

HOOFDSTUK 8

CONTRACTING, MEDE MET EEN BLIK OP DUITSLAND

F.G. Laagland & L.G.G. Oosterveld¹

8.1 Inleiding

Het fenomeen contracting staat de afgelopen jaren in de politieke belangstelling. Contracting is echter geen fenomeen dat zich pas sinds de 21^{ste} eeuw voordoet. Al decennialang kiezen ondernemers er uit strategische overwegingen voor om werkzaamheden uit te besteden aan gespecialiseerde bedrijven.² Dat contracting steeds meer de aandacht trekt, komt doordat ondernemers deze constructie gebruiken als verdienmodel om werkgeversverplichtingen te omzeilen. Vakbond FNV publiceerde in 2015 het rapport *'Contracting. Balletje – balletje op de arbeidsmarkt'* waarin de bond contracting bestempelde als de zoveelste poging van werkgevers om de toepasselijke cao te ontduiken en de loonkosten van werknemers te drukken.³ Enkele jaren later liet de Zembla-uitzending *'De kilosjouwers van PostNL'* aan het bredere publiek zien hoe PostNL werkzaamheden uitbesteedt aan contractingbedrijven om de arbeid goedkoper te maken.⁴ Hoewel het kabinet en het parlement nadien regelmatig aandacht hebben besteed aan de negatieve gevolgen die contracting kan meebrengen voor de arbeidsvoorwaarden van werknemers,⁵ zijn er tot op heden weinig wetgevende maatregelen getroffen om de problematiek aan te pakken.

1 Prof. mr. F.G. Laagland is hoogleraar (Europees) arbeidsrecht aan de Radboud Universiteit. Mr. L.G.G. Oosterveld is docent en promovenda arbeidsrecht aan dezelfde universiteit.

2 De economische crisis van de jaren 70 uit de vorige eeuw zorgde ervoor dat bedrijven hun productiesystemen gingen wijzigen van een volledig geïntegreerde onderneming (Fordisme) naar een onderneming waarbij werkzaamheden werden uitbesteed aan externe partijen (Toyotisme). Zie hierover uitgebreider: Buelens 2012, p. 47-50.

3 FNV 2015, p. 3.

4 Te raadplegen via: <https://www.bnnvara.nl/zembla/artikelen/de-kilosjouwers-van-postnl>. Naar aanleiding van de uitzending werden Kamervragen gesteld aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Zie: *Aanhangsel Handelingen II* 2017/18, nr. 2660.

5 Zie onder meer: *Kamerstukken II* 2014/15, 29 544, nr. 604; *Kamerstukken II* 2018/19, 29 544, nr. 914; *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074, nr. 5; *Kamerstukken II* 2020/21, 29 544, nr. 1024; *Kamerstukken II* 2020/21, 29 544, nr. 1028.

In deze bijdrage onderzoeken wij welke juridische knelpunten zich ten aanzien van contracting voordoen (§8.3) en analyseren wij de oplossingen die hiervoor zijn aangedragen, mede in het licht van het Europese recht (§8.4). Voordat wij hiertoe overgaan, duiden wij de juridische positie van contracting binnen het systeem van de wet (§8.2). Deze duiding is relevant om de knelpunten en oplossingen op waarde te kunnen schatten. Teneinde de analyse in een breder perspectief te plaatsen, wordt een geïntegreerde rechtsvergelijking gemaakt met Duitsland. Er is voor dit land gekozen omdat het Duitse systeem voor wat betreft contracting veel gelijkenissen vertoont met het Nederlandse systeem en de Duitse wetgever voor een aantal juridische knelpunten reeds wetgeving heeft ingevoerd. Het is interessant na te gaan hoe de Duitse benadering zich verhoudt tot de Nederlandse voorstellen en in hoeverre de aldaar bedachte oplossingen inspiratie kunnen bieden voor Nederland. De bijdrage sluit af met een conclusie (§8.5).

8.2 Juridische context

8.2.1 Aanneming van werk versus overeenkomst van opdracht

De Nederlandse wetgever verstaat onder contracting de situatie waarin een opdrachtgever (een deel van) zijn werkproces uitbesteedt aan een opdrachtnemer. De opdrachtnemer maakt bij de uitvoering van de overeenkomst gebruik van zijn eigen werknemers, over wie hij leiding en toezicht uitoefent.⁶ Zowel in Nederland als in Duitsland is het begrip contracting niet juridisch verankerd. De overeenkomst waarmee de constructie tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer wordt vormgegeven, heeft daartegen in beide landen wel een juridische grondslag.

In de Nederlandse arbeidsrechtelijke literatuur wordt aangenomen dat contracting kan plaatsvinden op basis van een aannemingsovereenkomst of een opdrachtovereenkomst.⁷ Van aanneming van werk is blijkens art. 7:750 Burgerlijk Wetboek (BW) sprake als de aannemer zich jegens de opdrachtgever verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren tegen een door de op-

6 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074, nr. 5, p. 1-2. Zie ook: Zwemmer, *TAP* 2015/118, p. 13. Contracting wordt ook wel uitbesteding van werk genoemd.

7 Zie onder andere: Bijpost, *TRA* 2015/4, p. 14; Zwemmer, *TAP* 2015/118, p. 13; Van der Neut & Tanja, in: *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:690 BW, aant. 10. Zie ook: Rb Midden-Nederland 1 juni 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2022, r.o. 4.3.

drachtgever te betalen prijs in geld. Het criterium 'werk van stoffelijke aard tot stand brengen' onderscheidt de aannemingsovereenkomst van de opdrachtovereenkomst. De opdrachtovereenkomst is ingevolge art. 7:400 BW de overeenkomst waarbij de opdrachtnemer zich jegens de opdrachtgever verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die uit iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard.⁸ Van welke overeenkomst in een concreet geval sprake is, is relevant voor het wettelijk regime dat op de overeenkomst tussen opdrachtgever en opdrachtnemer van toepassing is,⁹ alsmede voor het hierna te bespreken onderscheid tussen contracting en uitzendarbeid (§8.2.2).

Of partijen een opdrachtovereenkomst of een aannemingsovereenkomst hebben gesloten, is een kwestie van kwalificeren. De Hoge Raad heeft ten aanzien van twee andere overeenkomsten uit Boek 7 van het BW, te weten de pachtovereenkomst en de arbeidsovereenkomst, geoordeeld dat wanneer de inhoud van een overeenkomst voldoet aan de wettelijke omschrijving, de overeenkomst als zodanig moet worden gekwalificeerd.¹⁰ Daarbij is irrelevant of partijen daadwerkelijk de bedoeling hadden om de overeenkomst onder de regeling van de desbetreffende overeenkomst te laten vallen.¹¹ Deze benadering kan niet één op één worden toegepast op de kwalificatie van een overeenkomst als overeenkomst van opdracht dan wel aanneming van werk. De arbeidsovereenkomst en de pachtovereenkomst zijn dwingendrechtelijk van karakter en beogen een ondergeschikte partij te beschermen. Dit is niet het geval bij de overeenkomst van opdracht dan wel aanneming van werk, zodat bij deze kwalificatievraag een zekere ruimte lijkt te bestaan voor de partijbedoeling. Uit de lagere rechtspraak blijkt evenwel dat aan hetgeen partijen hebben beoogd geen

8 Art. 7:400 BW sluit – naast de totstandbrenging van een werk van stoffelijke aard – ook het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken uit.

9 De bepalingen over de opdrachtovereenkomst zijn neergelegd in Titel 7 van Boek 7 BW, terwijl de aannemingsovereenkomst wordt beheerst door de regels uit Titel 12 van Boek 7 BW.

10 Zie voor de pachtovereenkomst HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034 (*Inscharing*) en voor de arbeidsovereenkomst HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*X/Gemeente Amsterdam*).

11 De kwalificatie van de overeenkomst moet worden onderscheiden van de daaraan voorafgaande vraag welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Die vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de Haviltexmaatstaf, waarbij de partijbedoeling wel een rol speelt. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, r.o. 3.2.3 (*Inscharing*); HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, r.o. 3.2.3 (*X/Gemeente Amsterdam*).

belang wordt toegekend. Er wordt steeds onderzocht of sprake is van de totstandbrenging van een werk van stoffelijke aard, zonder dat gekeken wordt of partijen de bedoeling hadden om een aannemingsovereenkomst dan wel een opdrachtsovereenkomst te sluiten.¹²

Dat de partijbedoeling er bij de kwalificatie niet toe doet, valt mogelijk te verklaren doordat het criterium 'een werk van stoffelijke aard' de aannemingsovereenkomst en de opdrachtsovereenkomst uitdrukkelijk van elkaar onderscheidt. Is er geen werk van stoffelijke aard, dan kan geen sprake zijn van aanneming van werk. Ook de wetgever ging er bij de invoering van de voorlopers van art. 7:400 BW en art. 7:750 BW van uit dat geen afgrenzingsmoeilijkheden en grijze gebieden zouden ontstaan.¹³ De wetgever stelde daarnaast dat het begrip 'werk van stoffelijke aard' ruim moet worden uitgelegd en zich niet beperkt tot de vervaardiging van nieuwe zaken, maar eveneens betrekking heeft op de bewerking van reeds bestaande zaken.¹⁴ Als voorbeelden worden genoemd het wassen en stomen van kleding alsmede het repareren van gebruiksvoorwerpen.¹⁵ Toch is het in de praktijk niet altijd meteen duidelijk of sprake is van de totstandbrenging van een werk van stoffelijke aard. Discussie bestaat bijvoorbeeld over het uitbesteden van een dienst als pakket, zoals catering, beveiliging en schoonmaak. De Stichting van de Arbeid stelt in een advies uit 1996 dat 'diensten die in hun geheel als pakket worden uitbesteed', worden verricht op basis van aanneming van werk.¹⁶ In deze visie zou contracting altijd plaatsvinden op basis van een aannemingsovereenkomst, omdat bij contracting standaard (een deel van) het werkproces als pakket wordt uitbesteed.¹⁷ Waar de Stichting van de Arbeid haar stelling op baseert, is onduidelijk. Het komt ons onlogisch voor dat de enkele omstandigheid dat bepaalde werkzaamheden als pakket worden uitbesteed

12 Zie onder andere: Hof Arnhem-Leeuwarden 19 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1547, r.o. 4.2-4.3; Rb Rotterdam 15 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5105, r.o. 4.3-4.8; Rb Rotterdam 12 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:11683, r.o. 5.2-5.4; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 januari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:512, r.o. 4.1.

13 *Kamerstukken II* 1991/92, 17 779, nr. 8, p. 1-2.

14 *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 12; *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 24; *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 32; *Kamerstukken I* 2002/03 23 095, nr. 38a, p. 9-10.

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

16 Stichting van de Arbeid, *Nota Flexibiliteit en Zekerheid*, 3 april 1996, p. 23.

17 Van der Neut en Tanja kwalificeren de door de Stichting van de Arbeid genoemde constructie als contracting. Zie: Van der Neut & Tanja, in: *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:690 BW, aant. 5.6.

onmiddellijk maakt dat de werkzaamheden – ongeacht de aard daarvan – onder aanneming van werk worden geschaard. Bij het uitbesteden van diensten is immers niet per definitie sprake van de totstandbrenging van een werk van stoffelijke aard. Ook de rechtspraak lijkt de benadering van de Stichting van de Arbeid niet te volgen en kwalificeert het uitbesteden van een dienst als pakket als opdrachtovereenkomst.¹⁸

De discussie over de vraag of sprake is van de totstandbrenging van een werk van stoffelijke aard speelt in Duitsland niet. In Duitsland wordt contracting in de regel gebaseerd op het zogenoemde *Werkvertrag*.¹⁹ Deze wettelijk gekwalificeerde overeenkomst lijkt sterk op de Nederlandse overeenkomst van aanneming van werk, maar doordat het af te leveren werk niet noodzakelijkerwijs van stoffelijke aard hoeft te zijn, heeft het artikel een ruimer toepassingsbereik.²⁰ De kenmerkende prestatie van het *Werkvertrag* is het resultaat dat met het verrichten van werkzaamheden moet worden bereikt. Het *Werkvertrag* is met andere woorden een resultaatverbintenis.²¹ Hierin onderscheidt het *Werkvertrag* zich van het zogenoemde *Dienstvertrag* dat de opdrachtnemer slechts verplicht om bepaalde werkzaamheden te verrichten en daarmee een inspanningsverbintenis betreft.²² Beide overeenkomsten kennen een eigen wettelijk regime. Wij hebben geen reden om te veronderstellen dat het *Dienstvertrag* niet als grondslag voor contracting kan worden gebruikt, maar het valt op dat deze overeenkomst in de Duitse arbeidsrechtelijke literatuur veel minder in verband wordt gebracht met driehoeksrelaties dan het *Werkvertrag*.²³ Waarom dit het geval is, is ons niet duidelijk geworden.

18 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3554, r.o. 5.4 (*Stuwadoorsbedrijf*). In deze zaak ging het om het als pakket uitbesteden van logistieke diensten. Het Hof oordeelt dat het verlenen van logistieke diensten niet kan worden aangemerkt als het tot stand brengen en opleveren van een werk van stoffelijke aard.

19 §631 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch: 'Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.'

20 Busche, commentaar op §631 BGB in: *Münchener Kommentar zum BGB* 8 2020, Rn. 2; Koch, *Werkvertrag*, in: *Arbeitsrecht von A-Z* 25 2021.

21 Busche, commentaar op §631 BGB in: *Münchener Kommentar zum BGB* 8 2020, Rn. 1.

22 §611 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch: 'Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.'

23 In de meeste Duitse arbeidsrechtelijke literatuur worden slechts uitzendarbeid ('Leiharbeit' of 'Arbeitnehmerüberlassung') en het *Werkvertrag* genoemd. Zie bijvoorbeeld: Bauer & Heimann, *NJW* 2013; Bayreuther, *NZA* 2020; Däubler, *NZA* 2021; Fuhlrott, *ArbRAktuell* 2020; Greiner, *NZA* 2013; Kainer & Schweipert, *NZA*

8.2.2 Contracting versus uitzending

Een ander kwalificatievraagstuk betreft het onderscheid tussen contracting en uitzending. Deze afbakening is van belang vanwege de verschillen voor de toepasselijke arbeidsvoorwaarden. Voor Nederland geldt dat contractingwerknemers – anders dan uitzendkrachten – geen beroep kunnen doen op de loonverhoudingsnorm van art. 8 Wet allocatie arbeidskrachten voor intermediairs (Waadi) en de (algemeen verbindend verklaarde) cao voor uitzendarbeid.²⁴ Duitsland kent voor uitzendkrachten eenzelfde regeling als de Nederlandse loonverhoudingsnorm.²⁵ Daar komt bij dat in Duitsland grenzen zijn gesteld aan de duur van de terbeschikkingstelling bij uitzendarbeid en dat uitzendbureaus dienen te beschikken over een vergunning.²⁶

8.2.2.1 Aan de werkgever verstrekte opdracht

De uitzendovereenkomst is gedefinieerd in art. 7:690 BW. Eén van de elementen behelst dat de terbeschikkingstelling geschiedt op basis van een opdrachtovereenkomst tussen het uitzendbureau (de opdrachtnemer) en de opdrachtgever. Dit volgt uit de wettelijke formulering ‘aan de werkgever verstrekte opdracht’.²⁷ In de parlementaire geschiedenis is benadrukt dat dit element is opgenomen om duidelijk te maken dat een overeenkomst tot aanneming van werk niet tot een uitzendovereenkomst leidt.²⁸ Dit roept de vraag op of een uitzendovereenkomst kan worden omzeild indien de opdrachtgever en het contractingbedrijf hun contract bewust vormgeven als een aannemingsovereenkomst. Dat is niet het geval. Aller-

2017; Müller & Brugger, *ArbRAktuell* 2013; Zintl & Zimmerling, *NJW-Spezial* 2013. Enkele auteurs noemen het Dienstvertrag als grondslag voor contracting wel. Zie: Schüren, *NZA* 2013; Zieglmeier, *DStR* 2016.

24 De loonverhoudingsnorm houdt in dat de werknemer recht heeft op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als werknemers die werkzaam zijn in gelijke of gelijkwaardige functies bij de opdrachtgever. Deze regeling is van toepassing bij terbeschikkingstelling, maar daarvan is in het geval van contracting geen sprake. Zie hierover uitgebreid: Van Slooten 2020.

25 §8 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz.

26 §1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz.

27 Opmerking verdient dat de Waadi geen eisen stelt aan de contractuele verhouding tussen de inlener en het uitzendbureau. Hoewel de aannemingsovereenkomst het bestaan van een uitzendovereenkomst op grond van de wettekst uitsluit, staat deze dus niet in de weg aan de kwalificatie als terbeschikkingstelling in de zin van de Waadi.

28 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 33. Zie ook: *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. B, p. 12.

eerst lijkt de partijbedoeling met betrekking tot de kwalificatie van een overeenkomst als opdrachtovereenkomst of overeenkomst tot aanneming van werk er niet toe te doen (zie §8.2.1). Ten tweede maakt het dwingend-rechtelijke karakter van art. 7:690 BW – net als geldt bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:610 BW – het irrelevant van partijen de bedoeling hadden om hun overeenkomst onder de wettelijke regeling van de uitzendovereenkomst te laten vallen.

Ook uit de lagere rechtspraak blijkt dat de enkele omstandigheid dat de opdrachtgever en het contractingbedrijf menen een aannemingsovereenkomst te hebben gesloten niet in de weg staat aan het oordeel dat sprake is van een uitzendovereenkomst. Het is overigens niet het criterium ‘aan de werkgever verstrekte opdracht’ dat in de rechtspraak centraal staat. Rechteren beoordelen steeds of de werknemers aan de opdrachtgever ter beschikking zijn gesteld om onder diens leiding en toezicht arbeid te verrichten, zonder dat enig gewicht toekomt aan de contractvorm die aan de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en het contractingbedrijf ten grondslag is gelegd.²⁹ Deze benadering is te verklaren. De kernprestatie van het uitzendbureau bestaat uit het ter beschikking stellen van werknemers aan de inlener om onder diens leiding en toezicht arbeid te verrichten.³⁰ Het ter beschikking stellen van arbeidskrachten kan als zodanig niet worden aangemerkt als de totstandbrenging van een werk van stoffelijke aard, waardoor – indien aan dit criterium is voldaan (zie §8.2.2.2) – geen sprake kan zijn van aanneming van werk tussen opdrachtnemer en opdrachtgever.³¹

De discussie over de kwalificatie van de overeenkomst tussen de opdrachtgever en het uitzendbureau speelt in Duitsland niet. De wettelijke definitie van uitzendarbeid stelt aldaar geen eisen aan het type contract dat de opdrachtgever en het uitzendbureau met elkaar sluiten.³²

29 Zie onder andere: Hof 's-Hertogenbosch 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4353, r.o. 4.4.4 (*Qatro*); Hof Arnhem-Leeuwarden 25 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8519, r.o. 4.11; Rb Noord-Nederland 15 december 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:4471 (*PostNL*).

30 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 28 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2682, r.o. 4.3 (*TPE*).

31 Wij merken op dat het niet ter zake doet of de werknemers in het kader van hun werkzaamheden een werk van stoffelijke aard tot stand brengen. Dit staat namelijk los van de vraag of sprake is van terbeschikkingstelling door het uitzendbureau. Zie bijvoorbeeld Rb Noord-Nederland 4 maart 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:1076, r.o. 9.

32 §1 Abs. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz.

8.2.2.2 Terbeschikkingstelling onder toezicht en leiding

Zoals uit de vorige paragraaf blijkt, draait het in art. 7:690 BW vooral om het criterium dat de arbeidskrachten ter beschikking moeten worden gesteld om onder toezicht en leiding van de opdrachtgever – de inlener – arbeid te verrichten. Waar werknemers hun werkzaamheden bij uitzendarbeid verrichten onder toezicht en leiding van de opdrachtgever, wordt bij contracting toezicht en leiding uitgeoefend door het contractingbedrijf. De Hoge Raad heeft in het *Care4Care*-arrest uit 2016 geoordeeld dat voor de beantwoording van de vraag of sprake is van ‘toezicht en leiding’ als bedoeld in art. 7:690 BW dezelfde maatstaven gelden als voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding als bedoeld in art. 7:610 BW.³³ Het gaat derhalve om feitelijk werkgeversgezag, hetgeen inhoudt dat aan de hand van feiten en omstandigheden moet worden vastgesteld bij wie toezicht en leiding liggen. Uit de lagere rechtspraak blijkt dat de bewoordingen van de overeenkomst en de bedoelingen van partijen daarbij niet van doorslaggevende betekenis zijn: het gaat vooral om de wijze waarop hieraan uitvoering is gegeven.³⁴ Tabel 8.1 toont de uitkomst van een analyse van de gepubliceerde lagere rechtspraak na het *Care4Care*-arrest en laat zien welke omstandigheden Nederlandse rechters in hun beoordeling in aanmerking nemen.³⁵

Omstandigheden die wijzen op contracting	Omstandigheden die wijzen op uitzendarbeid
De opdrachtnemer verbindt zich om een bepaalde dienst te verrichten.	De opdrachtnemer verbindt zich om een bepaald aantal arbeidskrachten ter beschikking te stellen.
Er wordt betaald per product of er is een vaste vergoeding afgesproken.	Er wordt betaald per arbeidsuur.

33 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, r.o. 3.5 (*Care4Care*). Interessant is ook het arrest van de Hoge Raad van 20 juni 2022 inzake de Waadi, ECLI:NL:HR:2022:751. Zie over dit laatste arrest meer uitgebreid de bijdrage van Said in deze bundel (hoofdstuk 9) en de annotatie van Laagland in *ArA* 2022, 3.

34 Zie onder andere: Hof ‘s-Hertogenbosch 10 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:32, r.o. 3.6.4 (*SNCU/Synapsis*); Rb Den Haag 15 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:8534, r.o. 4.6 (*SNCU/Aksa*); Rb Noord-Nederland 15 december 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:4471, r.o. 5.20 (*PostNL*).

35 De genoemde omstandigheden komen grotendeels overeen met de door het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid vastgestelde indicatoren om te bepalen of in een concreet geval sprake is van contracting. Zie: *Handreiking contracting, uitzending of payrollling?* 2019, p. 3. In Rb Midden-Nederland 1 juni 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2022 werd door de kantonrechter expliciet getoetst aan deze indicatoren.

Omstandigheden die wijzen op contracting	Omstandigheden die wijzen op uitzendarbeid
Het verrichte werk is duidelijk afgebakend van de rest van de onderneming van de opdrachtgever.	De werkzaamheden van de werknemers zijn afgestemd op de dagelijkse uitvoering van de werkzaamheden van de opdrachtgever.
De werknemers maken gebruik van productiemiddelen van de opdrachtnemer.	De werknemers maken gebruik van productiemiddelen van de opdrachtgever.
De opdrachtnemer is gespecialiseerd in de uitbestede werkzaamheden.	De opdrachtnemer heeft weinig tot geen ervaring met de te verrichten werkzaamheden.
De opdrachtnemer bepaalt welke werknemers hij voor de werkzaamheden inzet.	De opdrachtgever stelt eisen aan de selectie, kwaliteit en arbeidsvoorwaarden van de arbeidskrachten.
Er is een leidinggevende medewerker van de opdrachtnemer aanwezig op de werkvloer die werkinstructies geeft.	De opdrachtgever geeft vergaande inhoudelijke instructies ten aanzien van de uitvoering van de werkzaamheden.
De opdrachtnemer houdt zich bezig met administratieve kwesties, waaronder de planning en ziekmeldingen.	De opdrachtgever bepaalt de planning en handelt ziekmeldingen af.
De opdrachtgever controleert steekproefsgewijs de kwaliteit van de door de opdrachtnemer geleverde werkzaamheden.	De opdrachtgever heeft vergaande controlebevoegdheden ten aanzien van de werknemers van de opdrachtnemer.
De opdrachtnemer draagt het ondernemersrisico.	De opdrachtgever draagt het ondernemersrisico.

Tabel 8.1. Overzicht van de analyse van lagere rechtspraak na het Hoge Raad arrest *Care4Care*.³⁶

36 Gezocht is op rechtspraak.nl met de zoekterm 'uitzendovereenkomst' of 'uitzendkracht' in combinatie met zoektermen als 'aanneming van werk', 'opdrachtovereenkomst' en 'contracting'. Dit heeft geleid tot de navolgende dertien uitspraken: Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:32 (*SNCU/Synapsis*); Rb Den Haag 15 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:8534 (*SNCU/Aksa*); Hof Arnhem-Leeuwarden 28 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2682 (*TPE*); Hof Den Haag 25 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1034 (*RMS*); Hof Arnhem-Leeuwarden 25 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8519; Rb Overijssel 25 september 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:3615; Rb Gelderland 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5784; Rb Overijssel 7 mei 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1538 (*PostNL*); Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3554 (*Stuwadoorsbedrijf*); Hof 's-Hertogenbosch 20 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3098 (*Pluimvee*); Rb Noord-Nederland 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3465 (*Metaalbewerkingsbedrijf*); Rb Noord-Nederland 15 december 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:4471 (*PostNL*); Rb Midden-Nederland 1 juni 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2022.

Om van uitzendarbeid te kunnen spreken is zowel naar Nederlands als naar Duits recht vereist dat de werknemer ter beschikking wordt gesteld aan de opdrachtgever. Interessant is dat de bewoordingen ‘toezicht en leiding’ in de Duitse wettekst niet expliciet terugkomen. Terbeschikkingstelling is op grond van de Duitse wettekst aan de orde als de arbeidskrachten i) in het bedrijf van de opdrachtgever zijn geïntegreerd en ii) gehouden zijn de arbeid volgens zijn instructies te verrichten.³⁷ Blijkens de Duitse rechtspraak is van integratie in het bedrijf van de opdrachtgever sprake als deze de werknemers in overeenstemming met zijn eigen ideeën en doelen in zijn bedrijf tewerkstelt zoals zijn eigen werknemers.³⁸ Aanwijzingen hiervoor zijn onder meer dat de werkzaamheden van de werknemers zijn afgestemd op de bedrijfsvoering van de opdrachtgever, de uitrusting en het materiaal van de werknemers worden verstrekt door de opdrachtgever, en er wordt samengewerkt tussen de eigen werknemers van de opdrachtgever en het externe personeel.³⁹ Deze aanwijzingen komen overeen met de feiten en omstandigheden die in de Nederlandse rechtspraak worden meegewogen bij de beoordeling of sprake is van leiding en toezicht door de opdrachtgever. Voor de instructiebevoegdheid – het tweede element – is nodig dat de opdrachtgever de werknemers zogeheten ‘arbeidsrechtelijke instructies’ geeft.⁴⁰ Deze instructies kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op het begin en einde van de werktijd, alsmede de wijze waarop het werk moet worden uitgevoerd.⁴¹ Het is onvoldoende dat de opdrachtgever slechts ‘werkgerelateerde instructies’ geeft, waarmee bedoeld wordt op instructies die bijvoorbeeld de kwaliteit van het product en het aantal te leveren stuks betreffen.⁴² Ook hier zien we dus overeenkomsten met de Nederlandse invulling van het begrip leiding en toezicht.

8.3 Analyse van mogelijke knelpunten

8.3.1 Schijnconstructies

De toenmalige Nederlandse minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) schreef in 2013 al dat het kabinet via de inspectiediensten signalen kreeg dat in toenemende mate gebruik wordt gemaakt van schijn-

37 §1 Abs. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz.

38 Kainer & Schweipert, *NZA* 2017, p. 14.

39 Kainer & Schweipert, *NZA* 2017, p. 14; Müller & Brugger, *ArbRAktuell* 2013, p. 540; Maschmann, *NZA* 2013, p. 1307.

40 Müller & Brugger, *ArbRAktuell* 2013, p. 540.

41 Kainer & Schweipert, *NZA* 2017, p. 14.

42 Müller & Brugger, *ArbRAktuell* 2013, p. 540.

constructies, onder meer bij contracting.⁴³ Van een schijnconstructie is sprake indien op papier wordt weergegeven dat het gaat om contracting, terwijl het in werkelijkheid uitzendarbeid betreft. Voor werknemers heeft deze schijnconstructie tot gevolg dat zij geen beroep kunnen doen op de loonverhoudingsnorm uit art. 8 Waadi en de arbeidsvoorwaarden uit de algemeen verbindend verklaarde Uitzendcao. Ook concurrenten van de opdrachtgever worden door het gebruik van schijnconstructies benadeeld omdat sprake is van een ongelijk speelveld. Zij moeten immers concurreren met partijen die op oneigenlijke manieren de arbeidskosten laag houden.⁴⁴ Deze ondernemers kunnen uiteindelijk voor de keuze komen te staan: ook gebruikmaken van schijnconstructies of de markt uit worden geconcurrereerd. Op die manier kunnen schijnconstructies verschuivende of vervagende normen in de gehele bedrijfstak tot gevolg hebben.⁴⁵ Dit knelpunt zal in belang toenemen indien – zoals de Commissie Regulering van Werk en de SER voorstellen en door de minister van SZW is overgenomen in de Hoofdlijnenbrief Arbeidsmarkt van 5 juli 2022 – de loonverhoudingsnorm wordt uitgebreid tot overige arbeidsvoorwaarden.

De vakbonden vervullen bij de aanpak van schijnconstructies een belangrijke rol. Zij kunnen bij mogelijke schijnconstructies via de civiele rechter naleving van het uitzendregime afdwingen. Overeenkomstig de hoofdregel uit art. 150 Rv rust de bewijslast op de vakbonden.⁴⁶ Dit bewijs is niet eenvoudig te leveren. Zoals hiervoor bleek, vergt de benadering van de Hoge Raad uit het *Care4Care*-arrest een afweging van alle omstandigheden van het geval, waardoor niet zonder behoorlijk onderzoek kan worden vastgesteld of leiding en toezicht in werkelijkheid worden uitgeoefend door de opdrachtgever. Weliswaar kunnen de vakbonden de Inspectie SZW vragen om onderzoek te doen,⁴⁷ maar die onderzoeken nemen vaak veel tijd in beslag en leveren op zichzelf geen doorslaggevend bewijs op.⁴⁸ Jansen wijst er onzes inziens dan ook terecht op dat de benadering van de

43 *Kamerstukken II 2012/13, 17 050, nr. 428, p. 1.*

44 *Kamerstukken II 2012/13, 17 050, nr. 428, p. 1; Kamerstukken II 2014/15, 34 108, nr. 3, p. 2.*

45 Inspectie SZW 2019, p. 20; *Eerlijk werk. Brede maatschappelijke heroverweging* 2019, p. 16.

46 Zie onder meer: Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:32, r.o. 3.6.5 (*SNCU/Synapsis*); Hof 's-Hertogenbosch 20 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3098, r.o. 3.7 (*Pluimvee*).

47 Zie: art. 10 Wet AVV en art. 15 Waadi.

48 Het rapport van de Inspectie SZW betreft slechts 'een' bewijsmiddel en kan fungeren als feitelijke grondslag voor de procedure. Zie onder andere: Rb Noord-Nederland 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3465, r.o. 4.18-4.25 (*Metaalbewer-*

Hoge Raad in combinatie met de wettelijke bewijslastverdeling het optreden tegen als contracting vermomde uitzendrelaties bemoeilijkt.⁴⁹

Anders dan in Nederland, zijn in Duitsland reeds wetgevende maatregelen genomen om schijnconstructies tegen te gaan.⁵⁰ Met ingang van 1 april 2017 geldt dat in de overeenkomst tussen de inlener en het uitzendbureau uitdrukkelijk moet worden gesproken over uitzendarbeid.⁵¹ Niet-nakoming van deze verplichting leidt ertoe dat de kwalificatie van de overeenkomst als uitzendovereenkomst komt te vervallen.⁵² In plaats daarvan ontstaat met terugwerkende kracht vanaf het moment dat de werknemer is gestart met de werkzaamheden voor de opdrachtgever van rechtswege een arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de opdrachtgever.⁵³ Deze regeling is in het licht van de contractsvrijheid vrij ingrijpend. Als partijen hun rechtsverhouding op papier vormgeven als contracting, terwijl het in werkelijkheid uitzendarbeid betreft, kunnen zij later immers niet meer terugvallen op de uitzendovereenkomst. Daar komt bij dat opdrachtgevers geconfronteerd kunnen worden met een administratieve boete van maximaal €30.000 én het risico lopen dat strafrechtelijke sancties worden opgelegd voor het ontduiken van belasting en socialezekerheidsbijdragen wanneer sprake is van (voorwaardelijk) opzet.⁵⁴

kingsbedrijf); Rb Noord-Nederland 15 december 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:4471, r.o. 5.16 (*PostNL*).

49 Jansen 2020, p. 11.

50 Dat schijnconstructies ook in Duitsland een knelpunt zijn blijkt uit de literatuur. Vgl. Röller, in: *Personenbuch* 2021, Rn. 1; Müller & Brugger, *ArbRAktuell* 2013, p. 538; Bauer & Heimann, *NJW* 2013, p. 3289; *DGB* 2012, p. 1.

51 §1 Abs. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Ook rust op de uitzendwerkgever de verplichting om – op straffe van een boete – de werknemer de informeren over diens status als uitzendwerknemer. Zie: §11 Abs. 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz jo. §16 Abs. 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz.

52 §9 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz.

53 §10 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz; Schüren, §10 AÜG Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit in: *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz* 5 2018, Rn. 47-49.

54 §16 Abs. 1 Satz 1c Arbeitnehmerüberlassungsgesetz; §370 *Abgabenordnung*; Diepenbrock, §16 AÜG Ordnungswidrigkeiten, in: *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz* 5 2018, Rn. 39-41; §266a *Strafgesetzbuch*. Voor zover wij hebben kunnen nagaan zijn tot dusver geen opdrachtgevers strafrechtelijk veroordeeld op deze gronden. Een strafrechtelijke veroordeling lijkt ook niet snel aan de orde, want het Bundesgerichtshof heeft geoordeeld dat het bestaan van voorwaardelijk opzet in het kader van deze strafbare feiten in beslissende mate afhankelijk is van de vraag of de werkgever heeft erkend en aanvaard dat mogelijk een dienstbetrekking moet worden aangenomen die voor hem een verplichting tot betaling van belasting en socialezekerheidspremies kan leiden. Een onjuiste opvatting over de hoedanigheid van de werkgever en de daaruit voortvloeiende verplichting tot betaling van

Voor Nederland is deze Duitse regeling interessant, nu deze net als het hierna te bespreken voorstel van de Commissie Regulering van Werk een wisseling van werkgeverschap bewerkstelligt (zie §8.4.1). In de Duitse arbeidsrechtelijke literatuur is de regeling evenwel vrij kritisch ontvangen. Verschillende auteurs wijzen erop dat werknemers in feite gedwongen worden om van werkgever te veranderen, ook als zij hun arbeidsvoorwaarden hierdoor zien verslechteren.⁵⁵ De Duitse regeling biedt werknemers weliswaar de mogelijkheid om zich tegen een wisseling van werkgeverschap te verzetten, maar dit kan alleen in de maand voorafgaand aan de start van de werkzaamheden.⁵⁶ Hierdoor heeft deze mogelijkheid in de praktijk nauwelijks toegevoegde waarde. Verder wordt erop gewezen dat bedrijven die zich conform de wet willen gedragen maar geen extra werknemers in dienst willen nemen, aangemoedigd worden om uit voorzorg alleen nog gebruik te maken van uitzendkrachten. Bijgevolg is de vrees dat fictieve uitzendovereenkomsten zullen ontstaan, terwijl in werkelijkheid sprake is van contracting.⁵⁷ Het gebruik van contracting als legale constructie wordt op deze manier ontmoedigd, terwijl contracting voor de arbeidsmarkt ook van economisch nut kan zijn.⁵⁸

8.3.2 *Omzeiling van collectieve arbeidsvoorwaarden*

Ook als geen sprake is van een schijnconstructie kan contracting ongewenste effecten voor werknemers met zich brengen.⁵⁹ Zo kan contracting door ondernemers worden gebruikt om collectieve arbeidsvoorwaarden te omzeilen. Dit is mogelijk doordat opdrachtnemers doorgaans niet rechtstreeks of via lidmaatschap aan een bepaalde cao zijn gebonden, waardoor de toepasselijkheid van een cao alleen speelt tijdens een algemeenverbindendverklaring.⁶⁰ Daar komt bij dat de werkingssfeerbepalingen van cao's in veel gevallen zodanig zijn vormgegeven dat contractingbedrijven daar

belasting en socialezekerheidspremies moet in principe worden aangemerkt als dwaling omtrent de feiten. Zie: BGH 24 september 2019, StR 346/18, r.o. 1, 3 en 5.

55 Lembke, *NZA* 2018, p. 397; Henssler, *RdA* 2017, p. 88-89.

56 §9 Abs. 1a Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Het is niet mogelijk om alvast 'voor het geval dat' een verklaring af te leggen waarin de werknemer aangeeft zich tegen de wisseling van werkgeverschap te verzetten. Zie: Schüren, §9 AÜG Unwirksamkeit in: *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz* 5 18, Rn. 138-143.

57 Henssler, *RdA* 2017/83, p. 89.

58 Zie hierover de bijdrage van Heyma in deze bundel (hoofdstuk 13).

59 Ook de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid maakt onderscheid tussen illegale constructies en legale constructies die ongewenste effecten hebben. Zie: *Kamerstukken II* 2012/13, 17 050, nr. 428, p. 4.

60 Jansen 2020, p. 5.

niet onder vallen.⁶¹ In dit kader speelt het probleem dat in cao's regelmatig een hoofdzakelijkheids criterium wordt opgenomen om vast te stellen of een onderneming waarbinnen verschillende activiteiten worden verricht onder de reikwijdte van de desbetreffende cao valt.⁶² In de cao kan bijvoorbeeld zijn bepaald dat deze alleen van toepassing is als meer dan 50% van de arbeidsuren van de werkgever worden besteed in de bedrijfstak waarop de cao betrekking heeft. Als een bedrijf in meerdere bedrijfstakken werkzaam is, maar in geen van die sectoren voor meer dan vijftig procent, kan dat tot gevolg hebben dat op het bedrijf geen enkele cao van toepassing is.⁶³ Contractingbedrijven kunnen hier gebruik van maken door hun bedrijfsactiviteiten strategisch over verschillende sectoren te verdelen zodat uiteindelijk geen enkele algemeen verbindend verklaarde cao van toepassing is.⁶⁴ Het is aan de sociale partners om de werkingsfeerbepalingen zodanig ruim te formuleren dat een cao niet te eenvoudig kan worden omzeild. Wij merken gelijk op dat een ruime werkingsfeerbepaling als nadeel meebrengt dat contractingbedrijven vrij snel onder meerdere cao's zullen vallen. Samenloopbepalingen zijn dan noodzakelijk. Daar komt bij dat algemeen verbindendverklaring van een cao alleen mogelijk is wanneer geen werkingsfeeroverlap bestaat met een of meer andere cao's die algemeen verbindend zijn verklaard.⁶⁵ Te ruime werkingsfeerbepalingen kunnen het algemeen verbindend verklaren van cao's zodoende bemoeilijken.

Een alternatief is het afsluiten van een cao speciaal voor contractingbedrijven.⁶⁶ Voorbeelden hiervan betreffen de Cao Stuwadoorsbedrijf Van Rooij en de Cao Contractcatering.⁶⁷ Hiermee wordt de problematiek met betrekking tot de werkingsfeeroverlap grotendeels voorkomen. Weliswaar kunnen er opdrachtnemers zijn die naast een speciale cao voor contractingbedrijven ook een andere cao moeten toepassen, maar hiervoor bleek dat contractingbedrijven thans in veel gevallen niet onder de werkingsfeer van een cao vallen. Bijpost merkt evenwel terecht op dat een speciale cao voor contractingbedrijven waarschijnlijk niet hetzelfde arbeidsvoorwaar-

61 Jansen 2020, p. 12.

62 Jansen 2020, p. 7; *Kamerstukken II* 2018/19, 29 544, nr. 914, p. 4.

63 *Kamerstukken II* 2018/19, 29 544, nr. 914, p. 4.

64 Payton & Keune 2018, p. 3; Jansen 2020, p. 7; FNV 2015, p. 5; *Kamerstukken II* 2018/19, 29 544, nr. 914, p. 4.

65 §6.2 Toetsingskader AVV.

66 Jansen 2020, p. 13.

67 Cao Stuwadoorsbedrijf Van Rooij B.V. 2018-2019; Cao voor de contractcatering-
branche 2021-2022.

denpakket zal bieden als de cao van de opdrachtgever.⁶⁸ Dit geldt overigens altijd als het contractingbedrijf onder een andere cao valt dan de opdrachtgever. Met andere woorden: ook als er wel een cao van toepassing is, blijft ongelijkheid van arbeidsvoorwaarden bestaan tussen contractingwerknemers en werknemers in dienst van de opdrachtgever. Voortbouwend op die gedachte is een andere mogelijkheid dat de sociale partners in een cao afspraken maken over de toepassing daarvan bij contracting. In de cao die geldt voor de opdrachtgever kan bijvoorbeeld worden opgenomen dat de opdrachtgever ervoor moet zorgen dat de cao ook wordt nageleefd ten aanzien van contractingwerknemers die voor hem arbeid verrichten, ongeacht of het contractingbedrijf eveneens aan de cao is gebonden dan wel onder de werkingssfeerbepaling daarvan valt.⁶⁹ Een voorbeeld van een dergelijke bepaling zien we terug in de Cao Bouw & Infra.⁷⁰ In het verlengde hiervan is denkbaar dat de gelijke behandelingsnorm uit de Waadi niet alleen op uitzendkrachten, maar ook op contractingwerknemers van toepassing wordt verklaard. Hoewel betoogd kan worden dat contractingwerknemers niet op eenzelfde wijze als uitzendkrachten met reguliere werknemers te vergelijken zijn, laat de rechtspraakanalyse in §8.2.2.2 zien hoe lastig te duiden is of al dan niet sprake is van leiding en toezicht bij een derde. Een dergelijke gelijkstelling maakt het speelveld bovendien meer gelijk en vermindert de druk op schijnconstructies (zie §8.3.1).

Tot slot is denkbaar om in de cao een verbod op contracting op te nemen. Dit is een vrij ingrijpende maatregel in het licht van de ondernemingsvrijheid, maar voorkomt dat een op de opdrachtgever van toepassing zijnde cao via een contractingconstructie wordt omzeild.⁷¹ Ook in de wet kan een dergelijke verbod worden vastgelegd. Dat is in Duitsland gebeurd. De Duitse wetgever heeft met ingang van 1 januari 2021 een verbod op extern personeel ingevoerd voor de Duitse vleesindustrie.⁷² Dit

68 Bijpost, *TRA* 2015/4, p. 16.

69 Bijpost, *TRA* 2015/4, p. 16; Jansen 2020, p. 13; *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074, nr. 5, p. 5.

70 Cao Bouw & Infra 2021-2022, p. 85-86.

71 Bijpost, *TRA* 2015/4, p. 16.

72 §6a Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft. Op het verbod op extern personeel bestaan twee uitzonderingen, namelijk a) de uitzondering voor uitzendkrachten die gedurende maximaal vier maanden schommelingen in de bedrijfsvoering opvangen (deze uitzondering vervalt naar verwachting op 1 april 2024) en b) de uitzondering voor ambachtsbedrijven. Beide uitzonderingen zijn aan strikte voorwaarden verbonden. Zie: §2 Abs. 2 en §6a Abs. 3 Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft.

verbod beperkt zich weliswaar niet tot contracting, maar omdat er in de vleesindustrie weinig gebruik werd gemaakt van zelfstandigen en uitzendkrachten, is de regeling in de praktijk voornamelijk voor contracting relevant.⁷³ Reden voor het verbod is dat in de vleesindustrie relatief veel gebruik werd gemaakt van extern personeel en de arbeidswetgeving vaak niet werd nageleefd.⁷⁴ De vleesbedrijven verwezen voor de niet-naleving naar de contractingbedrijven terwijl er veel organisatorische en technische tekortkomingen op het gebied van gezondheid en veiligheid waren waarop alleen zichzelf invloed konden uitoefenen.⁷⁵ Volgens de Duitse wetgever moet het verbod op extern personeel ervoor zorgen dat het voor werknemers gemakkelijker wordt om hun rechten geldend te maken en dat de vleesbedrijven bij de berekening van de productiekosten voortaan rekening houden met de kosten voor een adequaat salaris en een veilige en gezonde werkomgeving.⁷⁶ Ook wordt met het verbod beoogd de handhaving door toezichthoudende instanties te vergemakkelijken. De eigenaar van het vleesbedrijf is immers niet alleen juridisch gezien verantwoordelijk voor de arbeidsomstandigheden, maar – anders dan de contractingbedrijven – ook praktisch in staat om indien nodig op verzoek van de toezichthoudende instanties corrigerend op te treden.⁷⁷

Tot dusver heeft de Nederlandse minister van SZW het voorstel om net als in Duitsland een sectoraal verbod op contracting in te voeren, afgewezen. Volgens de minister heeft een brede aanpak van de problemen op de arbeidsmarkt de voorkeur boven een sectorale aanpak in de vorm van een verbod op extern personeel.⁷⁸ Een verbod op contracting in een algemeen verbindend verklaarde bedrijfstak-cao zou een soortgelijk effect hebben als een daartoe strekkend wettelijk sectoraal verbod. Een dergelijk verbod

73 Br-Drs. 426/20, p. 3; Bt-Drs. 19/21978, p. 3.

74 Br-Drs. 426/20, p. 3; Bt-Drs. 19/21978, p. 3. De vleesindustrie onderscheidt zich volgens de Duitse wetgever van andere sectoren omdat het aandeel extern personeel aldaar relatief groot is. Ook worden deze arbeidskrachten vooral ingezet voor de kernactiviteiten van de vleesbedrijven, maken zij veelal gebruik van productieapparatuur van het vleesbedrijf en werken zij regelmatig samen met werknemers van andere contractingbedrijven en van uitzendbureaus. Dit leidt – aldus de Duitse wetgever – tot moeilijk te doorgronden arbeidsverhoudingen en een onduidelijke verdeling van de verantwoordelijkheden. Zie: Br-Drs. 426/20, p. 2-3; Bt-Drs. 19/21978, p. 3.

75 Br-Drs. 426/20, p. 20-21; Bt-Drs. 19/21978, p. 25.

76 Br-Drs. 426/20, p. 20-21; Bt-Drs. 19/21978, p. 25.

77 Br-Drs. 426/20, p. 21; Bt-Drs. 19/21978, p. 26.

78 *Kamerstukken II* 2020/21, 29 861, nr. 68, p. 6 en p. 29.

met betrekking tot de inzet van vrijwilligers vinden we in de Cao Besloten Busvervoer 2020-2021.⁷⁹

8.3.3 Onderaannemingketens

Een derde knelpunt heeft betrekking op onderaannemingsketens. Een ondernemer kan ervoor kiezen om bepaalde werkzaamheden uit te besteden aan een derde partij. Deze partij kan vervolgens op zijn beurt het werk, of een gedeelte daarvan, weer aan een ander uitbesteden. Op die manier kan een keten ontstaan van opdrachtgevers, opdrachtnemers en aannemers die allemaal betrokken zijn bij de uitvoering van werkzaamheden voor een hoofdopdrachtgever.⁸⁰ De vrees bestaat dat opdrachtgevers zich door de lange onderaannemingketens minder verantwoordelijk voelen voor de arbeidsvoorwaarden in de keten, omdat zij geen directe juridische en sociale verantwoordelijkheid dragen voor de werknemers.⁸¹ In de praktijk blijken het vooral de werknemers onderaan de keten te zijn die tegen een (te) laag salaris werken.⁸² Mogelijk hangt dit samen met het gegeven dat de lengte van de keten op een gegeven moment een kritische grens bereikt vanuit het oogpunt van efficiency.⁸³ Naarmate de keten langer wordt, moet de aanneemsom met steeds meer partijen worden gedeeld. Hierdoor is voorstelbaar dat de aannemers en opdrachtnemers onderaan de keten te maken krijgen met zodanige krappe marges dat er simpelweg geen ruimte meer is om de werknemers het salaris te betalen waar zij recht op hebben. Ook de *Deutscher Gewerkschaftsbund* (DGB) stelt zich op het standpunt dat lange onderaannemingketens vanuit economisch oogpunt geen nut hebben: op ieder niveau van de keten moet voor de betrokken onderaannemer waarde worden gecreëerd op basis van hetzelfde arbeidsuur. Dit kan volgens de DGB alleen worden bereikt door extreme uitbuiting van de werknemers onderaan de keten.⁸⁴

Teneinde de rechtspositie van werknemers in onderaannemingketens te verbeteren, is in Nederland en Duitsland een regeling omtrent ketenaansprakelijkheid in het leven geroepen voor zowel het loon als de socialezekerheidspremies. Hierbij valt op dat de twee onderwerpen in

79 Art. 3 Cao Besloten Busvervoer 2020-2021.

80 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 108, nr. 3, p. 18.

81 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 108, nr. 3, p. 19.

82 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 108, nr. 3, p. 19.

83 De Beleidsonderzoekers 2020, p. 70.

84 Zie: DGB 2015, p. 24.

beide landen een eigen systeem hebben gekregen, maar dat voor de inrichting daarvan verschillende keuzes zijn gemaakt.⁸⁵ De Nederlandse ketenaansprakelijkheid voor socialezekerheidspremies en de Duitse ketenaansprakelijkheid voor loon zijn beide vormgegeven als een hoofdelijke aansprakelijkheid. Dit betekent dat de werknemer direct alle opdrachtgevers in de keten kan aanspreken.⁸⁶ De Nederlandse ketenaansprakelijkheid voor loon is anders ingericht. Art. 7:616a BW bepaalt dat wanneer een werknemer te weinig salaris ontvangt, hij ervoor kan kiezen zijn werkgever of diens directe opdrachtgever aansprakelijk te stellen voor de loonbetaling. Zij zijn hoofdelijk aansprakelijk.⁸⁷ Pas indien de loonbetaling ondanks het hoofdelijk aansprakelijk stellen van deze partijen alsnog niet wordt betaald, kan de werknemer op grond van art. 7:616b BW achtereenvolgens hogere opdrachtgevers in de keten aanspreken.⁸⁸ De Duitse ketenaansprakelijkheid voor socialezekerheidspremies vormt een soort middenweg tussen de hoofdelijke aansprakelijkheid en deze volgtijdelijke aansprakelijkheid.⁸⁹ De opdrachtgever is in beginsel slechts aansprakelijk voor de socialezekerheidspremies die diens directe aannemer of opdrachtnemer moet afdragen. Wanneer de inschakeling van onderaannemers echter uitsluitend tot doel heeft de ketenaansprakelijkheid te omzeilen, kan de opdrachtgever ook worden aangesproken voor de socialezekerheidspremies die aannemers lager in de keten verschuldigd zijn. Hiervan is in ieder geval sprake indien de onderaannemer i) zelf geen werkzaamheden verricht, ii) geen noemenswaardig personeel in dienst

85 Waar de ketenaansprakelijkheid voor loon in Duitsland alleen ziet op de betaling van het minimumloon, heeft de Nederlandse ketenaansprakelijkheid betrekking op het 'aan de werknemer verschuldigde loon', hetgeen een hoger bedrag kan zijn dan het minimumloon.

86 Art. 35 Invorderingswet; §13 Mindestlohngesetz jo. §14 Arbeitnehmer-Entsendegesetz.

87 De opdrachtgever kan slechts aan aansprakelijkheid ontkomen indien hij in rechte aannemelijk maakt dat hem niet kan worden verweten dat het loon niet is voldaan. Zie: Art. 7:616a lid 2 BW.

88 De werknemer kan de hoogste opdrachtgever wel rechtstreeks aanspreken maar daarvoor moet aan een aantal strikte voorwaarden uit art. 7:616b lid 4 BW zijn voldaan. Deze voorwaarden houden onder meer in dat er een jaar moet zijn verstreken sinds het moment waarop de werknemer de hoofdopdrachtgever heeft geïnformeerd dat hij tegen zijn werkgever en/of diens opdrachtgever een loonvordering heeft ingesteld op grond van art. 7:616a BW.

89 Opmerking verdient dat de ketenaansprakelijkheid voor socialezekerheidspremies slechts geldt in de bouw-, vlees- en pakketsector. Voor de bouwsector is dit geregeld in §28e Abs. 3 Sozialgesetzbuch IV en voor de vleesindustrie is deze bepaling van overeenkomstige toepassing verklaard in §3 Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft. De ketenaansprakelijkheid voor de pakketindustrie is geregeld in §28e Abs. 3 Satz 3g Sozialgesetzbuch IV.

heeft, of iii) afhankelijk is van de hoofdaannemer (denk aan een dochtervennootschap).⁹⁰

Het is de vraag of de Nederlandse wetgever er goed aan heeft gedaan de ketenaansprakelijkheid inzake de loonbetaling volgtijdelijk vorm te geven. De werknemer moet thans net zo lang een hogere opdrachtgever aanspreken totdat hij uiteindelijk bij de hoofdopdrachtgever terecht komt. De afdeling advisering van de Raad van State wees er al op dat dit veel tijd kan kosten.⁹¹ Voor loon is echter bewust niet gekozen voor een hoofdelijke aansprakelijkheid voor de gehele keten. Volgens de Nederlandse wetgever zou de directe opdrachtgever de meest directe invloed kunnen uitoefenen op de werkgever. Ook is in overweging genomen dat bij een hoofdelijke aansprakelijkheid veelal de meest solvabele partij wordt aangesproken, hetgeen in de regel de hoofdopdrachtgever is. Deze partij zal bij een veroordeling tot betaling van achterstallig loon dit bedrag proberen te verhalen op lagere schakels in de keten, waardoor – net als bij een volgtijdelijke aansprakelijkheid – ook bij een hoofdelijke aansprakelijkheid sprake zou zijn van meerdere rechtszaken.⁹² Verschil is uiteraard dat bij voltijdelijke aansprakelijkheid het de werknemer is die de vele procedures moet starten. In de praktijk blijken overigens nog maar weinig gerechtelijke procedures rondom deze regeling te zijn gevoerd.⁹³ Voorafgaand aan de invoering noemde het kabinet al dat van de ketenaansprakelijkheid vooral een preventief effect moest uitgaan.⁹⁴ Uit onderzoek blijkt dat opdrachtgevers zich er inderdaad bewust van zijn dat zij sinds de invoering van de regeling meer risico's lopen.⁹⁵ Zij proberen dit risico te verminderen door contractuele garanties te vragen van hun opdrachtnemers en aannemers. Volgens Houwerzijl lijkt de insteek ervan vooral defensief te zijn: met contractuele maatregelen proberen de opdrachtgevers zich juridisch in te dekken, terwijl nauwelijks actief wordt gecontroleerd of werknemers het loon ontvangen waar zij recht op hebben.⁹⁶ Ook blijkt dat de

90 §28e Abs. 3e Satz Sozialgesetzbuch IV.

91 *Kamerstukken II 2014/15*, 34 108, nr. 4, p. 9.

92 *Kamerstukken II 2014/15*, 34 108, nr. 3, p. 32-36.

93 Zie voor een gerechtelijke procedure waarin wel een beroep op de ketenaansprakelijkheid werd gedaan: Rb Overijssel 7 mei 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1538 (*PostNL*).

94 *Kamerstukken II 2014/15*, 34 108, nr. 3, p. 20.

95 Bureau Bartels 2017, p. 20-21; Houwerzijl 2019, p. 4.

96 Houwerzijl 2019, p. 4. Bureau Bartels heeft vastgesteld dat veel opdrachtgevers het controleren van opdrachtnemers niet nodig vinden, omdat ze altijd samenwerken met bekende partijen, de kans op onderbetaling laag inschatten of nog nooit klachten over onderbetaling hebben gehad. Ook noemen opdrachtgevers als reden dat

ketenaansprakelijkheid in de praktijk maar in beperkte mate heeft geleid tot het terugdringen van het aantal schakels in de keten.⁹⁷

8.4 Toekomstperspectief

De aanpak van de problematiek rondom contracting staat al jaren in de politieke belangstelling. Desondanks zijn er in Nederland tot op heden geen maatregelen getroffen om de positie van contractingwerknemers te verbeteren. De verwachting is echter dat er in de komende kabinetsperiode forse hervormingen op de arbeidsmarkt zullen worden doorgevoerd. Hierbij zullen het adviesrapport van de Commissie Regulering van Werk en het MLT-advies van de SER de leidraad vormen.⁹⁸ In beide adviezen is uitdrukkelijk aandacht besteed aan contracting. Interessant is de vraag of de oplossingsrichtingen uit de adviezen tegemoet komen aan de hiervoor besproken knelpunten.

8.4.1 *Adviesrapport Commissie Regulering van Werk*

De Commissie Regulering van Werk neemt in haar rapport tot uitgangspunt dat het gebruik van driehoeksverhoudingen een rechtvaardiging behoeft. Deze rechtvaardiging is volgens de Commissie vereist vanwege het ontbreken van een rechtstreekse arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de onderneming waarin of waarvoor arbeid wordt verricht. In de voorstellen van de Commissie blijft contracting toegestaan. Wel wordt een rechtsvermoeden voorgesteld voor de gevallen waarin niet meteen duidelijk is binnen wiens onderneming de werknemer werkt en wie in die hoedanigheid toezicht en leiding heeft (opdrachtgever dan wel opdrachtnemer). Het rechtsvermoeden gaat ervan uit dat de opdrachtgever op wiens locatie het werk wordt verricht de werkgever is. Uitgangspunt is dus dat de werknemer een reguliere binaire arbeidsovereenkomst heeft (en geen sprake is van een driehoeksrelatie). Dit rechtsvermoeden kan worden weerlegd indien in rechte wordt aangetoond dat het contractingbedrijf een zelfstandige en inhoudelijke rol vervult bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst én de werkzaamheden van de werknemers behoren tot de onderneming van het contracting-

ze alleen zaken doen met gecertificeerde bedrijven, ze het niet als hun taak zien, ze het te duur of te tijdrovend vinden en ze niet goed weten wat ze moeten doen op dit punt. Zie: Bureau Bartels 2017, p. 25.

97 Bureau Bartels 2017, p. 31.

98 *Coalitieakkoord 2021-2025. Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst*, 15 december 2021, p. 23.

bedrijf. Bij de beantwoording van de vraag of hieraan is voldaan, is naar het oordeel van de Commissie relevant of de werknemer i) onderdeel is van de organisatie van het contractingbedrijf en ii) activiteiten verricht die (ook) behoren tot de reguliere ondernemingsactiviteiten van het contractingbedrijf.⁹⁹

Wanneer partijen hun rechtsverhouding op papier vormgeven als contracting, lijken zij niet meer te kunnen terugvallen op een uitzendovereenkomst als de werknemer een succesvol beroep doet op het rechtsvermoeden. Als leiding en toezicht bij de opdrachtgever ligt, wordt er immers van uitgegaan dat met de opdrachtgever een arbeidsovereenkomst bestaat. De dwingendrechtelijke definitie van de uitzendovereenkomst wordt hiermee als het ware opzij gezet, ook als in werkelijkheid sprake van uitzending is.¹⁰⁰ Deze uitkomst vertoont kenmerken van de Duitse oplossing (zie §8.3.1). Er is ook een verschil met de Duitse regeling. De Duitse regeling heeft tot gevolg dat van rechtswege een dienstverband met de opdrachtgever kan ontstaan. Dat speelt niet met betrekking tot het rechtsvermoeden omdat de werknemer hierop zelf in een procedure een beroep dient te doen. Werknemers worden dus niet gedwongen om van werkgever te wisselen. Een nadeel is evenwel – zoals de Commissie Regulering van Werk in haar rapport ook benoemt – dat het starten van een gerechtelijke procedure voor veel werknemers een hoge drempel kan zijn.¹⁰¹ Dit geldt des te meer voor arbeidsmigranten die in de praktijk relatief vaak met onderbetaling worden geconfronteerd.¹⁰² Het is twijfelachtig of een rechtsvermoeden deze drempel voldoende zal verlagen. De vakbonden kunnen hier een belangrijke rol vervullen. Sinds het *Beurspromovendi*-arrest van de Hoge Raad wordt aangenomen dat ook vakbonden zich op de rechtsvermoedens uit art. 7:610a BW en art. 7:610b BW kunnen beroepen via een collectieve actie op grond van art. 3:305a BW.¹⁰³ Dat zal ten aanzien van het rechtsvermoeden in het kader van contracting niet anders zijn.

Het is de vraag of ook publiekrechtelijke derden, zoals het UWV en de Belastingdienst, een beroep kunnen doen op het rechtsvermoeden. Dat is niet het geval ten aanzien van de huidige rechtsvermoedens van art. 7:610a BW en art. 7:610b BW.¹⁰⁴ De ratio van deze beperking is in de wetsgeschiedenis

99 Commissie Regulering van Werk 2020, p. 74.

100 Het is de vraag of die uitkomst in lijn is met de Uitzendrichtlijn.

101 Commissie Regulering van Werk 2020, p. 43.

102 *Eerlijk werk. Brede maatschappelijke heroverweging* 2019, p. 18; Inspectie SZW 2019, p. 7; *Kamerstukken II* 2014/15, 34 108, nr. 3, p. 3.

103 HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722, r.o. 4.6 (*Beurspromovendi*).

104 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 257, nr. 7, p. 16.

niet nader toegelicht. In de arbeidsrechtelijke literatuur is deze benadering verklaard met het argument dat het UWV en de Belastingdienst zich niet in een afhankelijkheidsrelatie bevinden en de ongelijkheidscompensatie derhalve niet nodig hebben.¹⁰⁵ Met het rechtsvermoeden voor contracting lijken dezelfde doelstellingen te worden nagestreefd als bij de reeds bestaande rechtsvermoedens: het versterken van de processuele positie van de werknemer en het verminderen van schijnconstructies.¹⁰⁶ Vanuit die redenering ligt het voor de hand ook het rechtsvermoeden bij contracting te beperken tot het privaatrecht. Er zijn echter eveneens argumenten om het rechtsvermoeden door te trekken naar het publiekrecht. De Europese wetgever heeft recentelijk voorgesteld een wettelijk vermoeden voor platformwerk in te voeren: er bestaat een arbeidsverhouding tussen het digitale platform en de platformwerker, tenzij.¹⁰⁷ Daarbij is benadrukt dat ook de autoriteiten die belast zijn met de controle op de naleving of de handhaving van de toepasselijke wetgeving, zoals de arbeidsinspecties en de belastingautoriteiten, zich op dat vermoeden moeten kunnen beroepen.¹⁰⁸ Daarmee betreft het – anders dan de rechtsvermoedens uit art. 7:610a BW en art. 7:610b BW – een rechtsvermoeden met een privaat én publiek karakter. Een belangrijk verschil met platformwerkers is evenwel dat contractingwerknemers al een arbeidsovereenkomst hebben, zij het onder minder gunstige arbeidsvoorwaarden dan wellicht wenselijk is. Het collectieve belang lijkt hierdoor minder groot.

Tot slot valt op dat het voorgestelde rechtsvermoeden slechts van toepassing is wanneer de werkzaamheden op locatie bij de opdrachtgever worden uitgevoerd. Er zijn evenwel situaties denkbaar waarin de arbeid middels contracting op een andere locatie wordt verricht. Pakketbezorgers en ICT-ondersteuners zijn hier een voorbeeld van. Deze categorie contractingwerknemers kan geen beroep doen op het door de Commissie geformuleerde rechtsvermoeden en kan dus niet profiteren van het bewijsvoordeel dat andere contractingwerknemers wel hebben. Zij moeten terugvallen op de hoofdregel en aldus aantonen dat zij werkzaamheden verrichten voor de onderneming van de opdrachtgever in plaats van het contractingbedrijf. Wanneer zij hierin slagen, leidt dit bovendien tot een uitzendover-

105 Zie: Houweling e.a., in: *Arbidsrechtelijke Themata I 2020*, art. 7:610a BW; Zondag & De Jong, in: *Sdu Commentaar Arbidsrecht Thematisch 2021*, art. 7:610a BW aant. 4; Cremers-Hartman, in: *Flexibele arbeidsrelaties 2020*, aant. 3.7.6.

106 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 5.

107 Zie hierover uitgebreid de bijdrage van Kullmann in deze bundel (hoofdstuk 3).

108 Richtlijn betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk COM (2021) 762.

eenkomst en niet tot een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever. Aan dit onderscheid is in het adviesrapport door de Commissie geen aandacht besteed en wij betwijfelen of hiervoor een rechtvaardiging valt te geven. Een ander relevant aandachtspunt betreft de vraag of het voorgestelde rechtsvermoeden een oplossing biedt voor de lange onderaannemingsketens die ontstaan door het tussenschuiven van ondernemingen die de klus volledig doorgeven en zodoende geen toegevoegde waarde hebben voor het productieproces. Voor zover de contractingwerknemers werkzaamheden verrichten op locatie bij de hoofdopdrachtgever, lijkt het mogelijk een beroep te doen op het rechtsvermoeden. Het voorstel van de Commissie vereist immers niet dat de opdrachtgever op wiens locatie het werk wordt verricht de directe opdrachtgever is van het contractingbedrijf waarbij de desbetreffende werknemer in dienst is.

8.4.2 MLT-advies SER

De SER maakt in haar MLT-advies uit juni 2021 een onderscheid tussen eigenlijke en oneigenlijke vormen van contracting. Overeenkomstig de Stichting van de Arbeid identificeert de SER twee ongewenste vormen van contracting: i) contracting die wordt gebruikt om de regels rondom uitzending te ontlopen, terwijl wel degelijk sprake is van leiding en toezicht door de opdrachtgever, en ii) de arbeid die via contracting bewust zo wordt vormgegeven dat niet langer een cao van toepassing is.¹⁰⁹ Het eerste aspect sluit aan bij het hiervoor genoemde knelpunt inzake schijnconstructies. Het tweede is minder duidelijk. Wanneer kan men zeggen dat contracting bewust zo is vormgegeven dat niet langer een cao van toepassing is? De SER lijkt met de term 'bewust' te wijzen op een bepaald motief van de opdrachtgever. Het lijkt ons echter geen eenvoudige opgave om in een concreet geval vast te stellen wat het (doorslaggevende) motief van een ondernemer is om te kiezen voor contracting. Ook is onduidelijk waarom de tweede ongewenste vorm zich beperkt tot het omzeilen van cao's. Is het gebruik van contracting toelaatbaar zo lang een cao wordt toegepast? En hoe zit het met de knelpunten inzake onderaannemingsketens?

Wel is het zo dat aan ieder denkbaar onderscheid tussen gewenste en ongewenste vormen van contracting haken en ogen zitten. Denk bijvoorbeeld aan een criterium dat aansluit bij de mate waarin het contractingbedrijf is gespecialiseerd in de uitbestede werkzaamheden. Dit criterium acht het kabinet

109 SER 2021, p. 20.

bijvoorbeeld relevant. Volgens het kabinet is sprake van een legitieme vorm van contracting wanneer door de inzet van 'gespecialiseerd personeel' een bijdrage wordt geleverd aan een efficiënte bedrijfsvoering.¹¹⁰ Maar wanneer is het contractingbedrijf voldoende gespecialiseerd? Eenzelfde onduidelijkheid speelt als wordt gekeken naar het soort werkzaamheden dat wordt uitbesteed waarbij contracting alleen wordt toegestaan voor nevenactiviteiten. Jansen merkt terecht op dat het in de praktijk lastig kan zijn om vast te stellen wat als kernactiviteiten van een bepaald bedrijf moet worden gezien.¹¹¹ Bovendien wierp de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) in 2017 de terechte vraag op waarom voor nevenwerkzaamheden zoals de beveiliging, schoonmaak en catering sprake moet zijn van flexibiliteit in de vorm van contracting. De hoeveelheid werk is – ook voor de toekomst – doorgaans goed planbaar, want er zal niet snel worden besloten om niet meer te beveiligen of schoon te maken of om het bedrijfsrestaurant te sluiten. De WRR had het oog op overheidsgebouwen, maar het punt is onzes inziens breder relevant.

De SER erkent dat het in de praktijk lastig zal zijn om eigenlijke en on-eigenlijke vormen van contracting van elkaar te onderscheiden. Daarom wordt voorgesteld de eerdergenoemde oneigenlijke vormen van contracting vooralsnog op te nemen in een 'code verantwoord arbeidsmarktgedrag' en hiermee met behulp van een zogenoemde Codekamer ervaring op te doen. Het zou onzes inziens zijn aan te raden ook in de code op te nemen dat onderaanneming niet zou moeten worden ingezet indien de onderaannemer geen toegevoegde waarde creëert. De code verantwoord arbeidsmarktgedrag moet voor opdrachtnemers, opdrachtgevers en werknemers bindend en handhaafbaar zijn.¹¹² Het MLT-advies bespreekt echter niet hoe de nakoming van een dergelijke code kan worden afgedwongen. Een code verantwoord arbeidsmarktgedrag met bijbehorende Codekamer doet enigszins denken aan de in 1970 door de SER afgekondigde Fusiegedragsregels. Deze zijn eveneens ingevoerd in de vorm van een code met het argument dat langs deze weg ervaring kon worden opgedaan.¹¹³ In de loop der jaren hebben zowel de SER als diverse juridische auteurs betoogd dat de Fusiegedragsregels alsnog een wettelijke basis moeten krijgen, onder meer omdat die ervaring inmiddels in ruime mate is opgedaan en er

110 *Kamerstukken II* 2018/19, 29 544, nr. 914, p. 3.

111 Jansen 2020, p. 2.

112 SER 2021, p. 20.

113 Advies herziening van de fusiecode, Publicaties SER 96/03, d.d. 16 februari 1996, p. 24; Duk, *Ondernemingsrecht* 2001, §4; Zaal, *Ondernemingsrecht* 2014/128, §4.

beperkte sanctiemogelijkheden zijn bij niet-naleving ervan.¹¹⁴ Desondanks betreffen de Fusiegedragsregels tot op de dag van vandaag een vorm van zelfregulering.¹¹⁵ Wanneer de voorgestelde code verantwoord arbeidsmarktgedrag evenmin een wettelijke grondslag krijgt, blijft de nakoming ervan afhankelijk van de bereidheid van de ondernemers om de regels vrijwillig na te leven. De effectiviteit hiervan zal moeten worden afgewacht.

8.4.3 De grenzen van het Europese recht

Contractingconstructies blijven niet tot de Nederlandse landsgrenzen beperkt. Het is goed mogelijk dat een Nederlandse opdrachtgever werk uitbesteedt aan een buitenlands contractingbedrijf dat de klus in Nederland met zijn buitenlandse werknemers uitvoert. Deze situatie lag ten grondslag aan het baanbrekende arrest *Rush Portuguesa* uit 1990.¹¹⁶ In dit arrest oordeelde het Hof van Justitie dat de werkgever die een dienst met behulp van zijn werknemers in een andere lidstaat uitoefent, onder de vrijheid van diensten valt zoals neergelegd in art. 56 Verdrag inzake de werkingssfeer van de Europese Unie (VWEU). In 1996 is grensoverschrijdende contracting binnen de EU gecodificeerd in de Detacheringsrichtlijn.¹¹⁷ Deze richtlijn – zoals herzien in 2018 – regelt welke materiële arbeidsvoorwaarden van het ontvangstland op de buitenlandse werknemers van toepassing zijn. Van een andere orde is de vraag of lidstaten vrij zijn om het gebruik van contracting in een grensoverschrijdende context te beperken (bijvoorbeeld via het door de Commissie Regulering van Werk voorgestelde rechtsvermoeden) of zelfs te verbieden (zoals door Duitsland in de vleessector is gedaan). Deze vraag valt buiten het bereik van de Detacheringsrichtlijn. Ook de Dienstenrichtlijn lijkt toepassing te missen.¹¹⁸ Deze laatste richtlijn ziet weliswaar op het wegnemen van belemmeringen voor ondernemingen om hun vrijheid van dienstverlening uit te oefenen, maar art. 1 lid 6 regelt dat de richtlijn het arbeidsrecht van de lidstaten onverlet

114 Zie onder andere: Advies herziening van de fusiecode, Publicaties SER 96/03, d.d. 16 februari 1996, p. 24-25; Zaal, *Ondernemingsrecht* 2014/28, §4; Schijf, *TAO* 2015/1, p. 16; Goldschmidt, *ArbeidsRecht* 2016/14, p. 18. Zie anders: Schutte-Veenstra, *Ondernemingsrecht* 2021/17, p. 106.

115 De Fusiegedragsregels zijn gebaseerd op de algemene richtinggevende taakomschrijving van de SER zoals opgenomen in art. 2 Wet op de Sociaal-Economische Raad. Zie: *Stcrt.* 2015, 31544, p. 1.

116 HvJ EG 27 maart 1990, C-113/89, ECLI:EU:C:1990:142, r.o. 15 (*Rush Portuguesa*).

117 Richtlijn 96/71/EG zoals gewijzigd door Richtlijn 2018/957. Voor een nadere bespreking van deze richtlijn verwijzen wij naar de bijdrage van Kullmann in deze bundel (hoofdstuk 3).

118 Richtlijn 2006/123/EG.

laat. Uit overweging 14 van de considerans van de Dienstenrichtlijn blijkt dat deze bepaling vooral ziet op arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, alsmede rechten van sociale partners zoals het sluiten van cao's en het organiseren van stakingen. Volgens Advocaat-Generaal Wahl volgt hieruit echter niet dat art. 1 lid 6 van de Dienstenrichtlijn enkel betrekking heeft op de materiële aspecten van het arbeidsrecht. Ook voorschriften die zien op sancties en procedures welke specifiek zijn voor het arbeidsrecht en tot doel hebben ervoor te zorgen dat de regels van materieel arbeidsrecht worden nageleefd, vallen hier volgens hem eveneens onder.¹¹⁹ Dit geldt aldus ook voor het door de Commissie Regulering van Werk voorgestelde rechtsvermoeden en het verbod op contracting in de Duitse vleesindustrie.¹²⁰

Hiermee is niet gezegd dat lidstaten een vrijbrief hebben om contracting naar eigen wens te beperken en een dergelijke beperking van toepassing te verklaren op buitenlandse dienstverrichters.¹²¹ De Dienstenrichtlijn stelt de uitzondering voor het arbeidsrecht namelijk afhankelijk van een voorwaarde: zowel in art. 1 lid 6 als in overweging 14 van de considerans staat uitdrukkelijk genoemd dat het arbeidsrecht van de lidstaten slechts onverlet wordt gelaten voor zover de relevante wettelijke bepalingen in overeenstemming zijn met het Unierecht. Dit betekent dat bepalingen van nationaal arbeidsrecht aan de overige instrumenten van het Unierecht dienen te worden getoetst, zoals het hierboven genoemde art. 56 VWEU. Dit artikel bepaalt dat een beperking op het vrije verkeer van diensten niet is toegestaan, tenzij sprake is van een rechtvaardiging. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is niet alleen discriminatie verboden, maar ook maatregelen die dienstverrichters uit andere lidstaten verbieden, belemmeren of het voor deze dienstverrichters minder aantrekkelijk maken om hun diensten grensoverschrijdend te verrichten. Het invoeren van een rechtsvermoeden kan worden beschouwd als een belemmering nu de werknemers van de buitenlandse dienstverrichter in beginsel in dienst zullen treden bij de Nederlandse opdrachtgever waar ze de werkzaamheden uitvoeren. De buitenlandse dienstverrichter zal dit rechtsvermoeden actief moeten weer-

119 Concl. A-G Wahl 8 mei 2018, C-33/17, ECLI:EU:C:2018:311, r.o. 48 e.v.

120 Deze redenering geldt mogelijk ook voor de materiele arbeidsvoorwaarden uit de Detacheringsrichtlijn (mede in het licht van de Handhavingsrichtlijn). De uitkomst zal echter niet anders uitpakken dan de hierna in de hoofdtekst uitgevoerde toetsing aan de vrijheid van diensten (vgl. overweging 23 preambule Handhavingsrichtlijn).

121 De procedurele bepaling dient bij grensoverschrijdende detachering op de arbeidsovereenkomst van toepassing te worden verklaard op grond van art. 9 Rome I Verordening.

leggen om zelf als werkgever aangemerkt te blijven. Dit is een situatie die het voor buitenlandse dienstverrichters minder aantrekkelijk maakt hun diensten in Nederland te verrichten. Een verbod op contracting zoals in Duitsland is ingevoerd in de vleessector, staat het gebruik van de vrijheid van diensten zelfs in het geheel niet toe.

Het is de vraag of beide beperkingen van de vrijheid van de diensten te rechtvaardigen zijn. Hoewel de bescherming van (de gezondheid van) werknemers en het tegengaan van sociale fraude door het Hof van Justitie zijn aanvaard als legitiem doel en beide nationale maatregelen geschikt lijken om dergelijke doelen te bereiken, dient de maatregel niet verder te gaan dan noodzakelijk is. Hoewel lidstaten een zekere beoordelingsvrijheid toekomt, mag er geen lichter middel zijn waarmee het doel net zo effectief kan worden bestreden. Het is niet eenvoudig te voorspellen hoe het Hof van Justitie deze toets zal toepassen. Het door de Commissie Regulering van Werk voorgestelde rechtsvermoeden omvat het gehele arbeidsrecht, terwijl het Duitse verbod alleen betrekking heeft op de vleessector. De Duitse wetgever onderbouwt de keuze voor de vleessector met een verwijzing naar empirisch onderzoek waaruit blijkt dat in de vleessector het aandeel extern personeel boven de vijftig procent ligt, extern personeel wordt ingezet op kernactiviteiten, zij de productiemiddelen van de opdrachtnemer gebruiken en bovendien sprake is van slechte arbeidsomstandigheden. De Commissie Regulering van Werk onderbouwt de noodzaak van het rechtsvermoeden niet op basis van empirische onderzoeken (die er ook niet zijn), zodat men zich kan afvragen of de maatregel wel noodzakelijk is. Aan de andere kant onderkent ook de SER de oneigenlijke vormen van contracting in algemene zin en neemt het Hof van Justitie doorgaans vrij eenvoudig aan dat lidstaten de bescherming van werknemers als legitiem doel mogen nastreven. Belangrijker achten wij dat het rechtsvermoeden kan worden weerlegd en in die zin minder verstrekkend is dan een verbod.¹²² Vanuit die gedachte is een rechtsvermoeden naar onze mening beter uit te leggen dan een sectoraal verbod. Uiteindelijk is het laatste woord aan het Hof van Justitie.¹²³

122 De Duitse wet heeft mede als doel het beschermen van de gezondheid van werknemers omdat de maatregelen rondom veiligheid en gezondheid in de vleessector waar veel met extern personeel werd gewerkt, vaak niet werden nageleefd. In de literatuur zijn over de noodzakelijkheid van dit doel twijfels geuit. Vgl. Bayreuther, *NZA* 2020.

123 In de technische beleidsvarianten n.a.v. het rapport van de Commissie Regulering van Werk wordt op p. 98 de vraag opgeworpen of het rechtsvermoeden beperkt moet of kan worden tot partijen die in Nederland arbeid verrichten (en niet tot

Mocht het Hof het bewijsvermoeden in strijd verklaren met de vrijheid van diensten, dan is daarmee het bewijsvermoeden nog niet van tafel. Art. 56 VWEU vereist een grensoverschrijdend effect en de bepaling zal in dat geval alleen ten opzichte van buitenlandse opdrachtnemers buiten toepassing worden gesteld. Als gevolg hiervan ontstaat omgekeerde discriminatie: nationale opdrachtnemers (die zich dus in interne situaties bevinden) kunnen immers geen beroep doen op het vrije verkeer van diensten. Nederlandse opdrachtnemers zullen zich dan aan regels moeten houden die voor buitenlandse dienstverrichters niet gelden. Hierdoor kan tussen nationale en buitenlandse dienstverrichters oneerlijke concurrentie ontstaan, hetgeen nu juist iets is wat de Commissie Regulering van Werk tegen wenst te gaan.

8.5 Conclusie

Op zichzelf staat het een ondernemer vrij om werk uit te besteden aan een derde. Zolang het werk via contracting efficiënter kan worden verricht door de inzet van gespecialiseerd personeel, mag aan dit besluit een kostenmotief ten grondslag liggen. Contracting wordt in zowel Nederland als Duitsland echter ook ingezet om te concurreren op arbeidsvoorwaarden. Wij analyseerden in dat verband drie knelpunten. Het betreft allereerst de situatie waarin bedrijven proberen onder de regels voor uitzending uit te komen en ten tweede de situatie waarin het contractingbedrijf zijn ondernemingsactiviteiten zo inricht dat geen enkele algemeen verbindend verklaarde cao van toepassing is. In de derde situatie gaat het om complexe onderaannemingsketens, waarbij onduidelijk is welk bedrijf waar verantwoordelijk voor is en bij contractingbedrijven onderaan de keten te weinig overblijft om de werknemers te betalen waar zij recht op hebben. Er is in Nederland geen empirisch onderzoek voorhanden waaruit blijkt op welke schaal contracting om een van deze drie redenen door bedrijven wordt ingezet. Dit gebrek zou de wetgever er echter niet van moeten weerhouden tegen de knelpunten op te treden en de vrijheid van bedrijven in te perken ten gunste van de bescherming van de werknemer en de arbeidsmarkt in meer

Europese detacheringssituaties), gezien de beperkingen van het vrij verkeer van diensten. De technische uitwerking is te raadplegen op: <https://open.overheid.nl/repository/ronl-6d7c79da-9fc4-4c95-a53f-b7c839b8922c/1/pdf/bundel-met-technische-beleidsvarianten-commissie-regulering-van-werkupdate-november-schoon.pdf>.

algemene zin. In dat opzicht kan de Nederlandse wetgever een voorbeeld nemen aan de Duitse wetgever die de afgelopen jaren een aantal wetswijzigingen heeft doorgevoerd om de knelpunten aan te pakken. Hiermee is niet gezegd dat de Nederlandse wetgever dezelfde stappen moet zetten als de Duitse wetgever. Zoals uit de analyse van het Europese recht blijkt, komt een verbod op contracting in een bepaalde sector mogelijk in strijd met de vrijheid van diensten. Een maatregel zoals het rechtsvermoeden van de Commissie Regulering van Werk biedt in onze optiek een minder verstrekkende oplossing en geeft werknemers een processueel voordeel. Tegelijkertijd vormt het bewijsvermoeden geen oplossing voor de door ons geanalyseerde knelpunten die als zodanig niet in strijd zijn met de wet, zoals het omzeilen van cao's en de complexe onderaannemingsketens. Voor deze situaties kan de door de SER voorgestelde code verantwoord arbeidsmarktgedrag met een daaraan gekoppelde Codekamer mogelijk een oplossing bieden. Door deze knelpunten als oneigenlijke vormen van contracting vast te leggen en daarmee ervaring op te doen via klachten die worden ingesteld, ontstaat meer zicht op de problematiek. Met een code gaat bovendien een signaal uit naar het bedrijfsleven. Indien de Codekamer te weinig verandering teweegbrengt, kunnen sociale partners via (werkingssfeer) bepalingen in cao's doelgericht trachten de knelpunten aan te pakken. Linksom of rechtsom: de afwachtende houding van de wetgever en cao-partijen ten opzichte van contracting is niet langer houdbaar. Er is werk aan de winkel.

Literatuurlijst

Bauer & Heimann, NJW 2013

J.H. Bauer & D. Heimann, 'Leiharbeit und Werkvertrag – Achse des Bösen?', *NJW* 2013, p. 3287-3289 (online in Beck Online).

Bayreuther, NZA 2020/773

F. Bayreuther, 'Verbot von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung in der Fleischwirtschaft', *NZA* 2020/773, p. 773-776 (online in Beck Online).

Bijpost, TRA 2015/4

L. Bijpost, 'Contracting: een nieuw fenomeen in het stelsel van arbeidsrelaties?' *TRA* 2015/4, afl. 1, p. 13-17.

Buelens 2012

J. Buelens, *Collectief overleg in (onder)aannemingsverhoudingen. (Prospectieve) analyse van concepten, procedures en structuren in rechtsvergelijkend en Europeesrechtelijk perspectief* (diss. Antwerpen), Brugge: die Keure 2012.

Bureau Bartels 2017

Bureau Bartels, *Onderzoek ketenaansprakelijkheid* (eindrapport in opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), 29 november 2017.

Däubler, NZA 2021

W. Däubler, 'Arbeitsschutz schafft neues Arbeitsrecht!?', *NZA* 2021, p. 86-91 (online in Beck Online).

De Beleidsonderzoekers 2020

De Beleidsonderzoekers, *Driehoeksrelaties. De relatie met de Wet Allocatie Arbeidskrachten door Intermediairs (Waadi) en de Wet Flexibiliteit en Zekerheid (Wfz)*, Leiden: 12 februari 2020.

DGB 2012

DGB, *Positionspapier des DGB Bundesvorstandes gegen die missbräuchliche Nutzung von Werkverträgen*, Berlijn: 2012.

DGB 2015

DGB, *Werkverträge – Missbrauch stoppen. Gute Arbeit durchsetzen*, Berlijn: 2015.

Duk, Ondernemingsrecht 2001

R.A.A. Duk, 'Fusiegedragsregels 2000: een wettelijke basis?', *Ondernemingsrecht* 2001, p. 74.

Eerlijk werk. Brede maatschappelijke heroverweging 2019

Eerlijk werk. Brede maatschappelijke heroverweging, 20 april 2019.

FNV 2015

FNV, *Contracting. Balletje – balletje op de arbeidsmarkt*, 2015.

Fuhlrott, ArbRAktuell 2020

M. Fuhlrott, 'Arbeitsschutzprogramm für die Fleischwirtschaft' *ArbRAktuell* 2020, p. 311-313 (online in Beck Online).

Goldschmidt, ArbeidsRecht 2016/14

M. Goldschmidt, '(Wijzigingen) SER Fusiegedragsregels overbodig?', *ArbeidsRecht* 2016/14, afl. 3, p. 16-19.

Greiner, NZA 2013

S. Greiner, 'Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung – Abgrenzungsfragen und aktuelle Rechtspolitik', *NZA* 2013, p. 697-703 (online in Beck Online).

Handreiking contracting, uitzending of payrolling? 2019

Handreiking contracting, uitzending of payrolling? (opgesteld door het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), 2019.

Houwerzijl 2019

M.S. Houwerzijl, *In hoeverre draagt de Wet Arbeid Schijnconstructies bij aan het bestrijden van schijnconstructies op de arbeidsmarkt?* (paper in opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), 2019.

Inspectie SZW 2019

Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Staat van eerlijk werk 2019. Risico's aan de onderkant van de arbeidsmarkt*, oktober 2019.

Jansen 2019

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

Jansen 2020

N. Jansen, *Contracting en ontduiking van collectieve afspraken: over wenselijkheid en (juridische) constructies* (position paper in opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), 2020.

Kainer & Schweipert, NZA 2017/13

F. Kainer & M. Schweipert, 'Werkverträge und verdeckte Leiharbeit nach dem neuen AÜG', *NZA 2017/13*, p. 13-18 (online in Beck Online).

Koch, Werkvertrag in: Arbeitsrecht von A-Z 25 2021

U. Koch, Werkvertrag, in: *Arbeitsrecht von A-Z 25 2021* (online in Beck Online).

Maschmann, NZA 2013

F. Maschmann, 'Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen und die Flucht in den Werkvertrag', *NZA 2013*, p. 1305-1312 (online in Beck Online).

Müller & Brugger, ArbRAktuell 2013

K. Müller & J. Brugger, 'Werkverträge als Alternative zur Leiharbeit?', *ArbRAktuell 2013*, p. 538-541 (online in Beck Online).

Payton & Keune 2018

N. Payton & M. Keune, *Outsourcing in The Netherlands: Challenges to traditional sector boundaries*, 2018.

Schijf, TAO 2015/1

S.J. Schijf, 'SER-Fusiegedragsregels 2000: na 15 jaar tijd voor herziening?', *TAO 2015/1*, p. 12-18.

Schüren, in: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz 5 2018

P. Schüren, in: *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz 5 2018* (online in Beck Online).

Schüren, NZA 2013

P. Schüren, 'Scheinwerk- und Scheindienstverträge mit Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis', *NZA 2013*, p. 176-178 (online in Beck Online).

Schutte-Veenstra, Ondernemingsrecht 2021/17

J.N. Schutte-Veenstra, 'Vijf jaar Fusiegedragsregels 2015', *Ondernemingsrecht 2021/17*, afl. 3, p. 103-113.

Slooten, van, 2020

J.M. van Slooten, *Toepassing en/of aanpassing van de Waadi* (position paper in opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), 2020.

Stichting van de Arbeid 1996

Stichting van de Arbeid, *Nota Flexibiliteit en Zekerheid*, 3 april 1996.

Stichting van de Arbeid 2013

Stichting van de Arbeid, *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op naar 2020*, 11 april 2013.

Zaal, Ondernemingsrecht 2014/128

I. Zaal, 'Naleving van de Fusiegedragsregels: van openbare berisping naar harde sancties?', *Ondernemingsrecht* 2014/128.

Zieglmeier, DStR 2016

C. Zieglmeier, 'Werkverträge und Arbeitnehmerüberlassung im Lichte des AÜG 2017. Reichweite der Bindungswirkung einer europäischen A-1 Bescheinigung' *DStR* 2016, p. 2858-2869 (online in Beck Online).

Zintl & Zimmerling, NJW-Spezial 2013

D. Zintl & S. Zimmerling, 'Alternativer Werkvertrag?', *NJW-Spezial* 2013, p. 562-563 (online in Beck Online).

Zwemmer, TAP 2015/118

J.P.H. Zwemmer, 'Contracting en arbeidsrecht: over schijnconstructies, juridisch houdbare varianten en de gevolgen van de WAS en de WWZ', *TAP* 2015/118, afl. 3, p. 13-19.