

Bestaan en bestrijding van oneigenlijke vormen van *contracting* in (andere) Europese landen

Mijke Houwerzijl¹

1 Inleiding & verantwoording

Het beginsel gelijk loon voor gelijk werk is zowel in Nederland als in de EU een belangrijk uitgangspunt van het arbeids(markt)recht en -beleid. In dit kader staat al enige tijd het oneigenlijk gebruik van allerlei driehoeksverhoudingen in de schijnwerpers, waaronder dat van vormen van *contracting*. Zo wordt *contracting* soms ingezet om onder cao-arbeidsvoorwaarden uit te komen en daarmee lagere loonkosten te bewerkstelligen in vergelijking met personeel dat direct bij de opdrachtgever in dienst is of dat via een uitzendbureau werkzaam is.² Ook bestaan er constructies die *contracting* worden genoemd, maar waar feitelijk sprake is van uitzendwerk, aldus de minister van SZW in zijn brief aan de Tweede Kamer van 13 mei 2019. Er is brede overeenstemming over de ongewenstheid van deze situaties en in het kader van een verkenning van mogelijke (wettelijke) maatregelen is nader onderzoek geïnitieerd.

Tegen deze achtergrond is aan mij gevraagd een paper van beperkte omvang te schrijven over de volgende vragen:

- Bestaan er in andere Europese landen oneigenlijke vormen van *contracting*?
- Hoe wordt er in deze andere landen met oneigenlijke vormen van *contracting* omgegaan?
- Wat kan de wetgever in Nederland daarvan leren bij het maken van eventuele wetgeving?

Voor de beantwoording van deze vragen heb ik hoofdzakelijk geput uit een rapport van Eurofound, *Exploring the fraudulent contracting of work in the European Union* (2016),³ en uit eerder eigen onderzoek over *Protection of workers' rights in subcontracting processes in the European Union* voor de Europese Commissie in 2011-2012 en voor Eurofound in 2008.⁴

Hieronder ga ik achtereenvolgens in op het fenomeen *contracting* (par. 2), op het bestaan van oneigenlijke vormen van *contracting* in andere Europese landen (par. 3), op maatregelen ter bestrijding hiervan in andere Europese landen (par. 4) en ten slotte op de vraag wat de Nederlandse wetgever hiervan zou kunnen leren (par. 5).

¹ Prof. mr. M.S. Houwerzijl is als hoogleraar (Europees en vergelijkend) arbeidsrecht verbonden aan Tilburg University en de Rijksuniversiteit Groningen.

² Zo werden tijdens de meest recente economische crisisjaren soms vaste werknemers ontslagen en ingewisseld voor *contracting*werknemers, zie de spraakmakende uitspraak over boekettenbinderij Sierafor, Rb Den Haag 17 april 2013, *LJN* BZ7313 (*Sierafor*).

³ Auteurs: Pedersini, Roberto; Pallini, Massimo.

⁴ Zie voor dit – op bepaalde punten – uitgebreidere Engelstalige onderzoek: <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2008/94/en/1/EF0894EN.pdf> (Houwerzijl/Peters, Liability in subcontracting processes in the European construction sector, onderzoek naar ketenaansprakelijkheidsregelingen in de bouwsector in acht lidstaten uit 2008) en zie Houwerzijl/Jorens/Peters/, Study on the protection of workers' rights in subcontracting processes in the European Union, Project DG EMPL/B2 - VC/2011/0015, June 2012 (onderzoek naar regelingen in EU27 en Noorwegen). <https://biblio.ugent.be/publication/8572315> (geraadpleegd 2 september 2019).

2 Wat is contracting?

Als uitgangspunt hanteer ik in deze paper de volgende omschrijving van contracting en van de arbeidsrechtelijke gevolgen ervan:

“Bij contracting worden werkzaamheden uitbesteed aan een ander bedrijf, waardoor aangenomen of overgenomen werkzaamheden uitgevoerd worden door werknemers in dienst van een ander bedrijf. De opdrachtgever besteedt dan bijvoorbeeld werkzaamheden in de bouw, logistiek of catering uit aan een ander bedrijf. Dat andere bedrijf wordt hieronder aangeduid als de opdrachtnemer. De opdrachtnemer heeft leiding en toezicht over de werknemers. Dit kan bijvoorbeeld worden gerealiseerd doordat de opdrachtnemer eigen werknemers meestuurt die leiding en toezicht hebben over de mensen die het werk uitvoeren. De opdrachtnemer werkt daarnaast voor eigen rekening en risico. Omdat de opdrachtnemer zelf toezicht en leiding uitoefent over de werkzaamheden, is er geen sprake van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten en is de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (de Waadi) niet van toepassing. Dit betekent dat de opdrachtnemer niet verplicht is om op de eigen werknemers de arbeidsvoorwaarden toe te passen die van toepassing zijn op de werknemers van de opdrachtgever in een gelijkwaardige functie. Welke arbeidsvoorwaarden wel op de werknemers van toepassing zijn, hangt onder andere af van het antwoord op de vraag of er een cao van toepassing is.”⁵

Bij contracting (een niet juridische term) gaat het dus om situaties van aangenomen of overgenomen werk. In de bouwsector lijkt deze term niet veel meer dan een modieuzere aanduiding van aanneming van werk (7:750 e.v. BW). De term contracting wordt echter gebruikt voor meer situaties dan klassieke (onder)aanneming van bouwwerkzaamheden. Ook situaties van outsourcing vallen eronder: werkzaamheden die de opdrachtgever voorheen zelf op de eigen werkplaats liet verrichten door eigen werknemers, besteedt hij uit aan een of meer contractingbedrijven. Zoals blijkt uit de voorbeelden in de brief van 13 mei 2019, wordt vooral toegespitst op de situatie waarin contracting plaatsvindt op locatie bij de opdrachtgever. Juist in deze situatie is de grens met uitzendwerk flinterdun, omdat uitzendkrachten immers ook op locatie van de inlener werken. Dergelijke vormen van contracting worden soms als groepsgewijze detachering of uitlening omschreven,⁶ of in het Engels als *labour-only subcontracting*. Het verschil met uitzending is nog wel dat een leidinggevende van het contractingbedrijf de leiding en toezicht over de contractingwerknemers heeft.⁷ Overdracht van zeggenschap geschiedt dus formeel bij uitzending wel, bij contracting niet.

Jan Buelens heeft in zijn proefschrift uit 2012, weliswaar niet onder de term contracting, precies deze (onder)aannemingsverhoudingen bestudeert die plaatsvinden op het terrein van de opdrachtgever/werkgever.⁸ Hij maakt daarbij geen onderscheid tussen eigenlijke

⁵ Zoals beschreven in de kamerbrief van 13 mei 2019 (par. 3 onder a).

⁶ L. Bijpost, TRA 2015/4. Groepsgewijze uitlening kan om verschillende redenen worden ingezet. Zo kan groepsdetachering van WSW-werknemers een zinvolle manier zijn om deze werknemers te begeleiden bij werk op de vrije arbeidsmarkt. Het contractingbedrijf (WSW) verzorgt dan de specifieke begeleiding en draagt hierover soms ook de kosten. Het kan ook gaan om gespecialiseerd werk, om welke reden een begeleider meegaat.

⁷ Zie in dit verband bijvoorbeeld Hof Den Bosch 21 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3098.

⁸ Jan Buelens, Collectief overleg in (onder)aannemingsverhoudingen (diss. Antwerpen), Brugge: die Keure 2012.

en oneigenlijke vormen van (onder)aanneming, maar beschrijft onder meer het ontstaan van deze figuur, toen de crisis in de jaren zeventig van de vorige eeuw ondernemingen ertoe dreef hun productiesysteem te wijzigen: van het Fordisme (naar autofabrikant Ford die een geïntegreerde onderneming had) naar het Toyotisme (naar autofabrikant Toyota die een zogenoemde netwerkonderneming had). Een netwerkonderneming integreert niet alle functies, maar besteedt via talrijke contractuele relaties werkzaamheden uit. De groei van contracting vond plaats in 'the slipstream' van het opheffen van het verbod op het terbeschikkingstellen van arbeidskrachten. Buelens wijst op de ook tegenwoordig nog relevante redenen die destijds werden aangevoerd om terbeschikkingstelling ('koppelbazerij') in principe te verbieden (zoals 'arbeid is geen handelswaar').

Buelens richt zich vervolgens op de gevolgen van (onder)aannemingsverhoudingen voor de collectieve rechtspositie van werknemers en laat zien dat deze op veel punten is verslechterd. Niet alleen kunnen in een netwerk van ondernemingen de (veelal duurdere) cao-voorwaarden bij de opdrachtgever ontweken worden, ook 'spatten werknemerscollectiviteiten uiteen', omdat kleinere (onder)aannemers eerder onder de drempel voor oprichting van overlegorganen blijven. Vormings- en opleidingsmogelijkheden worden beperkter en het aantal (dodelijke) arbeidsongevallen ligt aanmerkelijk hoger onder werknemers in (onder)aanneming, aldus Buelens. Bovendien merkt hij op dat in veel gevallen de solvabiliteit van de (onder)aannemer geringer is, waardoor de werknemer meer risico loopt dat zijn werkgever failliet gaat. Buelens toont aan dat het sociaal recht met de overgang van het Fordisme naar het Toyotisme geen gelijke tred heeft gehouden. Afgezien van enkele antimisbruikwetten op het terrein van de afdracht van belastingen en socialeverzekeringspremies, is in de door hem bestudeerde landen België, Duitsland, Frankrijk en Nederland geen omvattende regeling voor het waarborgen van collectieve werknemersrechten in (onder)aannemingsverhoudingen tot stand gekomen.

3 Oneigenlijke vormen van contracting in andere Europese landen

Er is nauwelijks comparatief onderzoek gedaan naar oneigenlijke vormen van contracting, zo constateert Eurofound in zijn rapport *Fraudulent contracting of work in the European Union* (2016). Dit rapport is gebaseerd op (niet-gepubliceerde) nationale rapportages, waarbij dit fenomeen onderscheiden wordt in vormen die 'lawful', 'undeclared', 'fraudulent' en 'illicit' zijn. Uit het rapport blijkt dat 'contractual relationships between companies or within companies'⁹ in de nationale rapporten van 10 van de 29 onderzochte landen (34 %) genoemd wordt als 'most affected by fraudulent usage'.¹⁰ Naast Nederland, gaat het om Italië, Portugal, Hongarije, Slovenië, Oostenrijk, Duitsland, Griekenland, Noorwegen en Zweden.

Bij dit onderzoeksresultaat plaatst Eurofound de kanttekening dat er geen betrouwbare, systematisch verzamelde data bestaan over 'sham subcontracting arrangements' en andere schijnconstructies.¹¹ De onderzoeksresultaten dienen dan ook voorzichtig

⁹ Samengevat onder de noemer 'subcontracting' in tabel 2, Eurofound 2016, p. 11.

¹⁰ Eurofound 2016, p. 9.

¹¹ The national correspondents mochten in hun onderzoek geen media berichten en andere 'anecdotal evidence' meenemen, maar moesten zich baseren op arbeidsinspectierapporten, databestanden met betrekking tot sancties en rechtszaken en nationale surveys of, als er geen specifiekere data beschikbaar waren, de aandacht die er in het publieke debat en in

behandeld te worden en geven vooral een indicatie van hoe 'fraud in the contracting of work, as a national phenomenon, is perceived and tackled in the EU28 and Norway', aldus Eurofound.¹² Als voornaamste faciliterende factor van oneigenlijke (sub)contracting, wordt genoemd dat het moeilijk en kostbaar is om deze praktijken op te sporen.¹³

4 Buitenlandse aanpak van oneigenlijke vormen van contracting

Uit het rechtsvergelijkende deel van het proefschrift van Buelens (2012) blijkt dat in België, Duitsland, Frankrijk en Nederland oneigenlijk gebruik of misbruik van (onder)aanneming door de wetgever traditioneel op twee manieren tegen wordt gegaan: enerzijds via het verbieden of beperken van de mogelijkheid tot (onder)aanneming, anderzijds door het instellen van vormen van (keten)aansprakelijkheid. In onderzoek dat ik met anderen uitvoerde naar *Protection of workers' rights in subcontracting processes in the European Union* voor de Europese Commissie in 2011-2012 en naar *Liability in subcontracting processes in the European construction sector* voor Eurofound in 2008, worden deze twee hoofdvormen van bestrijding van oneigenlijke (onder)aanneming bevestigd.

Aangezien er sinds 2014 zowel in EU-verband als in Nederland sterk is ingezet op ketenaansprakelijkheid, laat ik dit onderwerp buiten beschouwing. Hieronder volgt een selectie van andere maatregelen: **(a)** sociale clausules; **(b)** regelingen die informatie en raadpleging van werknemersvertegenwoordigers bevorderen of verplicht stellen; **(c)** regelingen die de opdrachtgever (cliënt) aansprakelijk stellen voor het betalen van de onderaannemers; **(d)** regelingen die uitzendwerk sterk beperken en daarmee ook een matigende invloed hebben op 'labour-only (sub)contracting'.

(a) Sociale clausules

In een aantal Europese landen wordt (net als in sommige Nederlandse sectoren) gebruik gemaakt van zogenoemde 'sociale clausules' in cao's.¹⁴ In Denemarken wordt niet alleen veelvuldig gebruik gemaakt van sociale clausules maar is het bovendien gebruikelijk voor publieke en private aanbesteders om in het aannemingscontract als voorwaarde de naleving van de geldende (kern)cao-arbeidsvoorwaarden op te nemen. Het Deense – op vrijwilligheid en collectieve naleving gebaseerde – systeem schijnt effectief te zijn omdat het draagvlak vrijwel 100 % is; zowel sociale partners als de overheid staan pal voor de bescherming van het Deense 'sociaal model' tegen 'sociale dumping'. Omdat er geen algemeen toegankelijke regelingen aan ten grondslag liggen, is er over de details weinig bekend.

Voor alle Scandinavische landen geldt overigens dat vakbonden – vooral op lokaal niveau – via zogeheten 'shop stewards', een belangrijke rol spelen in 'day-to-day monitoring' en handhaving van de regels. Soms hebben lokale vakbondsafdelingen hun eigen inspecteurs aangesteld die actief werkplaatsen bezoeken en controleren. In Noorwegen geldt dat zij bij geconstateerde of vermeende inbreuken de Arbeidsinspectie inlichten. Tevens staan zij individuele werknemers bij in de effectuering van hun rechten.

overleg/initiatieven van sociale partners uitgaat naar fraude en schijnconstructies. Eurofound 2016, p. 9.

¹² Eurofound 2016, p. 3.

¹³ Eurofound 2016, Table 5, p. 20. Zoals voor Nederland beschreven in de kamerbrief van 13 mei 2019 (par. 3 onder b: 'Contracting dat eigenlijk uitzenden is').

¹⁴ Denemarken, Finland, Ierland, Italië, Noorwegen, Verenigd Koninkrijk.

(b) Informatie en raadpleging van werknemersvertegenwoordigers

Zweden: onderhandelingsplicht en vetorecht

In Zweden hebben vakbonden het recht te onderhandelen of uiteindelijk zelfs een veto uit te spreken over het plan van een werkgever¹⁵ om werk uit te besteden en daarvoor bepaalde aannemers te benaderen. De zogenoemde vetoregels zijn vastgelegd in de artikelen 38 tot 40 van de Medezeggenschapswet en werden reeds geïntroduceerd op 1 januari 1977. Het doel van de regels is om de vakbonden een instrument te geven om praktijken gericht op het ondermijnen van werknemersbescherming via wet en cao tegen te gaan, in het bijzonder het fenomeen schijnzelfstandigheid. Het vetorecht van vakbonden is beperkter in de procedures voor overheidsopdrachten, gelet op het EU-recht voor publieke aanbesteding.

Inhoud van de regeling

De opdrachtgever (werkgever) heeft de plicht om te onderhandelen en de vakbond heeft een vetorecht in alle situaties waarin de opdrachtgever van plan is om iemand voor werk te gaan benaderen zonder dat die persoon een werknemer van de werkgever wordt. Indien de opdrachtgever dit nalaat, zal de opdrachtgever aansprakelijk worden gesteld voor schade ten aanzien van de vakbond als gevolg van schending van medezeggenschapswetgeving en de wet op de collectieve arbeidsovereenkomst.

In het kader van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de opdrachtgever om de onderaannemers te beschermen tegen onbetrouwbare hoofdaannemers, moet de hoofdaannemer aan strengere eisen voldoen (vooral van een informatief karakter) indien de cliënt een overheidsinstantie is dan wanneer het gaat om een particuliere cliënt.

Preventieve werking

De vetoregels lijken een preventieve werking te hebben. Op grond van artikel 38 lid 3 van de Zweedse medezeggenschapswet verzoeken de vakbonden de werkgever om allerlei informatie te overleggen met betrekking tot de beoogde aannemer en de arbeidsvoorwaarden waaronder de werknemers komen te werken zoals hoogte van het loon; ontwikkelings- en leermogelijkheden tijdens het werk; de fiscale voorwaarden en andere relevante informatie. Indirect verplicht dit de werkgever tot het uitvoeren van bepaalde controles (een soort 'due diligence').

In sectoren waar uitbesteding vaak voorkomt hebben de sociale partners vereenvoudigde procedures ontwikkeld die kunnen worden gebruikt als een alternatief voor de wettelijke procedure, op voorwaarde dat de werkgever controleert of de aannemer aan bepaalde eisen voldoet. Na dit gecontroleerd te hebben, overhandigt de werkgever een lijst met aannemers met wie hij misschien in zee zou willen gaan. Zolang de vakbond geen bezwaar maakt is de werkgever vrij om een van deze aannemers te benaderen zonder dat daar eerst over onderhandeld moet worden. Echter, in het geval dat deze aannemer een onderaannemer bij het uitbestede werk betreft zullen weer dezelfde controles moeten worden uitgevoerd.

De mogelijkheid om zichzelf te bevrijden van de verplichting om te onderhandelen geeft de werkgever een stimulans om betrouwbare aannemers, meer in het bijzonder aannemers die zijn gebonden aan cao's, te selecteren. Als de werkgever een aannemer wil benaderen die niet gebonden is aan een cao zal hij namelijk de complexere procedure moeten volgen op grond van de medezeggenschapswet.

¹⁵ Op voorwaarde dat ze beide gebonden zijn aan dezelfde CAO.

Noorwegen

In Noorwegen bestaat geen wettelijk vetorecht voor vakbonden, maar in een aantal cao's zijn regels ontwikkeld voor het inhuren van arbeid voor een bepaalde tijd / specifieke taak. De geldende collectieve-arbeidsovereenkomst-verordening verplicht de werkgever de werknemersvertegenwoordigers te informeren en met hen overleg te plegen alvorens een beslissing te nemen. Bovendien moet volgens de in cao's opgenomen regeling op verzoek van de werknemersvertegenwoordigers een bewijsstuk overgelegd worden van de bepalingen en voorwaarden die van toepassing zijn op de onderneming waar het personeel vandaan komt, ongeacht of het gaat om 'collegiale inlening' van een bedrijf uit dezelfde sector of om inlening via een uitzendbureau. Hetzelfde geldt in geval van uitbesteding of vormen van uitbesteding van werk.

Sommige cao's kennen ook specifieke bepalingen met betrekking tot onderaannemingssituaties. Vaak gaat het om het vaststellen van een reeks voorwaarden met betrekking tot het inhuren van arbeid, outsourcing en uitbesteding, enz. Een dergelijke reeks bepalingen is opgenomen in een groot aantal cao's (bijv. in uitgebreide vorm in de cao's voor de metaalverwerkende industrie en voor technologie en computer bedrijven, en in verkorte vorm in de cao's voor de elektrische installatie en voor de productie van energie, distributie). Aan de andere kant zijn ook in een groot aantal cao's geen voorzieningen van deze aard opgenomen. Grofweg loopt de scheidingslijn tussen sectoren die zijn blootgesteld aan buitenlandse concurrentie en sectoren die dat niet zijn.

De initiatieven van de sociale partners zijn gebaseerd op wettelijke voorschriften van de Wet op de werkomgeving 2005 (WEA). *De WEA laat slechts weinig ruimte voor het legaal inhuren van arbeid voor een vaste termijn / specifieke taak, zoals uitzendwerk.* Deze wetgeving is in praktijk vanaf 2004 het startpunt gebleken voor onderhandelingen tussen cao-partijen die bij hun overeenkomst het belang onderstrepen van informatie en raadpleging, (onder verwijzing naar § 9-4 en 9-5 van de zogeheten Basisovereenkomst tussen sociale partners op nationaal niveau) en van de intentie om gezamenlijk 'sociale dumping' tegen te gaan en te bestrijden door zorg te dragen voor ingeleende arbeid en onderaanneming onder goede arbeidsvoorwaarden.

(c) Aansprakelijkheid opdrachtgever voor het betalen van onderaannemers

Zowel Polen als Frankrijk kennen een wettelijke onderlinge aansprakelijkheidsregeling voor ondernemers in ketens van contracting. Hieronder wordt kort de Franse regeling besproken.

Frankrijk

Frankrijk kent wettelijke bepalingen die specifiek voor onderaanneming hoofdelijke aansprakelijkheid introduceren van de cliënt ten opzichte van de onderaannemer (inclusief zelfstandigen zonder personeel) in het geval dat de hoofdaannemer niet betaalt. Het behoeft geen betoog dat deze bepalingen indirect ten goede komen aan de werknemers van de onderaannemer. Deze wettelijke aansprakelijkheidsregeling dateert uit 1975 en is onderdeel van wetgeving over onderaanneming in het algemeen.¹⁶ Het primaire doel is de bescherming van onderaannemers tegen de insolventie van de hoofdcontractant. Toch biedt de rechtstreekse vorderingsmogelijkheid bij de cliënt niet alleen een extra garantie

¹⁶ De oorspronkelijke werkingsfeer van de wet was beperkt tot onderaanneming op bouwplaatsen. Later werd deze uitgebreid tot onderaanneming in de transportsector en vervolgens ook tot onderaanneming in de industriële bouw.

voor de onderaannemer, maar bevordert dit ook de kredietwaardigheid van de onderaannemer met betrekking tot betaling van salarissen en sociale lasten.

Inhoud van de regeling

De Franse wet introduceert twee afzonderlijke garanties ten behoeve van de onderaannemer. Ten eerste moet de opdrachtgevende aannemer (of intermediair) een geldstorting doen bij een bank ter hoogte van de nominale waarde van de werken of diensten die verwezen zijn naar de onderaannemer (preventieve maatregel). Naast deze waarborg, kan de onderaannemer ten tweede in geval van faillissement van de hoofdaannemer ook een directe vordering neerleggen bij de cliënt. In de praktijk lijkt de eerste garantie tegen wanbetaling, namelijk door storting, zelden van toepassing te zijn. Bovendien is de tweede variant, een rechtstreeks vorderingsrecht tegen de opdrachtgever, alleen van toepassing wanneer de hoofdaannemer voor zijn of haar onderaannemers vóór het sluiten van de uitbestedingovereenkomst goedkeuring heeft gekregen van de cliënt. Het lijkt erop dat het statuut in het algemeen wordt nageleefd in de bouw, maar dat het minder populair is in de transportsector en in de industriële sector.¹⁷

d) Zeer beperkte toelating van contracting en terbeschikkingstelling

Zoals hierboven onder (b) al bleek, laat de toepasselijke wetgeving in Noorwegen slechts weinig ruimte voor het legaal inhuren van arbeid voor een vaste termijn / specifieke taak, zoals uitzendwerk of contracting. Dat is ook in België het geval. Hieronder wordt nader ingegaan op de Belgische regeling.

België

België kent zeer stringente regels met betrekking tot uitzendwerk.¹⁸ Zo is zonder erkenning terbeschikkingstelling van werknemers niet toegestaan. Voor het verkrijgen van erkenning worden in België drie sectoren onderscheiden: bouw, artistieke branche en overige branches. Voor elke sector moet een aparte erkenning worden aangevraagd. Daarnaast kent België drie regio's: Vlaanderen,¹⁹ Wallonië en Brussel. Ook voor elke regio moet een uitzendbureau een aparte erkenning aanvragen. Gekoppeld aan de erkenning is bovendien een borgstelling van 75.000 euro. De erkenning wordt als regel toegekend voor onbepaalde tijd.²⁰

Alleen via een in België erkend uitzendbureau, of via de hieronder te bespreken dienstverleningsovereenkomst (contracting), is het voor een werkgever in principe²¹ mogelijk om (in beperkte mate) het werknemersgezag over te dragen aan een derde

¹⁷ Sinds 2011 geldt dat wanneer de hoofdaannemer de opdrachtgever niet zover krijgt om akkoord te gaan met de onderaannemers en toeleveringsovereenkomsten dat een strafbaar feit is met als gevolg de oplegging van een boete van €7500.

¹⁸ De Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg (FOD) heeft een informatieve website:

<https://werk.belgie.be/nl/themas/arbeidsovereenkomsten/uitzendarbeid#edit-group-content>

¹⁹ Zie: <https://www.vlaanderen.be/erkenning-van-uitzendbureaus/voorwaarden-voor-erkenning-van-uitzendbureaus> .

²⁰ Bij het beëindigen van de activiteiten kan het 'naar verluid' soms enige jaren duren voordat de borgsom wordt teruggestort.

²¹ Er bestaat een vorm van 'toegelaten terbeschikkingstelling', die in beginsel enkel is bedoeld voor detacheringen tussen ondernemingen die tot dezelfde economisch en financiële groep behoren (intra-concern uitlening). Ook dan moeten de partijen een tripartite overeenkomst opstellen en moet bovendien de sociale inspectie voorafgaand in kennis worden gesteld.

onderneming. Op dit terbeschikkingstellingsverbod²² wordt echter sinds een wetswijziging in 2000²³ een uitzondering gemaakt voor de situatie waarbij een onderneming met haar eigen werknemers een dienst levert aan een klant (contracting). Hierbij is toegestaan dat de dienstontvanger in beperkte mate instructies geeft aan de werknemers van de dienstverlener (het contractingbedrijf). Daarbij gelden strikte cumulatief geformuleerde voorwaarden:

- 1) een geschreven overeenkomst tussen dienstverlener en -ontvanger waarin de instructies van de dienstontvanger precies en gedetailleerd worden verwoord;
- 2) de beperkte instructies mogen het werkgeversgezag van de dienstverlener op geen enkele wijze uithollen;
- 3) de feitelijke uitvoering van de overeenkomst moet volledig overeenstemmen met de uitdrukkelijke bepalingen van de overeenkomst. Indien toch andere instructies gegeven worden door de dienstontvanger ('gebruiker') dan vermeld staat in de overeenkomst, leidt dit tot herkwalificatie.

Ook zeer minieme uitoefening (namelijk slechts een deel) van het werkgeversgezag door de dienstontvanger leidt al gauw tot een situatie van verboden terbeschikkingstelling. De stringente voorwaarden beogen te waarborgen dat alleen 'reële' diensten worden verleend, die niet mogen bestaan uit het uitlenen van personeel. Ten slotte moet de dienstontvanger (de 'gebruiker') zijn ondernemingsraad (of bij gebreke daarvan zijn Comité voor Preventie en Bescherming op het Werk (CPBW)²⁴ of bij gebreke daarvan zijn vakbondsafvaardiging) onverwijld op de hoogte brengen van de overeenkomst. Op verzoek moet hij de leden van de werknemersvertegenwoordiging bovendien een afschrift bezorgen van het gedeelte van de overeenkomst waarin de instructies zijn bepaald die door de gebruiker kunnen gegeven worden. Indien de dienstontvanger deze informatie zou weigeren, wordt er geacht geen geschreven overeenkomst te zijn en is sprake van verboden terbeschikkingstelling.²⁵

Sancties en toezicht

De Programmawet van 27 december 2012, die in werking is getreden op 10 januari 2013, heeft in het kader van de strijd tegen de sociale fraude het verbod op terbeschikkingstelling weer aangescherpt. Op overtreding van het verbod staan strafrechtelijke en administratieve sancties die zowel aan de uitlenende onderneming als aan de inlenende onderneming kunnen worden opgelegd.²⁶ Bovendien geldt voor beiden

²² Artikel 31 Wet van 24 juli 1987 inzake uitzendarbeid, tijdelijke arbeid en terbeschikkingstelling van personeel. Zie <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/wet/1987/07/24/1987012597/justel>. Er geldt ook een CAO nr. 108 van 16 juli 2013 betreffende de tijdelijke arbeid en de uitzendarbeid. Zie <http://www.cnt-nar.be/CAO-COORD/cao-108.pdf>. Tevens zijn op deze website nog de volgende adviezen van de Nationale Arbeidsraad (paritair) inzake uitzendarbeid: ADVIES 2091 van 24.07.2018 Cao nr. 108 - Artikel 40 - Evaluatie van het gebruik van opeenvolgende dagcontracten voor uitzendarbeid; ADVIES 1807 van 17.07.2012 Uitzendarbeid; ADVIES 1382 van 19.12.2001 Uitzendarbeid in het bouwbedrijf.

²³ Programmawet van 12 augustus 2000 (Belgisch Staatsblad 31 augustus 2000).

²⁴ Comité voor Preventie en Bescherming op het Werk. Het CPBW heeft informatierecht, adviesrecht en recht van toezicht. Zie wet van 23 april 2008 hoofdstuk VIII van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk.

²⁵ Zie Koninklijk Besluit van 17 juli 2013.

²⁶ Zowel de werkgever als de gebruiker worden gesanctioneerd met een administratieve geldboete bij overtreding van de Wet van 24 juli 1987. Deze boete van vijftig tot vijfhonderd euro of een strafrechtelijke geldboete van honderd tot duizend euro moet worden vermenigvuldigd met de zogenoemde opdecimen (voor inbreuken vanaf 1 januari 2017 geldt een factor 8; dus bijvoorbeeld 500,- euro x 8 = 4000,- euro) én met het aantal betrokken werknemers. Zie

een hoofdelijke aansprakelijkheid voor lonen en is een afschrikwekkende sanctie dat automatisch een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur ontstaat tussen de inlener en de uitgezonden werknemer.²⁷

Voorts heeft het Hof van Cassatie in zijn uitspraak van 15 februari 2016 bepaald dat facturen die berusten op verboden terbeschikkingstelling van werknemers niet invorderbaar zijn, mits het preventieve effect van de sanctie in het gedrang komt dan wel wanneer de maatschappelijke orde vereist dat de werkgever streng gestraft moet worden.²⁸

Vorig najaar is het toezicht verder aangescherpt, vooral met betrekking tot Belgische dienstontvangers die samenwerken met buitenlandse aannemers en daarbij enig gezag uitoefenen op de ter beschikking gestelde werknemers.²⁹ Naast de inspectie Toezicht Sociale Wette, die verantwoordelijk blijft voor het toezicht op de correcte loon- en arbeidsvoorwaarden, zijn nu de sociale inspecteurs van de RSZ (Rijksdienst voor de Sociale Zekerheid) bevoegd om inbreuken op het verbod van terbeschikkingstelling van personeel effectief vast te stellen en te verbaliseren. Zij kan ook de gebruiker van het personeel, samen met de eigenlijke werkgever, hoofdelijk aansprakelijk stellen voor alle sociale lasten in het kader van de arbeidsovereenkomst. Beide instanties werken nu nauwer samen om situaties van onwettige terbeschikkingstelling van personeel strenger te controleren.

5 Wat is lerenswaardig voor de Nederlandse wetgever?

Hierboven ben ik ingegaan op het bestaan en de omgang in andere Europese landen met oneigenlijke vormen van contracting. In paragraaf 4 heb ik in dat kader een aantal maatregelen behandeld die in het buitenland worden ingezet ter bestrijding van oneigenlijke contracting, namelijk (a) sociale clausules; (b) regelingen die informatie en raadpleging van werknemersvertegenwoordigers bevorderen of verplicht stellen; (c) regelingen die de opdrachtgever (cliënt) aansprakelijk stellen voor het betalen van de onderaannemers; (d) regelingen die uitzendwerk sterk beperken en daarmee ook een matigende invloed hebben op 'labour-only (sub)contracting'.

De onder a tot en met c behandelde maatregelen worden of ook (op bescheiden schaal) toegepast in Nederland, of zijn juist moeilijk te implementeren (dit geldt vooral voor de Scandinavische regelingen, die sterk leunen op krachtiger vakbonden dan we in Nederland kennen). Dat geldt niet of in ieder geval veel minder voor de onder (d)

<https://werk.belgie.be/nl/over-de-fod/inbreuken/het-verloop-van-een-proces-verbaal/strafrechtelijke-vervolgingen> .

²⁷ De werknemers kunnen evenwel de overeenkomst beëindigen zonder opzegging, noch vergoeding. Van dit recht kunnen zij gebruik maken tot op de datum waarop zij normaal niet meer ter beschikking van de gebruiker zouden zijn gesteld (art. 31 lid 3 Wet van 24 juli 1987).

²⁸ Het Hof van Cassatie oordeelde dat wanneer er sprake is van een terbeschikkingstelling met een hele of gedeeltelijke gezags-overdracht buiten de wettelijke voorziene uitzonderingen, de overeenkomst op basis waarvan dit gebeurt absoluut nietig is. En aangezien een nietige overeenkomst geen gevolgen kan ressorteren, dient de factuur die hieruit voortvloeit niet te worden betaald door de derde-gebruiker. De derde-gebruiker heeft bijgevolg 'gratis' personeel ter beschikking gehad waardoor de werkgever opmerkte dat er sprake was van verrijking zonder oorzaak waarvoor hij, als verarmde partij, moet worden vergoed.

²⁹ KB van 17/08/2019 tot wijziging van het KB van 9 december 1987 tot aanwijzing van de ambtenaren belast met het toezicht op de uitvoering van de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers en van de uitvoeringsbesluiten ervan en met het verlenen van de machtigingen bedoeld in deze wet.

genoemde maatregelen. De groei van (labour only) (sub)contracting vond in Nederland plaats in 'the slipstream' van het opheffen van de vergunningsplicht voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in 1998. Niet in alle Europese landen is uitzendarbeid zo sterk geliberaliseerd. Waar nog een beperking of verbod op uitzendarbeid geldt, zoals in België, lijkt dit ook met succes te worden ingezet ter bestrijding van oneigenlijke vormen van contracting, waaronder in ieder geval de meeste vormen van 'labour-only' contracting kunnen worden geschaard.³⁰

De wetgever in Nederland zou bij het maken van eventuele wetgeving ter bestrijding van oneigenlijke vormen van contracting dan ook het meest kunnen leren van de onder (d) genoemde regelingen die slechts weinig ruimte laten voor vormen van contracting en ook strenge voorwaarden stellen aan uitzendarbeid en uitzendbureaus. Dit sluit overigens aan bij de beperking van driehoeksrelaties waartoe de Commissie Regulering van Werk heeft geadviseerd.³¹

³⁰ Zo heeft in België met zijn stringente wetgeving rond terbeschikkingstelling slechts 9 % van de werknemers een flexibel contract. Zie Wiemer Salverda, ESB, 28 januari 2020, <https://esb.nu/esb/20057498/de-flexwolf-verslindt-de-nederlandse-arbeidsmarkt> .

³¹ *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk. Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk*, 23 januari 2020 (hierna: Rapport), p.75.