknemers die werden ingezet bij de bouw van de A2-tunnel en een sociaalzekerheidsrechtelijk voorbeeld van een schijnconstructie waarbij bedrijven gebruik maakten van de zogenoemde Cyprus-route.¹⁹

Ook het artikel 'Schijnconstructies, constructies en de WagwEU' dat ik eind 2017 schreef met Even heeft een focus op grensoverschrijdende schijnconstructies.²⁰ In dit artikel kijken wij met een kritische blik naar de betekenis die de minister in grensoverschrijdend verband toekent aan schijnconstructies, en de in de politiek op onderdelen niet (strikt) gemaakte scheiding tussen illegale constructies enerzijds en legale constructies met ongewenste effecten anderzijds. We trokken ook een parallel tussen de brede, politieke

17 Deze stelling is gebaseerd op een literatuuronderzoek naar online bronnen, zoals wordt verantwoord in par. 1.4.3. Voor de volledigheid merk ik op dat ik tussentijds een deel van mijn onderzoeksresultaten (toespitsend op schijnconstructies en contracting) publiceerde in het Tijdschrift Ondernemingsrecht: A. Zwanenburg, 'De legaliteit van concurrentievoordeel op arbeidsvoorwaarden door middel van schijn(contracting)constructies', *Ondernemingsrecht* 2022/78.

18 M.S. Houwerzijl, 'Aanpak van schijnconstructies op de Europeaniserende Nederlandse arbeidsmarkt', in: S.A. Bonjour e.a. (red.), *Open grenzen, nieuwe uitdagingen. Arbeidsmigratie uit Midden- en Oost-Europa*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2015, p. 79-103.

19 Aan beide procedures waaraan Houwerzijl met deze voorbeelden refereert, wordt later in dit proefschrift (in hoofdstukken 6 en 7) aandacht besteed.

20 J.H. Even en A. Zwanenburg, 'Schijnconstructies, constructies en de WagwEU', *TAO* 2017, afl. 4, p. 18-19.

omschrijving van de term ‘schijnconstructie’ en een andere omstreden term ‘social dumping’. In dit artikel hebben we ons beperkt tot de politieke betekenis van de term in grensoverschrijdend verband en hebben we geen onderzoek verricht naar arbeidsrechtelijke jurisprudentie en literatuur waarmee de term in verband is gebracht.

Gezaghebbende literatuur waarin in zijn algemeenheid wordt ingegaan op de (juridische) betekenis van de term ‘schijnconstructie’ ontbreekt. In een enkel geval licht een auteur toe wat hij/zij bedoelt met de term ‘schijnconstructie’,²¹ maar vaker wordt hiervan geen reenschap gegeven.

1.1.4 *Vragen die de aanleiding voor dit proefschrift vormen*

De juridisering van het begrip ‘schijnconstructie’ roept een aantal vragen op die vooralsnog onbeantwoord zijn gebleven in de literatuur en die de aanleiding vormen voor dit proefschrift. Heeft de stelling dat sprake is van een schijnconstructie juridische betekenis en wordt de term op eenduidige wijze gebruikt? Hoe wordt de vraag of sprake is van een schijnconstructie in rechterlijke procedures benaderd? Is in deze benadering een nieuw mechanisme te herkennen of is in feite sprake van toepassing van reeds erkende methoden en technieken die zich in het Nederlandse en Europese recht hebben ontwikkeld en die als het ware een corrigerende werking kunnen hebben op (het effect van) ongewenste constructies die op het eerste gezicht niet in strijd lijken met de letter van de wet? En wat betreft de grensoverschrijdende constructies: wordt er met juridische correctie van een in Nederland als ongewenst beschouwde schijnconstructie geen inbreuk gemaakt op Unierecht? Deze vragen zullen in dit proefschrift aan de orde komen.

21 Dit doet bijvoorbeeld Van der Hoeven in haar proefschrift over de arbeidssituatie van internationale vrachtwagenchauffeurs. Na rekenschap te hebben gegeven van de dubbele lading die de term ‘schijnconstructie’ dekt, kiest zij in haar onderzoek voor een ruime definitie van de term ‘schijnconstructie’. Van der Hoeven neemt de beschrijving van het begrip ‘schijnconstructie’ in de 16^{de} editie van het Van Dale Groot woordenboek (waarin een schijnconstructie wordt gedefinieerd als een ‘frauduleuze zakelijke constructie tussen partijen, m.n. m.b.t. het verrichten van arbeid en opdrachten’) tot uitgangspunt. Zij gebruikt de woorden constructie en schijnconstructie door elkaar en definieert deze in haar proefschrift als: ‘iedere (bedrieglijke) constructie tussen partijen met betrekking tot het verrichten van arbeid of opdracht die is opgezet en/of gebruikt door de werk- of opdrachtgever en die leidt tot (financieel) nadeel voor de betrokken arbeidskracht’. A.M.H. van der Hoeven, *Met de vlam in de pijp door Europa. De arbeidssituatie van internationale vrachtwagenchauffeurs: constructies en percepties* (diss. Leiden), Ipskamp Printing: Enschede 2023, p. 30. In een eerder artikel (A.M.H. van der Hoeven, ‘Verbeter het cabinekampeerverbod de verblijfsomstandigheden van internationale vrachtwagenchauffeurs tijdens hun rust van 45 uur?’, *ArA* 2020, afl. 1, p. 32-54) merkt zij (in voetnoot 5) op dat met de term ‘schijnconstructie’ in haar artikel wordt bedoeld: ‘elke constructie die leidt tot het besparen op loonkosten en sociale premies waardoor een tewerksteller op een goedkope(re) manier arbeid kan laten verrichten’.