

AR-Nummer	AR 2014-1017
Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
datum	21-10-2014
trefwoorden	uitzendovereenkomst; contracting; aannemovereenkomst; werkingsfeer
wetsartikelen	7:690 BW; CAO Uitzendkrachten

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 21-10-2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4353, (Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten/Qatro)

Samenvatting

Contracting (aannemovereenkomst tot het verrichten van specifieke arbeid) valt onder de definitie van uitzending.

Qatro is een onderneming die zich bezighoudt met het uitzenden en detacheren van personeel in de agrarische sector. Volgens de SNCU valt Qatro onder de werkingsfeer van de CAO Uitzendkrachten en is zij uit dien hoofde gehouden aanmerkelijke bedragen wegens onjuiste toepassing van deze cao te betalen, alsmede forfaitaire vergoedingen te voldoen. Qatro stelt zich uiteindelijk op het standpunt dat zij niet kwalificeert als uitzendwerkgever, maar als aannemer van werk (contracting). Zij sluit met de opdrachtgever (champignonkwekerij) een aannemingsovereenkomst tot het oogsten van champignons. De centrale vraag is of 'contracting' onder de werkingsfeer van CAO Uitzendkrachten valt.

Het hof oordeelt als volgt. Hoewel tussen Qatro en Worldchamp een aannemovereenkomst is gesloten, moet deze toch als uitzendovereenkomst worden aangemerkt. Dat op grond van deze overeenkomst 'leiding en toezicht' bij Qatro lag ten aanzien van de (veelal) Poolse champignonplukkers, moet worden gezien als een 'vertegenwoordiging' van Worldchamp deze 'leiding en toezicht' uit te oefenen. Daar komt bij dat de omschrijving in het handelsregister, alsmede de aanvankelijke overeenkomsten met werknemers uitgaan van 'uitzending'. Het feit dat tussen Qatro en Worldchamp per kilo champignons en geleverde arbeid wordt betaald, doet aan het voorgaande niet af.

Annotatie

Contracting: over afbakeningsproblemen met uitzending, schijnconstructies en juridisch houdbare varianten

1. Inleiding

Bij contracting besteedt de opdrachtgever een klus, werk, dienst of activiteit uit aan een aannemer of opdrachtnemer. Deze 'contractor' verbindt zich jegens de opdrachtgever ten aanzien van het te leveren (eind)resultaat. Bij contracting als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding voert de aannemer of opdrachtnemer (hierna: contractingbedrijf) de opdracht voor de opdrachtgever uit met inzet van eigen, door hemzelf aangestuurde werknemers. Contracting voorziet in de behoefte van opdrachtgevers om zich vooral op hun kernactiviteit(en) te concentreren en nevenactiviteiten uit te besteden. Daardoor zijn contractingbedrijven vooral actief in de bouw, techniek, assemblage, verpakkingen en logistiek. Zij bieden hun diensten aan onder benamingen als (business process) outsourcing en projectbureau engineering en detachering. De door het contractingbedrijf met de opdrachtgever gesloten overeenkomst kan worden gebracht onder de juridische noemer aanneming van werk of opdracht, de werknemers zijn op basis van een 'gewone' arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW in dienst van het contractingbedrijf.

Inhoudelijk is bij contracting geen sprake van een nieuw fenomeen. Bedrijven zijn al decennialang bezig met het uitbesteden, 'outsourcen', van (neven)activiteiten aan dienstverlenende ondernemingen of toeleveranciers. In de afgelopen jaren heeft contracting echter een hoge vlucht genomen. In eerste instantie gebeurde dat met name door het uitbesteden van werk aan Midden- en Oost-Europeanen. Daarbij is niet zelden sprake van doorleenschakelingen waarbij verschillende rechtspersonen tussen enerzijds de 'werkgever' en het contractingbedrijf en anderzijds de opdrachtgever worden geschakeld in het kader van het ontduiken (of ontgaan) van in Nederland van toepassing zijnde cao's of het minimumloon. Ook buiten dit soort situaties neemt het toepassen van contracting toe. Uitzendbureaus en detacheerders richten zich steeds vaker (eveneens) op contracting, veelal met behulp van een speciaal voor dat doel opgerichte groepsmaatschappij. De van de opdrachtgever aangenomen of overgenomen werkzaamheden worden dan uitgevoerd door werknemers van deze groepsmaatschappij, zij worden daarbij aangestuurd door eigen toezichthoudend personeel. Doordat het uitzendbureau geen werknemers ter beschikking stelt aan de opdrachtgever maar als contractingbedrijf werk aanneemt dat door werknemers wordt verricht die door het contractingbedrijf zelf worden aangestuurd, zou geen sprake zijn van uitzending ex artikel 7:690 BW en van toepasselijkheid van de Waadi. De (algemeen verbindend verklaarde) ABU-cao zou niet van toepassing zijn en er hoeven geen pensioenpremies te worden afgedragen aan de Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (StiPP), het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds in de uitzendbranche. Hoewel bij contracting in beginsel sprake is van een minder flexibele arbeidsrelatie met de werknemer dan bij uitzending (tenzij sprake is van doorlening van uitzendkrachten door het contractingbedrijf), maken deze factoren dat contracting een aantrekkelijk alternatief kan zijn voor uitzending of detachering. Die aantrekkelijkheid zal als gevolg van het nieuwe akkoord voor de ABU-cao voor de periode 2014-2017 met ingang van 30 maart 2015 alleen maar toenemen wanneer bij uitzending op grond van de ABU-cao vanaf dag één de inlenersbeloning moet worden betaald aan uitzendkrachten. Een werknemer zou er dan soms zelfs belang bij kunnen hebben niet op grond van een gewone arbeidsovereenkomst,

maar op grond van een uitzendovereenkomst in dienst te zijn. De vakbonden, met name FNV Bondgenoten, vinden de toegenomen populariteit van contracting een onwenselijke ontwikkeling en verzetten zich sinds eind 2012 sterk tegen contracting: zij zien het als een verkapte vorm van uitzending dan wel als een schijnconstructie die uitsluitend als doel heeft de toepasselijkheid van cao's te omzeilen en daarmee ten koste gaat van de arbeidsvoorwaarden van werknemers.

De vraag wanneer bij contracting als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding al dan niet sprake is van een uitzendovereenkomst dan wel een schijnconstructie is tot nog toe slechts een enkele maal aan de orde geweest in de rechtspraak. In het arrest van het Hof Den Bosch van 21 oktober 2014 (AR Updates 2014-1017) dat de aanleiding vormt voor dit commentaar, oordeelt het hof dat de tekst van de door het contractingbedrijf met de opdrachtgever gesloten 'aannemingsovereenkomst' onvoldoende aanknopingspunten biedt om aan de contractuele relatie tussen het contractingbedrijf en zijn werknemers de kwalificatie uitzendverhouding te ontnemen. Nu op grond hiervan de ABU-cao van toepassing is, veroordeelt het hof het contractingbedrijf tot betaling van een bedrag van € 345.328 aan te weinig betaald loon aan de werknemers. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een uitzendovereenkomst acht het hof niet de door partijen gemaakte contractuele afspraken bepalend, maar de wijze waarop hier feitelijk uitvoering aan is gegeven. Het dwingende (uitzend)recht kan immers niet door een contract opzij worden gezet, zo overweegt het hof. In eerste aanleg oordeelde de kantonrechter te Eindhoven in deze zelfde zaak nog onder verwijzing naar de door partijen gemaakte afspraken dat geen sprake was van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.

Hierna ga ik eerst in op de vraag hoe contracting als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding moet worden geduid binnen het bestaande juridische kader van in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten en waar de grens ligt tussen contracting en uitzending. Daarna bespreek ik het arrest van het hof en besteed ik aandacht aan de gevolgen van contracting, zoals het ontslag van eigen werknemers door de opdrachtgever na uitbesteding van het werk aan het contractingbedrijf, en de wijze waarop sociale partners en de regering aankijken tegen contracting. Ik sluit af met een analyse van kenmerken en elementen van contracting die zouden impliceren dat geen sprake is van een verkapte vorm van uitzending dan wel van een schijnconstructie.

2. Overeenkomst van opdracht of aanneming van werk?

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

In de wetsgeschiedenis bij artikel 7:750 BW is benadrukt dat de aannemingstitel betrekking heeft op een grotere variëteit van contracten dan de aanneming van bouwwerken of wat daarmee verband houdt. Als voorbeelden worden genoemd het wassen of stomen van kleren en het repareren van gebruiksvoorwerpen (*Kamerstukken II 1992/93*, 23 095, nr. 3, p. 12). Ook het bewerken, uitbreiden, veranderen, repareren of slopen van een reeds bestaand werk valt onder dit criterium (*Kamerstukken I 1992/93*, 23 095, nr. 38a, p. 9-10). Van geval tot geval zal dus een inschatting moeten worden gemaakt van het antwoord op de vraag of sprake is van aanneming van werk. Doorslaggevend daarbij is of het gaat om werkzaamheden die bestaan in het vervaardigen en/of bewerken van stoffelijke voorwerpen (zie Asser-Van den Berg 7-VI (2013), nrs. 25 en 26).

In het verleden hebben de Centrale Raad van Beroep en de Belastingkamer van de Hoge Raad, in verband met de hieraan verbonden sociaalverzekeringsrechtelijke en fiscale consequenties (zie hierover nader de tussenconclusie onder punt 3 hierna), verschillende malen moeten oordelen over de vraag of sprake was van werkzaamheden gericht op de totstandbrenging en oplevering van een werk van stoffelijke aard. De vraag of sprake was van werkzaamheden gericht op de totstandbrenging en oplevering van een werk van stoffelijke aard en daarmee van aanneming van werk, werd door de Centrale Raad van Beroep of de Belastingkamer van de Hoge Raad bijvoorbeeld bevestigend beantwoord in gevallen waarin het ging om het bestuiven van planten en het oogsten van zaad (CRvB 28 oktober 1992, *RSV 1993/221*), het snijden van sla (CRvB 22 mei 1997, *USZ 1997/189*), het snoeien en rooien van bomen (CRvB 31 mei 2000, *USZ 2000/225*) en het schillen van uien (HR 7 december 1994, *BNB 1995/50*). Geoordeeld werd dat geen sprake was van werkzaamheden gericht op de totstandbrenging en oplevering van een werk van stoffelijke aard in situaties waarin sprake was van werken of producten die in hoofdzaak tot stand komen door geestelijke of intellectuele arbeid, bijvoorbeeld werk van musici, auteurs en adviseurs (HR 20 juni 2008, *BNB 2008/304* m.nt. J.W. Zwemmer), schoonmaakwerkzaamheden (HR 8 april 1998, *BNB 1998/210* m.nt. Kavelaars), het verplaatsen van kisten met vis van het dek van viskotters naar de kade en stuwadoorswerkzaamheden (HR 6 maart 1991, *NJ 1991*, 415). Hoewel deze jurisprudentie niet één op één kan worden toegepast in situaties waarin de civielrechtelijke vraag moet worden beantwoord of sprake is van aanneming van werk, vormt dit mijns inziens wel een indicatie van de wijze waarop de woorden "een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren" in artikel 7:750 BW moeten worden geïnterpreteerd.

3. Wanneer is contracting uitzending?

De uitzendovereenkomst is de enige driehoeksverhouding die apart is gedefinieerd in Boek 7 BW. Wanneer een driehoeksverhouding voldoet aan de definitie van artikel 7:690 BW, is sprake van een uitzendovereenkomst. Artikel 7:690 BW is van dwingend recht (zie par. 4.5.1 van mijn dissertatie *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012). Dat betekent dat de benaming die partijen zelf hebben gegeven aan de driehoeksverhouding niet van belang is bij de beantwoording van de vraag of sprake is van uitzending in de zin van artikel 7:690 BW. Bevat een driehoeksverhouding – ondanks het feit dat partijen zelf van contracting spreken – de elementen uit de definitie van artikel 7:690 BW, dan is sprake van een uitzendovereenkomst. Voor het onderscheid tussen uitzending en contracting zijn de volgende elementen uit de definitie van artikel 7:690

BW van belang:

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

Terbeschikkingstelling van arbeid in het kader van het beroep of bedrijf van de werkgever betekent dat sprake is van een professionele, op het uitzenden van personeel gerichte organisatie. Dat de uitzendwerkgever in de zin van artikel 7:690 BW de werknemers in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ter beschikking stelt, heeft de regering gekoppeld aan de allocatiefunctie die de uitzendformule vervult op de arbeidsmarkt (zie hierover nader mijn bijdrage in *ArbeidsRecht* onder 2014/60 en par. 4.5.2 van mijn dissertatie). Allocatiefunctie impliceert het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van (tijdelijke) arbeid. Met de definitie van het begrip uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW werd een ruimer toepassingsbereik beoogd dan de eind jaren '90 van de vorige eeuw in de praktijk voorkomende 'traditionele' uitzending door uitzendbureaus die zich richtten op terbeschikkingstelling bij 'piek of ziek'. Daardoor zou deze regeling volgens de regering eveneens van toepassing zijn op "organisaties zoals uitzendbureaus, detacheerbedrijven, arbeidspools en andere organisaties, die er hun beroep van maken arbeidskrachten onder welke noemer dan ook tijdelijk aan derden ter beschikking te stellen" (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10 en 25 263 B, p. 8/9 en 12). Daarbij benadrukte de regering echter dat ook bij de kwalificatie van zulke detacheerbedrijven en arbeidspools als uitzendwerkgever ex artikel 7:690 BW van doorslaggevende betekenis zou zijn of zij daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 16). In de rechtspraak wordt echter wisselend geoordeeld over het vereiste van het vervullen van een allocatiefunctie bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW. Ondanks de eenduidige wijze waarop artikel 7:690 BW is uitgelegd in de wetsgeschiedenis, wordt in de rechtspraak en literatuur soms toch aangenomen dat ook sprake is van uitzending bij driehoeksverhoudingen waarin de contractuele werkgever geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt (zie over deze rechtspraak en literatuur: *Praktijkboek Flexibele Arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer (losbl.), onderdeel I).

ii. Krachtens een aan de uitzendwerkgever gegeven opdracht

De terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer geschiedt op basis van een overeenkomst van opdracht van de uitzendwerkgever met de derde. In de toelichting bij artikel 7:690 BW deelde de regering mee dat in artikel 7:690 BW werd opgenomen dat de terbeschikkingstelling van de werknemer dient te geschieden op basis van een opdrachtovereenkomst tussen de uitzendwerkgever en de derde "om duidelijk te maken dat bijvoorbeeld aanneming van werk niet tot een uitzendovereenkomst kan leiden" (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 33). In de Nota Flexibiliteit en Zekerheid van de STAR van 3 april 1996 – die de basis vormde van de Wet flexibiliteit en zekerheid en de daarin opgenomen definitie van artikel 7:690 BW – deelde de STAR mee dat diensten die in hun geheel als pakket worden uitbesteed, waarbij als voorbeelden catering, beveiliging en schoonmaak werden genoemd, eveneens moeten worden aangemerkt als verricht in het kader van een aangenomen werk (zie S.W. Kuip en C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid, Parlementaire Geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 925).

iii. Onder toezicht en leiding van de derde

Bij de totstandkoming van artikel 7:690 BW is niet toegelicht wat moest worden verstaan onder het verrichten van arbeid onder toezicht en leiding van de derde. In de literatuur werd aangenomen dat toezicht en leiding op hetzelfde neerkomen als werkgeversgezag binnen de gewone arbeidsovereenkomst van artikel 7:610 BW. Ook in de (lagere) rechtspraak wordt onder toezicht houden en leiding geven door de derde – de opdrachtgever – hetzelfde verstaan als werkgeversgezag (zie Ktr. Sittard-Geleen 13 februari 2008, *JAR* 2008/157). Anders dan de woorden "in dienst van" in artikel 7:610 BW, heeft de toezicht en leiding uitsluitend betrekking op het feitelijke gezag van de opdrachtgever over de door de uitzendwerknemer verrichte werkzaamheden. Tussen de uitzendwerknemer en de opdrachtgever kan geen sprake zijn van gezag op basis van de door partijen gemaakte contractuele afspraken omdat zij zich niet met elkaar hebben verbonden. De opdrachtgever heeft slechts het feitelijke werkgeversgezag over de arbeid van de uitzendwerknemer. De uitzendwerkgever heeft op zijn beurt nauwelijks tot geen feitelijk gezag over de door de uitzendwerknemer verrichte arbeid. Om die reden kan de uitzendwerkgever bijvoorbeeld in beginsel niet aansprakelijk worden gesteld door de opdrachtgever voor fouten of slecht werk van de door hem aan de opdrachtgever ter beschikking gestelde uitzendwerknemer (zie Hof Den Bosch 4 maart 2008, *JAR* 2008/164).

Tussenconclusie

Uit het bovenstaande volgt dat wanneer de werknemer bij de opdrachtgever te werk wordt gesteld krachtens een overeenkomst van aanneming van werk tussen zijn werkgever, het contractingbedrijf en de opdrachtgever, er geen sprake is van uitzending in de zin van artikel 7:690 BW en van toepassing van de ABU-cao. Ook de Waadi is dan niet van toepassing (artikel 1 lid 3 sub a Waadi). Indien het type werk dat verricht wordt op grond van de overeenkomst tussen het contractingbedrijf en de opdrachtgever niet kan worden geschaard onder aanneming van werk in de zin van artikel 7:750 BW, is tussen hen sprake van een overeenkomst van opdracht. In dat geval is evenmin sprake van uitzending in de zin van artikel 7:690 BW wanneer het contractingbedrijf en niet de opdrachtgever het feitelijke werkgeversgezag uitoefent over de door de werknemer verrichte arbeid. In dit geval is de Waadi eveneens niet van toepassing (artikel 1 lid 1 sub c Waadi). Wel kwalificeren in voornoemde situaties zowel het contractingbedrijf als de opdrachtgever als werkgever voor de toepassing van de Wet arbeid vreemdelingen (zie hierover nader par. 3.3 van mijn dissertatie).

Ook bij de beantwoording van de vraag of sprake is van inleners- of ketenaansprakelijkheid op grond van respectievelijk artikel 34 of 35 Invorderingswet 1990 (IW 1990) heeft het antwoord op de vraag of al dan niet sprake is van aanneming van werk juridische consequenties. Op grond van artikel 34 IW 1990 is de opdrachtgever (in beginsel) hoofdelijk aansprakelijk voor de afdracht van loonbelasting en premies voor

werknemers die door een derde aan hem ter beschikking zijn gesteld en die onder zijn leiding of toezicht werkzaam zijn (artikel 34 IW 1990). De inlenersaansprakelijkheid van artikel 34 IW 1990 geldt – anders dan de ketenaansprakelijkheid van artikel 35 IW 1990 – bovendien voor de omzetbelasting die de opdrachtnemer in verband met de terbeschikkingstelling verschuldigd is. Bij aanneming van werk is de aannemer op grond van artikel 35 IW 1990 hoofdelijk aansprakelijk voor de loonbelasting en premies die de door hem ingeschakelde onderaannemer verschuldigd is in verband met het verrichten van werkzaamheden door zijn werknemers ter zake van dat werk. De (eind)opdrachtgever is niet hoofdelijk aansprakelijk voor de afdracht van loonbelasting en premies voor de werknemers van de aannemer of een door hem ingeschakelde onderaannemer, tenzij deze moet worden aangemerkt als een zogenoemde ‘eigenbouwer’. De opdrachtgever wordt aangemerkt als eigenbouwer wanneer het uitgevoerde werk onder zijn normale bedrijfsuitoefening valt. Daarvan is al sprake wanneer het werk samenhangt met de hoofdactiviteit van de opdrachtgever, zoals bij onderhouds- of schoonmaakwerk. Daardoor zal bij contracting de opdrachtgever al snel kunnen worden aangemerkt als eigenbouwer voor de toepassing van de ketenaansprakelijkheid van artikel 35 IW 1990.

4. De arbeidsvoorwaarden van de werknemer bij contracting

Als sprake is van een juridisch houdbare vorm van contracting, zullen de door het contractingbedrijf met de werknemers overeengekomen arbeidsvoorwaarden slechts opzij kunnen worden gezet wanneer (de werkzaamheden van) het contractingbedrijf onder de werkingssfeer vallen van een algemeen verbindend verklaarde bedrijfstak-cao. De werknemers vallen dan op basis van hun arbeidsovereenkomsten met het contractingbedrijf onder het personele bereik van de bedrijfstak-cao. Daarbij is bepalend op welke wijze en binnen welke sectoren het contractingbedrijf opdrachten gaat aannemen. Dat laatste geldt eveneens voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een verplichte pensioenpremieafdracht aan een bedrijfstakpensioenfonds. Omdat bij een juridisch houdbare vorm van contracting geen sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW, is geen sprake van verplichte premieafdracht aan StiPP. Anderzijds is de arbeidsovereenkomst van de werknemer minder flexibel omdat het verlichte arbeidsrechtelijke regime van artikel 7:691 BW en het fasensysteem van de ABU-cao niet van toepassing zijn.

Wanneer bij de aanneming van de opdracht door het contractingbedrijf werknemers en/of productiemiddelen worden overgenomen van de opdrachtgever, kan sprake zijn van overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW. Of daarvan sprake is, hangt af van de feitelijke omstandigheden, met name of de door de werknemers te verrichten activiteiten voor de opdrachtgever een arbeidsintensief of een kapitaalintensief karakter hebben (zie hierover nader aant. C.3 van mijn commentaar bij art. 7:662 BW in Sdu Commentaar Arbeidsrecht Artikelsgewijs). Is sprake van overgang van onderneming, dan treden de betrokken werknemers op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege in dienst bij het contractingbedrijf en is het contractingbedrijf verplicht de bij de opdrachtgever geldende arbeidsvoorwaarden – inclusief de door de opdrachtgever op deze werknemers toegepaste cao – te blijven toepassen op deze werknemers.

5. Arrest Hof Den Bosch, 21 oktober 2014

Qatro B.V. had per 1 maart 2011 de volgende bedrijfsomschrijving opgenomen in het handelsregister: “het uitzenden en detacheren van personeel met name in de agrarische sector”. Op 17 januari 2013 heeft zij daar in de aanloop naar de gerechtelijke procedure aan toegevoegd: “en het aannemen van werk in de ruimste zin des woords.” Qatro heeft pensioenpremies afgedragen aan StiPP, maar past niet de ABU-cao toe. Qatro heeft met verschillende werknemers overeenkomsten gesloten die de titel “Uitzendovereenkomst” dragen. Op de loonstroken van de werknemers staan de woorden “uitzendkracht” en “uitzendbedrijven”. Met Worldchamp International B.V. heeft Qatro een overeenkomst gesloten waarbij Worldchamp aan Qatro diensten uitbesteedt, bestaande uit het oogsten van champignons. Deze overeenkomst wordt steeds aangeduid als “aannemingsovereenkomst”. Het vullen en legen van de (champignons)cellen wordt per uur en per kilo in rekening gebracht. De werkzaamheden worden uitgevoerd door 50 tot 65, voornamelijk Poolse, werknemers. Qatro heeft een aantal sorteer- of plukleiders in dienst. De Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten (SNCU) stelt zich bij de rechter op het standpunt dat sprake is van uitzending in de zin van artikel 7:690 BW en dat Qatro onder de werkingssfeer van de ABU-cao valt. Zij vordert onder andere een bedrag van € 345.328 aan te weinig betaald loon aan de werknemers.

Bij de kantonrechter te Eindhoven (Ktr. Eindhoven 3 oktober 2013, zaaknr. 876621/CV EXPL 13-1493, n.g.) voert Qatro in eerste aanleg aan dat sprake is geweest van een vergissing aan de kant van haar voormalige adviseur en dat de benodigde juridische kennis ontbrak waardoor per ongeluk uitzendovereenkomsten met werknemers zijn gesloten, waaraan echter nooit op die manier uitvoering is gegeven. In werkelijkheid is volgens Qatro sprake van aanneming van werk. De kantonrechter stelt allereerst vast dat in een boetebeschikking van de Arbeidsinspectie wordt vastgesteld dat bij Qatro geen sprake is van het ter beschikking stellen van werknemers omdat uit verklaringen van medewerkers van Qatro volgt dat het plukken van champignons aangenomen werk is. Voorts wijst de kantonrechter erop dat Qatro overtuigend heeft gesteld dat de zeggenschap over de werknemers niet bij Worldchamp maar bij Qatro berust en slechts twee werknemers van Worldchamp aanwezig zijn op het bedrijf (een monteur en iemand die de groeiomstandigheden van de champignons controleert). Feitelijk houden deze twee werknemers zich met andere werkzaamheden bezig (teelt) dan de werknemers van Qatro (oogst en logistiek). Qatro stuurt alles aan en heeft de volledige leiding en toezicht. Er is niemand die zich vanuit Worldchamp bezighoudt met het aansturen van de werknemers. De kantonrechter stelt vast dat in de aannemingsovereenkomst is opgenomen dat de werknemers van Qatro gehouden zijn de diensten onder toezicht en onder leiding van de aannemer, Qatro, te verrichten en dat de opdrachtgever, Worldchamp, niet gerechtigd is over de werknemers enigerlei gezag, leiding of toezicht uit te oefenen. Gelet hierop is naar het oordeel van de kantonrechter niet vast komen te staan dat Qatro een uitzendonderneming is en dus onder de ABU-cao valt.

In hoger beroep bij het Hof Den Bosch stelt SNCU zich op het standpunt dat de aannemingsovereenkomst gezien moet worden als een schijnconstructie. Volgens SNCU is “de grens tussen een echte aanneemovereenkomst en een uitzendrelatie gering.” Contracting kan, zo betoogt SNCU, als verkapt uitzendvorm gericht zijn op het omzeilen van de rechten van uitzendkrachten. Naar het oordeel van het hof getuigt de aannemingsovereenkomst inderdaad van elementen die tot doel hebben (gehad) het uitzendkarakter van de overeenkomsten tussen Qatro en haar

werknemers weg te nemen. Voor de vraag of een uitzendrelatie bestaat, is niet de tekst van het contract bepalend, maar de feitelijke situatie. Het dwingende (uitzend)recht kan immers niet door een contract opzij worden gezet, zo overweegt het hof. Het hof wijst erop dat de werkzaamheden worden uitgevoerd door Poolse werknemers van Qatro, de directrice van Qatro Pools spreekt en dat bij Worldchamp niemand Pools spreekt. Daaruit vloeit voor het hof voort dat Worldchamp die taak (toezicht en leiding) kennelijk aan Qatro heeft uitbesteed. Het hof houdt het er dan voor dat de directrice van Qatro (mede) Worldchamp vertegenwoordigt ten aanzien van het toezicht en leiding geven, zodat de champignonpluk geacht moet worden (mede) te zijn uitgevoerd in opdracht van en onder toezicht en leiding van Worldchamp. Aldus kan naar het oordeel van het hof in de relatie tussen Qatro en de champignonplukkers sprake zijn van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. De tekst van de aannemingsovereenkomst staat daaraan niet in de weg. Het hof overweegt dat de aannemingsovereenkomst alleen werking heeft tussen Qatro en Worldchamp en dat deze niet, althans niet zonder meer, bepalend is voor de relatie tussen Qatro en haar werknemers. Weliswaar, zo vervolgt het hof, kunnen aan de (tekst van de) aannemingsovereenkomst aanwijzingen worden ontleend voor het bestaan van een overeenkomst van aanneming van werk tussen Qatro en Worldchamp, maar deze zijn hier niet doorslaggevend voor de relatie tussen Qatro en haar werknemers, in het bijzonder niet omdat uit de overige feiten (bijvoorbeeld de uitzendovereenkomsten) sterkere aanwijzingen voor het tegendeel volgen. Voor de vraag of sprake is van een uitzendovereenkomst is, zo overweegt het hof, “niet de tekst van het contract tussen ‘uitzendbureau’ en ‘inlener’ noch die tussen opdrachtgever en uitvoerder bepalend, maar de feitelijke situatie. Het dwingende (uitzend)recht kan immers niet door een contract opzij worden gezet.” Van feiten of omstandigheden waaruit zou kunnen worden afgeleid dat Qatro geen uitvoering heeft gegeven aan de ‘uitzendovereenkomsten’ met haar werknemers zoals met hen overeengekomen, is het hof niet gebleken. De wijze van facturering (per kilo en per uur geleverd werk) levert voor het hof hooguit een zwakke aanwijzing op voor het bestaan van een (echte) aannemingsovereenkomst. Deze aanwijzing is te zwak om de balans ten gunste van Qatro te laten doorslaan. Dat Qatro in het kader van de Arbeidstijdenwet als werkgever wordt aangemerkt, maakt dit voor het hof niet anders omdat het hier gaat om een civielrechtelijke kwalificatie van de driehoeksverhouding.

6. Wezen gaat voor schijn

Waar de kantonrechter te Eindhoven in zijn oordeelsvorming over de vraag of sprake is van uitzending grote waarde toekent aan de afspraak in de aannemingsovereenkomst dat de werknemers de werkzaamheden uitsluitend onder toezicht en onder leiding van Qatro verrichten, en niet (tevens) onder gezag, leiding of toezicht van Worldchamp, oordeelt het hof dat niet de tekst van de aannemingsovereenkomst maar de feitelijke situatie bepalend is voor het antwoord op de vraag of sprake is van uitzending. Opmerkelijk is dat het hof oordeelt dat, ook wanneer tussen Qatro en Worldchamp sprake zou zijn van een overeenkomst van aanneming van werk, dit niet betekent dat de werknemers niet op basis van een uitzendovereenkomst in dienst zijn. Het hof gaat hiermee in tegen de tekst van artikel 7:690 BW en de hiervoor besproken wijze waarop dit artikel tijdens de parlementaire behandeling is toegelicht. Alleen wanneer het oogsten van champignons niet zou kunnen worden beschouwd als gericht op de totstandbrenging en oplevering van een werk van stoffelijke aard in de zin van artikel 7:750 BW, en dus sprake zou zijn van een overeenkomst van opdracht, had het hof tot het oordeel kunnen komen dat de werknemers op basis van een uitzendovereenkomst in dienst zijn van Qatro. Of sprake is van aanneming van werk in de zin van artikel 7:750 BW laat het hof echter in het midden. Ook het feit dat Qatro toezicht en leiding uitoefent over de werknemers, vormt voor het hof geen hinderpaal voor zijn oordeel dat sprake is van een uitzendovereenkomst. Met een eigen, creatief te noemen invulling van de omstandigheden oordeelt het hof dat Worldchamp de leiding en het toezicht als het ware heeft gedelegeerd aan Qatro en de champignonpluk daardoor mede moet worden geacht te zijn uitgevoerd onder toezicht en leiding van Worldchamp. Dat is een merkwaardige redenering, omdat het met de woorden leiding en toezicht in artikel 7:690 BW bedoelde feitelijke werkgeversgezag nu juist niet kan worden gedelegeerd of uitbesteed.

Met name de rommelige wijze waarop de aannemingsovereenkomst en de arbeidsovereenkomsten met de werknemers waren ingericht, zijn mijns inziens debet geweest aan het oordeel van het hof. De overwegingen van het hof lijken mede te zijn ingegeven door de gedachte dat voorkomen moet worden dat misbruik wordt gemaakt van contracting en dat door (mogelijke) schijnconstructies moet worden heengeprikt. Daarbij kan voor het hof een rol hebben gespeeld dat de procedure aanhangig was gemaakt door de SNCU, die zich, mede in het belang van de werknemers, richt op het bestrijden van oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden door het niet correct toepassen van de cao's in de uitzendbranche. Dat is een nobel streven, maar neemt niet weg dat vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de wijze waarop het hof zijn oordeel heeft gemotiveerd. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor het oordeel van het Hof Amsterdam in zijn arrest van 28 oktober 2014 in de Care4Care-zaak (*AR Updates* 2014-0920). In deze procedure stelde StiPP zich op het standpunt dat een detacheerder die via zijn medewerkers gespecialiseerde kennis en informatie aan een zorginstelling levert en die geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt, moest worden aangemerkt als een werkgever in de zin van artikel 7:690 BW en uit dien hoofde verplicht was tot premieafdracht voor de werknemers aan StiPP. Ook hier werd de vordering toegewezen. Daarbij ging het Hof Amsterdam nog verder dan het Hof Den Bosch door, volledig voorbijgaand aan de (hiervoor onder punt 3 beschreven) wijze waarop artikel 7:690 BW is uitgelegd in de wetsgeschiedenis, met een enkele verwijzing naar de tekst van artikel 7:690 BW te overwegen dat voor de toepassing daarvan niet vereist is dat de werkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. In de zaak van Care4Care staat echter – anders dan in de procedure bij het Hof Den Bosch – allermint vast dat de werknemers baat zouden hebben bij de verplichting tot premieafdracht aan StiPP door hun werkgever. Een bespreking van de praktijken van StiPP gaat echter het bestek van dit commentaar te buiten.

7. Contracting in de ‘spotlights’ bij regering en sociale partners als mogelijke schijnconstructie

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid (Wwz) heeft de Minister van SZW tot twee keer toe onder verwijzing naar de afspraken in het Sociaal Akkoord van 11 april 2013 medegedeeld dat moet worden “voorkomen dat driehoeksrelaties (uitzendarbeit, payrolling, contracting) oneigenlijk worden gebruikt” en relaties in alle gevallen transparant zullen worden gemaakt zodat er geen misverstand zal bestaan over de positie van de werknemer (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 7/8 en 12). Voor contracting betekent dit dat van overheidswege zou kunnen worden ingegrepen in situaties waarin voornamelijk voor deze contractvorm wordt gekozen ter omzeiling van

(arbeidsvoorwaarden)regelingen zoals de Waadi en de op dit moment algemeen verbindend verklaarde ABU-cao. Voorts spraken de sociale partners en het kabinet in het Sociaal Akkoord van 11 april 2013 af dat bij aanbesteding, uitbesteding of (schijn)faillissement de werknemers die het betreffende werk doen, het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden volgen en in dat kader zal worden gezien “of en zo ja hoe, de Wet overgang van onderneming moet worden aangepast” (Sociaal Akkoord 11 april 2013, p. 24).

In een eveneens op 11 april 2013 door de Minister van SZW aan de Tweede Kamer verzonden ‘Plan van aanpak schijnconstructies’ (*Kamerstukken II* 2012/13, 17 050, nr. 428) deelt de minister onder andere mee dat het kabinet “de ketenaansprakelijkheid voor het geldende (cao-)loon (wil)uitbreiden, zodat ook opdrachtgevers in de keten kunnen worden aangesproken op de betaling hiervan.” Dit heeft ook gevolgen voor contracting. Het in navolging van dit plan van aanpak op vrijdag 12 december jl. bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel *Wet aanpak schijnconstructies* (*Kamerstukken II* 2014/15, 34 108) voorziet onder meer in de invoering van een zestal artikelen in Titel 10 Boek 7 BW (na artikel 7:616 BW) waarin de werkgever en de opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk worden voor de voldoening van het aan de werknemer verschuldigde loon wanneer de arbeid wordt verricht in dienst van de werkgever ter uitvoering van een overeenkomst van opdracht of van aanneming van werk (artikel 616a). In situaties waarin sprake is van een keten van opdrachtgevers, opdrachtnemers en aannemers die allen verschillende werkzaamheden (laten) uitvoeren, maar allen uiteindelijk betrokken zijn bij de uitvoering van (een) werk voor een hoofdupdrachtgever, kan de werknemer achtereenvolgens hogere schakels in de keten aanspreken (dus eerst de opdrachtgever van de opdrachtgever en dan eventueel verder naar boven in de keten) indien de vordering van de werknemer op de werkgever en de opdrachtgever niet is geslaagd (artikel 616b).

Een belangrijke reden voor de aandacht van sociale partners en het kabinet voor het gebruik van contracting als mogelijke schijnconstructie was de uitkomst in de Sierafor-zaak. In deze zaak besteedde de opdrachtgever, Sierafor, productiewerk – het machinaal vervaardigen van boeketten voor afnemers – vanaf 2007 geleidelijk steeds meer uit aan een ander bedrijf, Ruigrok Productie. Ruigrok Productie vervaardigde in opdracht van Sierafor voor eigen rekening en risico en met behulp van eigen productiemiddelen machinaal boeketten tegen een vaste prijs per boeket. Het UWV weigerde toestemming te verlenen aan Sierafor voor het ontslag van de eigen werknemers van Sierafor die, voorafgaand aan de uitbesteding van het werk aan Ruigrok Productie, dit werk bij Sierafor hadden verricht. Bij het UWV had Sierafor zich op het standpunt gesteld dat de ontslagvergunning diende te worden verleend nu de uitbesteding van werkzaamheden op grond van de Beleidsregels ontslagtaak van het UWV een bedrijfseconomische reden voor ontslag vormde. In hoofdstuk 7 paragraaf 5 van de Beleidsregels ontslagtaak van het UWV (Beleidsregels) is bepaald dat: “als een werkgever bepaalde werkzaamheden [...] wil uitbesteden aan een ander bedrijf, waaronder ook wordt verstaan een echte zelfstandige, hem dat in beginsel vrij staat. In die gevallen zal dan ook een vergunning kunnen worden verleend voor de werknemer van het bedrijf die daardoor zijn baan verliest.” Het UWV oordeelde echter dat, nu de werknemers van Ruigrok Productie op basis van flexibele arbeids- en uitzendovereenkomsten in dienst waren, de toets van hoofdstuk 7 paragraaf 6 van de Beleidsregels van toepassing was. In deze paragraaf is bepaald dat aanvragen die slechts bedoeld zijn om vaste werknemers te vervangen door flexibele medewerkers, niet kunnen worden gehonoreerd. Het UWV oordeelde dat de ontslagvergunningen op deze grond moesten worden geweigerd omdat met deze beleidsregel wordt beoogd te voorkomen dat vast personeel bijvoorbeeld uit kostenoverwegingen wordt vervangen door flexibel personeel, ook wanneer dit het gevolg is van aanbesteding van het werk aan een derde zoals aan de orde was in de Sierafor-zaak.

Vervolgens verzocht Sierafor de kantonrechter de arbeidsovereenkomsten van de werknemers te ontbinden. De kantonrechter te Leiden ontbond de arbeidsovereenkomsten (Ktr. Leiden 17 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7313). De kantonrechter ging daarbij voorbij aan het verweer van de werknemers, dat erop neerkwam dat de kantonrechter met het oog op de beschermingsfunctie van het arbeidsrecht door onduidelijke constructies, zoals de onderhavige uitbesteding, heen diende te kijken. Naar het oordeel van de kantonrechter was in deze zaak geen sprake van een onduidelijke constructie, Ruigrok Productie kon naar het oordeel van de kantonrechter niet worden aangemerkt als een schijnzelfstandige zoals bedoeld in de Beleidsregels. De kantonrechter achtte daarbij van belang dat Ruigrok Productie (i) een al jarenlang bij de Kamer van Koophandel ingeschreven Nederlandse onderneming was die (ii) de productiewerkzaamheden met eigen personeel en met eigen productiemiddelen verrichtte voor Sierafor en andere ondernemingen, (iii) het ondernemersrisico droeg van die activiteiten en (iv) een gecertificeerde onderneming was. De kantonrechter overwoog dat de vraag of een werkgever de arbeidsovereenkomsten met de vaste werknemers kan beëindigen na uitbesteding van het werk aan een ander bedrijf met meer flexibele werknemers die niet onder de cao van de werkgever vallen, niet los kon worden gezien van “de ingrijpende veranderingen die zich voltrekken op (vooral de onderkant van) de arbeidsmarkt in een groot aantal sectoren, mede een gevolg van de toegenomen arbeidsmigratie uit Midden- en Oost Europa en een daarmee samenhangende scherpe concurrentie ten aanzien van arbeidsvoorwaarden en arbeidsproductiviteit.” De kantonrechter realiseerde zich dat uitbesteding de rechten van werknemers ernstig kan uithollen, zeker wanneer geen sprake is van overgang van onderneming, en dat de door hem geschetste ingrijpende veranderingen die zich voltrekken op de arbeidsmarkt in een groot aantal sectoren zich dan hard doen voelen. Hoewel de kantonrechter stelde begrip te hebben voor de frustraties van de werknemers over het feit dat het uitbestede productiewerk nu werd verricht door anderen, legde dit naar zijn oordeel geen gewicht in de schaal voor de vraag of sprake was van reguliere uitbesteding en, in het verlengde daarvan, van een gewichtige redenen voor ontbinding van hun arbeidsovereenkomsten.

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

Zoals hiervoor gesteld, is bij contracting geen sprake van een inhoudelijk nieuw fenomeen. Het feit dat dit de afgelopen jaren een vlucht heeft genomen, ten koste gaat van vaste arbeidsplaatsen en als gevolg heeft dat geen (bedrijfstak)cao meer van toepassing is, maakt een nadere afbakening van dit begrip echter noodzakelijk. Op basis van de hiervoor besproken wetgeving en jurisprudentie zou mijns inziens sprake zijn van een juridisch houdbare vorm van contracting en niet van een verkapte vorm van uitzending dan wel schijnconstructie wanneer sprake is van de volgende elementen en kenmerken:

- het contractingbedrijf heeft gehele productie- of werkprocessen van de opdrachtgever overgenomen;

- de overgenomen processen of afdelingen zijn goed van de rest van de onderneming van de opdrachtgever af te bakenen;
- het contractingbedrijf is gespecialiseerd in dienstverlening in de relevante sector(en);
- het contractingbedrijf is een resultaatverplichting aangegaan met de opdrachtgever ten aanzien van te leveren producten, werken, diensten of andere meetbare resultaten, niet een verplichting ten aanzien van de ter beschikking te stellen arbeidskrachten;
- de opdrachtgever betaalt niet per arbeidsuur, maar een vooraf overeengekomen tarief per geleverd product, werk of dienst;
- het contractingbedrijf maakt gebruik van vaste teams van werknemers;
- de door het contractingbedrijf ingezette teams zijn in vergaande mate autonoom en de opdrachten op de werkvloer worden gegeven door een leidinggevende die ook in dienst is van het contractingbedrijf;
- het contractingbedrijf is (financieel) verantwoordelijk voor planning, administratie, management en toezicht en draagt werkgeversrisico's dan wel neemt de werkgeversrisico's op zich;
- de door het contractingbedrijf ingezette teams maken gebruik van productiemiddelen van het contractingbedrijf.

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

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

9. Conclusie

Uit de rechtspraak en uit de mededelingen van sociale partners en het kabinet volgt dat kritisch wordt gekeken naar contracting als driehoeksverhouding. Die blik zal nog kritischer worden nu, zoals hiervoor gesteld, met ingang van 30 maart 2015 op grond van de ABU-cao vanaf dag één de inlenersbeloning moet worden betaald aan uitzendkrachten. Contracting kan daardoor voor ondernemers een aantrekkelijker alternatief gaan vormen. Om niet als uitzendovereenkomst of schijnconstructie te worden aangemerkt, zal contracting als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding naar mijn mening in ieder geval moeten passen binnen de op basis van de hiervoor genoemde kenmerken en elementen door mij geformuleerde definitie. Daardoor zullen de bedrijfsactiviteiten van het contractingbedrijf in ieder geval deels gerekend kunnen worden tot, dan wel behoren tot de sector waarbinnen de bedrijfsactiviteiten van de opdrachtgever vallen. Het is aan sociale partners om ervoor te zorgen dat de werkingsfeerbepalingen in (bedrijfstak)cao's zo worden omschreven dat ook het aan contractingbedrijven uitbestede werk onder de werkingsfeer van de cao (blijft) vallen.

Voor zover mij bekend, zijn op dit moment twee cao's afgesloten die specifiek zien op contracting: de cao Stuwadoorsbedrijf Van Rooij B.V. (looptijd 1 juli 2011 t/m 30 juni 2014) en de cao Contracting NL B.V. (looptijd 1 mei 2013 t/m 30 april 2016). Beide cao's zijn ondernemingscao's, afgesloten met CNV Vakmensen. In deze cao's zijn definities opgenomen van een "Meewerkend Voorman", "Voorman" of "Supervisor" die in dienst is van het contractingbedrijf en "toezicht houdt over en leiding geeft aan andere werknemers van [het contractingbedrijf] en de door hen bij de opdrachtgevers van [het contractingbedrijf] te verrichten werkzaamheden." De werknemers zijn op grond van de cao's verplicht de regels en aanwijzingen van de voorman op te volgen. In de Van Rooij-cao maken de voormannen onderdeel uit van de werknemersgroep A ("werknemers die zich bezighouden met magazijnwerkzaamheden") of B ("werknemers die zich bezighouden met laad- en loswerkzaamheden"). In de Contracting-cao vormen de voormannen een eigen werknemersgroep met een eigen functieprofiel. Verder regelen de cao's de beloning en de overige arbeidvoorwaarden en -omstandigheden van de werknemers van het contractingbedrijf. Hierbij wordt niet verwezen naar arbeidvoorwaarden of -omstandigheden bij de opdrachtgevers.

Uit het arrest van het Hof Den Bosch blijkt dat het maken van eenduidige contractuele afspraken kan bijdragen aan de juridische houdbaarheid van de contractingovereenkomst. Dat zal te meer het geval zijn wanneer de arbeidvoorwaarden van de werknemers van het contractingbedrijf zijn vastgelegd in een met een 'gevestigde' vakbond gesloten cao of, wanneer de uitbesteding van het werk door de opdrachtgever kwalificeert als overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW. In dat laatste geval gaan de werknemers met behoud van arbeidvoorwaarden – de voorheen bij de opdrachtgever op hun arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde (bedrijfstak)cao – over naar het contractingbedrijf. Bovendien geldt in dat geval het opzegverbod van artikel 7:670 lid 8 BW. Kwalificeert de uitbesteding van het werk aan het contractingbedrijf niet als een overgang van onderneming, dan vormt dit voor de opdrachtgever geen vrijbrief om de werknemers te ontslaan die het uitbestede werk voorheen in zijn dienst verrichtten. Het UWV zal geen toestemming voor opzegging verlenen omdat in deze situatie naar zijn oordeel sprake is van een vervangingsontslag. Dat zal niet veranderen na de inwerkingtreding van de Wwz op 1 juli 2015. In de memorie van toelichting bij de Wwz (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 43/44) maakt de Minister van SZW korte metten met de overwegingen van de kantonrechter te Leiden in de Sierafor-zaak. De minister deelt mee dat wanneer werknemers voor ontslag worden voorgedragen terwijl het werk bij de werkgever naar aard en omvang in het geheel niet wijzigt, feitelijk geen sprake is van het vervallen van arbeidsplaatsen en in een dergelijke situatie geen toestemming voor ontslag wordt verleend. Tegelijkertijd, zo vervolgt de minister, wordt hiermee bescherming geboden aan de sociaal-economische verhoudingen binnen Nederland, zoals het tegengaan van het onnodig vervangen van vaste werknemers door flexibele werknemers en het tegengaan van het ontduiken van cao-verplichtingen die voor een werkgever gelden. Tegen dat laatste wordt tevens een dam opgeworpen in het hiervoor aangehaalde wetsvoorstel Wet aanpak schijnconstructies. Indien sociale partners ervoor zorgen dat de werkingsfeerbepalingen in (bedrijfstak)cao's zo worden omschreven dat ook contractingbedrijven, in verband met het door hen aangenomen werk, onder de werkingsfeer van de cao vallen, zullen deze maatregelen eraan bijdragen dat contracting als verkapte vorm van uitzending dan wel schijnconstructie aan aantrekkingskracht zal verliezen.