

# **Flexibele arbeidsrelaties**

**Bijeenkomst Interregionalen Gewerkschaftsrat Weser, Ems, Noord-Nederland (IGR WENN)  
Bad Nieuweschans**

**Dr. Petra Oden LLM**

**8. November 2013**

## **1. Introductie**

Guten Morgen. Mein Name ist Petra Oden. Ich bin Lektor (auf Englisch: professor) am Lektorat juristische Aspekte des Arbeitsmarkts an der Hanze Hochschule Groningen. Ich wurde gebeten Ihnen etwas über die flexiblen Arbeitsverhältnisse in den Niederlanden zu erzählen. Als Lektor (Professor) an der Hanzehogeschool Groningen bin ich am Institut für Rechtswissenschaften tätig. Ich bin Juristin. Gleichzeitig gehöre ich dem Forschungszentrum für Arbeit an der Hanzehogeschool an.

Ich werde zuerst kurz etwas über das Forschungszentrum erzählen. Danach werde ich über flexible Arbeitsverhältnisse in den Niederlanden und in Deutschland sprechen. Im weiteren Verlauf meines Vortrags spreche ich Niederländisch.

Ik zal eerst kort iets vertellen over het Kenniscentrum Arbeid. Daarna behandel ik de actuele situatie op de Nederlandse arbeidsmarkt en de flexibele arbeidsrelaties die hiermee samenhangen. Hierna bespreek ik kort de flexibele arbeidsverhoudingen op de Duitse arbeidsmarkt. Vervolgens stap ik over naar Europa. Eerst behandel ik de schijnconstructies die zich voordoen op de Europese arbeidsmarkt. Ten slotte vertel ik iets over de pogingen van de Europese Unie om het vrij verkeer van werknemers op de Europese arbeidsmarkt in goede banen te leiden.

## **2. Het Kenniscentrum Arbeid**

In het Kenniscentrum Arbeid werken vijf lectoren samen:

1. Flexicurity: dit is een samenvoeging van het woord flexibele arbeid en security, zekerheid. In dit lectoraat wordt onderzoek gedaan naar de behoefte van zowel werkgevers als werknemers aan flexibiliteit en zekerheid op het terrein van arbeid. Deze lector is werkzaam bij het Instituut voor Rechtenstudies.
2. Juridische Aspecten van de Arbeidsmarkt: ik richt mij op de werking in de praktijk van regels van het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht.
2. Arbeidsparticipatie: het doel van dit lectoraat is het bevorderen van arbeidsparticipatie van kwetsbare groepen. Deze lector is werkzaam bij de Academie voor Sociale Studies.
3. Arbeidsorganisatie en –productiviteit: dit lectoraat is gericht op slimmer organiseren van arbeid. Deze lector is werkzaam bij het Instituut voor Bedrijfskunde.
4. Duurzaam HRM-beleid: in dit lectoraat wordt onderzoek gedaan naar onder andere levensfase bewust personeelsbeleid en strategische personeelsplanning. Deze lector is ook werkzaam bij het Instituut voor Bedrijfskunde.

## **3. Het lectoraat Juridische Aspecten van de Arbeidsmarkt**

Wij richten ons op de veranderingen, de transities die gaande zijn op de Arbeidsmarkt in de Energyport Groningen, het gebied in Noord-Nederland dat grenst aan Duitsland.

Mijn onderzoeksprogramma's richten zich op:

1. Instrumenten van de overheid om werk te creëren bij reguliere werkgevers
2. Grensoverschrijdende arbeid

### **Ad 1 Instrumenten van de overheid om arbeid te creëren**

Op dit moment ben ik bezig met de afronding van een project waarbij we MKB'ers ondersteunen bij aanbestedingen waar Social Return een voorwaarde is. Social Return wil zeggen: voorwaarden in aanbestedingen om werkplaatsen te creëren voor mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt. MKB'ers kunnen vaak niet voldoen aan die voorwaarden en wij hebben aanbevelingen ontwikkeld waarmee ze beter voorbereid zijn om wel aan die voorwaarden te kunnen voldoen.

## Ad 2 Grensoverschrijdende arbeid

Het tweede onderzoeksprogramma binnen het lectoraat Juridische Aspecten van de Arbeidsmarkt is grensoverschrijdende arbeid. Wij hebben de website [www.arbeidsmigratie.eu](http://www.arbeidsmigratie.eu) ontwikkeld waarop informatie te vinden is voor (MKB) bedrijven die arbeidskrachten legaal uit andere EU-landen willen inschakelen. Naast arbeidsbemiddelaars maken bedrijven uit onder andere de bouw, de landbouw en de logistiek gebruik van de website. De website wordt op dit moment vernieuwd. De volgende stap is om te verkennen of de website als verbindende schakel kan dienen voor bedrijven en gemeenten op de Duits-Nederlandse arbeidsmarkt in het Noorden. Er zijn op dit moment allerlei kleinschalige grensoverschrijdende projecten opgezet. Bij gemeenten is behoefte aan onderlinge informatie-uitwisseling en aan meer regie zodat er daadwerkelijk een grensoverschrijdende arbeidsmarkt kan ontstaan. Het Kenniscentrum Arbeid kan voorzien in kennis waardoor:

1. Meer regie kan ontstaan op de Noordelijke grensoverschrijdende arbeidsmarkt,
  2. Oplossingen worden ontwikkeld voor juridische knelpunten,
  3. Een betere aansluiting kan ontstaan tussen de Duits-Nederlandse onderwijs-arbeidsmarkt.
- Wij willen een structurele samenwerking tot stand brengen met diverse partners aan beide zijden van de grens; gemeenten, provincies, Eems Dollard Regio, vakverenigingen, kennisinstellingen en dit in de toekomst uitbreiden met de contacten die we hebben met de Universiteiten van Tilburg en Leuven.

## 4. Actuele stand van zaken op de Nederlandse arbeidsmarkt

Voordat ik inga op flexibele arbeidsrelaties wil ik u eerst schetsen welke ontwikkelingen er gaande zijn op de arbeidsmarkt. In de eerste plaats is daar de **digitalisering** (en de daarmee samenhangende sociale media). Er kan altijd en overal gewerkt worden. Voor bedrijven wordt het de kunst hierop adequaat in te spelen, bijvoorbeeld door het aanbieden van flexibele werktijden en werkplekken, de terbeschikkingstelling van moderne technologieën en het bieden van vrijheid om hiervan verantwoord gebruik te maken.

In de tweede plaats de **gevolgen van de vergrijzing**. De vergrijzing zal leiden tot een krapte op de arbeidsmarkt. In technische functies en de ICT bestaat nu al een tekort aan personeel. In Duitsland zijn de tekorten soms al zo groot dat er over de grens gezocht wordt naar arbeidskrachten. De EDR-jobroboter, die de Eems Dollard Regio heeft ontwikkeld, en waarop Duitse en Nederlandse werkgevers hun vacatures kunnen plaatsen, kan daarbij heel behulpzaam zijn. Nederland is aantrekkelijker voor Duitsers om te gaan werken dan andersom, omdat wij een wettelijk minimumloon kennen.

Door de nieuwe ontwikkelingen ontstaan in Nederland **nieuwe arbeidsrelaties**. Op de energiemarkt is dat al te zien. Daar geldt van oudsher dat grote partijen in al lang bestaande structuren de dienst uitmaken. Nieuwe energiebedrijven zijn klein en werken met mede-eigenaren. Hierdoor ontstaan andere relaties en een andere cultuur. Het onderscheid tussen ondernemerschap en werknemerschap krijgt een andere dimensie. Zowel werkgevers als sommige ondernemende werknemers voelen zich beperkt door de beschermende wetgeving zoals die nu in Nederland geldt. Zij zoeken naar nieuwe contractvormen. Ook de Nederlandse regering ziet dat in en is in overleg met sociale partners bezig met de ontwikkeling van nieuwe wetgeving.

## 5. Nieuwe contractvormen

Flexibiliteit is op dit moment voor bedrijven en overheden van groot belang. Door de snel veranderende economische groei moeten werkgevers snel kunnen reageren. In Nederland is er sprake

van een krimp van het aantal vaste dienstverbanden van 0,5% en een groei van 11% van het aantal tijdelijke dienstverbanden. De cijfers komen van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV). Volgens het UWV is ongeveer een derde van de Nederlandse arbeidsmarkt op dit moment in een flexibele baan werkzaam. Het UWV neemt hierbij allerlei soorten flexibele arbeid mee, inclusief uitzendkrachten en zzp'ers. Flexibilisering van de arbeidsmarkt komt vooral voor bij werknemers jonger dan 45 jaar. Van de werknemers die jonger zijn dan 45 jaar heeft 75% een vaste baan. 85% van de 45-plussers en 90% van de 55-plussers heeft een vaste baan. Ongeveer driekwart van de mensen met een tijdelijke baan stroomt niet door naar een vaste baan.

Vooraf studenten, scholieren en starters zien voordelen in flexibele arbeid. Mensen die langer werkzaam zijn op tijdelijke basis ondervinden meer problemen, doordat zij niet in aanmerking komen voor bepaalde voorzieningen, zoals scholing.

De Sociaal Economische Raad (SER) constateert dat in Nederland het grijze gebied tussen werknemer- en ondernemerschap groter en diffuser is geworden.

Uit onderzoek van het Hugo Sinzheimer Instituut van de Universiteit van Amsterdam blijkt dat 63% van de Nederlandse bedrijven en instellingen werkt met tijdelijk aangesteld personeel, 28% met personeel ingehuurd via uitzendbureaus, 30% met oproepkrachten, 14% met zzp'ers en freelancers en 2% met thuiswerkers.

## **6. Flexibele arbeid in Nederland**

In Nederland zijn er allerlei mogelijke flexibele constructies bedacht. Mij is gevraagd u iets te vertellen over de zogenaamde driehoeksrelaties, namelijk detachering, uitzendwerk en payrolling en over zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers).

### **6.1. Driehoeksrelaties**

Eerst de driehoeksrelaties. In Nederland wordt veel gebruik gemaakt van zogenaamde driehoeksrelaties. De bekendste vormen zijn: detachering en uitzendkrachten. Daarnaast is payrolling een nieuwe vorm die steeds vaker voorkomt in Nederland.

#### **6.1.1. Detachering**

Een detachering vindt vaak plaats als een werkgever een werknemer uitleent aan een andere werkgever. Er is dus sprake van de driehoek: uitlener, werknemer/gedetacheerde en inlener. Ik behandel nu eerst de Nederlandse situatie, straks ga ik nog in op de detacheringen tussen Europese lidstaten. In Nederland stellen de uitlener en de inlener een contract op volgens het Burgerlijk Wetboek. In dit contract wordt vastgelegd dat de werknemer tijdelijk werkzaamheden gaat verrichten bij de inlener. Het is verstandig dat alle partijen de detacheringsovereenkomst ondertekenen, dat wil zeggen de inlener, de uitlener en de gedetacheerde. Door de ondertekening geeft de gedetacheerde aan dat hij of zij akkoord gaat met alle voorwaarden van de detachering.

Afspraken die in de detacheringsovereenkomst kunnen worden vastgelegd zijn onder andere:

- Welke Collectieve Arbeidsovereenkomst (CAO) is van toepassing?
- Opdracht en verantwoording: wie kan opdrachten geven?
- Schade en aansprakelijkheid.

Dit is een vrij eenvoudige vorm van de driehoeksrelatie. Er zijn mij geen cijfers bekend van deze constructie. Maar het is een veel voorkomende constructie in Nederland.

#### **6.1.2. Uitzendwerk**

In 2012 had in Nederland 3% van alle werknemers een contract als uitzendkracht. Bij uitzendwerk is er sprake van de driehoek: de uitzendkracht, het uitzendbureau (uitlener) en het bedrijf of de instelling

waar de uitzendkracht werkt (inlener). Er is hier sprake van 2 contracten: namelijk die tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht en die tussen het uitzendbureau en de inlener. De uitzendkracht heeft een arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau. Het dagelijks toezicht op het werk van de uitzendkracht vindt plaats op de werkplek van de inlener. De werving en selectie van uitzendkrachten wordt gedaan door het uitzendbureau. Dit is de zogenaamde allocatiefunctie van de uitzendwerkgever.

Het aantal uitzendkrachten laat hele grote schommelingen zien, maar is in 2011 gedaald met 6% ten opzichte van 2008. Dat heeft te maken met de komst van de nieuwe arbeidsvormen: in de eerste plaats payrollconstructies en in de tweede plaats het werken met zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers). Ik bespreek nu eerst de payrollconstructie, daarna ga ik in op de positie van zzp'ers.

## 6.2. Payrolling

Bij payrolling zijn er drie partijen: 1. Het payrollbedrijf (de uitlener), 2. De payrollkracht, 3. Het bedrijf waar de payrollkracht gaat werken (de inlener). De salarisadministratie wordt uit handen gegeven aan het externe payrollbedrijf. Het payrollbedrijf is de formele werkgever en doet de loonadministratie, verzekeringen, pensioen, salarisbetalingen, begeleiding van ziekteverzuim, opleiding en het contractbeheer van werknemers. Het bedrijf waar de payrollkracht werkt is de materiële werkgever.

Dit lijkt op de constructie van uitzendkrachten. Ook daar is sprake van drie partijen en wordt de gehele salarisadministratie uitbesteed.

Het verschil is dat uitzendbureaus ook de werving en selectie van uitzendkrachten doen (de hiervoor genoemde allocatiefunctie). Terwijl bij payrolling de opdrachtgever verantwoordelijk is voor de werving en selectie van de werknemer en ook voor de aansturing van de werknemer. De allocatiefunctie ligt hier dus bij de werkgever.

Payrolling werd in de Verenigde Staten geïntroduceerd. In eerste instantie waren het voornamelijk de uitzend- en detacheringbureaus die payrolling als een bijproduct aanboden aan ondernemers. Personeel van andere bedrijven werd op de loonlijst gezet om daarmee de ondernemer het personeelswerk te besparen. Later ontstonden er zelfstandige payrollbedrijven.

Rond 2004 nam payrolling in Nederland een grote vlucht. Om de administratieve rompslomp en de wet- en regelgeving rondom het werkgeverschap in Nederland te omzeilen wordt deze contractvorm steeds vaker toegepast.

Het aantal bedrijven dat in Nederland gebruik maakt van payrolling is naar schatting 10.000 tot 11.000. Nederland kende in 2012 zo'n 180.000 payrollwerknemers en dit aantal groeit nog steeds. De helft van de payrollkrachten voert dienstverlenende werkzaamheden uit. 21% werkt in de eerste payrollbaan in de horecasector. Daarnaast zijn ook relatief veel payrollkrachten werkzaam bij de overheid (18%). Een derde van de payrollkrachten werkt in kleine bedrijven van 10 tot 49 personen.

Er is veel discussie in Nederland over de payrollconstructie. Alleen lagere rechters hebben nog geoordeeld over de constructie. Bij de beoordeling van constructies als payrolling onderscheidt de Nederlandse rechter twee elementen:

1. Is er een overeenkomst gesloten of moet deze worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst. Uitgangspunt is datgene wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen stond en de wijze waarop zij feitelijk uitvoering en inhoud hebben gegeven aan de overeenkomst.
2. De situatie waarvan aanvankelijk sprake was en de vraag of deze daarna is gewijzigd naar een arbeidsrelatie met de inlener.

Het hoogste rechtsorgaan in Nederland, de Hoge Raad, heeft uitgesproken dat het voor de beoordeling of een werkgever en een werknemer zich met elkaar verbonden hebben afhankelijk is van wat deze

partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijs mochten afleiden. Wat partijen schriftelijk afspreken is dus niet het enige wat van belang is. De rechter in Nederland kijkt altijd naar de feiten en omstandigheden. Of zoals kantonrechters het zeggen: “wij kijken er dwars doorheen”.

Wanneer we de formulering van de Hoge Raad toepassen op de payrollconstructie is het bij aanvang van de arbeidsovereenkomst de bedoeling van partijen dat de door de opdrachtgever geworven werknemer exclusief werkzaamheden voor de inlener gaat verrichten, waarbij het payrollbedrijf slechts formeel als werkgever fungeert. Men zou dus kunnen aannemen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de inlener. De HR heeft in een andere driehoeksrelatie tussen een bank, een werknemer en bedrijf A geconcludeerd dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen de bank en de werknemer, omdat de werknemer arbeid verrichtte voor de bank, er een gezagsverhouding was tussen de werknemer en de bank en de verhoging van het salaris voor rekening kwam van de bank. Bedrijf A vervulde niet meer dan een administratieve functie.

Bij payrollconstructies verricht de werknemer feitelijk werkzaamheden bij de werkgever en betaalt het payrollbedrijf alleen het salaris. Het payrollbedrijf fungeert uitsluitend als administratieve werkgever en de werknemer wordt permanent en exclusief ter beschikking gesteld aan de inlener/opdrachtgever om onder diens gezag persoonlijke arbeid te gaan verrichten.

Alleen lagere rechters hebben nog geoordeeld over payrollconstructies, maar zij hebben niet allemaal deze redenering gevolgd.

Nederlandse arbeidsrecht deskundigen gaan er over het algemeen vanuit dat bij payrolling toch een arbeidsovereenkomst ontstaat tussen de werknemer en de inlener van payrolling, onder andere op basis van de hiervoor genoemde redenering.

De Stichting van de Arbeid, waarin de Nederlandse werkgevers- en werknemersorganisaties vertegenwoordigd zijn, heeft op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een advies uitgebracht over payrolling. De werknemersvertegenwoordiging in de Stichting is van mening dat payrollbedrijven en de opdrachtgevers moeten kiezen: ofwel de werknemers volwaardig in dienst nemen of het payroll-bedrijf wordt een uitzend/detacheringsbedrijf.

Op dit moment is nieuwe wetgeving op dit terrein in voorbereiding. In het Sociaal Akkoord dat dit jaar is gesloten tussen de Nederlandse regering en de werkgevers- en werknemersorganisaties zijn deze partijen nog niet tot overeenstemming gekomen over dit onderwerp.

### **6.3. Zzp'ers**

Dan kom ik nu bij de zelfstandigen zonder personeel. Steeds meer werknemers willen ontsnappen aan het keurslijf van de werknemer/werkgever relatie en beginnen voor zichzelf. Hoewel de economische crisis ertoe leidt dat veel zzp'ers weer de zekerheid zoeken van het werknemerschap verwacht ik toch dat de groei van het aantal zzp'ers doorzet. Het geeft ondernemende werknemers namelijk de gelegenheid om arbeid aan te bieden op het moment dat het ze zelf uitkomt.

Het is moeilijk exacte gegevens te verkrijgen over het aandeel zzp-ers op de arbeidsmarkt. De SER heeft berekend dat het circa 10% bedraagt. De gemiddelde zzp'er is een hoogopgeleide autochtone, oudere man, werkzaam in de dienstverlenende sector, met een werkende partner. Jongeren komen binnen de groep zzp'ers zelden voor. De flexibiliteit van zzp'ers is een belangrijke toegevoegde waarde voor werkgevers, al is het natuurlijk wel de vraag of de arbeid geleverd kan worden op het door de werkgever gewenste moment. Werkgevers maken soms gebruik van zzp'ers, omdat zij het ondernemersrisico overnemen van bedrijven, doordat werkgevers snel afscheid kunnen nemen van zzp'ers en zzp'ers zelf hun financiële lasten dragen. Zzp'ers focussen zich over het algemeen op het werk en niet zozeer op het ondernemerschap. Ze zijn meer verbonden met de arbeid die ze leveren dan met het feit dat ze ondernemer zijn.

Zzp'ers zijn vooral werkzaam in de (zakelijke) dienstverlening, de culturele sector en de bouw. In de bouw verdienen zzp'ers beter dan hun collega's in loondienst. Ze houden er dankzij fiscale faciliteiten allerlei voordelen aan over. Daar komt een hogere arbeidssatisfactie en levensvreugde voor zzp'ers bij.

Er zit ook een keerzijde aan het zzp-schap. Zzp'ers zijn vaak niet verzekerd tegen risico's als ziekte, werkloosheid en arbeidsongeschiktheid. Zij kunnen wel een beroep doen op de bijstand, het vangnet in Nederland voor mensen die niet in hun levensonderhoud kunnen voorzien. Overigens ontwikkelen steeds meer zelfstandigen collectieve arrangementen om zich gezamenlijk te verzekeren.

## **7. Flexibele arbeid in Duitsland**

Mij is ook gevraagd iets te vertellen over de situatie met betrekking tot flexibele arbeidsrelaties in Duitsland. Ik zal daarover kort iets vertellen. Ik baseer mij op gegevens die ik heb ontvangen van Harald Buesing.

Ook in Duitsland is flexibele arbeid in opkomst. Een derde van de werknemers heeft in Duitsland een - op een of andere manier - flexibel dienstverband. Het grootste aandeel daarvan bestaat uit "werken in deeltijd" en andere vormen van zeer beperkte dienstverbanden (mini- en midijobs). In Duitsland wordt deeltijdwerk als flexibele arbeid beschouwd. In Nederland wordt deeltijd niet beschouwd als flexibele arbeid. Wij definiëren flexibele arbeid als: tijdelijke arbeid of arbeid voor een niet vast overeengekomen aantal uren.

Net als in Nederland hebben vooral jonge mensen in Duitsland te maken met tijdelijke arbeidscontracten, want een tijdelijke arbeidsovereenkomst wordt vooral bij het aannemen van nieuw personeel afgesloten. In het kader van de steeds toenemende vraag naar geschoolde werknemers verandert dit beleid wellicht weer – maar dit is de actuele situatie.

Werken via uitzendbureaus komt het minst voor als het gaat om flexibele arbeid in Duitsland. Maar daarbij moeten we wel rekening houden met de verschillen tussen branches. Uitzendwerk is in verhouding tot de gehele arbeidsmarkt in Duitsland niet van grote betekenis en neemt momenteel ook niet verder toe – het stagneert eerder. Echter, in verschillende sectoren/branches, vooral bij productiebedrijven is uitzendwerk zeer belangrijk.

Van grote betekenis is volgens ons de indirecte uitwerking van uitzendwerk op werknemers, die wel een vast contract hebben. Door de dreiging dat hun plek zomaar door uitzendkrachten kan worden ingenomen, zij dus vervangbaar zijn, wordt de positie van het vaste personeel zwakker. Ook bij het onderhandelen over betere werkomstandigheden speelt dit een rol.

Wat betreft Werkverträge (ik heb geen Nederlandse vertaling gevonden voor dat begrip, omdat we die constructie bij mijn weten in Nederland niet kennen) en daarmee samenhangend ook de aparte categorie van zzp'ers het volgende. De focus ligt op het ogenblik in Duitsland op Werverträge, omdat die in sommige sectoren het werken via uitzendcontracten vervangen. In verhouding tot de overige arbeidsmarkt zijn Werkverträge, net als uitzendwerk onbelangrijk. Wat echter de vleesverwerkende industrie, bouwbedrijven en metaalverwerkende bedrijven en ook de horecasector betreft, heeft deze categorie van flexibel werken wel een grote impact. Vanuit de vakbonden en ondernemingsraden zijn Werkverträge vooral een probleem, omdat deze vorm van uitbesteden van werk plaats kan vinden zonder dat er ondernemingsraden bij betrokken worden.

Net als bij uitzendwerk worden de kosten voor Werkverträge door de ondernemingen niet als uitgaven voor personeel geboekt, maar onder het kopje "Sachausgaben – zakelijke kosten". Het verstrekken van en de controle op Werkverträge gebeurt dan onder verantwoordelijkheid van de afdeling inkoop en niet door PZ.

Uit onderzoek van de heren Heylen en Buyse, economen van de Universiteit Gent blijkt dat Duitsland de laatste jaren de hoogste exportgroei cijfers had en één van de weinige OESO-landen is die hun aandeel in de wereldexport van goederen en diensten het voorbije decennium min of meer konden behouden. Sterke exportprestaties verklaren ook de opvallende herleving van de economische activiteit in Duitsland na de recessie van 2009.

Volgens de onderzoekers is het aannemelijk dat het dalend loonaandeel in de economie hierbij belangrijk was. Het Hartz programma, speelde volgens hen een belangrijke rol. Het was gericht op arbeidsmarkthervorming en werd vanaf 2003 ingevoerd onder leiding van voormalig kanselier Schröder. Het Hartz IV programma om de werkloosheidsuitkering tot één jaar (voor 50 plussers geldt een langere termijn, met een maximum van 24 maanden) te beperken, moest werklozen maximaal prikkelen om snel weer een baan te zoeken. Na die periode zou men terugvallen op een uitkering op bijstandsniveau van ongeveer 350 euro per maand. Versoepeling van het systeem van minijobs onder Hartz II vergemakkelijkte de creatie van erg flexibele, laagbetaalde banen van maximaal 400 euro (op dit moment 450 euro) per maand. Voor bedrijven kwam dit systeem tegemoet aan de vraag naar goedkope en flexibel inzetbare werknemers. Voor werklozen zou een minijob de springplank moeten worden naar een reguliere, permanente baan. Eind 2010 registreerde het Bundesagentur für Arbeit ongeveer 7,5 miljoen uitgeoefende minijobs. In 2003 waren het er 5,5 miljoen. Voor 5 miljoen Duitsers (of een achtste van alle werkenden) was hun minijob in 2010 de enige baan. Uit een onderzoek van Duitse arbeidsmarktonderzoekers blijkt dat in 2012 nog steeds een op de drie minijobs een nevenactiviteit was naast een andere baan. De onderzoekers denken dat de loonontwikkeling in de afgelopen jaren hiervan de oorzaak is. Met een minijob proberen mensen hun inkomen te stabiliseren of op te hogen. Deze werknemers verdienen in hun hoofdfunctie namelijk rond de 350 euro per maand minder dan werknemers zonder nevenfunctie.

## **8. Schijnconstructies**

Werkgevers zijn soms zeer creatief in het bedenken van constructies waarbij de arbeidskosten zo laag mogelijk uitvallen. De constructies die ik hier bespreek zijn de schijnzelfstandigen en de postbusconstructies.

### **8.1. Schijnzelfstandigen**

Naast werknemers die zelf kiezen voor een bestaan als zzp'er komt het steeds vaker voor dat werkgevers werknemers ontslaan, om vervolgens een contract als zelfstandige met ze af te sluiten. Dit wordt ook wel schijnzelfstandigheid genoemd. Onderzoeker Jan Cremers stelt dat de invoering van de vrije dienstverlening in de Europese Unie met uiteenlopende wettelijke kaders voor arbeidscontracten en voor commerciële dienstverleningscontracten in de hand werkt dat de scheiding tussen werknemer en zelfstandige verder vervaagt en dat dubieuze koppelbaaspraktijken opduiken. Cremers heeft onderzoek gedaan naar de definitie van zelfstandige in verschillende landen in Europa. Hij concludeert dat er een grote variatie is aan wettelijke regelingen en afbakeningen ten aanzien van het verschijnsel van de (nieuwe) zelfstandige in verschillende landen die het lastig maakt om op Europees niveau tot een gezamenlijke benadering te komen. Hierdoor is wat Cremers noemt 'regime-shopping' op het terrein van rekrutering van goedkope arbeid binnen Europa mogelijk. Op korte termijn kan worden verdedigd dat dit de markt ten goede komt, op lange termijn verstoort het niet alleen de concurrentieverhoudingen, het haalt ook de bodem uit de Nederlandse sociale voorzieningen en verzekeringen, aldus Cremers. Volgens Cremers leidt dit tot een destabilisering van de arbeidsmarkt. Ik deel deze zorg met Cremers.

### **8.2. Postbusconstructies**

Niet alleen bij zelfstandigen, maar ook bij detachingsbureaus en uitzendbureaus komen malafide praktijken voor. Het gaat dan om bedrijven die hun adres verplaatsen naar een land waar de lasten van werknemers lager zijn, bijvoorbeeld door gunstige belastingtarieven of doordat de premies voor de socialezekerheid lager zijn of niet afgedragen hoeven te worden. Het bedrijf verplaatst zich naar

bijvoorbeeld Cyprus en vervolgens laten deze bedrijven hun soms Nederlandse werknemers vanuit dat land werken in Nederland.

In Nederland wordt al wel iets gedaan om deze malafide praktijken te voorkomen. De Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW), de Belastingdienst en de Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten (SNCU) hebben het afgelopen jaar gezamenlijk voor meer dan 90 miljoen euro aan boetes en naheffingen opgelegd aan malafide uitzendbureaus. Dat schreef minister Asscher van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer half oktober van dit jaar over de aanpak van malafide uitzendbureaus.

De minister kondigde aan diverse maatregelen te nemen waarmee niet alleen malafide uitzendbureaus zullen worden beboet, maar waarbij ook de leidinggevende niet ongestraft blijft en ook niet opnieuw malafide praktijken kan uitoefenen met zijn oude uitzendbureau of met een nieuw uitzendbureau.

De minister meldt ook dat:

- De Nederlandse Kamer van Koophandel in 2012 4000 lege ondernemingen heeft opgeheven (een juridische huls zonder bedrijfsactiviteit).
- De Inspectie SZW in de afgelopen anderhalf jaar circa 600 uitzendbureaus en 700 inlenende bedrijven heeft geïnspecteerd. In 30% van die gevallen was er sprake van een overtreding.
- De Belastingdienst bezocht in dezelfde periode ruim 1300 uitzendbureaus.
- Bij het meldpunt Aanpak Malafide Uitzendbureaus, dat in maart 2012 werd gelanceerd, zijn ruim 1100 meldingen binnengekomen. Bijna 65 procent van deze meldingen is onderzocht of in onderzoek.

Minister Asscher heeft ook afspraken gemaakt met Polen, Roemenië en Bulgarije over het uitwisselen van gegevens om ook op die manier malafide uitzendbureaus aan te kunnen pakken. Internationale samenwerking op dit terrein is belangrijk. Niet om te voorkomen dat mensen de grens over gaan om te gaan werken in een ander land, maar om concurrentie op arbeidsvoorwaarden te voorkomen. Door de verschillen tussen lidstaten profiteren werkgevers en gaan de banen naar buitenlandse werknemers die onder slechtere voorwaarden werken.

## **9. Detacheringen in de Europese Unie**

### **9.1. Detacheringsrichtlijn**

De Europese Unie probeert al sinds eind jaren '90 een level playing field te creëren voor werknemers die gedetacheerd worden naar een andere lidstaat. De algemene regel is dat personeel dat tijdelijk werkzaamheden verricht in een ander land valt onder de wet- en regelgeving van dat land.

#### **Rush Portuguesa, 27 maart 1990 Zaak 113/89:**

In 1990 heeft het Europese Hof van Justitie in de Rush Portuguesa zaak uitgesproken dat de werknemers in dienst van de (Portugese) onderneming voor de duur van het betrokken werk gedetacheerd mogen worden om de diensten uit te voeren in een andere lidstaat (Frankrijk), want zij keren na afloop terug en krijgen om die reden geen toegang tot de arbeidsmarkt. De ontvangende lidstaat mag geen eisen stellen aan de werving van personeel of het verkrijgen van een tewerkstellingsvergunning.

Dit geldt niet voor uitzendkrachten, want daar is het doel dat zij toegang krijgen tot de arbeidsmarkt van de ontvangende Lidstaat.

#### **Richtlijn 96/71 (Detacheringsrichtlijn)**

Na deze uitspraak is de Detacheringsrichtlijn in 1996 door de Europese Unie ingevoerd om te waarborgen dat de rechten en de arbeidsvoorwaarden van gedetacheerde werknemers in heel de Europese Unie beschermd zouden worden. In deze richtlijn zijn de minimumvoorwaarden vastgelegd die moeten worden toegepast bij detachering van werknemers die naar een andere lidstaat worden gedetacheerd. De zogenaamde 'kernarbeidsvoorwaarden'.



De achterliggende gedachte is dat de kernarbeidsvoorwaarden van een lidstaat ook van toepassing zijn op de werknemers die gedetacheerd zijn vanuit een andere lidstaat.

De harde kern arbeidsvoorwaarden die door de lidstaat waar iemand werkzaam is moeten worden gegarandeerd zijn:

- minimumloon, inclusief vergoeding voor overwerk,
- minimale werk- en rustperioden,
- minimum aantal betaalde vakantiedagen,
- voorwaarden over het ter beschikking stellen van werknemers, met uitzondering van uitzendbedrijven.

(en enkele andere voorwaarden die hier niet ter zake doen)

Lidstaten moeten passende maatregelen treffen teneinde afdwinging van deze richtlijn te garanderen. In Nederland wordt de Richtlijn toegepast in de Wet Arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (WAGA) en in de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV).

### **Rüffert 3 april 2008, Zaak 346/06**

Het Europese Hof van Justitie heeft in 2008 een interpretatie gegeven aan de Detacheringsrichtlijn 96/71 in een zaak die zich afspeelde in Nedersachsen. Poolse werknemers waren gedetacheerd naar Duitsland. Het Hof heeft uitgesproken dat het Landesvergabegesetz niet hoefde te worden ingepast in de systematiek van de Detacheringsrichtlijn, omdat de CAO niet algemeen verbindend was verklaard.

### **Vicoplus 10 februari 2011, gevoegde zaken C-307-309/09.**

In 2011 was er een vervolg op Rush Portuguesa. Poolse uitzendkrachten kwamen naar Nederland. Het uitgangspunt is dat uitzendkrachten wel effect hebben op de arbeidsmarkt van het betrokken gastland. Het Hof van Justitie oordeelde dat het onderscheid tussen werknemers die zelfstandig toegang hebben tot de lidstaat en werknemers die toegang hebben door bemiddeling van een derde gekunsteld is. Beter is het om te kijken naar de gevolgen die de toetreding heeft voor de arbeidsmarkt. In casu was ontregeling van de arbeidsmarkt mogelijk, dus was de Overgangsregeling van Nederland toegestaan en mocht tijdelijk een tewerkstellingsvergunning verplicht worden gesteld aan Poolse uitzendkrachten.

### **Remak, Kort Geding Rechtbank Groningen, 5 Oktober 2012**

In de Remak-zaak die zich aandeed bij de kantonrechter in Groningen stond de Detacheringsrichtlijn ook centraal. Het ging om een Pools installatiebedrijf, Remak, dat ongeveer 800 Poolse werknemers gedetacheerd had naar de bouw van een energiecentrale in de Eemshaven.

FNV Eemshaven, een samenwerkingsverband tussen FNV Bondgenoten en FNV Bouw, eiste dat de Poolse arbeiders op de bouwplaats van Remak in de Eemshaven loon betaald kregen overeenkomstig de CAO Metalektro. Remak weigerde in te gaan op deze eisen. Omdat Remak en FNV niet tot overeenstemming kwamen, zag FNV zich genoodzaakt om een kort geding aan te spannen tegen Remak. FNV baseerde haar argumenten op de Detacheringsrichtlijn.

De kantonrechter stelde vast dat de Detacheringsregeling van toepassing was op drie van de vier arbeidsvoorwaarden waar het in deze zaak om ging: loon, vakantietoelage en toeslag afwijkende arbeid. Wat betreft roostervrije uren was de Detacheringsrichtlijn niet van toepassing, omdat die uren ooit waren ingevoerd om meer werkgelegenheid te creëren.

**Loon:** Remak had het CAO-loon moeten uitbetalen op grond van de Wet AVV en kon zich er niet op beroepen dat ze dat niet kon weten. Het ging hier om een groot beursgenoteerd bedrijf met goede rechtskundige adviseurs. Informatie over de Nederlandse wet- en regelgeving was in het Engels te vinden op de website van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

De **vakantietoeslag** maakt in Nederland deel uit van de Wet minimumloon, dus die had uitbetaald moeten worden.

**Toeslag afwijkende werktijd** is onderdeel van de algemeen verbindend verklaarde CAO en behoort ook tot de harde kern van de Detacheringsrichtlijn. Het gaat om een tegenprestatie voor verrichte arbeid op afwijkende uren.

De meeste eisen van de FNV werden dus toegewezen.

## 9.2. Handhavingsrichtlijn

De Remak zaak laat zien dat de Detacheringsrichtlijn in de praktijk niet werkt zoals deze bedoeld is en niet altijd leidt tot een betere bescherming voor werknemers die naar een andere lidstaat worden gedetacheerd. In Europa zijn steeds meer gedetacheerde werknemers. Volgens de Europese Commissie betreft het alle lidstaten, hetzij als aanbiedend land, hetzij als ontvangend land. De Commissie vindt detacheringen van groot economisch belang.

Op 12 maart 2012 heeft zij dan ook een voorstel voor de Handhavingsrichtlijn gepubliceerd. De Commissie heeft in een toelichting bij deze concept-richtlijn aangegeven dat detachering niet mag worden gebruikt om sociale minimumnormen te omzeilen. De Commissie pleit voor een betere toepassing en naleving van bestaande regels en voor meer toezicht. De Handhavingsrichtlijn komt niet in de plaats van de bestaande Detacheringsrichtlijn, maar is bedoeld om tot een verbetering van de praktische toepassing van die richtlijn te komen. Zo moeten werknemers en bedrijven beter geïnformeerd worden over hun rechten en plichten en gaan de autoriteiten van de betrokken lidstaten meer en frequenter gegevens uitwisselen over de betrokken bedrijven. Het begrip ‘detachering’ wordt zodanig ingevuld dat postbusbedrijven niet meer worden erkend.

De Handhavingsrichtlijn heeft tot doel bescherming te bieden aan werknemers die kwetsbaar kunnen zijn door hun situatie, omdat ze tijdelijk werken in een vreemd land, problemen kunnen hebben bij het vinden van rechtsbijstand of andere adequate vertegenwoordiging en onvoldoende kennis kunnen hebben van plaatselijke wetten, instanties en taal. De richtlijn speelt ook een belangrijke rol bij het bevorderen van een klimaat van eerlijke concurrentie tussen alle dienstverrichters (ook die uit andere lidstaten) doordat zij gelijke mededingingsvoorwaarden en rechtszekerheid garandeert voor dienstverrichters, ontvangers van diensten en voor het verrichten van diensten gedetacheerde werknemers.

De richtlijn gaat ook gelden voor micro-ondernemingen. Juist om de strijd tegen postbusbedrijven tegen te gaan en ook om te voorkomen dat er nieuwe mazen in de wetgeving ontstaan. Om een betere naleving van de detacheringsrichtlijn te bereiken bevat het voorstel de volgende onderwerpen:

- Indicatoren om te kunnen beoordelen of er sprake is van een postbusonderneming.
- Lidstaten moeten garanderen dat bedrijven langs elektronische weg eenvoudig kunnen achterhalen aan welke arbeidsvoorwaarden, inclusief de CAO bepalingen, zij moeten voldoen wanneer ze een werknemer detacheren naar een andere lidstaat.
- Bestuurlijke samenwerking en wederzijdse bijstand, onder andere door elektronische gegevens-uitwisseling.
- Nationale controle-maatregelen en effectieve inspecties.
- Handhaving. Lidstaten dienen ervoor zorg te dragen dat gedupeerde gedetacheerde werknemers hun recht kunnen effectueren. Een bepaling over ketenaansprakelijkheid waarbij naast de feitelijke werkgever ook de opdrachtgever aansprakelijk is voor betaling van het juiste loonbedrag, dient hieraan bij te dragen. Deze ketenaansprakelijkheid geldt alleen voor de bouwsector.
- Grensoverschrijdende inning van boetes. Sancties op het niet naleven van bepalingen uit de detacheringsrichtlijn verschillen per lidstaat. Voor een effectieve handhaving is wederzijdse

erkenning van opgelegde boetes en assistentie bij de inning daarvan in een andere lidstaat noodzakelijk.

- Een pakket van wetgevende maatregelen om ervoor te zorgen dat de minimum-arbeidsvoorwaarden beter worden gegarandeerd en het ontduiken van de regels wordt aangepakt. Onduidelijkheid over wat onder de harde kern van arbeidsvoorwaarden valt wordt aangepakt door middel van niet-wetgevende maatregelen.

De Nederlandse regering heeft op 13 april 2012 laten weten dat zij in algemene zin positief staat tegenover de voorgestelde Handhavingsrichtlijn. De richtlijn wordt gezien als een ondersteuning voor het Nederlandse beleid. Wel zal Nederland erop letten dat de voorgestelde maatregelen geen onnodige administratieve lasten veroorzaken en zo duidelijk mogelijke normen voor handhaving zullen bevatten. Verder heeft Nederland gesteld dat het belangrijk is dat de grensoverschrijdende inning van boetes wordt vergemakkelijkt. In Nederland zijn sociale partners zelf verantwoordelijk voor het handhaven van cao's. In dit licht vindt Nederland het belangrijk dat de Handhavingsrichtlijn bijdraagt aan de zelfregulering door sociale partners of CAO-partijen.

De Duitse Bundesrat kan zich op zich wel vinden in de doelstellingen van de Handhavingsrichtlijn, maar betreurt het dat er niet gekozen is voor een aanpassing van de Detacheringsrichtlijn. De Bundesrat heeft een aantal verbeteringsvoorstellen gedaan aan de Europese Commissie, over controle en straffen. De uitkomst daarvan is mij niet bekend. De Duitse Bundesrat heeft beklemtoond dat de Duitse standaard wetgeving voor werknemers-gedetacheerden niet aangetast mag worden.

Op 15 oktober 2013 is de richtlijn in Europa besproken in de Raad Werkgelegenheid, Sociaal Beleid, Volksgezondheid en Consumentenzaken. Het is de delegaties niet gelukt een algemene oriëntatie te kunnen vaststellen. Er zijn twee controversiële punten waarover geen overeenstemming kon worden bereikt: de bepalingen over de nationale controlemaatregelen en over ketenaansprakelijkheid. Daar wordt verder geen toelichting bij gegeven helaas.

## **10. Tot slot**

Dan ben ik nu aan het slot gekomen van mijn presentatie. We kunnen concluderen dat de verschillen tussen lidstaten ertoe leiden dat er een concurrentie plaatsvindt op arbeidsvoorwaarden. Daardoor gaan de banen naar buitenlandse werknemers die onder slechtere voorwaarden werken. Hopelijk komt de Europese Unie snel tot maatregelen die werkelijk leiden tot een eerlijke concurrentie, zonder schijnconstructies.

Bedankt voor uw aandacht.

Heeft u nog vragen?