



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Contracting en arbeidsrecht: over schijnconstructies, juridisch houdbare varianten en de gevolgen van de WAS en de WWZ

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2015

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2015). Contracting en arbeidsrecht: over schijnconstructies, juridisch houdbare varianten en de gevolgen van de WAS en de WWZ. *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, 8(3), 13-19. Article 118. http://www.tap-online.nl/site/afgeschermd/artikel_detail/20117564.html

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

118. Contracting en arbeidsrecht: over schijnconstructies, juridisch houdbare varianten en de gevolgen van de WAS en de WWZ

MR. DR. J.P.H. ZWEMMER

Steeds vaker besteden bedrijven onder de noemer 'contracting' (neven)activiteiten uit aan een derde. Dat leidt tot spanning wanneer dit geschiedt om de arbeidskosten te drukken en/of ten koste gaat van (vaste) arbeidsplaatsen. Tijdens de behandeling van de Wet werk en zekerheid heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid medegedeeld dat maatregelen zullen worden genomen om dit tegen te gaan. Niet alle vormen van contracting zijn gericht op het omzeilen van arbeidsrechtelijke verplichtingen. In dit artikel geef ik juridische duiding aan het begrip contracting en bespreek ik de arbeidsrechtelijke gevolgen hiervan. Daarbij ga ik ook in op de effecten van het onlangs door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel Wet Aanpak Schijnconstructies.

Inleiding

Bij contracting besteedt de opdrachtgever een klus, werk, dienst of activiteit uit aan een aannemer of opdrachtnemer. Deze 'contractor' (hierna: 'contractingbedrijf') verbindt zich jegens de opdrachtgever ten aanzien van het te leveren (eind)resultaat. Als werkgever voert het contractingbedrijf de opdracht voor de opdrachtgever uit met inzet van eigen, door hemzelf aangestuurde werknemers. Door sociale partners en het kabinet wordt kritisch gekeken naar contracting.¹ Volgens de vakbonden – met name de FNV² – zou contracting een verkapte vorm van uitzending of schijnconstructie zijn die uitsluitend als doel heeft de toepasselijkheid van cao's te omzeilen. Inhoudelijk is bij contracting echter geen sprake van een nieuw fenomeen en hierbij hoeft ook niet altijd sprake te zijn van een schijnconstructie. In deze bijdrage³ ga ik in op de vraag wat contracting is en komen de gevolgen van het wetsvoorstel Wet Aanpak Schijnconstructies ('WAS') en de Wet werk en zekerheid ('WWZ') voor de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer bij contracting aan de orde. In dat kader analyseer ik hoe contracting moet worden geduid binnen het bestaande juridische kader van in de wet geregelde

bijzondere overeenkomsten, bespreek ik waar de grens ligt tussen contracting en uitzending, en beschrijf ik kenmerken en elementen van contracting die zouden impliceren dat geen sprake is van een verkapte vorm van uitzending of schijnconstructie.

Wat is contracting?

Contractingbedrijven zijn op dit moment vooral actief in de sectoren bouw, techniek, assemblage, verpakkingen en logistiek. Contracting is niet wettelijk gedefinieerd. In de praktijk wordt contracting onder verschillende juridische noemers gebracht: aanneming van werk (art. 7:750 Burgerlijk Wetboek ('BW')) of opdracht (art. 7:400 BW).⁴ Bedrijven zijn al decennialang bezig met het uitbesteden, 'outsourcen', van (neven)activiteiten aan dienstverlenende ondernemingen of toeleveranciers. In de afgelopen jaren heeft contracting echter een hoge vlucht genomen. In eerste instantie gebeurde dat met name door het uitbesteden van werk aan Midden- en Oost-Europeanen. Daarbij is niet zelden sprake van doorleenconstructies waarbij verschillende rechtspersonen tussen enerzijds de 'werkgever' en het contractingbedrijf en anderzijds de opdrachtgever worden geschakeld in het kader van het ontduiken (of ontgaan) van in Nederland van toepassing zijnde cao's of het minimumloon. Ook buiten dit soort situaties neemt contracting toe. Uitzendbureaus en detacheerders richten zich steeds vaker (eveneens) op contracting, veelal met behulp van een speciaal voor dat doel opgerichte groepsmaatschappij. Doordat het uitzendbureau geen

1 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 7/8 en 12, en Sociaal Akkoord 11 april 2013, p. 26/27 (www.stvda.nl).

2 Zie o.a. het rapport 'Balletje-balletje op de arbeidsmarkt' dat de FNV op 23 maart 2015 naar buiten bracht (https://www.fnv.nl/site/nieuws/webassistent/l.vermeulen/Ontduiking_uitzendcao_middels_contracting_levert_bedrijven_miljoenen_op/rapportage_contracting.pdf).

3 Dit artikel is een bewerking van mijn commentaar van 16 december 2014 naar aanleiding van het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 21 oktober 2014 (ECLI:NL:GHSHE:2014:4353) onder AR 2014-1017 (www.ar-updates) en van mijn noot bij dit arrest onder «JAR» 2015/10.

4 Zie over contracting ook L. Bijpost, 'Contracting: een nieuw fenomeen in het stelsel van arbeidsrelaties?', *TRA* 2015/4.

werknemers ter beschikking stelt aan de opdrachtgever, maar als contractingbedrijf werk aanneemt dat onder toezicht en leiding van eigen werknemers (en niet door werknemers van de opdrachtgever) wordt verricht, zou geen sprake zijn van uitzending ex art. 7:690 BW en van toepasselijkheid van het loonverhoudingsvoorschrift uit de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs ('Waadi')

Bevat een driehoeksverhouding – ondanks het feit dat partijen zelf van contracting spreken – de elementen uit de definitie van art. 7:690 BW, dan is sprake van een uitzendovereenkomst

en de ABU-cao⁵. Hoewel bij contracting in beginsel sprake is van een minder flexibele arbeidsrelatie met de werknemer dan bij uitzending omdat de werknemers op basis van een 'gewone' arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 BW in dienst zijn van het contractingbedrijf (tenzij sprake is van doorlening van uitzendkrachten door het contractingbedrijf), maken deze factoren dat contracting voor ondernemers een aantrekkelijk alternatief kan zijn voor uitzending of detachering. Die aantrekkelijkheid is met ingang van 30 maart 2015 alleen maar toegenomen, omdat vanaf die datum op grond van de (algemeen verbindend verklaarde) ABU-cao vanaf dag één de inlenersbeloning moet worden betaald aan uitzendkrachten.⁶ Deze factoren maken een nadere juridische afbakening van contracting noodzakelijk.

Juridische kwalificatie contracting

De door het contractingbedrijf met de opdrachtgever gesloten overeenkomst kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst van aanneming van werk of overeenkomst van opdracht. Van aanneming van werk is op grond van art. 7:750 BW sprake wanneer de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld. Is de overeenkomst niet gericht op de totstandbrenging en oplevering van een werk van stoffelijke aard, dan is sprake van een overeenkomst van opdracht ex art. 7:400 BW. De overeenkomst van opdracht fungeert als restcategorie van de in Boek 7 BW geregelde bijzondere overeenkomsten op grond waarvan werkzaamheden worden verricht. In de wetsgeschiedenis bij art. 7:750 BW is benadrukt dat de aannemingstitel betrekking heeft op een grotere variëteit

van contracten dan de aanneming van bouwwerken of wat daarmee verband houdt. Ook het bewerken, uitbreiden, veranderen, repareren of slopen van een reeds bestaand werk valt onder dit criterium.⁷ Dat aanneming van werk niet alleen betrekking heeft op de bouw blijkt uit andere hierbij genoemde voorbeelden in de wetsgeschiedenis, zoals het wassen of stomen van kleren en het repareren van gebruiksvoorwerpen.⁸ Van geval tot geval zal dus een inschatting moeten worden gemaakt van het antwoord op de vraag of sprake is van aanneming van werk. Doorslaggevend daarbij is of het gaat om werkzaamheden die bestaan in het vervaardigen en/of bewerken van stoffelijke voorwerpen.⁹ De uitzendovereenkomst is de enige driehoeksverhouding die apart is gedefinieerd in Boek 7 BW. Wanneer een driehoeksverhouding voldoet aan de definitie van art. 7:690 BW, is sprake van een uitzendovereenkomst. Art. 7:690 BW is van dwingend recht.¹⁰ Bevat een driehoeksverhouding – ondanks het feit dat partijen zelf van contracting spreken – de elementen uit de definitie van art. 7:690 BW, dan is sprake van een uitzendovereenkomst. Voor het onderscheid tussen uitzending en contracting zijn de volgende elementen uit de definitie van art. 7:690 BW van belang.

i. Terbeschikkingstelling van arbeid in het kader van het beroep of bedrijf van de werkgever

Dat de uitzendwerkgever in de zin van art. 7:690 BW de werknemers in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ter beschikking stelt, heeft de regering gekoppeld aan de allocatiefunctie die de uitzendformule vervult op de arbeidsmarkt.¹¹ Hoewel de allocatiefunctie niet is opgenomen in de tekst van art. 7:690 BW, heeft de regering bij de parlementaire behandeling van de regeling van de uitzendovereenkomst verschillende malen op eenduidige wijze medegedeeld en benadrukt dat deze regeling alleen geldt voor werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt. Een allocatiefunctie impliceert het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van (tijdelijke) arbeid. Art. 7:690 BW fungeert als toegangspoort voor het in afdeling 11 van Titel 10 Boek 7 BW opgenomen verlichte arbeidsrechtelijke regime waarmee recht wordt gedaan aan de flexibiliteit die zo kenmerkend is voor uitzendarbeid en die inherent is aan de allocatiefunctie van de uitzendwerkgever.¹² Met de in art. 7:690 BW opgenomen definitie werd

5 CAO voor Uitzendkrachten 2012-2017. Deze cao is door FNV Bondgenoten, CNV Dienstenbond, De Unie en LBV afgesloten met de Algemene Bond Uitzendondernemingen.

6 In het najaar van 2014 kwamen de partijen bij de ABU-cao overeen dat uitzendkrachten met ingang van 30 maart 2015 vanaf de eerste dag van de terbeschikkingstelling een loon ontvangen dat is gebaseerd op de arbeidsvoorwaarden van de opdrachtgever. Deze aanpassingen in de lopende ABU-cao zijn met ingang van 18 maart 2015 algemeen verbindend verklaard (*Stcrt.* 2015/926).

7 *Kamerstukken I* 1992/93, 23 095, nr. 38a, p. 9/10.

8 *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 12.

9 Zie Asser-Van den Berg 7-VI (2013), nrs. 25 en 26.

10 Zie par. 4.5.1 van mijn dissertatie: J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012.

11 Zie hierover nader mijn bijdrage in *ArbeidsRecht* onder 2014/60 en par. 4.5.2 van mijn dissertatie t.a.p. Zie hierover ook L.G. Verburg, 'Payrolling: over duiding en verbinding', *AA* december 2013/12 en E.M. Hoogveen, 'De inlener en het werkgeverschap', *ArA* 2007/3.

12 Op 1 januari 2010 werd aan deze afdeling art. 7:692 BW toegevoegd. Op grond van dit artikel is de opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van het minimumloon van de uitzendkracht wanneer dit geschiedt krachtens een overeenkomst van opdracht met een niet-gecertificeerd uitzendbureau. In het wetsvoorstel WAS komt art. 7:692 BW te vervallen in verband met de in dit wetsvoorstel voorgestelde – veel

dus niet beoogd ook arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarbij geen sprake was van een allocatiefunctie van een juridische basis te voorzien.¹³ Wel heeft de regering destijds medegedeeld dat met de definitie van art. 7:690 BW een ruimer toepassingsbereik werd beoogd dan de op dat moment – eind jaren negentig van de vorige eeuw – in de praktijk voorkomende traditionele uitzending door uitzendbureaus die zich richtten op terbeschikkingstelling bij 'piek of ziek'. Daardoor zou deze regeling volgens de regering eveneens van toepassing zijn op 'organisaties zoals uitzendbureaus, detacheerbedrijven, arbeidspools en andere organisaties, die er hun beroep of bedrijf van maken arbeidskrachten onder welke noemer dan ook tijdelijk aan derden ter beschikking te stellen'.¹⁴ Daarbij benadrukte de regering echter dat ook bij de kwalificatie van zulke detacheerbedrijven en arbeidspools als uitzendwerkgever ex art. 7:690 BW van doorslaggevende betekenis zou zijn of zij daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen.¹⁵ In de rechtspraak wordt desalniettemin wisselend geoordeeld over het vereiste van het vervullen van een allocatiefunctie bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW. De kantonrechter te Amsterdam oordeelde in 2013 en 2014 verschillende malen dat het op de arbeidsmarkt vervullen van een allocatiefunctie een vereiste is voor toepassing van art. 7:690 BW.¹⁶ In een vonnis van 4 juli 2014 kwam de kantonrechter te Amsterdam echter tot een tegengesteld oordeel.¹⁷ Zo ook het Hof Amsterdam dat in zijn arrest van 28 oktober 2014¹⁸, voorbijgaand aan de hiervoor beschreven wijze waarop art. 7:690 BW is uitgelegd in de wetsgeschiedenis, op basis van de tekst van dat artikel oordeelde dat voor de toepassing van art. 7:690 BW niet vereist is dat de werkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt.¹⁹ Het Hof Arnhem-Leeuwarden overwoog daarentegen in zijn arrest van 3 februari 2015²⁰ onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis dat voor de toepasselijkheid van art. 7:690 BW een allocatiefunctie vereist is.

ii. *Krachtens een aan de uitzendwerkgever gegeven opdracht*

De terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer geschiedt op basis van een overeenkomst van opdracht van de uitzendwerkgever met de derde. In de toelichting bij art. 7:690 BW deelde de regering mee dat in art. 7:690 BW werd opgenomen dat de terbeschikkingstelling van de werknemer dient te geschieden op basis van een opdracht-overeenkomst tussen de uitzendwerkgever en de derde 'om

Bij de totstandkoming van art. 7:690 BW is niet toegelicht wat moest worden verstaan onder het verrichten van arbeid onder toezicht en leiding van de derde

duidelijk te maken dat bijvoorbeeld aanneming van werk niet tot een uitzendovereenkomst kan leiden'.²¹ In de Nota Flexibiliteit en Zekerheid van de STAR van 3 april 1996 – die de basis vormde van de Wet flexibiliteit en zekerheid en de daarin opgenomen definitie van art. 7:690 BW – deelde de STAR mee dat diensten die in hun geheel als pakket worden uitbesteed, waarbij als voorbeelden catering, beveiliging en schoonmaak werden genoemd, eveneens moeten worden aangemerkt als verricht in het kader van een aangenomen werk.²²

iii. *Onder toezicht en leiding van de derde*

Bij de totstandkoming van art. 7:690 BW is niet toegelicht wat moest worden verstaan onder het verrichten van arbeid onder toezicht en leiding van de derde. In de literatuur wordt aangenomen dat toezicht en leiding op hetzelfde neerkomen als werkgeversgezag binnen de gewone arbeidsovereenkomst van art. 7:610 BW.²³ Ook in de (lagere) rechtspraak wordt onder toezicht houden en leidinggeven door de derde – de opdrachtgever – hetzelfde verstaan als werkgeversgezag.²⁴ Anders dan de woorden 'in dienst van' in art. 7:610 BW, hebben toezicht en leiding uitsluitend betrekking op het feitelijke gezag van de opdrachtgever over de door de uitzendwerknemer verrichte werkzaamheden. Tussen de uitzendwerknemer en de opdrachtgever kan geen sprake zijn van gezag op basis van de door partijen gemaakte contractuele afspraken omdat zij zich niet met elkaar hebben verbonden. De opdrachtgever heeft het feitelijke werkgeversgezag over de arbeid van de uitzendwerknemer.²⁵ De uitzendwerkgever heeft op zijn beurt nauwelijks tot geen feitelijk gezag over de door de uitzendwerknemer verrichte arbeid. Om die reden kan de uitzendwerkgever bijvoorbeeld in beginsel niet aansprakelijk worden gesteld

verder gaande – inlenersaansprakelijkheid van art. 7:616a BW (nieuw).

13 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10 en nr. 6, p. 16. Zie anders Y.A.E. van Houte, 'Uitzending en payroll: overeenkomst en verschil', *ArbeidsRecht* 2011/36.

14 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263 nr. 3, p. 10. Zie ook *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263B, p. 8/9 en 12.

15 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263 nr. 3, p. 10. Zie ook *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263B, p. 9 en 12 en *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263 nr. 6, p. 16.

16 Ktr. Amsterdam 1 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6257, Ktr. Amsterdam 3 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6063 en Ktr. Amsterdam 22 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6356. Zie ook Ktr. Enschede 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108 en Ktr. Almelo 11 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1214.

17 Ktr. Amsterdam 4 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5783. Zo ook Rb. Amsterdam 1 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN0820.

18 Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4547.

19 Zie ook Hof Amsterdam 9 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4616.

20 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:670.

21 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 33.

22 Zie S.W. Kuip en C.G. Scholtens, Flexibiliteit en zekerheid, *Parlementaire Geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 925.

23 Zie o.a. F.B.J. Grapperhaus en M. Jansen, *De uitzendovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1999, p. 34.

24 Zie Ktr. Sittard-Geleen 13 februari 2008, «JAR» 2008/157.

25 Zie par. 4.5.4 van mijn dissertatie t.a.p. en Ktr. Amsterdam 23 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:886.

door de opdrachtgever voor fouten of slecht werk van de door hem aan de opdrachtgever ter beschikking gestelde uitzendwerknemer.²⁶

Tussenconclusie

Uit het voorgaande volgt dat wanneer de werknemer bij de opdrachtgever te werk wordt gesteld krachtens een overeenkomst van aanneming van werk tussen zijn werkgever, het contractingbedrijf en de opdrachtgever, er geen sprake is van uitzending in de zin van art. 7:690 BW en van toepasselijkheid van de ABU-cao. Ook de Waadi is dan niet van toepassing.²⁷ Indien het type werk dat verricht wordt op grond van de overeenkomst tussen het contractingbedrijf en de opdrachtgever niet kan worden geschaard onder aanneming van werk in de zin van art. 7:750 BW, is tussen hen sprake van een overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 BW. In dat geval is evenmin sprake

kan immers niet door een contract opzij worden gezet, zo overweegt het hof. In deze zaak oogstten de werknemers van het contractingbedrijf, Qatro, champignons bij de opdrachtgever, Worldchamp, op basis van een met de opdrachtgever gesloten ‘aannemingsovereenkomst’. Bij de wijze waarop het hof komt tot zijn oordeel dat sprake is van een uitzendovereenkomst kunnen vraagtekens worden geplaatst. Dat geldt allereerst voor de overweging van het hof dat, ook wanneer tussen Qatro en Worldchamp sprake zou zijn van een overeenkomst van aanneming van werk, dit niet betekent dat de werknemers niet op basis van een uitzendovereenkomst in dienst zijn. Het hof gaat hiermee in tegen de tekst van art. 7:690 BW en de hiervoor besproken wijze waarop dit artikel tijdens de parlementaire behandeling is toegelicht. Alleen wanneer het oogsten van champignons niet zou kunnen worden beschouwd als gericht op de totstandbrenging en oplevering van een werk van stoffelijke aard in de zin van art. 7:750 BW, en dus sprake zou zijn van een overeenkomst van opdracht, had het hof tot het oordeel kunnen komen dat de werknemers op basis van een uitzendovereenkomst in dienst zijn van Qatro. Ook bij de overweging van het hof dat Worldchamp het toezicht en de leiding heeft uitbesteed aan Qatro en Qatro daardoor mede Worldchamp vertegenwoordigde ten aanzien van het toezicht en leiding geven, zodat de champignonpluk mede moet worden geacht te zijn uitgevoerd onder toezicht en leiding van Worldchamp, kunnen vraagtekens worden geplaatst. Kenmerk van het met de woorden ‘toezicht en leiding’ in art. 7:690 BW bedoelde feitelijke werkgeversgezag is mijns inziens nu juist dat dit niet kan worden gedelegeerd of uitbesteed. Ik denk dat met name de rommelige wijze waarop in deze zaak de aannemingsovereenkomst en de arbeidsovereenkomsten met de werknemers waren ingericht én de gedachte dat voorkomen moet worden dat misbruik wordt gemaakt van contracting debet zijn geweest aan het oordeel van het hof. Bij dat laatste kan ook een rol hebben gespeeld dat de procedure aanhangig was gemaakt door de Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten (‘SNCU’), die zich, mede in het belang van werknemers, richt op het bestrijden van oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden door het niet correct toepassen van de cao’s in de uitzendbranche.

Of bij contracting als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding sprake is van een verkapte uitzendovereenkomst of schijnconstructie is tot nog toe slechts een enkele keer aan de orde geweest in de rechtspraak

van uitzending in de zin van art. 7:690 BW wanneer het contractingbedrijf en niet de opdrachtgever het feitelijke werkgeversgezag uitoefent over de door de werknemer verrichte arbeid. In dit geval is de Waadi eveneens niet van toepassing.²⁸ Omdat in beide hiervoor beschreven situaties sprake is van de uitbesteding van een werk of dienst aan het contractingbedrijf, is geen sprake van terbeschikkingstelling van werknemers in het kader van een door het contractingbedrijf op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie.

Verkapte vorm van uitzending of schijnconstructie?

Of bij contracting als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding sprake is van een verkapte uitzendovereenkomst of schijnconstructie is tot nog toe slechts een enkele keer aan de orde geweest in de rechtspraak. In zijn arrest van 21 oktober 2014²⁹ keek het Hof ’s-Hertogenbosch door de contractingovereenkomst heen en oordeelde dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een uitzendovereenkomst niet de door partijen gemaakte contractuele afspraken bepalend zijn, maar de wijze waarop hier feitelijk uitvoering aan is gegeven.³⁰ Het dwingende (uitzend)recht

Gevolgen wetsvoorstel WAS voor contracting

In een op 11 april 2013 door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (‘SZW’) aan de Tweede Kamer verzonden ‘Plan van aanpak schijnconstructies’³¹ heeft de minister van SZW onder andere medegedeeld dat het kabinet ‘de ketenaansprakelijkheid voor het geldende (cao-) loon [wil] uitbreiden, zodat ook opdrachtgevers in de keten kunnen worden aangesproken op de betaling hiervan’. Het in navolging van dit plan van aanpak op 12 december 2014 bij de Tweede Kamer ingediende en door haar op 3 maart

26 Zie Hof ’s-Hertogenbosch 4 maart 2008, «JAR» 2008/164.

27 Art. 1 lid 3 sub a Waadi.

28 Art. 1 lid 1 sub c Waadi.

29 Hof ’s-Hertogenbosch van 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4353.

30 In zijn arrest van 4 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2369, keek het Hof ’s-Hertogenbosch ook door een contractingovereenkomst heen. Hier had het contractingbedrijf de werknemers echter niet in dienst genomen, maar sloot het contractingbedrijf (onder)aannemingsovereenkomsten met zzp’ers die zelf hun gewerkte uren aan het contractingbedrijf factu-

reerden.

31 Kamerstukken II 2012/13, 17 050, nr. 428, p. 5.

2015 aangenomen wetsvoorstel WAS³² voorziet onder meer in de invoering van een zestal artikelen in Titel 10 Boek 7 BW (na art. 7:616 BW) waarin de werkgever en de opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk worden voor de voldoening van het aan de werknemer verschuldigde loon wanneer de arbeid wordt verricht in dienst van de werkgever ter uitvoering van een overeenkomst van opdracht of van aanneming van werk (art. 7:616a BW nieuw). Deze hoofdelijke aansprakelijkheid gaat gelden voor alle arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen en de opdrachtgever kan zich slechts disculperen van zijn aansprakelijkheid wanneer hij in rechte aannemelijk maakt dat hem niet kan worden verweten dat het loon niet is voldaan aan de werknemer. In situaties waarin sprake is van een keten van opdrachtgevers, opdrachtnemers en aannemers die allen verschillende werkzaamheden (laten) uitvoeren voor één hoofdupdrachtgever, kan de werknemer – als zijn vordering op de werkgever en de opdrachtgever niet is geslaagd – achtereenvolgens de hogere schakels in de keten aanspreken, dus eerst de opdrachtgever van de opdrachtgever van zijn werkgever en dan eventueel verder naar boven in de keten (art. 7:616b BW nieuw). Ook de hogere opdrachtgever kan zich slechts disculperen wanneer hij in rechte aannemelijk maakt dat hem niet kan worden verweten dat het loon niet is voldaan aan de werknemer. De in de art. 7:616a en 616b BW (nieuw) voorgestelde regeling vertoont gelijkenis met de inleners- en ketenaansprakelijkheid op grond van respectievelijk art. 34 of 35 Invorderingswet 1990. Een belangrijk verschil is dat de in art. 616a BW (nieuw) voorgestelde hoofdelijke aansprakelijkheid van de opdrachtgever zowel geldt in situaties waarin de werknemer de arbeid verricht onder toezicht en leiding van de opdrachtgever, zoals bij uitzending en payroll, als in situaties waarin geen sprake is van leiding en toezicht van de opdrachtgever, zoals bij bepaalde vormen van detachering en contracting. Het doorlenen en/of tussenschakelen van een rechtspersoon ('lagere' opdrachtnemer) tussen opdrachtgever en opdracht- of aannemer zou na de inwerkingtreding van de voorgestelde art. 7:616a en 616b BW (nieuw) weleens aantrekkelijker kunnen worden, nu hiermee de hoofdelijke aansprakelijkheid van de opdrachtgever op grond van 7:616a BW (nieuw) zou worden vermeden. In het voorgestelde art. 7:616b BW (nieuw) is immers geen sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid van een hogere opdrachtgever in de keten; de werknemer moet eerst de werkgever en de opdrachtgever van de werkgever aanspreken.

Contracting en ontslagbescherming – de Sierafor-zaak

Een belangrijke reden voor de aandacht van sociale partners en het kabinet voor het gebruik van contracting als mogelijke schijnconstructie was de uitkomst in de Sierafor-zaak.³³ In deze zaak besteedde de opdrachtgever,

Sierafor, productiewerk – het machinaal vervaardigen van boeketten voor afnemers – vanaf 2007 geleidelijk steeds meer uit aan een ander bedrijf, Ruigrok Productie. Ruigrok Productie vervaardigde in opdracht van Sierafor voor eigen rekening en risico en met behulp van eigen productiemiddelen machinaal boeketten tegen een vaste prijs per boeket. Het UWV weigerde toestemming te verlenen aan Sierafor voor het ontslag van de eigen werknemers van Sierafor die, voorafgaand aan de uitbesteding van het werk aan Ruigrok Productie, dit werk bij Sierafor hadden verricht. Bij het UWV had Sierafor zich op het standpunt gesteld

Doorlenen en/of het tussenschakelen van een rechtspersoon tussen opdrachtgever en opdracht- of aannemer zou na de inwerkingtreding van de voorgestelde art. 7:616a en 616b BW (nieuw) weleens aantrekkelijker kunnen worden

dat de ontslagvergunning diende te worden verleend nu de uitbesteding van werkzaamheden op grond van de Beleidsregels ontslagtaak UWV ('Beleidsregels') een bedrijfseconomische reden voor ontslag vormde. In hoofdstuk 7 paragraaf 5 van de Beleidsregels is bepaald dat: *'als een werkgever bepaalde werkzaamheden (...) wil uitbesteden aan een ander bedrijf, waaronder ook wordt verstaan een echte zelfstandige, hem dat in beginsel vrij staat. In die gevallen zal dan ook een vergunning kunnen worden verleend voor de werknemer van het bedrijf die daardoor zijn baan verliest.'* Het UWV oordeelde echter dat, nu de werknemers van Ruigrok Productie op basis van flexibele arbeids- en uitzendovereenkomsten in dienst waren, de toets van hoofdstuk 7 paragraaf 6 van de Beleidsregels van toepassing was. In deze paragraaf is bepaald dat aanvragen die slechts bedoeld zijn om vaste werknemers te vervangen door flexibele medewerkers, niet kunnen worden gehonoreerd. Het UWV oordeelde dat de ontslagvergunningen op deze grond moesten worden geweigerd omdat met deze beleidsregel wordt beoogd te voorkomen dat vast personeel bijvoorbeeld uit kostenoverwegingen wordt vervangen door flexibel personeel, ook wanneer dit het gevolg is van aanbesteding van het werk aan een derde, zoals aan de orde was in de Sierafor-zaak.

Vervolgens verzocht Sierafor de kantonrechter te Leiden de arbeidsovereenkomsten van de werknemers te ontbinden. De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomsten. De kantonrechter ging daarbij voorbij aan het verweer van de werknemers, dat erop neerkwam dat de kantonrechter met het oog op de beschermingsfunctie van het arbeidsrecht door onduidelijke constructies, zoals de onderhavige uitbesteding, heen diende te kijken. Naar het oordeel van de kantonrechter was in deze zaak geen sprake van een onduidelijke constructie; Ruigrok Productie kon naar het oordeel van de kantonrechter niet worden aangemerkt als een schijnzelfstandige. De kantonrechter achtte daarbij van belang dat Ruigrok Productie (i) een al jarenlang bij de Kamer van Koophandel ingeschreven Nederlandse

32 Kamerstukken II 2014/15, 34 108.

33 Ktr. Leiden 17 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7313.

onderneming was die (ii) de productiewerkzaamheden met eigen personeel en met eigen productiemiddelen verrichtte voor Sierafor en andere ondernemingen, (iii) het ondernemersrisico droeg van die activiteiten en (iv) een gecertificeerde onderneming was. De kantonrechter realiseerde zich dat uitbesteding de rechten van werknemers ernstig kan uithollen, zeker wanneer geen sprake is van overgang van onderneming, en dat de door hem geschetste ingrijpende veranderingen die zich voltrekken op de arbeidsmarkt in een groot aantal sectoren zich dan hard doen voelen. Hoewel de kantonrechter stelde begrip te hebben voor de frustraties van de werknemers over het feit dat het uitbestede productiewerk nu werd verricht door anderen, legde dit naar zijn oordeel geen gewicht in de schaal voor de vraag of sprake was van reguliere uitbesteding en, in het verlengde daarvan, van een gewichtige redenen voor ontbinding van hun arbeidsovereenkomsten.

Een juridisch houdbare vorm van contracting: elementen, kenmerken en definitie

In de memorie van toelichting bij de WWZ deelt de minister van SZW mee dat het kabinet en sociale partners willen voorkomen dat ‘driehoeksrelaties’, waaronder contracting, oneigenlijk worden gebruikt.³⁴ Daarbij wijst de minister op de in het Sociaal Akkoord van 11 april 2013³⁵ gemaakte afspraak dat relaties in alle gevallen transparant zullen worden gemaakt, zodat geen misverstand zal bestaan over de positie van de werknemer. Zoals hiervoor gesteld, is bij contracting geen sprake van een inhoudelijk nieuw fenomeen. Het feit dat dit de afgelopen jaren een vlucht heeft genomen, dit ten koste kan gaan van vaste arbeidsplaatsen én als gevolg heeft dat geen (bedrijfstak)cao meer van toepassing is, maakt een nadere afbakening van dit begrip echter noodzakelijk. Op basis van de hiervoor besproken wetgeving en jurisprudentie zou mijns inziens sprake zijn van een juridisch houdbare vorm van contracting en niet van een verkapte vorm van uitzending dan wel schijnconstructie wanneer sprake is van de volgende elementen en kenmerken:

- het contractingbedrijf heeft gehele productie- of werkprocessen van de opdrachtgever overgenomen;
- de overgenomen processen of afdelingen zijn goed van de rest van de onderneming van de opdrachtgever af te bakenen;
- het contractingbedrijf is gespecialiseerd in dienstverlening in de relevante sector(en);
- het contractingbedrijf is een resultaatverplichting aangegaan met de opdrachtgever ten aanzien van te leveren producten, werken, diensten of andere meetbare resultaten, niet een verplichting ten aanzien van de ter beschikking te stellen arbeidskrachten;
- de opdrachtgever betaalt niet per arbeidsuur, maar een vooraf overeengekomen tarief per geleverd product, werk of dienst;

- het contractingbedrijf maakt gebruik van vaste teams van werknemers;
- de door het contractingbedrijf ingezette teams zijn in vergaande mate autonoom en de opdrachten op de werkvloer worden gegeven door een leidinggevende die ook in dienst is van het contractingbedrijf;
- het contractingbedrijf is (financieel) verantwoordelijk voor planning, administratie, management en toezicht en draagt werkgeversrisico's dan wel neemt de werkgeversrisico's op zich;
- de door het contractingbedrijf ingezette teams maken gebruik van productiemiddelen van het contractingbedrijf.

Op basis van deze elementen en kenmerken laat contracting zich dan als volgt juridisch definiëren:

Bij contracting verbindt de ene partij, het contractingbedrijf, zich een (deel van een) werkproces bij de andere partij, de opdrachtgever, uit te voeren. Daarbij geldt voor het contractingbedrijf een resultaatsverplichting en verbindt de opdrachtgever zich een door partijen vastgestelde (stuk) prijs te betalen aan het contractingbedrijf. Bij de uitvoering van de overeenkomst maakt het contractingbedrijf gebruik van eigen productiemiddelen en zet het contractingbedrijf werknemers in, die onder zijn leiding en toezicht en als een in bepaalde mate autonome groep worden ingezet bij de opdrachtgever.

De arbeidsrechtelijke positie van de werknemer bij contracting en de gevolgen van de WWZ

Als sprake is van een juridisch houdbare vorm van contracting, zullen de door het contractingbedrijf met de werknemers overeengekomen arbeidsvoorwaarden slechts opzij kunnen worden gezet wanneer (de werkzaamheden van) het contractingbedrijf onder de werkingssfeer vallen van een algemeen verbindend verklaarde bedrijfstak-cao. In dat geval vallen de werknemers op basis van hun arbeidsovereenkomsten met het contractingbedrijf onder het personele bereik van de bedrijfstak-cao. Daarbij is bepalend op welke wijze en binnen welke sectoren het contractingbedrijf opdrachten gaat aannemen.³⁶ Wanneer bij de aanneming van de opdracht door het contractingbedrijf werknemers en/of productiemiddelen worden overgenomen van de opdrachtgever, kan sprake zijn van overgang van onderneming in de zin van art. 7:662 BW. Of daarvan sprake is, hangt af van de feitelijke omstandigheden, met name of de door de werknemers te verrichten activiteiten voor de opdrachtgever een arbeidsintensief of een kapitaalintensief karakter hebben.³⁷ Wanneer de uitbesteding

³⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 7/8 en 12.

³⁵ Zie www.stvda.nl.

³⁶ Dat laatste geldt eveneens voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een verplichte pensioenpremieafdracht aan een bedrijfstakpensioenfonds. Omdat bij een juridisch houdbare vorm van contracting geen sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW, is geen sprake van verplichte premieafdracht aan StiPP.

³⁷ Zie hierover nader aant. C.3 van mijn commentaar bij art. 7:662 BW in *Sdu*

van het werk aan het contractingbedrijf kwalificeert als overgang van onderneming, dan treden de werknemers op grond van art. 7:663 BW van rechtswege in dienst bij het contractingbedrijf en is het contractingbedrijf verplicht de bij de opdrachtgever geldende arbeidsvoorwaarden – de voorheen bij de opdrachtgever op hun arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde (bedrijfstak)cao – te blijven toepassen op deze werknemers. Bovendien geldt in dat geval het opzegverbod van art. 7:670 lid 8 BW.

Kwalificeert de uitbesteding van het werk aan het contractingbedrijf niet als een overgang van onderneming, dan vormt dit voor de opdrachtgever geen vrijbrief om de werknemers te ontslaan die het uitbestede werk voorheen in zijn dienst verrichtten. Het UWV zal, als hiervoor bleek, geen toestemming voor opzegging verlenen omdat in deze situatie naar zijn oordeel sprake is van een vervangingsontslag. Dat zal waarschijnlijk niet veranderen na de inwerkingtreding van de WWZ op 1 juli 2015. In de memorie van toelichting bij de WWZ maakt de minister van SZW korte metten met de overwegingen van de kantonrechter te Leiden in de Sierafor-zaak.³⁸ De minister deelt mee dat wanneer werknemers voor ontslag worden voorgedragen terwijl het werk bij de werkgever naar aard en omvang in het geheel niet wijzigt, feitelijk geen sprake is van het vervallen van arbeidsplaatsen en in een dergelijke situatie geen toestemming voor ontslag wordt verleend. Tegelijkertijd, zo vervolgt de minister, wordt hiermee bescherming geboden aan de sociaaleconomische verhoudingen binnen Nederland, zoals het tegengaan van het onnodig vervangen van vaste werknemers door flexibele werknemers en het tegengaan van het ontduiken van cao-verplichtingen die voor een werkgever gelden. Deze regel zal moeten worden opgenomen in de op grond van art. 7:669 lid 5 BW (nieuw) door de minister vast te stellen nadere regels bij ontslag (de 'Ontslagregeling').

Conclusie

In de hiervoor besproken zaak bij het Hof 's-Hertogenbosch zou Qatro op grond van het in het wetsvoorstel WAS voorgestelde art. 7:616a BW hoofdelijk aansprakelijk zijn geweest voor de betaling van het bedrag van € 345.328 aan te weinig betaald loon aan de werknemers. Op de vraag

wanneer bij contracting sprake is van een verkapte vorm van uitzending of schijnconstructie en welke arbeidsvoorwaarden bij contracting zouden moeten worden toegepast op de werknemer, geeft het wetsvoorstel WAS echter geen antwoord. Uit het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch blijkt dat het maken van eenduidige contractuele afspraken kan bijdragen aan de juridische houdbaarheid van de contractingovereenkomst. Dat zal temeer het geval zijn wanneer de arbeidsvoorwaarden van de werknemers van het contractingbedrijf zijn vastgelegd in een met een 'gevestigde' vakbond gesloten cao.³⁹ Om niet als uitzendovereenkomst of schijnconstructie te worden aangemerkt, zal contracting als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding naar mijn mening in ieder geval moeten passen binnen de op basis van de hiervoor genoemde kenmerken en elementen door mij geformuleerde definitie. Daardoor zullen de bedrijfsactiviteiten van het contractingbedrijf in ieder geval deels gerekend kunnen worden tot, dan wel behoren tot de sector waarbinnen de bedrijfsactiviteiten van de opdrachtgever vallen. Het is aan sociale partners om ervoor te zorgen dat de werkingssfeerbepalingen in (bedrijfstak)cao's zo worden omschreven dat ook het aan contractingbedrijven uitbestede werk onder de werkingssfeer van de cao blijft vallen. Op grond van de inleners- en ketenaansprakelijkheid in het wetsvoorstel WAS zijn dan zowel de werkgever als de opdrachtgever en, indien de werkgever en de opdrachtgever niet betalen, de hogere opdrachtgever in de keten, aansprakelijk voor het aan de werknemer verschuldigde cao-loon.



Over de auteur

Mr. dr. J.P.H. Zwemmer is universitair docent arbeidsrecht aan de UvA en advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

Commentaar Arbeidsrecht Artikelsgewijs, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

³⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 43/44.

³⁹ Voor zover mij bekend, zijn op dit moment twee (ondernemings)cao's afgesloten die specifiek zien op contracting: de cao Stuwadoorsbedrijf Van Rooij B.V. (looptijd 1 juli 2011 t/m 30 juni 2014) en de cao Contracting NL B.V. (looptijd 1 mei 2013 t/m 30 april 2016). Beide cao's zijn overeengekomen met CNV Vakmensen.