



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Contracting en ontduiking van collectieve afspraken: over onwenselijkheid en (juridische) constructies

position paper

Jansen, N.

Publication date

2020

Document Version

Final published version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Jansen, N. (2020). *Contracting en ontduiking van collectieve afspraken: over onwenselijkheid en (juridische) constructies: position paper*. AIAS-HSI.

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2020/08/04/paper-contracting-en-ontduiking-van-collectieve-afspraken-over-onwenselijkheid-en-juridische-constructies>

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, P.O. Box 19185, 1000 GD Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Position Paper

Contracting en ontduiking van collectieve afspraken: over onwenselijkheid en (juridische) constructies¹

mr. dr. N. Jansen²

1. Inleiding

Bij contracting worden diensten of werkzaamheden van een onderneming uitbesteed aan een derde die voor eigen rekening en risico het werk verricht met in de regel eigen personeel dat ook onder zijn leiding en toezicht werkzaam is. Veelal geschiedt dit werk op basis van resultaatsverplichtingen tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. In zijn brief van 13 mei 2019 heeft de minister van SZW erop gewezen dat het uitbesteden van diensten of werkzaamheden door ondernemingen op zichzelf legitiem kan zijn en dat uitbesteding kan bijdragen aan een efficiënte bedrijfsvoering. Hij heeft daarbij verwezen naar de uitbesteding van diensten als catering, schoonmaak en beveiliging. De minister acht contracting niet legitiem (lees: onwenselijk) wanneer het motief van contracting niet zozeer is gelegen in de efficiëntie van de bedrijfsvoering, maar in bereiken van lage loonkosten. Contracting die wordt gebruikt om de voor de onderneming geldende cao te ontduiken en te ontwijken staat haaks op het door het kabinet omarmde beginsel dat gelijke arbeid op dezelfde plaats op dezelfde wijze moet worden beloond, aldus de minister.³ Een andere vorm van contracting die door de minister als onwenselijk wordt beschouwd, is contracting die eigenlijk (lees: feitelijk) uitzenden is. Daarbij gaat het dus in wezen om schijnconstructies.

Het standpunt van de minister met betrekking tot de aanpak van contracting die wordt gebruikt om cao's te ontduiken, vindt steun in een in 2015 in opdracht van het ministerie van SZW door Regioplan uitgevoerd onderzoek gedaan naar de effectiviteit van de algemeenverbindendverklaring van cao-afspraken in het licht van de doelstellingen van het avv-instrument. Die doelstelling zijn het bevorderen en beschermen van de cao en het cao-overleg en het voorkomen van concurrentie door het onderbieden⁴ op arbeidsvoorwaarden.⁵ In de interviews die Regioplan met stakeholders en experts heeft afgenomen is een aantal ontwikkelingen benoemd die een negatieve invloed (kunnen) hebben op de effectiviteit van het avv-instrument en één van die ontwikkelingen is het niet-naleven van/onttrekken aan/omzeilen van ge-avv'de cao's.⁶ Met betrekking hiertoe is door geïnterviewden gewezen op de omstandigheid dat ondernemingen in toenemende mate de factor arbeid zodanig inzetten of daaraan vormgeven dat daarop geen cao van toepassing is, met lagere loonkosten tot gevolg (denk hierbij onder meer aan contracting).⁷ Hoewel concrete cijfers over de omvang van het

¹ Dit paper is geschreven in opdracht van het ministerie van SZW.

² N. Jansen is Universitair docent bij de Universiteit van Amsterdam en als onderzoeker verbonden aan het onderzoeksinstituut AIAS-HSI.

³ Kamerstuk: Kamerbrief, 13 mei 2019, p. 2.

⁴ Betekenis: het bieden van een lagere prijs dan een ander.

⁵ Zie voor deze doelstellingen Kamerstukken II 1936/37, 274, p. 5 en paragraaf 1 van het Toetsingskader AVV.

⁶ *Effecten van algemeen verbindendverklaring* (Regioplan beleidsonderzoek), Amsterdam: september 2015, p. III en p. 27 e.v.

⁷ *Effecten van algemeen verbindendverklaring* (Regioplan beleidsonderzoek), Amsterdam: september 2015, p. 32.

fenomeen contracting en de ontwikkeling daarvan ontbreken,⁸ wordt het ontduiken en ontwijken van collectieve afspraken door uitbesteding van diensten al enige jaren als een belangrijke bedreiging van het arbeidsvoorwaardenoverleg beschouwd. In dit verband wijs ik ook op de recent door de Kamer aangenomen motie van Van Dijk en Gent dat vormen van contracting die gericht zijn op ontduiking van 'gelijk werk, gelijk loon' worden afgewezen en waarin ter onderbouwing is gewezen op 'signalen dat vormen van contracting als nieuwe constructie worden gebruikt voor de ontduiking van arbeidsvoorwaarden'.⁹

De minister maakt in zijn brief van 13 mei 2019 onderscheid tussen contracting die bijdraagt aan een efficiënte bedrijfsvoering en contracting die slechts tot doel heeft cao's te ontwijken of te omzeilen (inclusief als uitzending vermomde contracting). De minister heeft de laatste vorm van contracting oneigenlijk of onwenselijke contracting genoemd. Hoe moet worden vastgesteld wat in een concreet geval het doorslaggevende motief van een werkgever die kiest voor uitbesteding is, laat de minister in het midden en dit lijkt mij ook een lastige opgave. Een moeilijkheid daarbij is dat werkgevers voor die keuze ook best verschillende (een combinatie van loonkostenbesparing en efficiency) motieven kunnen hebben en wat moet dan prevaleren? Parallellen zie ik met de doorstart in faillissement en de vraag met welk oogmerk een faillissement is aangevraagd. Kortom, onwenselijke contracting vaststellen op basis van motieven lijkt mij een lastig begaanbaar pad. Zwemmer heeft onderscheid gemaakt tussen klassieke en moderne contracting, waarbij onderscheid wordt gemaakt naar de aard van de bedrijfsactiviteiten die worden uitbesteed. Gaat het om neven- of niet bedrijfseigen werkzaamheden (klassiek) of om kern- of bedrijfseigen werkzaamheden (modern).¹⁰ Moderne contracting zou in dat onderscheid de onwenselijke vorm zijn. Het onderscheid dat Zwemmer maakt is werkbaarder dan onderscheid op basis van motieven, maar het kan in de praktijk tot hele lastige kwalificatiekwesies leiden. Wat is bijvoorbeeld de kernactiviteit van moderne afvalbedrijven? Is dat het ophalen van afval of het recyclen daarvan en kan het een wel los van het ander worden gezien?

Wellicht is het een optie om de onwenselijkheid van vormen van contracting, en de minister lijkt die weg ook op te gaan, te koppelen aan rechtspositionele gevolgen voor werkenden die het werk verrichten. Concreet bedoel ik met rechtspositionele gevolgen het niet-toepassen van een cao die voor de uitbestede dienst geschreven is (denk aan de Cao Contractcatering, de Schoonmaak-cao, de Cao voor de Beveiligingsbranche en de Cao ICT) of het niet meer toepassen van een voor de inlener geldende cao. Dat zou dan in de praktijk omgekeerd meebrengen dat wanneer en zolang een contractor een cao toepast, de contracting niet onwenselijk is. Dat kan dan overigens de cao van de opdrachtgever zijn, maar ook een cao die specifiek is geschreven voor de werkzaamheden die zijn uitbesteed en die niet van toepassing is op de opdrachtgever. Denk hierbij aan schoonmaak, catering, etc. Wanneer geen specifieke cao geldt, zal de contractor dus steeds moeten terugvallen op de cao die ook voor de opdrachtgever geldt. Het niet-toepassen van een cao door de opdrachtnemer

⁸ Kamerstuk: Kamerbrief 8 november 2018 en N. Payton en M. Keune, 'Outsourcing in The Netherlands: challenges to traditional sector boundaries', Recover Policy Paper, par 2.2.

⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35074, 43.

¹⁰ Zie onder meer: J.P.H. Zwemmer noot bij Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 augustus 2019, *JAR* 2019/239.

is in deze benadering dan dus eigenlijk alleen aan de orde wanneer ook op de opdrachtgever geen cao van toepassing is.

In dit paper bespreek ik op welke wijze in juridische zin ontduiking en omzeiling van cao's door contracting plaatsvindt of kan plaatsvinden. Voorts bespreek ik een aantal beleidsrichtingen met betrekking tot het tegengaan van de ontduiking of omzeiling van cao-afspraken door contracting. Ik start dit paper met een korte beschrijving van het Nederlandse cao-systeem.

2. De cao en het cao-overleg in Nederland

Van oudsher speelt de Nederlandse overheid slechts een geringe rol bij de vormgeving van arbeidsvoorwaarden, in die zin dat de Nederlandse arbeidswetgeving niet veel meer bevat dan minimumstandaarden met betrekking tot bijvoorbeeld arbeidstijden, arbeidsomstandigheden, vakantie en loon.¹¹ De arbeidsvoorwaarden worden veelal vormgegeven door onderhandelingen op individueel en met name collectief niveau. Nederland telt tussen de 900 en 1000 cao's, waarvan ongeveer 650 reguliere cao's en deze reguliere cao's gelden voor ongeveer 5,5 miljoen werknemers.¹² Het aantal cao's laat in de periode 2009-2018 een wisselend beeld zien. Soms stijgt het aantal cao's ten opzichte van het voorgaande jaar maar vaker is juist een daling te zien. In 2009 werden er ongeveer 750 cao's aangemeld. Wat betreft het aantal werknemers dat onder een cao valt, is ook een lichte daling waarneembaar in de periode van 2009 t/m 2018. In 2009 vielen ruim 6 miljoen werknemers onder een cao en dat waren er in 2018 een half miljoen minder. Het aantal werknemers dat in 2018 onder een cao viel was overigens wel weer hoger dan in 2017.¹³

De cao is een overeenkomst tussen een of meer werkgevers(verenigingen) en een of meer vakbonden (werknemersverenigingen). Het privaatrechtelijke karakter van de cao brengt mee dat cao-partijen onderhandelings- en contractsvrijheid hebben. Het staat cao-partijen derhalve vrij te onderhandelen met wie (uiteeraard wel met een daartoe bevoegde partij) zij willen, waarover zij willen en hoe zij dat willen. De cao-structuur (en daarmee bedoel ik het onderhandelen over en het aangaan van cao's) wordt in Nederland autonoom bepaald door cao-partijen en als gevolg daarvan bestaan per sector (grotere en kleinere) verschillen in het cao-overleg.¹⁴ Het staat cao-partijen vrij de werkingssfeer van een cao naar eigen inzicht te omschrijven en aan te passen.¹⁵ Het uitleggen van de werkingssfeer is eveneens een zaak van cao-partijen bij de cao en bij betwisting hiervan kan de civiele rechter hierover een uitspraak doen. Cao-partijen kunnen ervoor kiezen de werkingssfeer van een cao ruim te formuleren, waardoor veel activiteiten onder de reikwijdte van een cao vallen. Een voorbeeld van een ruime werkingssfeerbepaling bevat de Cao Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen. In deze cao is onder meer bepaald dat de overeenkomst van toepassing is op alle werkgevers die tegen vergoeding geheel of ten dele vervoer verrichten anders dan van personen, over de weg of over andere dan voor het openbaar verkeer openstaande

¹¹ N. Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 29.

¹² Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (2018), cao-afspraken 2018, p. 114 e.v.

¹³ Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (2018), cao-afspraken 2018, p. 115.

¹⁴ N. Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 29.

¹⁵ Zie ook Beslissing minister SZW 22 november 2018, inzake dispensatieverzoek DI-stone.

wegen. Vanwege deze ruime werkingsfeerbepaling, waarin onder meer het begrip beroepsgoederenvervoer ontbreekt, kwamen respectievelijk Rechtbank Gelderland¹⁶ in 2018 en Rechtbank Amsterdam¹⁷ in 2019 tot het oordeel dat postbezorger Sandd en maaltijdbezorger Deliveroo onder de werkingsfeer van deze cao vallen en deze cao derhalve dienden toe te passen gedurende de periode van de verbindendverklaring. Deliveroo voerde in de procedure vergeefs aan dat zij niet valt onder de sector Beroepsgoederenvervoer en derhalve niet onder toepassing van de cao kan vallen. De rechtbank overwoog dat de toepasselijkheid van een cao enkel wordt bepaald aan de hand van de werkingsfeerbepaling in de cao.¹⁸

In bijna geen enkele sector bestaat slechts één cao die geldt voor alle werknemers. Veelal bestaan er per sector meerdere cao's die gelden voor bepaalde categorieën werknemers of bepaalde bedrijfsonderdelen of ondernemingen.¹⁹ Frenkel e.a. hebben het Nederlandse cao-overleg omschreven als een 'planetenstelsel, waarin één of twee cao's de kern(en) vormen met daaromheen een aantal ondergeschikte satelliet-cao's'.²⁰ Overigens is de bedrijfstak-cao in Nederland van veel groter belang voor de dekkinggraad van cao's, dan de ondernemings-cao. Van de 5,6 miljoen werknemers vallen ongeveer 480 duizend werknemers onder een ondernemings-cao. Uit cijfers van het ministerie volgt dat gemiddeld 16% van de werknemers die vallen onder de werkingsfeer van een bedrijfstak-cao, werkzaam is in bedrijven die geen partij zijn in de cao-onderhandelingen. Op deze werknemers is de bedrijfstak-cao van toepassing als gevolg van de algemeenverbindendverklaring van de cao(-bepalingen).²¹ Wanneer alleen oog voor deze getallen bestaat, zou het belang van de verbindendverklaring kunnen worden gerelativeerd. Slechts voor een minderheid van de werknemers in de bedrijfstak is de verbindendverklaring immers van belang voor wat betreft de binding aan de cao. Voor de meerderheid geldt de cao al via binding door lidmaatschap of door binding via een afspraak daarover. Bij de huidige (hoge) organisatiegraad van werkgevers is de opvatting dat de verbindendverklaring meer een vervolmakend karakter van de werkingsfeer van de cao heeft dan dat zij tot een forse uitbreiding ervan leidt, nog steeds gerechtvaardigd.²² Alleen een getalsmatige benadering van de verbindendverklaring doet het instrument echter tekort. De verbindendverklaring heeft namelijk niet alleen directe gevolgen voor het regelingsbereik van cao's, maar heeft ook invloed op het afsluiten van cao's, de vorm van het cao-overleg en de inhoud van cao's.²³ De mogelijkheid van verbindendverklaring stimuleert dat cao's worden gesloten en dat concurrentie op arbeidsvoorwaarden wordt tegengegaan en in die zin draagt het instrument van de verbindendverklaring in belangrijke mate bij aan een gelijk speelveld.

¹⁶ Rb. Gelderland 28 november 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5107

¹⁷ Rb. A'dam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:210

¹⁸ Rb. A'dam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:210, r.o. 17.

¹⁹ N. Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 29.

²⁰ B.S. Frenkel, A.T.M.J. Jacobs en E. Nieuwstraten-Driessen, *De structuur van het cao-overleg. Een verkenning van de wijze waarop sociale partners in het arbeidsvoorwaardenoverleg functioneren*, Alphen aan den Rijn – Brussel: Samsom 1980, p. 26.

²¹ Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (2018), cao-afspraken 2018, p. 128.

²² W.J.P.M. Fase, *De Algemeen verbindendverklaring van cao-bepalingen opnieuw gewogen*, SMA 1992/12, p. 707.

²³ N. Jansen, *Een juridisch onderzoek naar de representativiteit van vakbonden in het arbeidsvoorwaardenoverleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 174.

3. Ontduiking en omzeiling van een cao door contracting²⁴

Het gebruik van contracting om een toepasselijke cao te ontduiken of te ontlopen wordt door de Kamer en het kabinet afgewezen. Deze vorm van contracting wordt beschouwd als een ongewenste vorm omdat dit haaks staat op het beginsel dat gelijk werk op dezelfde plek gelijk wordt beloond. Om te kunnen bepalen wat nodig is om te voorkomen dat of wat kan worden gedaan aan het tegengaan van deze vorm van ontduiking of omzeiling van cao's, is eerst nodig om te analyseren hoe die ontduiking geschiedt en of dat in het huidige systeem überhaupt juridisch toelaatbaar is.

Voorop staat dat het juridisch niet toelaatbaar is een cao niet toe te passen als dat op grond van de wet wel verplicht is. Deze vorm van ontduiking is in strijd met het recht en naleving van de cao kan bij de civiele rechter worden gevorderd. Zo'n nakomingsactie kan worden gestart door individuele werknemers en/of vakbonden.²⁵ Hoewel sociale partners verantwoordelijk zijn voor een correcte naleving van de cao, kunnen zij de Inspectie SZW vragen te onderzoeken of bedrijven bepalingen uit een algemeen verbindend verklaarde cao correct naleven als een vermoeden bestaat dat dit niet gebeurt.²⁶ De bevindingen van de Inspectie kunnen gebruikt worden in een civiele procedure.

Wanneer het op grond van de wet niet verplicht is een cao toe te passen, dan mag het ongewenst zijn een cao niet te passen, maar daarmee is het niet toepassen van de cao, niet zonder meer in strijd met het huidige recht. De eerste vraag die opkomt en/of beantwoord moet worden is, hoe de toepasselijkheid van een cao door contracting kan worden omzeild of ontdoken zonder dat daarbij de wet wordt geschonden. Is dat eigenlijk wel mogelijk? Het antwoord op die vraag luidt bevestigend. Hoe dat kan vergt een bespreking van het cao-recht. Een werkgever is op grond van de wet (Wet Cao) gehouden een cao toe te passen indien hij daarbij zelf partij is of wanneer hij lid is van een werkgeversvereniging die de cao heeft afgesloten en daarbij betrokken is (artikel 9 Wet Cao). Met betrokkenheid wordt bedoeld dat een werkgever valt onder de werkingssfeer van de cao. Simpel gezegd, een bakker kan wel betrokken zijn bij de Bakkers-cao maar is dat naar alle waarschijnlijkheid niet bij de Cao Pluimvee. Indien een cao algemeen verbindend is verklaard, is voor de gebondenheid van een werkgever aan de cao relevant of de werkgever valt onder de werkingssfeer van de cao.

De werkingssfeerbepalingen van cao's verschillen van cao tot cao. Als discussie bestaat over de uitleg van een werkingssfeerbepaling, kan de civiele rechter om een oordeel worden gevraagd. De civiele rechter past bij die uitleg de zogenoemde cao-norm toe. Die norm houdt in dat aan een bepaling in een cao een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven. Daarbij zij in beginsel de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis. Indien de bedoelingen van cao-bepalingen uit de bepalingen of een eventuele toelichting daarop kenbaar zijn voor alle individuele werknemers en werkgevers, kan daaraan naar objectieve maatstaven ook betekenis worden toegekend, mist deze toelichting bij de cao is aangehecht. Verder kan bij de uitleg acht worden geslagen op de elders in de cao gehanteerde

²⁴ Ik bespreek in deze paragraaf ook ontduiking en omzeiling van een cao door concernvorming.

²⁵ HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:980

²⁶ Artikel 10 Wet Avv

formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, mogelijke tekstinterpretaties kunnen leiden.²⁷

Vaak wordt in een werkingsfeerbepaling de toepasselijkheid van de cao gekoppeld aan de hoedanigheid van 'werkgever', waarna een definitie van werkgever volgt en die definitie kan soms heel ruim zijn zoals bij de hiervoor aangehaalde Cao Beroepsgoederenvervoer of vrij beperkt om overlap met andere cao's te voorkomen. Soms ook wordt in de werkingsfeer van een cao beschreven voor welke 'ondernemingen' de cao geldt. In de beschrijving van de onderneming wordt dan veelal aangesloten bij ondernemingsactiviteiten die dan vervolgens weer worden gespecificeerd. Een voorbeeld hiervan is de wijze waarop de werkingsfeer van de Cao voor de Gemaksvoedingindustrie is vormgegeven. Een onderneming in de zin van deze cao is een natuurlijke persoon of rechtspersoon die kort gezegd omzet behaalt met het fabrieksmatig produceren of handelen in gemaksvoeding of snackwaren, waarna in de cao is uiteengezet welke producten onder 'gemaksvoeding en snackwaren' vallen. Bij een hele ruime werkingsfeer van een cao zijn werkgevers of ondernemingen snel betrokken en kunnen ook contractingbedrijven onder de werkingsfeer van de cao vallen. Ik geef een voorbeeld. Indien Deliveroo een deel van het vervoer van maaltijden zou uitbesteden aan de derde, dan zou deze derde ook vallen onder de werkingsfeer van de Cao Beroepsgoederenvervoer. Veelal zijn contractingbedrijven niet rechtsreeks of via lidmaatschap aan een bepaalde cao gebonden en speelt de toepasselijkheid van een cao dus alleen in de periode waarin de cao verbindend is verklaard.

Kort samengevat waarborgt een ruime werkingsfeer van een cao dat cao's niet snel kunnen worden omzeild of ontdoken door contracting. Dat geldt dan wel alleen tijdens de periode van de verbindendverklaring en dat onderstreept het belang van de verbindendverklaring. Een sprekend voorbeeld uit de rechtspraak van de beschermende werking van een ruime werkingsfeer en het belang van de verbindendverklaring, is de zogenoemde Pluimvee-zaak waarin het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in de zomer van 2019 uitspraak deed.²⁸ In deze zaak was een deel van het uitbenen van pluimvee door een aan de Cao Pluimvee gebonden onderneming²⁹ via contracting uitbesteed aan een derde. Deze derde had zich via een overeenkomst tot aanneming van werk verbonden met eigen personeel en voor eigen rekening en risico een deel van het productieproces van de pluimvee-onderneming uit te voeren. Het contractingbedrijf betaalde het eigen personeel niet conform de Cao Pluimvee maar hanteerde een eigen arbeidsvoorwaardenregeling die in voor werknemers ongunstige zin afweek van de Cao Pluimvee. FNV stelde primair – mede op basis van een door de Inspectie uitgevoerd onderzoek – dat sprake was van uitzenden en dat het contractingbedrijf op grond van de Waadi en de ABU-cao gehouden was de Cao Pluimvee na te leven en subsidiair dat het contractingbedrijf rechtsreeks viel onder de werkingsfeer van de Cao Pluimvee. Het gerechtshof overwoog dat van uitzenden geen sprake was omdat door FNV niet aannemelijk was geworden dat toezicht en leiding bij de pluimvee-onderneming lag (ik kom hierop terug in paragraaf 4 waarin ik de contractingconstructie bespreek die feitelijk uitzenden is). Het

²⁷ HR 9 juli 2004, *JAR* 2004/189 (DSM/Fox).

²⁸ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3098.

²⁹ De onderneming was overigens lid van werkgeversvereniging Nepluvi die aan werkgeverszijde de Cao Pluimvee heeft afgesloten.

gerechtshof overwoog met betrekking tot de rechtsreekse toepassing van de algemeen verbindend verklaarde Cao Plumvee evenwel dat de werkingssfeer van de cao zodanig ruim is, dat het contractingbedrijf moet worden aangemerkt als pluimveewerkend bedrijf in de zin van de cao, waardoor het contractingbedrijf gehouden was deze cao na te leven gedurende de periode van de verbindendverklaring ten opzichte van de werknemers die zich gedurende die periode met pluimveeverwerking bezighielden.

In cao's wordt rekening gehouden met de omstandigheid dat binnen één onderneming vaak verschillende activiteiten worden verricht die mogelijk ook onder het bereik van verschillende cao's vallen. Veel cao's bevatten in verband hiermee (en om afbakeningsproblemen te voorkomen) een zogenoemd hoofdzakelijkheids criterium op basis waarvan bij gemengde bedrijven kan worden vastgesteld wanneer zij wel en wanneer zij niet onder de desbetreffende cao vallen. In de Cao Plumvee is ook zo'n bepaling opgenomen, maar daarbij is het hoofdzakelijkheids criterium (van overigens 75%) gekoppeld aan het zijn van uitleenbedrijf. Omdat in de Plumvee-zaak geen sprake was van een uitleenbedrijf – in de cao nader aangeduid als uitzendorganisatie of onderaannemer – maar van gewone aanneming (ander woord voor contracting), kon het contractingbedrijf op deze bepaling geen beroep doen. Zo ruim als de werkingssfeer van de Cao Plumvee is geformuleerd, zijn echter lang niet alle werkingssfeerbepalingen in cao's geformuleerd. Veelal is het hoofdzakelijkheids criterium in cao's gekoppeld aan alle ondernemingen waarin een of meer door de cao benoemde werkzaamheden worden verricht. De hoofdzakelijkheidsvereisten worden overigens ook op verschillende wijze in cao's vormgegeven. Niet alleen kunnen per cao percentages verschillen waaraan moet zijn voldaan, maar ook de criteria op basis waarvan wordt beoordeeld of werkzaamheden hoofdzakelijk onder een bepaalde cao vallen kunnen verschillen. Soms wordt aangesloten bij de verlonde arbeid maar soms bij de behaalde omzet en combinaties van beide komen ook voor (zie Cao Gemakvoedingindustrie).

Door de aanwezigheid van hoofdzakelijkheids criteria in cao's, kan een contractingbedrijf door in verschillende sectoren werk aan te nemen het er strategisch toe leiden dat hij onder geen enkele cao valt, doordat aan geen enkel hoofdzakelijkheids criterium wordt voldaan.³⁰

³⁰ Zie ook: N. Payton en M. Keune, 'Outsourcing in The Netherlands: challenges to traditional sector boundaries', Recover Policy Paper.

Een vraag die opkomt bij toepassing van het hoofdzakelijkheids criterium is welk deel van de verlonde arbeid of omzet aan de activiteiten uit de cao moet worden toegerekend. De Hoge Raad heeft enige verheldering gebracht bij de toepassing van het hoofdzakelijkheids criterium. Ten aanzien van de uitleg van het hoofdzakelijkheids criterium in de Cao Metalektro heeft de Hoge Raad overwogen dat het voor de hand ligt tot uitgangspunt te nemen dat bij toepassing daarvan niet alleen rekening wordt gehouden met die werknemers die zelf fysiek de gespecificeerde werkzaamheden verrichten maar met de werkzaamheden van alle werknemers in de onderneming die aan een bepaalde bedrijfsuitoefening bijdragen.¹ In de Cao Metalektro wordt het hoofdzakelijkheids criterium beoordeeld op basis van in de onderneming gewerkte arbeidsuren en een redelijke uitleg van dit criterium brengt volgens de Hoge Raad aldus mee dat bij de berekening alle in de onderneming gewerkte arbeidsuren dienen te worden betrokken die redelijkerwijze vallen toe te rekenen aan de uitoefening van het bedrijf van be- en/of verwerken van metalen. Dit betreft dus naast de arbeidsuren die door werknemers zijn gemaakt bij het verrichten van deze werkzaamheden, onder meer de arbeidsuren van andere werknemers die in de onderneming die eerstgenoemden tot het verrichten van hun werkzaamheden in staat stellen, hun daarbij ondersteuning te verlenen, anderszins te faciliteren, of ervoor te zorgen dat de producten van de bedrijfsuitoefening afzet vinden.¹

Concernvorming

Concernvorming is geen echte contracting als bedoeld in de brief van de minister van SZW van 13 mei 2019, maar een vergelijking is wel te maken in die zin dat verschillende delen van een productieproces of onderneming (lees: diensten of werkzaamheden) door verschillende juridische entiteiten worden verricht die ten dienste van elkaar staan. Soms dient concernvorming een wezenlijk doel, maar vennootschapsstructuren kunnen ook worden ingezet om een toepasselijke cao te ontduiken of ontlopen. Ik bespreek in dit paper kort twee uitspraken waarin concernvorming een belemmering vormde voor de brede toepassing van een cao. De eerste uitspraak is van de Hoge Raad uit 2016 met betrekking tot de toepassing van de algemeen verbindend verklaarde Cao voor de Gemakvoedingindustrie.³¹ De Cao Gemakvoedingindustrie is – kort gezegd – van toepassing op (onderdelen van) ondernemingen die etenswaren klaarmaken. Volgens FNV diende de term onderneming in de zin van de cao zodanig uitgelegd te worden dat in casu de met elkaar samenhangende activiteiten van vier verschillende vennootschappen binnen één concern als één onderneming in de zin van de cao diende te worden aangemerkt, waardoor al deze vier vennootschappen afzonderlijk gehouden waren de cao toe te passen. Het gerechtshof volgde FNV in dit standpunt, maar dat deed de Hoge Raad niet. Volgens de Hoge Raad volgt uit de tekst en systematiek van de Cao voor de Gemakvoedingindustrie dat ook indien sprake is van samenwerking in een groep of concern door meerdere rechtspersonen, voor iedere rechtspersoon afzonderlijk dient te worden bezien of de cao van toepassing is. De omschrijving in de werkingsfeerbepaling '(onderdelen van) ondernemingen' zou anders geen begrijpelijke betekenis hebben, nu deze naar objectieve maatstaven uitgelegd, betrekking heeft op het geval dat onderdelen van ondernemingen zijn ondergebracht in verschillende rechtspersonen.³² De tweede

³¹ HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2171.

³² HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2171, r.o. 3.4.3.

uitspraak betreft het recente vonnis van Rechtbank Amsterdam in de Picnic-zaak.³³ In deze zaak ging het om de toepassing van de algemeen verbindend verklaarde Cao voor het Levensmiddelenbedrijf. De cao is – kort gezegd – van toepassing op alle werkgevers die één of meer winkels exploiteren, waarbij ‘winkel’ is aangeduid als iedere fysieke en (lees: of) virtuele inrichting waar verbruiksartikelen worden verkocht. Een werkgever in de zin van de cao is iedere natuurlijke of rechtspersoon die één of meer winkels exploiteert. Het Picnic-concern bestaat uit verschillende vennootschappen, waarvan er volgens Picnic maar één vennootschap een virtuele winkel exploiteert die ook als enige vennootschap gehouden is de cao toe te passen. FNV heeft daartegenover gesteld dat het begrip winkel ruim worden uitgelegd en dat daaronder ook de activiteiten vallen die ten dienste staan aan de daadwerkelijke verkoop van producten zoals distributie, kantoor en vervoer. Dat brengt volgens FNV mee dat in het geval van Picnic waarin verschillende activiteiten zijn ondergebracht in verschillende vennootschappen, naast de vennootschap die zich bezighoudt met de daadwerkelijke verkoop ook vennootschappen die zich bezighouden met activiteiten die exploitatie van de winkel mogelijk maken, de betreffende cao moeten naleven. Rechtbank Amsterdam volgde onder verwijzing naar de hiervoor besproken uitspraak van de Hoge Raad het standpunt van Picnic. ‘Met ‘werkgever’ is objectief gezien bedoeld een rechtspersoon die zelf een winkel exploiteert in de zin van de cao. Er zal dan ook per werkgever (dus per rechtspersoon die werknemers in dienst heeft) moeten worden gezien of de cao van toepassing is, hetgeen het geval is als die werkgever een, in dit geval, virtuele inrichting exploiteert waar een verscheidenheid aan verbruiksartikelen wordt verkocht.’, aldus de rechtbank.³⁴

Een van de vorige zaken afwijkende benadering in het geval van gelieerde vennootschappen, koos Rechtbank Midden-Nederland in de PFZW-zaak over de reikwijdte van de werkingssfeer van het gelijknamige bedrijfstakpensioenfonds. In deze zaak overwoog de rechtbank dat de moedervenootschap en de beide dochters niet zonder elkaar kunnen opereren. De door de dochters te verlenen zorg kan niet zonder bijstand van de moeder worden verleend en indirect verleent de moeder daarmee dus ook zorg, aldus de rechtbank. Volgens de rechtbank is derhalve de conclusie dat voor de reikwijdte van de verplichtstellingsbeschikking de moeder en de beide dochters als een geheel moeten worden gezien en dat dus ook de moeder onder de werkingssfeer daarvan valt.³⁵

Uitbesteding aan een buitenlandse onderneming

Bij de uitbesteding van diensten of werkzaamheden is soms een buitenlandse onderneming betrokken. Vanwege de territoriale werkingssfeer van de verbindendverklaring van cao's vallen buitenlandse ondernemingen niet zonder meer onder de werkingssfeer van een Nederlandse cao. Om ook in dit soort gevallen een gelijk speelveld te creëren is op 18 juni 2016 de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (WagwEU) in werking getreden. De WagwEU is een uitwerking van de Detacheringsrichtlijn en de Handhavingsrichtlijn en deze wet bepaalt op welke arbeidsvoorwaarden werknemers van een buitenlandse werkgever recht hebben wanneer zij tijdelijk in Nederland arbeid verrichten. Als een algemeen verbindend

³³ Rb. A'dam 3 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8968

³⁴ Rb. A'dam 3 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8968, r.o. 25.

³⁵ Rb. Midden-Nederland 28 augustus 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4029.

verklaarde cao van toepassing is op het werk, geldt de zogenoemde harde kern van arbeidsvoorwaarden uit deze cao (artikel 2 lid 6 Wet Avv). Toepassing van de 'harde kern'-bepalingen beoogt ook internationaal een gelijk speelveld te creëren. Uitgangspunt van artikel 2 lid 6 Wet Avv is dat de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd, de 'harde kern'-bepalingen van de cao toepast die gelden in de bedrijfstak waarin de dienstverrichter hoofdzakelijk actief is in Nederland. Werkzaamheden in het buitenland worden dus buiten beschouwing gelaten. Het toepassen van de bepalingen uit cao's die passen bij de werkzaamheden van de dienstverrichter in Nederland, sluit het best aan bij het vrij verkeer van diensten. Op deze manier worden buitenlandse dienstverrichters gelijk behandeld ten opzichte van Nederlandse dienstverrichters die dezelfde werkzaamheden uitvoeren.

4. Als contracting vermomde uitzending

In deze paragraaf bespreek ik als contracting vermomde uitzending. Daarbij is dus sprake van schijnconstructies. Bij contracting worden werkzaamheden uitbesteed aan een ander bedrijf die de werkzaamheden met eigen personeel en voor eigen rekening en risico uitvoert. Bij het contractingbedrijf ligt toezicht en leiding over het personeel dat de werkzaamheden uitvoert. In de regel zijn dat werknemers die in dienst zijn van het contractingbedrijf. De uitoefening van toezicht en leiding geschiedt in de praktijk veelal doordat het contractingbedrijf eigen leidinggevend ter plaatse heeft aan wie gerapporteerd moeten worden en die werkinstructies geven. Omdat het contractingbedrijf zelf toezicht en leiding uitoefent, is geen sprake van terbeschikkingstelling in de zin van de Waadi en is de Waadi ook niet van toepassing en is ook geen sprake van uitzenden waardoor ook de verbindend verklaarde ABU-cao toepassing mist. Onderdeel van de Waadi en de ABU-cao is de zogenoemde inlenersbeloning die meebrengt dat ter beschikking gestelde arbeidskrachten recht hebben op dezelfde arbeidsvoorwaarden als personeel in dienst van degene die gebruikmaakt van de arbeidskrachten. De inlenersbeloning is een belangrijke spelregel om te voorkomen dat de arbeidsvoorwaardenvorming bij de inlener wordt verstoord. Daarnaast draagt deze spelregel bij aan het beginsel dat gelijk werk op dezelfde plaats op dezelfde wijze moet worden beloond. Voor contracting geldt deze spelregel niet waardoor contracting de arbeidsvoorwaardenvorming bij de inlener kan verstoren en via contracting gelijke arbeid op dezelfde plaats ongelijk kan worden beloond.

Wanneer slechts op papier toezicht en leiding bij het contractingbedrijf ligt, maar feitelijk door de opdrachtgever gezag wordt uitgeoefend over de arbeidskrachten die de werkzaamheden uitvoeren, dan is in wezen sprake van een uitzendrelatie waarop de verbindend verklaarde ABU-cao en de Waadi van toepassing is. De Waadi wordt via civielrechtelijke weg gehandhaafd en dat brengt mee dat arbeidskrachten en/of vakbonden in geval van 'schijn' via de civiele rechter naleving van de Waadi moeten afdwingen. Dat geldt ook voor de naleving van de ABU-cao (zie vorige paragraaf). In geval van niet-naleving van de loonverhoudingsnorm van de Waadi (artikel 8 Waadi) kan ook een melding worden gedaan bij de Inspectie SZW, waarna een onderzoek kan volgen (artikel 15 Waadi). Het onderzoek van de Inspectie eindigt in een verslag dat aan alle betrokken wordt gezonden. Van

de 36 door de Inspectie in 2016 afgeronde onderzoeken hadden er 7 betrekking op de schending van artikel 8 Waadi.³⁶

Uit de rechtspraak met betrekking tot contractingconstructies volgt dat wanneer de feitelijke situatie (wezen) afwijkt van hetgeen partijen zijn overeengekomen (schijn), dat dan de feitelijke situatie prevaleert.³⁷ Daarmee is een belangrijke hobbel in de strijd tegen schijnconstructies weggenomen, maar er zijn er nog twee. In de eerst plaats heeft de Hoge Raad in het Care4Care-arrest overwogen dat de vraag of sprake is van 'toezicht en leiding' als bedoeld in artikel 7:690 BW dient te worden beantwoord aan de hand van dezelfde maatstaven als gelden voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding als bedoeld in artikel 7:610 BW, waarmee de Hoge Raad het begrip toezicht en leiding gelijk heeft gelijkgesteld aan gezag in de zin van 7:610 BW en dat impliceert een vergaande mate van instructiemogelijkheden door de opdrachtgever. Hoewel de overweging van de Hoge Raad ziet op de term toezicht en leiding in de zin van 7:690 BW, wordt in de lagere rechtspraak bij de uitleg van de term toezicht en leiding in de zin van de Waadi de Care4Care-benadering gevolgd. Deze benadering van de term toezicht en leiding vergt een weging van alle feiten en omstandigheden waardoor niet gemakkelijk en zonder gedegen onderzoek ter plaatse kan worden vastgesteld of in wezen gezag wordt uitgeoefend door de opdrachtgever.³⁸ Ik kom daarbij dan bij de tweede hobbel en dat is dat het in beginsel aan degene is die stelt dat de feitelijke situatie afwijkt van hetgeen op papier staat, ook is om bewijzen dat daarvan sprake is. Het is dus aan arbeidskrachten en vakbonden die stellen dat sprake is van een schijnconstructie om te bewijzen dat daarvan sprake is. In dit kader helpen de onderzoeken van de Inspectie SZW, maar die onderzoeken zijn tijdrovend³⁹ en leveren voor de civiele procedure niet steeds sluitend bewijs. De betekenis die de Hoge Raad heeft gegeven aan de term leiding en toezicht, alsmede de bewijsposities bemoeilijken het optreden tegen van als contracting vermomde uitzendrelaties.

³⁶ *Cao-nalevingsonderzoeken van de Inspectie SZW dragen bij aan eerlijk werk*, 22 augustus 2017.

³⁷ Zie onder meer: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4353 (Qatro) en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3098 (Pluimvee).

³⁸ Zie voor een overzicht van de rechtspraak: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4353 (Qatro); Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI: GHARL:2015:670 (Velocitas); Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:32 (Synapsis); Gerechtshof Den Haag 25 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1034 (RMS); Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 30 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4647 (Shipyards); Gerechtshof Adam 19 februari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:489 (G4S); Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3554 (logistiek); Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3098 (Pluimvee); Kantonrechter Enschede 7 mei 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1538 (PostNL). Zie ook noot M.E. Hoogeveen, *JAR* 2019/144 en J.P.H. Zwemmer, *Contracting en arbeidsrecht: over schijnconstructies, juridisch houdbare varianten en de gevolgen van de WAS en de WWZ*, *TAP* 2015/3.

³⁹ *Cao-nalevingsonderzoeken van de Inspectie SZW dragen bij aan eerlijk werk*, 22 augustus 2017.

5. Beleidsrichtingen

A. Intensivering publiek-private samenwerking

Ondersteuning handhaving

Een combinatie van handhaving en goede (lees: ruime) formulering van werkingsfeerbepalingen in cao's, kan het ontduiken of omzeilen van cao's door middel van contracting (of concernvorming) tegengaan en bemoeilijken. Het initiatief daartoe ligt in het huidige systeem bij sociale partners die in de eerste plaats verantwoordelijk zijn voor de handhaving en correcte naleving van cao's en daarnaast verantwoordelijk zijn voor de vormgeving van de werkingsfeerbepalingen van cao's. Sociale partners kunnen in het huidige systeem de Inspectie SZW verzoeken onderzoek te doen wanneer een vermoeden van onregelmatige ontduiking of ontwijking van een algemeen verbindend verklaarde cao bestaat. Uit een rapportage uit 2017 over cao-nalevingsonderzoeken van de Inspectie, volgt dat de Inspectie in 2016 36 onderzoeken heeft afgerond.⁴⁰ Dat aantal is hoger dan in 2014 en 2015 maar nog wel beperkt qua omvang. De afgeronde onderzoeken blijken wel een belangrijke bijdrage te leveren aan een mogelijke oplossing van geconstateerde misstanden, want bij 22 van de 36 afgeronde onderzoeken heeft de inzet van de inspectie geleid tot civielrechtelijke vervolgacties. De publiek-private samenwerking levert derhalve een belangrijke bijdrage aan het creëren van een eerlijke arbeidsmarkt, het voorkomen van oneerlijke concurrentie en aan goede arbeidsvoorwaarden voor werknemers, maar is wel beperkt. Deze bijdrage kan worden vergroot door deze samenwerking te intensiveren. Daarbij kan de huidige bevoegdheidsverdeling in stand worden gelaten, maar het is ook denkbaar dat de Inspectie op dit terrein een eigen onderzoeksbevoegdheid krijgt, in die zin dat de inspectie ook op eigen initiatief een nalevingsonderzoek kan starten, eventueel aangevuld met bestuursrechtelijke sancties zoals in reguliere bestuursrechtelijke onderzoeken. Een intensivering van de privaat-publieke samenwerking op het terrein van handhaving kan ook bijdragen aan het tegengaan van als contracting vermomde uitzendrelaties.

Bewustwording en bewustmaking van sociale partners

Met alleen handhaving kan niet worden voorkomen dat de toepassing van cao's wordt ontdoken of omzeild. Soms bestaat voor het contractingbedrijf eenvoudigweg geen juridische verplichting om een cao toe te passen, omdat de werkingsfeer van een of meer cao's zodanig is of zijn vormgegeven dat het contractingbedrijf buiten de werkingsfeer/werkingsferen valt. Het niet-toepassen van een cao mag in dat geval onwenselijk heten, maar daarmee is het in juridische zin nog niet in strijd met het (huidige) recht. De verantwoordelijkheid voor de vormgeving van de werkingsfeer ligt bij sociale partners en het is dus in eerste instantie aan hen om bij het formuleren van werkingsfeerbepalingen rekening te houden met het fenomeen van contracting en de werkingsfeerbepaling zodanig te redigeren dat ook contractingbedrijven onder de werkingsfeer vallen. Dit gezegd hebbend, verdient wel opmerking dat bij het formuleren van de werkingsfeer moeilijkheden bestaan. In de eerste plaats is een cao een overeenkomst en zijn bepalingen vaak compromissen en voor de formulering van een ruime werkingsfeer zijn twee welwillende partijen nodig. In de tweede plaats dienen sociale partners bij de vormgeving van een

⁴⁰ Cao-nalevingsonderzoeken van de Inspectie SZW dragen bij aan eerlijk werk, 22 augustus 2017.

werkingsssfeerbepaling rekening moeten houden met de werkingssfeer van andere aanpalende cao's. Zodra sprake is van overlap, vindt in beginsel geen algemeenverbindendverklaring van de cao plaats.⁴¹ Dit beleidsstandpunt is verdedigbaar, maar beperkt cao-onderhandelaars wel in het oprekken van of verkennen van nieuwe grenzen van cao's. Nagedacht zou kunnen worden over aanpassing van dit beleid teneinde cao-onderhandelaars meer ruimte te bieden in de aanpak van (onwenselijke) contracting.

Sociale partners dragen de verantwoordelijkheid over de inhoud van de cao en zij zouden ook gestimuleerd kunnen worden na te denken over het opnemen van cao-bepalingen die aan de cao gebonden werkgevers verplichten om niet alleen in het geval van uitzenden, maar ook bij uitbesteding ervoor te zorgen (en ervoor in te staan) dat werkenden die werkzaamheden verrichten die vallen onder het bereik van de cao, conform de cao beloond worden, ongeacht of de eigen werkgever ook aan de cao gebonden is of dat de uitbesteding van (bepaalde) werkzaamheden niet mogelijk is.⁴² Zo'n verplichting is zuiver privaatrechtelijk van aard en dient ook voorzien te worden van civielrechtelijke sanctiemechanismen. De toelaatbaarheid van dergelijke bepalingen met betrekking tot de vrije mededinging verdient wellicht wel nader onderzoek. Een snelle gedachte daarbij is dat mededingingsregels tot doel hebben de markt beter te laten functioneren en dat cao-bepalingen die beogen een concurrentievoordeel voor contractingbedrijven weg te nemen, met welk voordeel zij de markt verstoren, datzelfde doel nastreven. Regels die op dit terrein hetzelfde doel nastreven zouden niet al te snel met elkaar onverenigbaar moeten worden geacht. Een alternatief kan zijn het afsluiten van een cao die speciaal voor contractingbedrijven is bedoeld en waarbij wat betreft de wijze van beloning wordt aangesloten bij de systematiek van de uitzend-cao's. Daarbij geldt uiteraard wel de moeilijkheid dat een belangrijke meerderheid van de contractingbedrijven bereid moet worden gevonden een cao af te sluiten.

Overheidsbeleid kan gericht zijn op het aangaan van gesprekken met sociale partners over de mogelijkheden die zij hebben om via het cao-overleg ongewenste vormen van contracting tegen te gaan.

B. Wijzigingen van huidige wet- en/of regelgeving en/of systeemwijzigingen

Wijziging van wet- en/of regelgeving

De term toezicht en leiding in de Waadi is niet geoperationaliseerd. De Hoge Raad heeft deze term inmiddels uitgelegd als gezag in de zin van artikel 7:610 BW en dat impliceert een vergaande instructiebevoegdheid. Als door een opdrachtgever wel enige instructies worden gegeven, maar geen gezag wordt uitgeoefend over de arbeidskrachten die het werk doen, dan is de Waadi niet van toepassing. Uit de rechtspraak komt het beeld naar voren dat niet eenvoudig is vast te stellen of sprake is van feitelijke uitoefening van gezag door de opdrachtgever in geval van contracting en dat bemoeilijkt de aanpak van contracting die louter wordt ingezet om cao's te omzeilen of ontduiken. Dit wordt nog versterkt doordat de bewijspositie ligt bij degenen die trachten op te komen tegen constructies. Zelfs onderzoeken van de inspectie SZW geven niet altijd een helder beeld over de

⁴¹ Zie hierover paragraaf 6.2 van het Toetsingskader AVV.

⁴² Zie ook: L. Bijpost, 'Contracting: een nieuw fenomeen in het stelsel van arbeidsrelaties', TRA 2015/4.

wijze waarop feitelijk wordt gewerkt en of door de opdrachtgever zodanige instructies worden gegeven (of zeggenschap over het werk en de arbeidskrachten bestaat) dat gezag wordt uitgeoefend. Wanneer in juridische zin minder strenge eisen worden gesteld aan de mate waarin de opdrachtgever zeggenschap moet kunnen hebben over aan hem ter beschikking gestelde arbeidskrachten in het licht van de Waadi, dan vallen contracting sneller onder het bereik van de Waadi. Daarmee wordt enerzijds tegengaan dat via contracting de toepasselijke cao wordt omzeild of ontdoken omdat de Waadi meebrengt dat de arbeidsvoorwaarden van de inlener/opdrachtgever moeten worden toegepast en anderzijds dat contracting wordt gebruikt voor een relatie die eigenlijk uitzenden is. Hiervoor is nodig dat het begrip toezicht en leiding wordt herzien. In aanvulling hierop kan worden overwogen wijziging te brengen in de bewijsposities in deze situaties. De opbrengst hiervan is dat kwaadwillenden zich niet eenvoudig kunnen verschuilen achter uit door henzelf opgetrokken (procedurele) rookgordijnen. Van hen wordt dan een open houding verwacht die past bij een onderneming die slechts om redenen van *efficiency* kiest voor de uitbesteding van diensten en niet om voor hem geldende regels te omzeilen teneinde te kunnen besparen op loonkosten. Het is ook denkbaar een loonverhoudingsnorm in de wet op te nemen voor contracting, waarbij dan het uitgangspunt zou moeten zijn dat wanneer en voor zover de uitbestede werkzaamheden niet onder een specifieke cao vallen (denk aan schoonmaak, ICT, beveiliging), de cao van de opdrachtgever moet worden gevolgd. Een vergelijkbare bepaling geldt reeds voor buitenlandse dienstverleners die op de Nederlandse arbeidsmarkt actief zijn (artikel 2 lid 6 Wet Avv).

Systeemwijzigingen

In paragraaf 2 heb ik aangestipt dat de Nederlandse overheid zich van oudsher terughoudend opstelt ten aanzien van de vormgeving van arbeidsvoorwaarden en dat de wet in niet veel meer voorziet dan in minimumregelingen over bijvoorbeeld vakantie of loon. De arbeidsvoorwaarden worden in Nederland veelal bepaald door cao's die een privaatrechtelijk karakter hebben waarvan de werkingssfeer en inhoud door cao-partijen zelf wordt bepaald. Wanneer sociale partners in het huidige systeem er niet in slagen dat gelijke arbeid op dezelfde plaats op dezelfde wijze wordt beloond, heeft de wetgever de vrijheid de wettelijke normen zodanig aan te passen dat het belang van de cao voor het niveau van de arbeidsvoorwaarden afneemt en de ongelijkheid in beloning en de angst voor het laagste putje daardoor ook afneemt. Denk hierbij dan met name aan een (forse) verhoging van het minimumloon en het codificeren van regelingen die normaliter onderwerp van het collectief overleg plegen te zijn zoals allerlei toeslagen. Een andere denkrichting is dat van overheidswege de grenzen van sectoren en bedrijfstakken worden bepaald, die dan vervolgens in het cao-overleg door sociale partners moeten worden gevolgd. Daarmee wordt een deel van de vrijheid van sociale partners ingeperkt maar wel met een legitiem doel en de inperking gaat niet verder dan noodzakelijk omdat de inhoud van de cao nog steeds door partijen zelf wordt bepaald en er geen verplichting bestaat een cao af te sluiten.