



UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM

Het onderkruipersverbod in de Waadi: Een ongelukkig huwelijk

Een onderzoek naar de verhouding tussen de reikwijdte en het doel van het
onderkruipersverbod

Masterscriptie Arbeid en Onderneming (Master Arbeidsrecht)

Scribent: A.J.C. (Arnaud) Tol
studentnummer: 12955280
E-mail student: arnaud.tol@student.uva.nl
Begeleider: dhr. Mr. Dr. N. (Niels) Jansen
Versie: Finaal
Datum: 31 januari 2022

Afkortingenlijst

BW	Burgerlijk Wetboek
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CNV	Christelijk Nationaal Vakverbond
ESH	Europees Sociaal Handvest
hof	Gerechtshof
Handvest	Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
FNV	Federatie Nederlandse Vakbeweging
NBV	Nederlandse Bootlieden Vereniging
NS	Nederlandse Spoorwegen
OSB	Werkgeversorganisatie voor de schoonmaak- en glazenwassersbranch
SER	Sociaal-Economische Raad
STAR	Stichting van de Arbeid
VBL	Verenigde Bootliedenwacht
VNV	Vereniging Nederlandse verkeersvliegers
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Waadi	Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs
Wet TBA	Wet op het beschikking stellen van arbeidskrachten 1965
ZSP	Zeeland Seaports
zzp'er	zelfstandige zonder personeel

Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie ter afronding van de Master Arbeid en Ondernemingsrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Ondanks de uitdaging die deze tijd mij bood, kijk ik terug op een leerzame periode.

Allereerst wil ik mijn lieve ouders en Lisa bedanken voor hun onvoorwaardelijke steun gedurende het elselange schrijven van deze scriptie. Uiteraard wil ik ook mijn scriptiebegeleider Niels Jansen bedanken voor zijn waardevolle feedback en begeleiding gedurende dit traject.

Veel leesplezier toegewenst.

Hoogachtend,

A.J.C. Tol

Januari 2022

Abstract

Het onderkruipersverbod houdt simpel weergegeven, het verbod in om bestaakte werkzaamheden te laten verrichten door externe arbeidskrachten. Het onderkruipersverbod heeft dan ook als doel het waarborgen van een effectief stakingsrecht. Uit de rechtspraak volgt echter dat het op grond van verscheidene arbeidsvormen mogelijk is om arbeidskrachten te in te huren om bestaakte werkzaamheden te verrichten. De vraag is hoe deze beperkende rechtspraak over het onderkruipersverbod zich verhoudt tot het doel van dit verbod.

De vraag die het eerste deel van dit onderzoek beoogt te beantwoorden is of de reikwijdte van het onderkruipersverbod zoals deze volgt uit de rechtspraak in overeenstemming is met het daaraan door de wetgever gegeven doel, inhoudende het waarborgen van een effectief stakingsrecht.

In het begin van dit onderzoek wordt de wetsgeschiedenis en de verschillende elementen van het onderkruipersverbod weergegeven, en wordt de systematiek van de Waadi besproken. Uit dit onderzoek volgt dat de systematiek van de Waadi bepaalde arbeidsvoorwaarden en situaties uitsluit van de werking van het onderkruipersverbod. Geconcludeerd wordt dan ook dat de Waadi geen passende wet is om het onderkruipersverbod in te regelen.

Uit de analyse van regeringsstukken en de rechtspraak over het onderkruipersverbod zijn een vijftal beperkingen te onderscheiden: De uitbestedings-, de contracting-, de normadressant-, de intra-concern- en de causaliteitsbeperking. De formulering van de wettekst van het onderkruipersverbod en het begrippenkader van de Waadi worden geïdentificeerd als oorzaken achter deze beperkende oordelen. De gesignaleerde beperkingen en problemen hebben tot gevolg dat het voor een werkgever eenvoudig is om schade die gepaard gaat met een staking te beperken door de inzet van ‘externe’ arbeidskrachten en daarmee de staking te ‘breken’. Geconcludeerd wordt dat de reikwijdte van het onderkruipersverbod zoals deze volgt uit de rechtspraak niet in overeenstemming is met het doel van het onderkruipersverbod.

In het tweede deel van dit onderzoek wordt een wetsvoorstel geïntroduceerd die de reikwijdte van het onderkruipersverbod meer in lijn brengt met het daaraan door het gegeven doel. Voorts wordt erkend dat het wetsvoorstel een inbreuk maakt op het recht op vrije ondernemingsvoering ex artikel 16 Handvest. Naar aanleiding hiervan wordt het wetsvoorstel getoetst aan de beperkingsvoorwaarden van het Handvest, en volgt de conclusie dat met het wetsvoorstel een gerechtvaardigde inbreuk wordt gemaakt op artikel 16 Handvest.

Inhoudsopgave

Abstract	4
1. Inleiding & onderzoeksopzet.....	8
1.1 Het belang van stakingen in Nederland.....	8
1.2 Het belang van het onderkruipersverbod voor een effectief stakingsrecht	8
1.3 De reikwijdte van het onderkruipersverbod beperkt in de rechtspraak	9
1.4 Relevantie van het onderzoek.....	9
1.5 Onderzoeksvraag & deelvragen.....	10
2. De wetsgeschiedenis en de verschillende elementen van het onderkruipersverbod	12
2.1. Inleiding.....	12
2.2. Het ontbreken van een nationale stakingswet.....	12
2.3. De geschiedenis van het onderkruipersverbod	12
2.4 Adviezen van de STAR en SER in het voorontwerp van de Waadi.....	13
2.5. De parlementaire geschiedenis van de Waadi	14
2.6. Het doel van het onderkruipersverbod.....	15
2.7. Regels in de Waadi	16
2.8. De wettekst van artikel 10 Waadi en verschillende elementen van het onderkruipersverbod.....	16
2.8.1. Het causale verband tussen terbeschikkingstelling arbeidskrachten en staking ...	17
2.8.2. Terbeschikkingstelling	17
2.8.3. Situaties uitgezonderd van het terbeschikkingstellingsbegrip	19
2.8.4. Bekend of redelijkerwijs bekend is dat een staking plaatsvindt.....	19
2.9. Een voorzichtige tussenconclusie: De Waadi is de verkeerde wet om het onderkruipersverbod in te regelen	19
3. De ontwikkeling van het onderkruipersverbod in de rechtspraak.....	21
3.1. Inleiding.....	21
3.2. Het Nedtrain-arrest: De contracting-beperking	21
3.2.1. Contracting	21

3.2.2. De casus.....	23
3.2.3. Het rechtsoordeel van het Gerechtshof Amsterdam.....	23
3.2.4. Relevantie van het NedTrain-arrest: Contracting uitgesloten van het onderkruipersverbod.....	24
3.2.5. De verenigbaarheid van het NedTrain-arrest met het doel van het onderkruipersverbod.....	25
3.3. Het EasyJet-arrest: De intra-concern-beperking.....	26
3.3.1. De casus.....	26
3.3.2. Het rechtsoordeel van de Hoge Raad	27
3.3.3. Relevantie van het EasyJet-arrest.....	28
3.3.4. De verenigbaarheid van het EasyJet-arrest met het doel van het onderkruipersverbod.....	28
3.4. De uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant: de normadressant-beperking	30
3.4.1. De casus.....	30
3.4.2. Het oordeel van de rechtbank Oost-Brabant en de relevantie daarvan	30
3.4.3. Verenigbaarheid van het oordeel van de rechtbank Oost-Brabant met het doel van het onderkruipersverbod.....	31
3.5. Het Verenigde Bootlieden-arrest: Een ruimte interpretatie van het onderkruipersverbod	32
3.5.1. De casus.....	32
3.5.2. Het oordeel van het Gerechtshof Den Bosch	33
3.5.3. Relevantie van het Verenigd Bootlieden- arrest.....	35
3.5.4. De verenigbaarheid van het Verenigd Bootlieden-arrest met het doel van het onderkruipersverbod.....	36
3.6. De verhouding tussen het Verenigd Bootlieden-arrest en de overige uitspraken.....	37
3.7. De belangrijkste beperkingen	38
3.8. Tussenconclusie.....	40
3.9. Noodzaak van een nieuwe regeling betreffende het onderkruipersverbod.....	41
3.10. Het wetsvoorstel	41
3.11. De uitbestedingsbeperking verholpen het Bootlieden-arrest.....	42
4. De constitutionele context van het onderkruipersverbod	44
4.1 Inleiding.....	44
4.2 Vrijheid van ondernemerschap	45

4.3 Het toepassingsgebied van het Handvest en de vrijheid van ondernemerschap.....	46
4.4 De beperkingssystematiek van het Handvest en de ruime beperkingsmogelijkheden op artikel 16 EU-Handvest	47
4.5 Het wetsvoorstel getoetst aan het grondrecht van vrijheid van ondernemerschap.....	48
4.6 Tussenconclusie: Het wetsvoorstel in overeenstemming met het recht op vrije ondernemingsvoering	53
5. Conclusie.....	54
Geraadpleegde literatuur	58
Geraadpleegde jurisprudentie.....	60
Bijlagen	62
I. Bijlage: Conceptwetsvoorstel.....	62

1. Inleiding & onderzoeksopzet

1.1 Het belang van stakingen in Nederland

Het CBS registreerde in 2019 391.000 verloren aantal arbeidsdagen als gevolg van (werk)stakingen.¹ Dit was het hoogste aantal verloren arbeidsdagen ten gevolge van stakingen in ruim 20 jaar. Opvallend is dat in 2019 slechts 26 werkstakingen werden georganiseerd. Dat een klein aantal werkstakingen velen honderdduizenden verloren arbeidsdagen tot gevolg kan hebben, verraadt dat niet gestaakt wordt om een arbeidsconflict bij de plaatselijke kruidenier op te lossen. Werkstakingen worden in Nederland meestal georganiseerd naar aanleiding van arbeidsconflicten over collectieve arbeidsvoorwaarden die gelden voor tienduizenden en soms wel honderdduizenden arbeidskrachten.

Het stakingsmiddel is voor werknemers het belangrijkste pressiemiddel dat zij hebben om hun collectieve arbeidsvoorwaarden te verbeteren bij cao-onderhandelingen.² Staken is dus een ‘big deal’ in Nederland en maatschappelijk relevant. Aan het recht op collectieve onderhandelingen en het daarmee verband houdende recht op staken wordt een dusdanig groot belang toegekend dat deze als (Europese) grondrechten zijn neergelegd in artikel 6 van het Europees Sociaal handvest.

1.2 Het belang van het onderkruipersverbod voor een effectief stakingsrecht

Stakingen zijn minder effectief als de schade die hiermee gepaard gaat eenvoudig kan worden beperkt doordat een werkgever in aanloop naar of tijdens een staking, uitzendkrachten inhuurt die de werkzaamheden van de stakende werknemers overnemen. Een bestaakte onderneming kan door het inzetten van uitzendkrachten op de bestaakte werkzaamheden eenmaal eenvoudiger operationeel blijven gedurende een staking, waardoor het effect van een staking wordt verminderd. Om te voorkomen dat de kracht van stakingen op deze manier wordt omzeild, heeft de wetgever begin vorige eeuw het onderkruipersverbod in het leven geroepen. Het onderkruipersverbod, dat in artikel 10 Waadi is neergelegd, houdt simpel weergegeven in dat degene die uitzendkrachten uitleent, dit verboden is te doen aan een werkgever waar een staking plaatsvindt. Dit verbod heeft als doelstelling het waarborgen van de effectiviteit van het stakingsrecht.³

¹ CBS - *Recordaantal verloren arbeidsdagen in 2019 door stakingen onderwijs en zorg*, <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2020/18/recordaantal-verloren-arbeidsdagen-in-2019-door-stakingen-onderwijs-en-zorg>

² Jacobs 2017, 209

³ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 264, nr. 3 (MvT), p. 20-21.

1.3 De reikwijdte van het onderkruipersverbod beperkt in de rechtspraak

De vraag of het onderkruipersverbod een regeling is die deze grondrechten effectief beschermt is afhankelijk van de mate waarin het verbod voorkomt dat bestaakte werkzaamheden worden overgenomen door externe arbeidskrachten. Met andere woorden: De effectiviteit van het onderkruipersverbod staat of valt met de reikwijdte van het onderkruipersverbod. In de spaarzame rechtspraak over het onderkruipersverbod zijn enkele uitspraken gedaan die wijzen op een beperkte reikwijdte waardoor werkgevers mogelijkheden hebben om arbeidskrachten in te lenen om de bestaakte werkzaamheden over te nemen. In het NedTrain-arrest werd bijvoorbeeld geoordeeld dat het in aanloop naar of gedurende een staking inhuren van arbeidskrachten op grond van een opdracht- of een aannemingsovereenkomst om in een bestaakte onderneming de bestaakte werkzaamheden over te nemen niet in strijd was met het onderkruipersverbod. Gezien het gebruik van de rechtsvorm contracting in een steeds flexibeler wordende arbeidsmarkt steeds vaker wordt gebruikt, is de verwachting dat werkgevers vaker gebruik gaan maken van contracting om de bestaakte werkzaamheden te laten verrichten door externe arbeidskrachten.⁴

1.4 Relevantie van het onderzoek

Gezien in de rechtspraak oordelen worden gegeven die beperkingen inhouden op de reikwijdte van het onderkruipersverbod, is het de vraag of de reikwijdte van het onderkruipersverbod wel in overeenstemming is met het doel dat de wetgever daaraan heeft gegeven. De vraag of het doel van het onderkruipersverbod in overeenstemming is met de reikwijdte van het verbod zoals deze is gegeven in de rechtspraak staat centraal in deze scriptie, en wordt in hoofdstuk 2 en 3 behandeld.

In hoofdstuk 2 wordt de parlementaire geschiedenis van het onderkruipersverbod weergegeven, worden de verschillende elementen van het onderkruipersverbod uiteengezet, en wordt de verhouding tussen het onderkruipersverbod en systematiek van de Waadi besproken. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 uiteengezet hoe de reikwijdte van het onderkruipersverbod zich heeft ontwikkeld in de rechtspraak sinds in de invoering van artikel 10 Waadi.

Naar aanleiding van het onderzoek in de eerste hoofdstukken wordt geconcludeerd dat het onderkruipersverbod niet (langer) een afdoende middel is om het om de effectiviteit van

⁴ Rapportage onderzoek team Handhaving & Naleving FNV, 'Contracting. Balletje – balletje op de arbeidsmarkt', 30 maart 2015, p.6.

stakingen te waarborgen, gelet op de beperkte formulering van artikel 10 Waadi en de doorwerking van het begrippenkader van Waadi ten aanzien van het onderkruipersverbod. Vervolgens wordt een nieuwe regeling van het onderkruipersverbod met een ruimere reikwijdte geformuleerd die wel in overeenstemming is met het daaraan gegeven doel.

De herziene regeling van het onderkruipersverbod maakt – doordat deze een ruimere reikwijdte heeft – de vrijheid van een werkgever om zijn bedrijf in te richten zoals hij wil.

Het onderkruipersverbod bevindt zich niet in een nationaal juridisch vacuüm, maar wordt beïnvloed door verschillende Europese grondrechten. Doordat met het onderkruipersverbod wordt voorkomen dat werkgevers de schade voortkomend uit stakingen, (eenvoudig) kunnen beperken, draagt het bij aan de kracht van het stakingsmiddel. Het recht op staken wordt in artikel 6 lid 4 ESH erkend. Tegelijkertijd beperkt het onderkruipersverbod de vrijheid van de werkgever om zijn bedrijf in te richten zoals hij wil. Een staking kan leiden tot grote schade bij een werkgever en het onderkruipersverbod beperkt de werkgever in de mogelijkheden om de schade te voorkomen en te beperken. Het recht op vrijheid van ondernemerschap wordt ingevolge artikel 16 Handvest erkend. Bij de vormgeving van het onderkruipersverbod zal steeds rekening moeten worden gehouden met het recht om een collectieve actie te voeren en het recht van vrijheid van ondernemerschap. In hoofdstuk 4 wordt dan ook getoetst in hoeverre de nieuwe regeling geen ongerechtvaardigde inbreuk maakt op het recht op vrije ondernemingsvoering.

1.5 Onderzoeksvraag & deelvragen

Naar aanleiding van het voorgaande, is de volgende onderzoeksvraag met bijbehorende deelvragen geformuleerd:

Is de ontwikkeling van het onderkruipersverbod in de rechtspraak in overeenstemming met het doel van dit verbod, inhoudende het waarborgen van een effectief stakingsrecht, en welke ruimte biedt het recht op vrijheid van ondernemerschap ex artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor een ruimere toepassing van het onderkruipersverbod?

Deelvraag 1: Wat is de reikwijdte en doelstelling van het onderkruipersverbod ex artikel 10 Waadi volgens de wetgever?

Deelvraag 2: Hoe heeft artikel 10 Waadi zich in de rechtspraak ontwikkeld, en hoe verhoudt de ontwikkeling in rechtspraak zich tot het doel van de wetgever?

Deelvraag 3: Welke ruimte biedt het recht op vrijheid van ondernemerschap ex artikel 16 Handvest grondrechten EU voor (een ruimere) toepassing van het onderkruipersverbod.

2. De wetsgeschiedenis en de verschillende elementen van het onderkruipersverbod

2.1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de parlementaire geschiedenis van het onderkruipersverbod weergegeven en worden de verschillende elementen van de Waadi uiteengezet. Na een korte weergave van de wetsgeschiedenis van het onderkruipersverbod voor de invoering van de Waadi, wordt uitgebreider stilgestaan bij de parlementaire geschiedenis van de Waadi. Hierbij worden de doelen van de Waadi in het algemeen en het doel van artikel 10 Waadi in het bijzonder besproken. Daarna worden de verschillende elementen van het huidige onderkruipersverbod uiteengezet. Afsluitend wordt de verhouding tussen de systematiek van de Waadi en het doel van het onderkruipersverbod besproken, en worden enkele kritische noten bij de neerlegging van het onderkruipersverbod in de Waadi geplaatst.

2.2. Het ontbreken van een nationale stakingswet

Het in Nederland toepasbare stakingsrecht heeft een Europese oorsprong. In het Spoorwegstaking-arrest van 30 mei 1986 heeft de Hoge Raad bepaald dat aan het Europeesrechtelijke artikel 6 lid 4 ESH directe werking toekomt.⁵ De in de Nederlandse jurisprudentie ontwikkelde interpretatie van de artikelen 6 lid 4 ESH en G ESH vormt de kern van het Nederlandse stakingsrecht.⁶ Nederland kent hierdoor geen eigen nationale stakingswet. Een nationale stakingswet zou de ideale plek zijn voor het onderkruipersverbod. Het onderkruipersverbod is immers een regeling van stakingsrecht en heeft als doel om de kracht van het stakingswapen te beschermen. Door het ontbreken van een Nederlandse stakingswet, heeft de wetgever het onderkruipersverbod in een andere wet moeten regelen. De wetgever heeft ervoor gekozen om het onderkruipersverbod te regelen in de Waadi. Deze wet bevat – kort gezegd – gedragsnormen voor intermediairs die arbeidskrachten ter beschikking stellen.

2.3. De geschiedenis van het onderkruipersverbod

Het onderkruipersverbod is in de jaren 30 geïntroduceerd in de Nederlandse rechtsorde.⁷ Het onderkruipersverbod stond in de loop van de jaren in verschillende wetten betreffende uitzendarbeid en arbeidsbemiddeling. Achtereenvolgens is het onderkruipersverbod geregeld

⁵ HR 30 mei 1986, ECLI:NL: PHR:1986:AC9402 m.nt. P.A. Stein (*Spoorwegstaking*)

⁶ M. Houwerzijl & W. Roozendaal 2014, p. 417.

⁷ *Kamerstukken 1929/30*, 47, nr. 3-4 (gewijzigd ontwerp van wet).

in artikel 6 lid 1 Arbeidsbemiddelingswet 1930, voorschrift 7 van het Uitvoeringsbesluit van de Wet op het beschikking stellen van arbeidskrachten 1965, artikel 91 sub b Arbeidsvoorzieningswet 1990, Artikel 19b sub b Invoeringswet Arbeidsvoorzieningswet 1996 en artikel 10 Waadi.⁸⁹

Sinds medio jaren 60 tot de invoering van de Waadi was het onderkruipersverbod neergelegd in wetten met een sterk sociaal karakter. De Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten 1965 waarin het onderkruipersverbod toentertijd was neergelegd had als doelstelling het beschermen van de bij de uitlening betrokken arbeidskrachten en het waarborgen van de goede arbeidsverhoudingen op de arbeidsmarkt.¹⁰ De exploitatie van uitzendbureaus werd onder het regime van deze wet in verregaande mate gereguleerd.¹¹ Alleen uitzendbureaus die een vergunning hadden van de Minister van Sociale Zaken mochten arbeidskrachten ter beschikking stellen ter waarborging van de goede verhoudingen op de arbeidsmarkt.¹² Het vergunningsregime met bijbehorende sociale achtergrond bestond ook onder de Arbeidsvoorzieningswet 1990 en de Arbeidsvoorzieningswet 1996.¹³ Met de invoering van de Waadi verdween de vergunningseis uit het Nederlandse recht.¹⁴

2.4 Adviezen van de STAR en SER in het voorontwerp van de Waadi

De vergunningseis was niet de enige regel die oorspronkelijk zou verdwijnen met de invoering van de Waadi. In de voorfase van het wetgevingstraject van de Waadi was de wetgever ook van plan om het onderkruipersverbod te laten vervallen.¹⁵ De wetgever was van mening dat op grond van het ‘onrechtmatige daadsrecht’ beoordeeld moest worden of het ter beschikking stellen van arbeidskrachten gedurende een staking onrechtmatig was.¹⁶ De wetgever vroeg naar aanleiding van deze plannen advies aan de SER.¹⁷

In het SER-advies ‘Advies Arbeidsbemiddeling en TBA’ van 20 mei 1994 werd overwogen dat een belangrijke reden voor het bestaan van het onderkruipersverbod het handhaven van goede verhoudingen op de arbeidsmarkt was. Inmenging van intermediairs bij een collectief

⁸ J.M. van den Bergh & F.B.J. Grapperhaus, *TRA* 2011/46, p. 5-7.

⁹ *Kamerstukken II* 1929/30, 47, nr. 3-4 (gewijzigd ontwerp van wet).

¹⁰ *Kamerstukken II* 1963/64, 7737, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 6-7.

¹¹ J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase 2005, p. 28-29.

¹² *Kamerstukken II* 1963/64, 7737, nr. 3 (memorie van toelichting), p.7.

¹³ J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase 2005, p. 30-33.

¹⁴ J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase 2005, p. 37.

¹⁵ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 264, nr. 3 (MvT). p. 12.

¹⁶ SER-advies 20 mei 1994, 94/07, p.31.

¹⁷ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 264, nr. 3 (MvT). p. 12.

arbeidsconflict door het ter beschikken stellen van arbeidskrachten zou volgens de SER een negatieve invloed hebben op deze arbeidsverhoudingen.¹⁸ De SER adviseerde de wetgever dan ook om het onderkruipersverbod te handhaven.¹⁹

In de nota 'Flexibiliteit en Zekerheid' van de STAR van 3 april 1996 ging de STAR kort in op het onderkruiperverbod. Het advies van de STAR was in overeenstemming met het advies van de SER. De STAR overwoog dat het ongewenst is als het verloop van een collectief arbeidsconflict beïnvloed wordt door ter beschikking gestelde arbeidskrachten. Ook de STAR adviseerde om het onderkruipersverbod te handhaven.²⁰

Uit de memorie van toelichting bij de Waadi volgt dat de adviezen van de SER en de STAR redenen waren voor de wetgever om terug te komen op het voornemen om het onderkruipersverbod te laten vervallen.²¹

2.5. De parlementaire geschiedenis van de Waadi

In het inleidende hoofdstuk 'achtergronden van het wetsvoorstel' van de memorie van toelichting bij de Waadi is de ratio achter de invoering van de Waadi uiteengezet.²² Uit dit hoofdstuk volgt dat de wetgever met de invoering van de Waadi meer privatisering, meer marktwerking en deregulering nastreefde.²³ De wetgever was van mening dat middels het publiekrecht reguleren van uitzendbureaus een negatief effect heeft op de efficiënte werking van de arbeidsmarkt.²⁴

Opvallend is dat door de wetgever veel aandacht wordt besteed aan zaken als optimale marktwerking, deregulering en handhavingsproblematiek, maar dat zaken als rechtsbescherming van de (uitzend)werknemer en de positie van de individuele werknemer op de arbeidsmarkt geen aandacht krijgen.²⁵

De memorie van toelichting leest als een pleidooi voor een terugtrekkende overheid en deregulering. Deze overwegingen doen neoliberal en haast libertair aan. Het contrast is vooral groot met de wet TBA die ongeveer hetzelfde onderwerp had. In deze wet stonden juist de bescherming van de uitzendwerknemer en goede arbeidsverhoudingen centraal, waarbij

¹⁸ SER-advies 20 mei 1994, 94/07, p.31.

¹⁹ SER-advies 20 mei 1994, 94/07, p.31.

²⁰ STAR, Nota flexibiliteit en zekerheid, 3 april 1996, publicatienr. 2/96, p. 24.

²¹ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 264, nr. 3 (MvT). p. 12.

²² *Kamerstukken II* 1996/97, 25 264, nr. 3 (MvT). p. 4.

²³ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 264, nr. 3 (MvT). p. 4.

²⁴ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 264, nr. 3 (MvT). p. 4.

²⁵ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 264, nr. 3 (MvT). p. 2-6.

uitzendbureaus alleen mochten opereren indien zij daarvoor een door de overheid verstrekte vergunning hadden.²⁶ De overwegingen in de wet TBA waren veel socialer van aard.

Het voornemen van de wetgever om het onderkruipersverbod te laten vervallen met de invoering van de Waadi sluit in die zin goed aan bij de inleidende overwegingen van de wetgever in de memorie van toelichting omdat het ondernemers ook in geval van een staking meer bewegingsvrijheid zou bieden.

Met de invoering van de Waadi stond het onderkruipersverbod dus niet meer in een wet met een sociaal doeleinde zoals de wet TBA of de Arbeidsvoorzieningswet 1990 maar in een wet met een meer economische ratio. Volgens mij vormt de parlementaire geschiedenis van de Waadi – gezien de opmerkingen in de memorie van toelichting en het voornemen om het onderkruipersverbod te laten vervallen – een eerste aanwijzing dat plaatsing van het onderkruipersverbod in de Waadi discutabel is, althans dat dit verbod niet zonder meer past bij de doelen van de Waadi.

Daarbij dient wel opgemerkt te worden dat de Waadi ook voldoende beschermende maatregelen kent voor arbeidskrachten, in het bijzonder voor uitzendkrachten, zoals de gelijke behandelingsbepalingen van artikel 8 tot en met artikel 8c Waadi. De inleidende overwegingen in de Memorie van toelichting en het voornemen van de wetgever zijn desalniettemin opvallend.

2.6. Het doel van het onderkruipersverbod

In deel II van de memorie van toelichting waarin per artikel commentaar wordt gegeven, wordt ook het doel van het onderkruipersverbod gegeven. Uit het commentaar bij artikel 9 Waadi – waarin het onderkruipersverbod in een voorfase van het wetgevingstraject van de Waadi geregeld was – volgt dat het doel van het onderkruipersverbod het waarborgen is van de effectiviteit van het stakingsmiddel en het waarborgen van goede arbeidsverhoudingen.²⁷ Dat het doel van het onderkruipersverbod het bijdragen en waarborgen van de effectiviteit van het stakingsmiddel is volgt ook uit latere stukken van de regering²⁸ en de rechtspraak²⁹. Over dit doel kan dus geen twijfel bestaan. Het doel van het onderkruipersverbodsluit sluit aan bij de overwegingen van de sociale partners zoals uiteengezet in paragraaf 2.4.

²⁶ *Kamerstukken II* 1963/64, 7737, nr. 3 (MvT), p. 4-7.

²⁷ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 264, nr. 3 (MvT), p. 20-21.

²⁸ *Kamerstukken II* 2001/02, 28365, nr. 1, p. 10.

²⁹ Hof Den-Bosch 8 maart 2016, ECLI:NL: GHSHE:2016:864, *JAR* 2016/94, m.nt. M. van Eck (*Bootlieden*)

2.7. Regels in de Waadi

In de Waadi staan regels op het gebied van private arbeidsbemiddeling en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.³⁰ Deze regels zijn gericht tot intermediairs die op deze gebieden werkzaam zijn.

In hoofdstuk 3 van de Waadi staan regels over het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Opvallend aan de regels in hoofdstuk 3 is dat het overgrote deel als doel heeft het beschermen van ter beschikking gestelde arbeidskrachten. De artikelen 8 en 8a Waadi bepalen bijvoorbeeld dat uitzendkrachten recht hebben op gelijke arbeidsvoorwaarden in vergelijking met werknemers van de inlenende onderneming. De overige bepalingen in hoofdstuk 3 van de Waadi bieden in meer of mindere mate bescherming aan uitzendkrachten, behalve één bepaling. Dit is artikel 10 Waadi waarin het onderkruipersverbod is geregeld.

Het onderkruipersverbod heeft als doel om het stakingsrecht van werknemers van de inlenende onderneming te waarborgen. Het beschermt dus reguliere werknemers. Vanwege het feit dat uitzendkrachten verboden zijn gedurende een staking werkzaam te zijn bij een bestaakte onderneming, belemmert het onderkruipersverbod uitzendkrachten in hun vrije arbeidskeuze.

Het feit dat alle normen in hoofdstuk 3 van de Waadi – behalve artikel 10 – ten doel hebben om uitzendkrachten te beschermen en het onderkruipersverbod uitzendkrachten juist belemmert, bestaat een discrepantie tussen artikel 10 en de overige normen in hoofdstuk 3 van de Waadi. Deze discrepantie is een tweede aanwijzing dat vraagtekens kunnen worden gezet bij de plaatsing van het onderkruipersverbod in de Waadi. In dit onderzoek wordt met een kritisch oog gekeken worden naar de invloed van de systematiek van de Waadi op de (reikwijdte van) het onderkruipersverbod.

2.8. De wettekst van artikel 10 Waadi en verschillende elementen van het onderkruipersverbod

Het onderkruipersverbod is neergelegd in artikel 10 Waadi en luidt als volgt:

“Degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt, stelt voor zover hem bekend is of redelijkerwijze bekend kan zijn dat in een bedrijf of onderneming, of een gedeelte daarvan een werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting bestaat, geen arbeidskrachten ter beschikking voor het verrichten van werkzaamheden in dat bedrijf of die onderneming of wel dat gedeelte daarvan, waar de werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting heerst.”

³⁰ J.P.H. Zwemmer 2017, p. 717-721,

Het onderkruipersverbod bestaat uit verschillende elementen die duidelijk en minder duidelijk uit de wettekst van artikel 10 Waadi volgen. Deze elementen worden in de komende paragrafen uiteengezet.

2.8.1. Het causale verband tussen terbeschikkingstelling arbeidskrachten en staking

Het onderkruipersverbod is alleen van toepassing als een causaal verband bestaat tussen terbeschikkingstelling van de arbeidskrachten en het verloop van een staking.³¹ Met andere woorden, als de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten de staking rechtsreeks beïnvloedt, is sprake van een causaal verband en is het onderkruipersverbod van toepassing.

Ook voor uitzendkrachten die reeds voor de aanvang van een staking werkzaam waren bij een onderneming – ook wel zittende uitzendkrachten genoemd – geldt het causale verband. Uit de rechtspraak volgt dat zittende uitzendkrachten alleen het onderkruipersverbod overtreden als zij de werkzaamheden van de stakende werknemers overnemen, mits deze bestaakte werkzaamheden geen onderdeel uitmaken van hun reguliere arbeid.³²

De causaliteitseis is niet expliciet terug te vinden in de wettekst van het onderkruipersverbod. De tekst is immers ruimer. De causaliteitseis is echter wel onderdeel van het onderkruipersverbod. Dit volgt onder andere uit het evaluatierapport over de Waadi van de Minister van Sociale Zaken en werkgelegenheid.³³ De onduidelijkheid met betrekking tot het onderkruipersverbod dient extra kritisch te worden bekeken aangezien in de jurisprudentie is geoordeeld dat de interpretatie van het onderkruipersverbod op basis een duidelijke wetsbepaling moet gebeuren.³⁴ De onduidelijkheid omtrent de toepassing van het onderkruipersverbod heeft tot gevolg dat het onderkruipersverbod minder efficiënt wordt toegepast of werkt.³⁵ Dit is niet in overeenstemming met het doel dat de wetgever aan het onderkruipersverbod heeft gegeven, inhoudende het waarborgen van een effectief stakingsrecht.

2.8.2. Terbeschikkingstelling

Uit de formulering van artikel 10 Waadi volgt dat het onderkruipersverbod alleen van toepassing is in het geval van terbeschikkingstelling. In artikel 1 lid 1 sub c Waadi is de

³¹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28365, nr. 1, p. 10.

³² Rechtbank Roermond 2 juli 1996 (pres.), ECLI:NL:RBROE:1996:AH5647.

³³ *Kamerstukken II* 2001/02, 28365, nr. 1, p. 10.

³⁴ Rechtbank Roermond 2 juli 1996 (pres.), ECLI:NL:RBROE:1996:AH5647, JAR 1996/150.

³⁵ *Kamerstukken II* 2001/02, 28365, nr. 1, p. 10.

definitie van het begrip ‘ter beschikking stellen van arbeidskrachten’ gegeven. Artikel 1 lid 1 sub c Waadi luidt als volgt:

‘‘Het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht en leiding, anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst, verrichten van arbeid.’’

Een belangrijk onderdeel van het terbeschikkingstellingsbegrip is de term ‘leiding en toezicht’. Als een bestaakte werkgever geen leiding en toezicht heeft over ingehuurde arbeidskrachten die bestaakte werkzaamheden verricht, is geen sprake van terbeschikkingstelling, en is daarmee het onderkruipersverbod niet van toepassing. Uit het Verenigd Bootlieden-arrest van het hof Den Bosch volgt dat de term leiding en toezicht in zin van artikel 1 lid 1 sub c Waadi ruim moet worden uitgelegd.³⁶ Het Verenigd Bootlieden-arrest wordt in paragraaf 3.3. behandeld.

Uit de literatuur volgt dat als arbeidskrachten op grond van een opdracht- of aannemingsovereenkomst worden ingehuurd om werkzaamheden te verrichten in de onderneming van de opdrachtgever, geen sprake is van leiding en toezicht bij de opdrachtgever.³⁷ Ook in het geval de opdrachtgever een bestaakte werkgever is ontbreekt leiding en toezicht, en lijkt niet aan het terbeschikkingstellingsbegrip te worden voldaan. De STAR overwoog in een evaluatierapport uit 2004 dan ook dat het inhuren van arbeidskrachten op grond van een dergelijke overeenkomst gedurende een staking buiten de reikwijdte van het onderkruipersverbod valt.³⁸ De STAR was hier kritisch over en pleitte voor een ruimere reikwijdte van het onderkruipersverbod.³⁹ Het terbeschikkingstellingsbegrip van de Waadi lijkt op dit gebied dus een beperkende invloed op de reikwijdte van het onderkruipersverbod te hebben. In het NedTrain-arrest heeft het Hof Amsterdam geoordeeld dat het onderkruipersverbod niet van toepassing is als externe arbeidskrachten werkzaam op grond van een contactingovereenkomst de bestaakte werkzaamheden verrichten.⁴⁰ In paragraaf 3.2. wordt deze uitspraak behandeld.

³⁶ Hof Den-Bosch 8 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:864, r.o. 3.6.6., JAR 2016/94, m.nt. M. van Eck (*Bootlieden*)

³⁷ E.M. Bevers & S.E. Heeger-Hertter 2021/8.2.

³⁸ J.M. van den Bergh & F.B.J. Grapperhaus TRA 2011/46, p. 8.

³⁹ STAR, Nota inzake de evaluatie van de Wet flexibiliteit en zekerheid en de evaluatie van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, 1 april 2004, publicatienr. 5/04, p. 20-21.

⁴⁰ Hof Amsterdam 24 januari 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC6880, JAR 2008/105, m.nt. R.M. Beltzer. (*NedTrain*).

2.8.3. Situaties uitgezonderd van het terbeschikkingstellingsbegrip

In artikel 1 lid 3 sub a tot en met c Waadi worden gevallen gegeven die uitgezonderd worden van het terbeschikkingstellingsbegrip ook al wordt aan de materiële definitie van terbeschikkingstelling voldaan. De uitzondering die voor (de reikwijdte van) het onderkruipersverbod relevant is, is neergelegd in artikel 1 lid 3 sub c Waadi. In deze bepaling wordt de situatie dat werknemers van een onderneming aan een andere onderneming binnen hetzelfde concern worden ter beschikking gesteld uitgezonderd van het terbeschikkingstellingsbegrip. Doordat in deze situatie geen sprake is van terbeschikkingstelling, lijkt intra-concern detachering buiten de reikwijdte van het onderkruipersverbod te vallen. Het gevolg hiervan zou zijn dat een bestaakte werkgever werknemers binnen het concern kan inzetten gedurende een staking, en daarmee de effectiviteit van een staking verminderd. Ook op dit punt lijkt het begrippenkader van de Waadi dus weer een beperkende invloed te hebben op de reikwijdte van het onderkruipersverbod. In het EasyJet-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat met intra-concern terbeschikkingstelling gedurende een staking het onderkruipersverbod niet wordt overtreden.⁴¹ In paragraaf 3.3. wordt deze uitspraak behandeld.

2.8.4. Bekend of redelijkerwijs bekend is dat een staking plaatsvindt

Uit de wettekst van artikel 10 Waadi volgt dat het onderkruipersverbod alleen geldt als de intermediair bekend is of redelijkerwijs bekend had moeten zijn met het feit dat bij de inlenende onderneming een staking plaatsvindt. Hieruit volgt dat als een intermediair niet bekend is of redelijkerwijs niet bekend had hoeven te zijn met een staking, het hem toegestaan is om uitzendkrachten te plaatsen in een onderneming om daar bestaakte werkzaamheden te verrichten. Zowel in de parlementaire geschiedenis als in de jurisprudentie wordt niet uitgelegd wanneer sprake is van het redelijkerwijs bekend zijn met een staking. Het belang van dit criterium in de praktijk lijkt dus beperkt te zijn.

2.9. Een voorzichtige tussenconclusie: De Waadi is de verkeerde wet om het onderkruipersverbod in te regelen

In dit hoofdstuk is de parlementaire geschiedenis, het doel en de inhoud van het onderkruipersverbod weergegeven. Uit de vorige paragrafen volgt dat het begrippenkader van de Waadi een beperkende invloed lijkt te hebben op de reikwijdte van het onderkruipersverbod. Het feit dat het onderkruipersverbod ten doel heeft om de effectiviteit van het stakingsmiddel

⁴¹ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1245, TRA 2019/87, m.nt. J.J.M. de Laat (*EasyJet*).

te waarborgen, rijmt niet met de systematiek van de Waadi die bepaalde arbeidsvormen en bepaalde situaties lijkt uit te sluiten van de werking van het onderkruipersverbod. Daar waar het doel van artikel 10 Waadi een ruime reikwijdte eist, lijkt de systematiek van de Waadi de reikwijdte juist te beperken.

Aan de hand van het bovenstaande kan de conclusie worden getrokken: De Waadi is niet de juiste wet om het onderkruipersverbod in te regelen, omdat de systematiek van de Waadi bepaalde arbeidsvormen en bepaalde situaties lijkt uit te sluiten van de werking van het onderkruipersverbod.

De volgende twee observaties die reeds in hoofdstuk 2 zijn opgemerkt kunnen verklaren waarom de systematiek van de Waadi niet passend is bij (het doel van) het onderkruipersverbod:

Het onderkruipersverbod is het enige artikel in hoofdstuk 3 van de Waadi die uitzendkrachten een beperking oplegt, terwijl de andere bepalingen in dit hoofdstuk uitzendkrachten beschermen;

Uit de parlementaire geschiedenis van de Waadi volgt dat deregulering en marktwerking de ratios zijn van de Waadi en dit past niet bij het sociale doel van werknemersbescherming van het onderkruipersverbod.

Gelet op de omstandigheid dat de daadwerkelijke reikwijdte van een rechtsregel veelal in de jurisprudentie wordt gegeven, dient de rechtspraak betreffende het onderkruipersverbod eerst onderzocht te worden, voordat conclusies kunnen worden getrokken over de conformiteit van het onderkruipersverbod met het doel dat daarmee beoogd is en over de vraag of de Waadi de juiste (en/of de enige) wet is om het onderkruipersverbod in te regelen.

3. De ontwikkeling van het onderkruipersverbod in de rechtspraak

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de rechtspraak waarin de reikwijdte en omvang van het onderkruipersverbod is gegeven, uiteengezet en geanalyseerd. Dit onderzoek is verricht teneinde de vraag te beantwoorden of de reikwijdte van het onderkruipersverbod in overeenstemming is met het daaraan door de wetgever gegeven doel. Jurisprudentie (van hogere rechters) over het onderkruipersverbod is beperkt. Dit brengt mee dat over wezenlijke onderdelen van het onderkruipersverbod, zoals de vraag of contracting onder het onderkruipersverbod valt, geen oordeel van de Hoge Raad bestaat. Uitspraken van lagere rechters geven op dit gebied wel duidelijkheid. Doordat de Hoge Raad als hoogste rechterlijke instantie en opgedragen met een rechtsvormende taak, op veel onderwerpen geen uitsluitel geeft over reikwijdte van het onderkruipersverbod, bestaat aanleiding om met een kritisch oog naar de ontwikkelingen in de rechtspraak te kijken.

Uit de onderzochte rechtspraak volgt dat het merendeel van de uitspraken een beperking van de reikwijdte van het onderkruipersverbod inhouden, hoewel in één uitspraak een ruime uitleg wordt gegeven aan elementen van het onderkruipersverbod. De beperkingen uit de rechtspraak staan - mijns inziens – op gespannen voet met de ratio en geest van het onderkruipersverbod. Achtereenvolgens worden het NedTrain/FNV-arrest, het Easyjet-arrest, de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 24 januari 2019 en het Bootlieden-arrest behandeld.

3.2. Het Nedtrain-arrest: De contracting-beperking

Op 24 januari 2008 heeft het hof Amsterdam uitspraak gedaan in de zaak NedTrain/FNV Bondgenoten.

3.2.1. Contracting

Het Hof Amsterdam geeft in het NedTrain-arrest rechtsoordelen die betrekking hebben op de vraag of het plaatsen van arbeidskrachten op grond van contracting tijdens een staking in strijd is met het onderkruipersverbod. Contracting houdt de tewerkstelling in van werknemers bij de opdrachtgever onder leiding en toezicht van de werkgever op grond van een overeenkomst van opdracht ex artikel 7:400 BW of overeenkomst tot aanneming van werk ex

artikel 7:750 BW tussen de werkgever en de opdrachtgever.⁴² Bij contracting is sprake van uitbesteding van werkzaamheden door een werkgever aan een derde partij die deze werkzaamheden door eigen personeel laat verrichten.⁴³

De voornaamste kritiek die op contracting wordt geuit, is dat het in de praktijk (ook) wordt gebruikt als schijnconstructie in situaties waarin feitelijk sprake is van terbeschikkingstelling om rechten van arbeidskrachten te omzeilen.⁴⁴⁴⁵ Dergelijke schijnconstructies worden in het bijzonder gebruikt om de rechten van arbeidskrachten uit de Waadi te omzeilen.⁴⁶

Een bekend voorbeeld waarin contracting als schijnconstructie werd gebruikt deed zich voor bij PostNL. PostNL besteedde sorteerwerkzaamheden uit aan de onderneming InPerson, welke de sorteerwerkzaamheden liet uitvoeren door eigen goedkope Poolse arbeiders. PostNL ontweek hiermee (onder andere) de gelijke behandelingsbepaling ex artikel 8 Waadi omdat op grond van de contractingsovereenkomst InPerson leiding en toezicht had over deze arbeiders en niet PostNL. Desalniettemin oordeelde de rechtbank Overijssel dat gezien de feitelijke omstandigheden PostNL wel leiding en toezicht had over deze werknemers omdat PostNL bepaalde op welke wijze en met welke middelen de sorteerwerkzaamheden moesten worden uitgevoerd, en verklaarde de Waadi van toepassing.⁴⁷⁴⁸

Contracting is een verschijnsel dat al tientallen jaren in Nederland bestaat. De afgelopen jaren is de aandacht voor de problematiek rondom contracting toegenomen.⁴⁹ Dit is gepaard gegaan met een stijging van contracting in oneigenlijk vorm in de afgelopen jaren, mede veroorzaakt door de intensivering van vrij verkeer op de interne markt van de Europese Unie.⁵⁰ Zo berekende het FNV in een rapport van 2015 dat de verwachting is dat het aantal werknemers dat als oneigenlijke contracting werknemer werkzaam zal groeien van 7.000 in 2015 tot en met 70.000 in 2020.⁵¹

⁴² E.M. Bevers & S.E. Heeger-Hertter 2021/8.2.

⁴³ E.M. Bevers & S.E. Heeger-Hertter 2021/8.2.

⁴⁴ E.M. Bevers & S.E. Heeger-Hertter 2021/8.3.1.

⁴⁵ N. Jansen *Ministerie van SZW* 2020, p.2.

⁴⁶ E.M. Bevers & S.E. Heeger-Hertter 2021/8.3.1.

⁴⁷ E.M. Bevers & S.E. Heeger-Hertter 2021/8.5.

⁴⁸ Rechtbank Overijssel 7 mei 2019 (ktr.), ECLI:NL:RBOVE:2019:1538, *JAR* 2019/136, m.nt. E.M. Hoogveen.

⁴⁹ N. Jansen *Ministerie van SZW* 2020, p.2.

⁵⁰ E.M. Bevers & S.E. Heeger-Hertter 2021/8.3.1.

⁵¹ Rapportage onderzoek team Handhaving & Naleving FNV, 'Contracting. Balletje – balletje op de arbeidsmarkt', 30 maart 2015, p.6.

3.2.2. De casus

Aan het geschil tussen NedTrain en FNV lagen onderhandelingen over het afsluiten van een collectieve arbeidsovereenkomst in de sector ‘het Schoonmaak – en Glazenwasbedrijf’ ten grondslag. Tussen FNV en de ondernemersorganisatie ‘Schoonmaak- & Bedrijfsdiensten’ ontstond een conflict over het afsluiten van deze cao. Naar aanleiding hiervan organiseerde FNV een staking bij een aantal schoonmaakbedrijven. Een van de bedrijven waar werd gestaakt werd door NedTrain gebruikt voor het schoonmaken van treinen van NS op grond van een contractingsovereenkomst. NedTrain was een onderneming binnen het NS-concern die als kernwerkzaamheid het schoonmaken van de treinen van de NS had. Als reactie op een staking bij het schoonmaakbedrijf dat de treinen schoonmaakte, sloot NedTrain een overeenkomst met schoonmaakbedrijf Plataco (waar niet werd gestaakt), waarna het personeel van Plataco de bestaakte schoonwerkzaamheden overnam. NedTrain liet ook een deel van zijn eigen personeel de bestaakte schoonmaakwerkzaamheden verrichten. FNV stelde zich op het standpunt dat Plataco en NedTrain het onderkruipersverbod ex artikel 10 Waadi hadden overtreden, doordat NedTrain arbeidskrachten van Plataco had ingehuurd gedurende de staking.

3.2.3. Het rechtsoordeel van het Gerechtshof Amsterdam

Het hof overwoog in rechtsoverweging 3.5. dat noch uit de bewoordingen van artikel 10 Waadi noch uit de wetsgeschiedenis van dit artikel afgeleid kan worden dat het onderkruipersverbod wordt overtreden doordat arbeidskrachten ter beschikking worden gesteld aan een entiteit die als derde dient te worden aangemerkt bij een arbeidsconflict. Het hof gaf voor deze uitleg als argument dat NedTrain anders als derde (bij het arbeidsconflict tussen vakbonden en schoonmaakbedrijven) zou worden beperkt in haar mogelijkheden om de schade te beperken die het gevolg is van een dergelijk arbeidsconflict.

Doordat een arbeidsconflict tussen FNV en OSB bestond, en NedTrain geen arbeidsrelatie had met de stakende schoonmaakwerknemers (die werkten immers bij de door NedTrain ingehuurde schoonmaakbedrijven), bestempelde het Gerechtshof Amsterdam NedTrain als derde in de zin van artikel 10 Waadi. De omstandigheden dat NedTrain een aannemingsovereenkomst had met het bestaakte schoonmaakbedrijf, dat de staking plaats vond in een werklocatie van NedTrain en dat NedTrain door middel van een aannemingsovereenkomst te sluiten met Plataco, de bestaakte werkzaamheden liet overnemen door werknemers van Plataco werden hierbij niet relevant geacht.

Voorts overwoog het hof in rechtsoverweging 3.5. dat geen goede grond bestaat om het onderkruipersverbod analoog op situaties van contracting toe te passen. Hieruit volgt dat in het geval een werkgever gedurende een staking op grond van een overeenkomst van contracting met een andere onderneming, arbeidskrachten van deze onderneming de bestaakte werkzaamheden laat verrichten, het onderkruipersverbod niet wordt overtreden. Het Hof overwoog dat de reden voor deze rechtsoverweging uit de wetsgeschiedenis en de wettekst van de Waadi volgt.

3.2.4. Relevantie van het NedTrain-arrest: Contracting uitgesloten van het onderkruipersverbod

Uit het NedTrain-arrest volgen twee belangrijke rechtsoordelen over de vraag of het plaatsen van arbeidskrachten op bestaakte werkzaamheden op grond van contracting gedurende een staking in strijd is met het onderkruipersverbod.

Het eerste rechtsoordeel uit het NedTrain-arrest houdt in dat het onderkruipersverbod alleen geldt voor de werkgever die arbeidsovereenkomsten heeft met de stakende werknemers. In het geval een werkgever op grond van een aannemingsovereenkomst of een opdrachtovereenkomst, een opdrachtnemer de opdracht geeft om met diens arbeidskrachten werkzaamheden te verrichten (die een opdrachtnemer eerst door de eigen werknemers liet verrichten) op de werkplekken, terreinen of vervoersmiddelen van de werkgever, en vervolgens bij de opdrachtnemer een staking plaatsvindt, is de werkgever een derde in de zin van het onderkruipersverbod. De uitbestedende werkgever overtreedt in dat geval niet het onderkruipersverbod. Doordat de werkgever als derde niet betrokken is bij het collectieve arbeidsconflict, staat het hem vrij om – in het geval een staking uitbreekt – de bestaakte werkzaamheden door eigen personeel te laten verrichten of een via een externe partij zoals een uitzendbureau uitzendkrachten in te schakelen om de bestaakte werkzaamheden te verrichten. Uit dit rechtsoordeel volgt dat een bestaakte werkgever dus door uitbesteding het onderkruipersverbod kan omzeilen. Het eerste rechtsoordeel duid ik daarom aan als de uitbestedingsbeperking.

Het tweede rechtsoordeel houdt in dat als een werkgever in aanloop naar of gedurende een staking arbeidskrachten van een ander bedrijf op grond van een contractingsovereenkomst inschakelt om de bestaakte werkzaamheden te verrichten, niet in strijd met het onderkruipersverbod ex artikel 10 Waadi wordt gehandeld. Met andere woorden: Het inlenen van arbeidskrachten op grond van een contractingsovereenkomst valt buiten de reikwijdte van het onderkruipersverbod. Dit blijkt uit rechtsoverweging 3.5. waarin het Hof in haar oordeel

analoge toepassing van het onderkruipersverbod afwijst. Het tweede rechtsoordeel duid ik daarom aan als de contracting-beperking.

Het hof is summier in zijn motivatie waarom de analoge toepassing afwijst. Aannemelijk is dat het hof tot dit oordeel komt omdat in het geval een werkgever gedurende een staking andere arbeidskrachten op grond van contracting inhuurt, de arbeidskrachten niet onder toezicht en leiding van de inlener werken. De STAR overwoog in haar rapport van 1994 al dat aannemingsovereenkomsten naar alle waarschijnlijkheid niet onder het onderkruipersverbod vielen omdat bij zulke overeenkomsten geen sprake is van leiding en toezicht bij de inlener. Het tweede rechtsoordeel duid ik aan als de contracting-beperking

3.2.5. De verenigbaarheid van het NedTrain-arrest met het doel van het onderkruipersverbod

Contracting heeft een negatief effect op de effectiviteit van stakingen. Dit volgt zowel uit de rechtspraak als uit adviezen van de sociale partners. Zo oordeelde de rechtbank Amsterdam in het NedTrain/FNV-arrest dat in de situatie dat een werkgever taken uitbesteed aan een andere onderneming die voor eigen rekening en risico werkzaamheden voor de werkgever uitvoert, en waarbij het in geval van een staking, het de werkgever vrijstaat om de bestaakte werkzaamheden op grond van een opdrachtovereenkomst aan een ander uit te besteden, afbreuk wordt gedaan aan de kracht van het collectieve actiemiddel. In het evaluatierapport van de STAR uit 2004⁵² werd overwogen dat spanning bestaat tussen de strekking van het onderkruipersverbod en het laten uitvoeren van de bestaakte werkzaamheden door personeel van een ander op grond van een opdrachtovereenkomst of aannemingsovereenkomst onder toezicht en leiding van die ander. De STAR overwoog verder in het rapport dat gebruik van contracting in stakingsgevallen leidt tot misbruik en ontwijking van het onderkruipersverbod. De STAR is van mening dat dergelijke praktijken als onrechtmatig zouden moeten worden aangemerkt en pleit voor een ruime uitleg of analoge uitleg van artikel 10 Waadi. Verdere negatieve effecten van contracting op de arbeidsvoorwaarden van arbeidskrachten zijn reeds uiteengezet in paragraaf 3.2.1.

Het gevolg van het eerste rechtsoordeel uit het NedTrain-arrest is dat een werkgever door het uitbesteden van (kern)werkzaamheden op grond van contracting de toepassing van het onderkruipersverbod kan omzeilen. Een dergelijke werkgever wordt als derde aangemerkt ten

⁵² STAR, Nota inzake de evaluatie van de Wet flexibiliteit en zekerheid en de evaluatie van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, 1 april 2004, publicatienr. 5/04, p. 20-21.

aanzien van een staking bij de onderneming c.q. opdrachtnemer waar de werkzaamheden aan zijn uitbesteedt terwijl de werkgever als opdrachtgever een grote mate van invloed op en belang heeft bij de uitvoering van de uitbesteedde werkzaamheden. Het staat de werkgever dan vrij om in het geval een staking uitbreekt bij de opdrachtnemer de normaal door de arbeidskrachten van de opdrachtnemer verrichtte werkzaamheden te laten verrichten door de eigen werknemers en/of uitzendkrachten. Een werkgever kan door op een dergelijke manier de onderneming in te richten preventief de schade voortkomend uit een staking voorkomen die deze werkgever wel zou leiden als hij een directe arbeidsrelatie met de stakende werknemers zou hebben. Het toelaatbaar zijn van dergelijke situaties van contracting heeft derhalve een negatief effect op de effectiviteit van stakingen.

Het gevolg van het tweede rechtsoordeel uit het NedTrain-arrest is dat een werkgever in aanloop naar of gedurende een staking de bestaakte werkzaamheden eenvoudig kan laten overnemen door op grond van een contractingsovereenkomst personeel van een andere onderneming de bestaakte werkzaamheden te laten verrichten. De werkgever zal hiermee de schade in grote mate kunnen beperken omdat de onderneming van de werkgever gedurende de staking operationeel zal blijven. Hierdoor is sprake van een negatief effect op de effectiviteit van de staking.

Uit het bovenstaande blijkt dat de rechtsoordelen van het NedTrain-arrest leiden tot een vermindering van de effectiviteit van stakingen. Het NedTrain-arrest is derhalve niet in overeenstemming met het doel van het onderkruipersverbod inhoudende het waarborgen van de effectiviteit van het stakingswapen.

3.3. Het EasyJet-arrest: De intra-concern-beperking

Op 19 juli 2019 wees de Hoge Raad een oordeel in een zaak tussen EasyJet Airline Company Limited en de Pilotenvakbond Vereniging Nederlandse Verkeersvliegers met betrekking tot het onderkruipersverbod.⁵³

3.3.1. De casus

In augustus 2015 was de vakbond VNV in overleg getreden met de EasyJet Holland met betrekking tot de collectieve arbeidsvoorwaarden van de piloten van EasyJet Holland. Vereniging Nederlandse Verkeersvliegers was een vakbond die de belangen van Nederlandse piloten behartigde. Easyjet Holland was een vestiging van de Engelse luchtvaartmaatschappij

⁵³ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1245, TRA 2019/87, m.nt. J.J.M. de Laat (EasyJet).

Easyjet Airline Company Limited. De piloten van EasyJet Holland hadden een arbeidsovereenkomst met deze Engelse vennootschap. Het overleg tussen VNV en EasyJet Holland mondde uit in een arbeidsconflict. Op 14 juni 2016 werd vanuit VNV verschillende stakingen aangekondigd bij EasyJet Holland waar piloten van EasyJet Holland aan deelnamen. In reactie op deze aangekondigde stakingen heeft EasyJet piloten van buitenlandse vestigingen ingezet op de bestaakte werkzaamheden. Naar aanleiding van de inzet van de buitenlandse piloten door EasyJet begon VNV een rechterlijke procedure en nam het standpunt in dat EasyJet het onderkruipersverbod overtrad door piloten van buitenlandse ondernemingen in te zetten om bestaakte werkzaamheden over te nemen.

3.3.2. Het rechtsoordeel van de Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelde in rechtsoverweging 3.1.2. dat het onderkruipersverbod zich niet uitstrekt tot gevallen waarin binnen een concern arbeidskrachten van het ene concernonderdeel aan het andere ter beschikking worden gesteld om bestaakte werkzaamheden over te nemen.⁵⁴ De Hoge Raad overwoog dat dit rechtsoordeel volgt uit de beperkte reikwijdte van het onderkruipersverbod die gegeven is in de parlementaire geschiedenis.

De Hoge Raad bevestigde in rechtsoverweging 3.2.2. het oordeel van het hof dat het onderkruipersverbod alleen toepasselijk is indien sprake is van terbeschikkingstelling in de zin van artikel 1 lid 1 sub c Waadi.⁵⁵ Het Hof oordeelde dat niet aan de definitie van terbeschikkingstelling wordt voldaan omdat EasyJet Holland een en dezelfde werkgever is als EasyJet Airline, waardoor geen sprake is van terbeschikkingstelling aan een ander zoals artikel 1 lid 1 sub c Waadi. Easyjet Airline was namelijk een vestiging van de onderneming EasyJet Holland. Het Hof oordeelde verder dat ook al werd aangenomen dat EasyJet Holland en EasyJet Airline twee separate ondernemingen waren, voldaan wordt aan de uitzondering in artikel 1 lid 3 sub c Waadi, inhoudende dat van terbeschikkingstelling in de zin van artikel 1 lid 1 sub c Waadi geen sprake is als de onderneming waar de arbeidskrachten ter beschikking worden gesteld in stand gehouden door dezelfde ondernemer die de arbeidskrachten ter beschikking stelt.

De Hoge Raad overwoog verder nog dat het feit dat buitenlandse piloten zijn ingezet om de bestaakte werkzaamheden over te nemen, welke buiten het collectieve

⁵⁴ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1245, r.o. 3.1.2., TRA 2019/87, m.nt. J.J.M. de Laat (*EasyJet*).

⁵⁵ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1245, r.o. 3.2.2., TRA 2019/87, m.nt. J.J.M. de Laat (*EasyJet*).

arbeidsvoorwaardenconflict stonden en betere arbeidsvoorwaarden hadden, geen invloed heeft op het toepasbaar zijn van het onderkruipersverbod.

3.3.3. Relevantie van het EasyJet-arrest

Uit het EasyJet-arrest volgt dat het uitlenen van arbeidskrachten van een concernonderdeel aan een ander concernonderdeel om bestaakte werkzaamheden te verrichten bij dat laatste concernonderdeel niet onder het onderkruipersverbod ex artikel 10 Waadi valt. De reden dat intra-concern uitlenen niet onder het onderkruipersverbod valt is omdat intra-concern uitlenen op grond van artikel 1 lid 3 sub c Waadi uitgezonderd wordt van het terbeschikkingstellingsbegrip. Het rechtsoordeel in dit arrest duid ik daarom aan als de intra-concern-beperking.

Uit het Easyjet-arrest volgt verder dat het onderkruipersverbod niet toepasbaar is in de situatie dat arbeidskrachten vanuit een vestiging van een onderneming ter beschikking worden gesteld aan een andere vestiging van dezelfde onderneming om bestaakte werkzaamheden in de andere vestiging over te nemen. De ratio hierachter is – vrij logisch – dat een werkgever het eigen personeel vrij kan alloceren binnen de onderneming. De parlementaire geschiedenis van artikel 10 Waadi biedt naar mijn mening geen aanknopingspunten voor het toepasbaar zijn van het onderkruipersverbod in deze situatie.

3.3.4. De verenigbaarheid van het EasyJet-arrest met het doel van het onderkruipersverbod

Artikel 10 Waadi waarborgt de effectiviteit van het stakingsrecht van reguliere werknemers. In geval sprake is van een staking is gezien de ratio van het onderkruipersverbod, behoefte aanwezig om het onderkruipersverbod toepasbaar te laten zijn in het geval externe arbeidskrachten de bestaakte werkzaamheden overnemen. De Hoge Raad geeft in rechtsoverweging 3.1.1. aan dat de ratio van het onderkruipersverbod volgend, reden aanwezig is om het onderkruipersverbod toe te passen in geval van intra-concern uitlenen. In diezelfde rechtsoverweging oordeelt de Hoge Raad echter dat het onderkruipersverbod niet toepasselijk is in geval van intra-concern uitlenen vanwege het terbeschikkingstellingsbegrip in de Waadi. Naar mijn mening kan dit worden opgevat als een observatie van de Hoge Raad dat de systematiek van de Waadi niet passend is bij het doel van de Waadi. Met enige fantasie zou een kritische lezer deze overweging als kritiek kunnen opvatting op de plaatsing van het onderkruipersverbod in de Waadi.

Het rechtsoordeel van de Hoge Raad houdt een beperking van de reikwijdte van het onderkruipersverbod in. Werknemers die naar aanleiding van een arbeidsconflict staken in een onderneming die onderdeel uitmaakt van een (groot) concern, kunnen – anders dan bij ondernemingen die geen onderdeel uitmaken van een groep – geconfronteerd worden met arbeidskrachten uit een andere onderneming binnen het concern die hun bestaakte werkzaamheden overnemen. Het effect van de staking van de reguliere werknemers bij de bestaakte onderneming is een stuk minder groot omdat de exploitatie van de bestaakte onderneming gewoon doorgaat. Hierbij is het niet relevant of de groep terbeschikkinggestelde arbeidskrachten buiten het cao-overleg van de stakende werknemers staan. Indien dit het geval is wordt inbreuk gemaakt op het cao-overleg wat een negatief effect heeft op het collectieve onderhandelingsrecht en het daaraan verbonden stakingsrecht van de stakende werknemers. Hun onderhandelingspositie wordt immers beschadigd door het verrichten van ‘besmet werk’ van de terbeschikkinggestelde arbeidskrachten.

Ook is het niet relevant of de uitlenende onderneming in het buitenland is gevestigd en de arbeidsovereenkomsten van de werknemers door een geheel ander rechtsstelsel en systeem van collectief overleg worden beheerst.

De beperkende werking die aan de reikwijdte van het onderkruipersverbod wordt gegeven in het EasyJet-arrest is des te meer relevant, gezien het feit dat steeds meer ondernemingen onderdeel uitmaken van concerns, en dat bestaande concerns steeds groter worden in omvang en steeds vaker een internationaal karakter hebben. Dit is voor een deel een logisch gevolg van de steeds meer toenemende globalisering. Het gevolg hiervan is dat doordat steeds meer ondernemingen deel uitmaken van een concern, de intra-concern-uitzondering meer gebruik zal vinden in de praktijk. Ergo, het effect van stakingen zal minder groot zijn doordat een werkgever in meer gevallen de schade kan beperken door een beroep te doen op de intra-concern-uitzondering.

Uit het bovenstaande volgt dat het rechtsoordeel van de Hoge Raad in het EasyJet-arrest een negatief effect heeft op de effectiviteit van het stakingsmiddel. Het EasyJet-arrest is derhalve niet in overeenstemming met het doel van het onderkruipersverbod inhoudende het waarborgen van de effectiviteit van het stakingswapen.

3.4. De uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant: de normadressant-beperking

Op 24 januari 2019 heeft de rechtbank Oost-Brabant een oordeel gegeven met betrekking tot het onderkruipersverbod.⁵⁶

3.4.1. De casus

Jumbo Distributiecentrum B.V. was onderdeel van het supermarktconcern Jumbo. Tussen Jumbo en de vakbonden FNV en CNV was een ondernemings-cao afgesloten die op 1 april 2016 in werking trad. In deze cao was bepaald dat partijen voor 1 april 2017 in overleg zouden treden over de verlenging van de ondernemings-cao. De onderhandelingen hierover liepen uit op een arbeidsconflict, waarna in de periode van 3 april tot en met 21 april 2016 verschillende collectieve acties werden georganiseerd door CNV en FNV waaronder een werkstaking. OTTO Workforce b.v. was een internationaal uitzendbureau die arbeidskrachten aan Jumbo Distributiecentrum uitzond gedurende het gehele jaar.

De Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid had in haar rapport van 20 november 2017 vastgesteld dat gedurende de staking door OTTO Workforce b.v. arbeidskrachten waren uitgezonden aan Jumbo die daar bestaakte werkzaamheden hadden verricht. Verder was in het rapport vastgesteld dat de uitzendkrachten die normaliter op een andere afdeling van Jumbo Distributiecentrum werkten, gedurende de staking de bestaakte werkzaamheden hadden verricht. In het rapport werd OTTO Workforce aangemerkt als partij die het onderkruipersverbod had overtreden. FNV en CNV stelden zowel Jumbo Distributiecentrum b.v. als OTTO Workforce b.v. aansprakelijk wegens schending van het onderkruipersverbod ex artikel 10 Waadi en begonnen een gerechtelijke procedure.

3.4.2. Het oordeel van de rechtbank Oost-Brabant en de relevantie daarvan

In rechtsoverweging 4.7. oordeelde de rechtbank dat artikel 10 Waadi ziet op het voorkomen dat met het ter beschikking stellen van arbeidskrachten de effectiviteit van het stakingsmiddel wordt verstoord.⁵⁷

In rechtsoverweging 4.8. oordeelde de rechtbank met verwijzing naar de wettekst van de artikelen 10 Waadi en 1 sub c Waadi dat het onderkruipersverbod zich uitsluitend richt tot degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt aan een ander.⁵⁸

⁵⁶ Rechtbank Oost-Brabant 24 januari 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:89, JAR 2019/42.

⁵⁷ Rechtbank Oost-Brabant 24 januari 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:89, r.o. 4.7., JAR 2019/42.

⁵⁸ Rechtbank Oost-Brabant 24 januari 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:89, r.o. 4.8., JAR 2019/42.

In rechtsoverweging 4.9. oordeelde de rechtbank dat een bestaakte werkgever die profiteert van het schenden van het onderkruipersverbod door een intermediair die arbeidskrachten ter beschikking stelt aan ander niet onrechtmatig handelt.⁵⁹

De rechtbank oordeelde aan de hand van deze overwegingen dat Jumbo als bestaakte werkgever niet onrechtmatig handelde door ter beschikking gestelde arbeidskrachten op bestaakte werkzaamheden te plaatsen.

Uit de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant volgt dat op grond van de wettekst van artikel 10 Waadi alleen de partij die arbeidskrachten ter beschikking stelt aan een ander het onderkruipersverbod kan overtreden. Een bestaakte werkgever is geen normadressant van artikel 10 Waadi en kan het onderkruipersverbod dus niet overtreden. Uit de uitspraak volgt verder dat een bestaakte werkgever die profiteert van een schending van het onderkruipersverbod door een intermediair niet onrechtmatig handelt. De omstandigheden dat een bestaakte werkgever de uitzendkrachten zelfstandig verplaatst van een niet bestaakte afdeling naar een wel bestaakte afdeling, wetenschap heeft dat hij hiermee bijdraagt aan overtreding van het onderkruipersverbod, en hier ook voor gewaarschuwd is, maken dat niet anders. Onder deze omstandigheden is nog steeds alleen de intermediair aansprakelijk.

3.4.3. Verenigbaarheid van het oordeel van de rechtbank Oost-Brabant met het doel van het onderkruipersverbod

Uit de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant volgt dat een bestaakte werkgever het onderkruipersverbod niet kan overtreden als hij ter beschikking gestelde arbeidskrachten de bestaakte werkzaamheden laat verrichten. De norm van het onderkruipersverbod richt zich dus uitsluitend richting de partij die arbeidskrachten ter beschikking stelt, gewoonlijk een uitzendbureau of andere intermediair. Dit is ook het geval indien de bestaakte werkgever uitzendwerknemers binnen de eigen onderneming verplaatst van niet-bestaakte naar bestaakte werkzaamheden. Doordat de norm zich niet richt tegen de bestaakte werkgever, bestaat geen hindernis voor werkgevers om gedurende een staking actief op zoek te gaan naar personeel om de staking te breken. Iedere werkgever heeft belang om de onderneming of organisatie die hij exploiteert operationeel te houden, onafhankelijk van de vraag of een werkgever maximalisering van de winst nastreeft of een andersoortig doel heeft. Voor een bestaakte werkgever bestaat derhalve geen juridische hindernis om gedurende een staking bestaakte

⁵⁹ Rechtbank Oost-Brabant 24 januari 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:89, r.o. 4.8., JAR 2019/42.

werkzaamheden door externe arbeidskrachten te laten verrichten, maar wel een sterke (economische) motivatie.

Hierbij dient in ogenschouw worden genomen dat een bestaakte werkgever in de driehoeksrelaties, bestaakte werkgever, intermediair en werknemers dikwijls de sterkste onderhandelingspositie heeft. Dit geldt temeer in het geval sprake is van een grote en financieel krachtige werkgever zoals Jumbo, een van de grootste spelers in de supermarktsector. Werkstakingen worden in Nederland gewoonlijk georganiseerd door de vakbonden en zijn groots qua omvang. Bij kleine werkgevers met een minder sterke onderhandelingspositie vinden stakingen nagenoeg nooit plaats. Daar waar de bestaakte werkgever over het algemeen een sterke onderhandelingspositie hebben, hoeft dit niet het geval te zijn bij intermediairs. Uit het Bootlieden-arrest volgt immers dat het begrip ‘degene die arbeidskrachten ter beschikking aan een ander’ ruim moet worden uitgelegd en dat geen professionaliteitseisen gelden voor degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt. Van een professionele partij uitzendbureau met gedegen juridische kennis hoeft derhalve geen sprake te zijn. Zo kon in het Verenigde Bootlieden-arrest een belangenvereniging van zelfstandige bootlieden als overtreder van het onderkruipersverbod worden aangemerkt terwijl deze vereniging niet bekend was het feit dat zij normadressant was van artikel 10 Waadi. Gezien de bovengenoemde omstandigheden en het feit dat geen juridische hindernis voor een werkgever bestaat om uitzendkrachten in te huren om deze vervolgens de bestaakte werkzaamheden te laten verrichten, zullen bestaakte werkzaamheden vaker verricht worden door uitzendkrachten. Uit het bovenstaande volgt dat het rechtsoordeel van de rechtbank Oostbank een negatief effect heeft op de effectiviteit van het stakingsmiddel. Het oordeel van de rechtbank Oost-Brabant is derhalve niet in overeenstemming met het doel van het onderkruipersverbod inhoudende het waarborgen van de effectiviteit van het stakingswapen.

3.5. Het Bootlieden-arrest: Een ruimte interpretatie van het onderkruipersverbod

Op 8 maart 2016 wees het Gerechtshof Den Bosch een oordeel in een zaak tussen het FNV en de Nederlandse Bootlieden Vereniging met betrekking tot het onderkruipersverbod.

3.5.1. De casus

In december 2010 was tussen FNV en de Vlissingse Bootliedenwacht een arbeidsconflict ontstaan met betrekking tot het afsluiten van een collectieve arbeidsovereenkomst. De Bootliedenwacht had als werkzaamheden het helpen bij het aan- en afmeren van schepen in de

haven van Vlissingen. Voor het uitvoeren van deze werkzaamheden beschikte de Bootliedenwacht over een vergunning. Het merendeel van de werknemers viel onder een door FNV met de Bootliedenwacht afgesloten cao. Naar aanleiding van het arbeidsconflict vond een collectieve actie plaats bij de Bootliedenwacht, waaraan de helft van de werknemers aan deelnamen. Naar aanleiding van de staking was namens de Bootliedenwacht door de havenautoriteit Zeeland Seaports aan de Nederlandse Bootlieden Vereniging om bijstand gevraagd. ZSP was een publiekrechtelijke rechtspersoon die zorg droeg voor de veiligheid van de Vlissingse haven. De Nederlandse Bootlieden vereniging had als leden bootlieden. De bootlieden van de Bootlieden Vereniging beschouwden zichzelf als zelfstandigen die zonder aansturing van de Bootliedenwacht de werkzaamheden konden verrichten. Deze bootlieden voerden vervolgens de bestaakte werkzaamheden samen met de werkwillige werknemers van de Bootliedenwacht uit. De Bootliedenwacht leverde wel vervoer, kleding en materiaal aan deze zelfverklearde zelfstandigen ter uitvoering van de werkzaamheden. De Bootlieden Vereniging had zelf geen personeel in dienst en had de oproep van de havenautoriteit om personeel slechts doorgestuurd aan haar leden.

De FNV was van mening dat door het werkzaam zijn van de zelfstandige bootlieden bij de Bootliedenwacht het onderkruipersverbod was overtreden.

3.5.2. Het oordeel van het Gerechtshof Den Bosch

In rechtsoverweging 3.6.2. oordeelde het Hof dat uit de tekst van artikel 10 Waadi ‘volgt dat zowel de havenautoriteit als NBV kunnen worden aangemerkt als ‘degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt’ in de zin van artikel 10 Waadi.⁶⁰

In rechtsoverweging 3.6.3. oordeelde het Hof dat voor de toepasselijkheid van artikel 10 Waadi de rechtsverhouding tussen de partij die arbeidskrachten ter beschikking stelt en de bestaakte werkgever in beginsel niet bepalend is.⁶¹ In deze rechtsoverweging oordeelde het Hof verder nog dat het niet relevant is dat de havenautoriteit geen uitzendbureau of een andersoortige intermediair is voor de vraag of sprake is van een entiteit die arbeidskrachten ter beschikking stelt in de zin van artikel 10 Waadi.

In rechtsoverweging 3.6.5. overwoog het Hof dat voor de vraag of arbeidskrachten ter beschikking zijn gesteld bij VBL in de zin van artikel 10 Waadi niet afdoende is dat

⁶⁰ Hof Den-Bosch 8 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:864, r.o.3.6.2., *JAR* 2016/94, m.nt. M. van Eck (*Bootlieden*)

⁶¹ Hof Den-Bosch 8 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:864, r.o.3.6.3., *JAR* 2016/94, m.nt. M. van Eck (*Bootlieden*)

arbeidskrachten de bestaakte werkzaamheden overnemen.⁶² Vereist is dat de bestaakte werkzaamheden in het bestaakte bedrijf worden overgenomen. Als de bestaakte werkzaamheden buiten het bestaakte bedrijf om worden uitgevoerd dan is geen sprake terbeschikkingstelling ‘in het bedrijf of onderneming waar de werkstaking heerst’ in de zin van artikel 10 Waadi.

Doordat de door de havenautoriteit ingehuurde bootlieden door VBL boten, veiligheidsvesten en portofoons hadden ontvangen en een werkinstructie hadden gekregen met betrekking tot de indeling van de Vlissingse Haven, oordeelde het Hof dat de ingehuurde bootlieden in het bedrijf van VBL werkzaam waren. Verder wees de omstandigheid dat de ingehuurde bootlieden samen met de niet stakende werknemers van VBL werkzaamheden hadden uitgevoerd, dat ze in de onderneming van VBL werkzaam waren. Volgens het Hof was niet gebleken dat de zelfstandige bootlieden de werkzaamheden die zij verrichtten zelfstandig en onafhankelijk van de onderneming VBL konden uitvoeren.

Het hof overwoog in rechtsoverweging 3.6.6. dat de eisen van toezicht en leiding niet stringent zijn.⁶³ Het hof overwoog verder dat het argument van de Arbeidsinspectie dat de ingehuurde bootlieden als zzp’ers werkzaam zijn en de inhoudelijke werkzaamheden zelfstandig uit kunnen voeren, niet maken dat geen sprake was van het werken van de bootlieden onder toezicht en leiding van VBL. Het Hof overwoog hierover dat aan de eisen van toezicht en leiding al is voldaan als ‘arbeidskrachten onder de vlag van de bestaakte werkgever’ werken. Het Hof oordeelde vervolgens met verwijzing naar de argumentatie in rechtsoverweging 3.6.5. dat sprake is van is van toezicht en leiding van ZSP ten opzichte van de ingehuurde bootlieden.

Het Hof oordeelde in rechtsoverweging 3.6.7. dat het vereiste ‘tegen vergoeding’ uit artikel 1 lid sub c Waadi niet van belang is voor de vraag of het onderkruipersverbod was overtreden.⁶⁴ Het Hof oordeelt dat in de beginwoorden van artikel 10 Waadi kennelijk niet een verwijzing naar de begripsbepaling van de Waadi ligt besloten.

In rechtsoverweging 3.8.1. oordeelde het Hof dat ook NBV het onderkruipersverbod heeft overtreden door het doorsturen van de oproep van ZSP aan haar leden om hulp bij het aan- en

⁶² Hof Den-Bosch 8 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:864, r.o.3.6.5., *JAR* 2016/94, m.nt. M. van Eck (*Bootlieden*)

⁶³ Hof Den-Bosch 8 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:864, r.o.3.6.6., *JAR* 2016/94, m.nt. M. van Eck (*Bootlieden*)

⁶⁴ Hof Den-Bosch 8 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:864, r.o.3.6.7., *JAR* 2016/94, m.nt. M. van Eck (*Bootlieden*)

afmeren van schepen in de Vlissingse haven.⁶⁵ Het hof overwoog dat deze handelwijze als terbeschikkingstelling in de zin van artikel 10 Waadi kwalificeert. Het hof overwoog daarbij dat de wet geen onderscheid maakt naar de zwaarte van terbeschikkingstelling en stelde de gedachte uit de wetsgeschiedenis dat besmet werk niet gefrustreerd mag worden voorop.

3.5.3. Relevantie van het Verenigd Bootlieden-arrest

In het Verenigd Bootlieden-arrest zijn verschillende rechtsoordelen gegeven die van belang zijn voor de reikwijdte van het onderkruipersverbod. In het Verenigd Bootlieden-arrest zijn rechtsoordelen gegeven met betrekking tot het onderkruipersverbod ten aanzien van de criteria ‘terbeschikkingstelling’, ‘leiding en toezicht, ‘degene’.

Opvallend is dat – in tegenstelling tot de andere uitspraken die in dit hoofdstuk worden behandeld de oordelen van het Hof een verruiming van de reikwijdte van het onderkruipersverbod inhouden. Des te meer opvallend is dat het Hof de achterliggende gedachte van het onderkruipersverbod dat besmet werk niet gefrustreerd mag worden door plaatsen van arbeidskrachten op dat werk, vooropstelt. Onderstaand zullen de verschillende aspecten uit het Verenigd Bootlieden-arrest behandeld worden.

Uit het Verenigd Bootlieden-arrest volgt dat het begrip ‘degene’ die arbeidskrachten ter beschikking stelt in de zin van artikel 10 Waadi ruim dient worden uitgelegd. Voor het zijn van ‘degene’ in de zin van artikel 10 Waadi is de rechtsverhouding tussen de ter beschikking stellende partij en de bestaakte werkgever niet relevant. Elke entiteit die arbeidskrachten ter beschikking stelt kan normadressant van artikel 10 Waadi zijn, ook al is deze entiteit geen uitzendbureau of anderszins beroepsmatige intermediair. Uit het arrest volgt dat zelfs niet vereist is dat een contractuele relatie tussen deze entiteit en de bestaakte werkgever bestaat. Doordat het begrip ‘degene’ in de zin van artikel 10 Waadi ruim wordt uitgelegd, is eerder sprake zijn van een intermediair of uitlener in de zin van het onderkruipersverbod. Het onderkruipersverbod is door de uitleg van het criterium ‘degene’ in dit arrest dus eerder van toepassing.

Uit het oordeel van het hof volgt dat de eisen van toezicht en leiding in de zin van artikel 1 lid 1 sub c Waadi ruim dienen te worden uitgelegd. Als de terbeschikkinggestelde arbeidskrachten behulpzaam zijn bij het verrichten van de werkzaamheden van niet-stakende werknemers en van de inlener materialen en enkele niet-inhoudelijke werkinstructies krijgen,

⁶⁵ Hof Den-Bosch 8 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:864, r.o.3.8.1., *JAR* 2016/94, m.nt. M. van Eck (*Bootlieden*)

is voldaan aan het vereiste van toezicht en leiding. Dat de terbeschikkinggestelde arbeidskrachten normaliter als zelfstandigen werkzaam zijn en de inhoudelijke werkzaamheden bij de inlener zelfstandig kunnen uitvoeren is hierbij niet relevant. Het hof verduidelijkt dit door te oordelen dat sprake is van toezicht en leiding als arbeidskrachten onder de vlag van de bestaakte werkgever in het bedrijf van de bestaakte werkgever arbeid hebben verricht. Doordat aan de eisen van toezicht en leiding snel wordt voldaan, zal een ingehuurde arbeidskracht die werkzaamheden met een grote mate van zelfstandigheid verricht toch onder toezicht en leiding van de inlener staan. Opvallend is dat de ruime invulling van het begrip leiding en toezicht uit het onderliggende arrest verschilt met de minder ruime invulling die de Hoge Raad aan dit begrip heeft gegeven in het enkele maanden later gewezen StiPP/Care4Care-arrest met betrekking tot de opdrachtovereenkomst ex artikel 7:690 BW.⁶⁶ Door de ruime uitleg van het begrip leiding en toezicht in het onderliggende arrest houdt dit rechtsoordeel een verruiming in van de reikwijdte van het onderkruipersverbod.

Verder volgt uit het Verenigd Bootlieden-arrest dat snel voldaan is aan het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de zin van artikel 1 lid 1 sub c Waadi. Uit het oordeel van het hof volgt dat het doorsturen van een oproep voor arbeidskrachten bij een bestaakte onderneming van een derde partij door een beroepsvereniging aan haar leden al voldoende is voor het aannemen van terbeschikkingstelling. De zwaarte van terbeschikkingstelling is hierbij niet relevant.

Ook volgt uit het Verenigd Bootlieden-arrest dat in het geval de inlener geen vergoeding betaalt voor de terbeschikkingstelling aan de uitlener, dit geen invloed heeft op de vraag of sprake is van terbeschikkingstelling in de zin van het onderkruipersverbod. Opvallend is dat het hof hierbij oordeelt dat in artikel 10 Waadi kennelijk niet een verwijzing naar de begripsbepaling van de Waadi besloten ligt, waarin de vergoedingseis expliciet is opgenomen. In het arrest wordt niet strikt vastgehouden aan het begrippenkader van artikel 1 Waadi.

3.5.4. De verenigbaarheid van het Verenigd Bootlieden-arrest met het doel van het onderkruipersverbod

Uit het bovenstaande volgt dat het oordeel van het hof in het Verenigd Bootlieden-arrest een verruiming inhoudt van verschillende elementen van artikel 1 lid 1 sub c Waadi en artikel 10 Waadi. Achtereenvolgens wordt het criterium ‘degene’ in de zin van artikel 10 Waadi en de

⁶⁶ HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, NJ 2017/370, m.nt. E. Verhulp (*StiPP/Care4Care*).

criteria ‘onder leiding en toezicht’, ‘ter beschikken stellen’ en ‘tegen vergoeding’ in de zin van artikel 1 lid 1 sub c Waadi verruimd. Deze ruime uitleg van het hof heeft tot gevolg dat het onderkruipersverbod in meer situaties van toepassing is. Ergo, in geval van een staking zal het voor een werkgever minder makkelijk zijn om de staking te breken door bestaakte werkzaamheden te laten verrichten door externe arbeidskrachten. Doordat een staking minder snel te breken is, zal dit de effectiviteit van de staking versterken. Hieruit volgt dat het oordeel van het hof in het Verenigd Bootlieden-arrest in overeenstemming is met het doel van het onderkruipersverbod, inhoudende het waarborgen van de effectiviteit van het stakingsmiddel.

3.6. De verhouding tussen het Verenigd Bootlieden-arrest en de overige uitspraken

Uit de analyse van de bovenstaande uitspraken volgt dat een onderscheid gemaakt kan worden tussen het Bootlieden-arrest en de overige uitspraken. In het Bootlieden arrest wordt verwezen naar de achterliggende gedachte en strekking van het onderkruipersverbod dat besmet werk niet gefrustreerd mag worden door het inzetten van externe arbeidskrachten. Het Hof geeft een ruime interpretatie aan elementen van het onderkruipersverbod die in lijn zijn met het beschermingsdoel van artikel 10 Waadi. Het Hof gaat zelfs zo ver door dat het – in verband met de vergoedingseis – oordeelde dat het begrippenkader van de Waadi niet toepasbaar is op het onderkruipersverbod. In het Verenigd Bootlieden-arrest staat dus een teleologische interpretatie van het onderkruipersverbod voorop.⁶⁷ De oordelen in de overige uitspraken in dit hoofdstuk houden een beperking op de reikwijdte van het onderkruipersverbod. In het EasyJet-arrest en het NedTrain-arrest ligt het wettelijke begrippenkader van de Waadi, welke bepaalde arbeidsvormen en situaties uitsluit van het terbeschikkingstellingbegrip, ten grondslag aan de rechtsoverwegingen die beperkingen op de reikwijdte van het onderkruipersverbod inhouden. In de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant was de wettelijke formulering van het onderkruipersverbod de reden achter het beperkende oordeel van de rechtbank. In de overige arresten wordt objectief naar wettekst van de Waadi gekeken om tot de beperkende overwegingen te komen. In de overige arresten staat derhalve een (objectieve) wetssystematische interpretatie van het onderkruipersverbod voorop.⁶⁸ Deze twee wijzen van interpretaties leiden tot innerlijke tegenstrijdigheden.

Tussen het oordeel van het Hof in het Verenigd Bootlieden aan de ene kant en het oordeel in het NedTrain-arrest betreffende contracting lijkt een spanning te zitten. Uit het NedTrain-

⁶⁷ M. Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia 2014, p. 130-131.

⁶⁸ M. Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia 2014, p. 134-137.

arrest volgt dat de aannemingsovereenkomst niet onder de reikwijdte van het onderkruipersverbod valt omdat de arbeidskrachten niet onder leiding en toezicht van de inlener staan. Af te vragen valt of de ruime uitleg in het Verenigd Bootlieden-arrest niet met zich meebrengt dat in de casus van het NedTrain-arrest sprake was van leiding en toezicht bij NedTrain. De omstandigheden de contracting-arbeidskrachten werkzaam waren in de treinstellen van NedTrain en NedTrain een bepaalde instructiemacht had over deze werknemers lijken – naar mijn mening – te wijzen op leiding en toezicht bij NedTrain. Ook tussen het Easyjet-arrest en het Bootlieden-arrest bestaat spanning. In het Easyjet oordeelde de Hoge Raad dat het begrippenkader van artikel 1 Waadi de reden was om te oordelen dat het onderkruipersverbod niet toepasbaar is in situaties van intra-concern uitlenen. In het Verenigde bootlieden-arrest werd in rechtsoverweging 3.6.7. geoordeeld dat in de wettekst van artikel 10 niet een verwijzing besloten ligt naar de begripsbepaling van artikel 1 Waadi. Het hof voerde dit argument aan om de vergoedingseis uit artikel 1 sub c niet toepasselijk te verklaren op het onderkruipersverbod.

In het Bootlieden-arrest heeft het Hof Den Bosch dus niet strikt vastgehouden aan het begrippenkader van artikel 1 Waadi. Gezien dit oordeel, dringt zich de vraag aan of het mogelijk is om voorbij te gaan aan de terbeschikkingstellingsuitzondering ex artikel 1 lid 3 sub c Waadi welke centraal stond in het EasyJet-arrest. Dit begrip staat immers ook in het begrippenkader van artikel 1 Waadi.

Voor zowel de meer teleologische interpretatie in het Bootlieden-arrest zijn als de meer objectieve wetssystematische interpretatie zijn goede argumenten aan te dragen. Gezien het doel van een wettelijk begrippenkader het eenduidige uitleggen van voor vaker in een wet voorkomende begrippen is en de Hoge Raad als rechtsvormende instantie voor de uitlegging van het onderkruipersverbod vasthoudt aan het begrippenkader van de Waadi, lijkt de meer objectieve wetssystematische interpretatie mij logischer. Het gevolg van het vasthouden aan de wetssystematiek van de Waadi heeft wel tot gevolg dat de reikwijdte van het onderkruipersverbod beperkt is.

3.7. De belangrijkste beperkingen

In voorgaande hoofdstukken is uiteengezet dat uit de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie volgt dat de reikwijdte van het onderkruipersverbod beperkt is. Uit deze hoofdstukken volgen de volgende beperkingen:

1. Het onderkruipersverbod geldt ten aanzien van de werkstaking bij de werkgever die een directe arbeidsrelatie heeft met de stakende werknemers. Hieruit volgt dat een werkgever door uitbesteding van werkzaamheden op grond van contracting zijn onderneming dusdanig in mag richten dat het onderkruipersverbod niet van toepassing is op in zijn onderneming stakende arbeidskrachten waarmee geen directe arbeidsrelatie bestaat. Een werkgever kan derhalve door uitbesteding werkzaamheden die tot de kern van de bedrijfsvoering van zijn onderneming behoren uitzonderen van de werking van het onderkruipersverbod zoals ook gebeurde in de casus van het NedTrain-arrest. Dit volgt uit het eerste rechtsoordeel van het NedTrain-arrest in paragraaf 3.2.6. en duid ik aan als de uitbestedingsbeperking;

2. Het onderkruipersverbod is niet (analoog) van toepassing op het inlenen van arbeidskrachten gedurende een staking op grond van aannemings- of opdrachtovereenkomsten. De reden hierachter is in deze situaties niet aan het vereiste van ‘terbeschikkingstelling’ overeenkomstig artikel 1 lid 1 sub c Waadi wordt voldaan omdat geen sprake is van toezicht en leiding bij de inlenende (bestaakte) werkgever. Dit volgt uit het tweede rechtsoordeel van het NedTrain-arrest in paragraaf 3.2.6. en duid ik aan als de contracting-beperking;

3. Het onderkruipersverbod is niet van toepassing als een bestaakte werkgever gedurende een staking werknemers van een andere onderneming behorend tot hetzelfde concern inzet om de bestaakte werkzaamheden te verrichten. Hierbij is het niet relevant dat de intra-concern ingeleende werknemers buiten het cao-overleg van de stakende werknemers vallen of in het buitenland werkzaam zijn. Het uitzonderen van intra-concern inlenen van het terbeschikkingstellingsbegrip in artikel 1 lid 3 sub c Waadi is de reden dat het onderkruipersverbod in deze situatie niet toepasselijk is. Dit volgt uit het rechtsoordeel van het EasyJet-arrest in paragraaf 3.4.3. en duid ik aan als de intra-concern-beperking;

4. Een bestaakte werkgever die uitzendkrachten inhuurt gedurende een staking handelt niet in strijd met het onderkruipersverbod. Alleen de intermediair is normadressant van het onderkruipersverbod. De reden hierachter is de terminologie van artikel 10 Waadi. De omstandigheid dat de bestaakte werkgever uitzendkrachten buiten weten van de intermediair om verplaatst van niet-bestaakte naar bestaakte werkzaamheden is hierbij niet relevant. Ook in dat geval is alleen de intermediair aansprakelijk. Dit volgt uit rechtsoordeel van de rechtbank Oost-Brabant in paragraaf 3.5.2. en duid ik aan als de intra-concern-beperking;

5. De toepassing van het onderkruipersverbod in de praktijk is onduidelijk omdat het niet helder is wanneer sprake is van een causaal verband tussen het inhuren van arbeidskrachten en het verloop van de staking. De reden hierachter is dat de aanwezigheid van het causale verband niet duidelijk uit de wettekst van artikel 10 Waadi volgt. Dit volgt uit overwegingen uit het ministeriële evaluatierapport over de Waadi in uit paragraaf 2.3.1. en duid ik aan als de causaliteitsbeperking.

3.8. Tussenconclusie

De gesignaleerde beperkingen en problemen hebben tot gevolg dat het voor de werkgever eenvoudig is om schade die gepaard gaat met een staking te beperken door de inzet van ‘externe’ arbeidskrachten en daarmee de staking te ‘breken’. Het is namelijk toegestaan om op grond van contracting of intra-concern inlening arbeidskrachten te plaatsen bij een bestaakte werkgever werkzaamheden zonder dat het onderkruipersverbod wordt overtreden. Het gevolg hiervan is dat het bedrijf of de onderneming van de werkgever gedurende de staking operationeel blijft en de kracht van het stakingswapen en daarmee de collectieve onderhandelingskracht van de stakers afneemt. Gezien de toename van contracting en concernvorming op de Nederlandse arbeidsmarkt, zal het negatieve effect op de kracht van het stakingswapen en het collectieve onderhandelingsrecht van werknemers aanzienlijk zijn.⁶⁹ Vooral voor grotere werkgevers is het derhalve eenvoudig om bestaakte werkzaamheden te laten verrichten door externe arbeidskrachten.

Ook het feit dat een werkgever geen normadressant is van het onderkruipersverbod heeft een negatief effectief effect op de kracht van het stakingswapen. Doordat de norm zich niet richt tegen de bestaakte werkgever, bestaat geen hindernis voor werkgevers om gedurende een staking actief op zoek te gaan naar personeel om de staking te breken. Daarnaast heeft de onduidelijkheid met betrekking tot het causale verband tot gevolg dat het onderkruipersverbod minder effectief wordt toegepast in de praktijk. Ook dit heeft een negatief effect op de kracht van het stakingswapen.

Op grond van het voorgaande en de vorige hoofdstukken kan de volgende conclusie worden getrokken.

Conclusie: De beperkte reikwijdte van het onderkruipersverbod zoals deze volgt uit de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak is niet in overeenstemming met het doel van het onderkruipersverbod, te weten het waarborgen van een effectief stakingsrecht. Het

⁶⁹ CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis 2020

terbeschikkingstellingbegrip met bijbehorende wettelijke uitzonderingen in de Waadi en de formulering van het onderkruipersverbod zijn de oorzaak achter de non-conformiteit tussen de reikwijdte en het doel van het onderkruipersverbod.

3.9. Noodzaak van een nieuwe regeling betreffende het onderkruipersverbod

Gezien het onderkruipersverbod slechts in beperkte mate bijdraagt aan de kracht van het stakingsrecht en het recht op collectieve onderhandelingen vanwege de plaatsing in de Waadi en de in de Waadi gebruikte begrippen die ‘doorwerken’ in de reikwijdte van het onderkruipersverbod, bestaat aanleiding om het huidige onderkruipersverbod aan te passen. Het is niet alleen vanuit wetgevend perspectief van belang dat het onderkruipersverbod in overeenstemming wordt gebracht met het daaraan door de wetgever gegeven doel. Met het onderkruipersverbod worden de belangen van het stakingsrecht en – gezien stakingen het belangrijkste pressiemiddel voor werknemers zijn om hun collectieve onderhandelingspositie te versterken – het collectieve onderhandelingsrecht gediend en deze belangen verdienen adequate bescherming. Met het oog hierop is het van belang om de wet te herzien en het onderkruipersverbod meer in lijn te brengen met het doel ervan. Dit wordt bereikt door een wettelijke regeling te introduceren waarmee de beperkingen en problemen die zijn opgesomd in paragraaf 4.1. verdwijnen of verminderen.

3.10. Het wetsvoorstel

In deze paragraaf worden de maatregelen geïntroduceerd in het wetsvoorstel uiteengezet. In bijlage 1 behorend bij deze scriptie is de wettekst van dit wetsvoorstel inclusief toelichtingen te vinden. Het wetsvoorstel bevat de volgende maatregelen:

1. In het begrippenkader van de Waadi wordt een apart (ruimer) terbeschikkingstellingsbegrip geïntroduceerd dat alleen van toepassing is op het onderkruipersverbod. Dit terbeschikkingstellingbegrip bevat niet de eis dat sprake moet zijn van leiding en toezicht bij de inlenende werkgever. Hiermee wordt bereikt dat ook het ‘inlenen’ van externe arbeidskrachten via contracting onder de reikwijdte van het onderkruipersverbod valt;

2. Met het wetsvoorstel wordt expliciet de regel ingevoerd dat het onderkruipersverbod alleen van toepassing is als een causaal verband bestaat tussen het verrichten van werkzaamheden door ingehuurde arbeidskrachten en het verloop van de staking. De bestaande problematiek met betrekking tot het onduidelijke causale verband wordt hiermee verholpen;

3. Met het wetsvoorstel wordt de regel ingevoerd dat intra-concern inlening gedurende een staking alleen is toegestaan als de ingeleende werknemers onder dezelfde collectieve arbeidsovereenkomst vallen als de stakende werknemers. Hiermee wordt tegemoetgekomen aan het belang binnen een concern om werknemers vrij te alloceren terwijl tegelijkertijd de belangen van het stakingsrecht en het collectieve onderhandelingsrecht blijven gewaarborgd;

4. In titel artikel 7:658d BW wordt een ‘tweede’ onderkruipersverbod geïntroduceerd dat zich expliciet jegens werkgever richt. Hiermee wordt bereikt dat werkgevers in wiens onderneming een werkstaking plaatsvindt ook normadressant van het onderkruipersverbod worden. De regeling in artikel 7:658d BW wordt zo vormgegeven dat deze dezelfde reikwijdte heeft als het herziene onderkruipersverbod ex artikel 10 Waadi.

3.11. De uitbestedingsbeperking verholpen het Bootlieden-arrest

Uit de vorige paragraaf volgt dat het wetsvoorstel geen specifieke maatregel inhoudt die voorkomt dat een werkgever op grond van contracting kernwerkzaamheden uitbestede, en zo deze werkzaamheden waar hij nog wel een grote mate van controle over heeft, uitsluit van de werking van het onderkruipersverbod. Naar mijn mening is deze problematiek reeds grotendeels verholpen door de ruime interpretatie die in het Bootlieden-arrest wordt gegeven aan het vereiste van leiding en toezicht. In dit arrest is eenmaal geoordeeld dat als geval een werkgever aan arbeidskrachten waarmee hij geen directe arbeidsrelatie heeft, enkele niet-inhoudelijke werkinstructies en aanwijzingen geeft sprake is van leiding en toezicht bij de werkgever. Naar verwachting is dus ook sprake bij van leiding en toezicht als hij op grond van contracting voor zijn onderneming wezenlijke werkzaamheden uitbestede aan een opdrachtnemer, en vervolgens enige controle behoudt over de manier hoe en met welke middelen de arbeidskrachten van de opdrachtnemer deze uitbestedde werkzaamheden uitvoeren.

Daarbij is het – omdat bij schijnconstructies opzettelijk een juridische voorstelling wordt gegeven die afwijkt van de feitelijke werkelijkheid - niet eenvoudig om een duidelijke wettelijke regeling te formuleren die op een voorspelbare wijze situaties waarin contracting als schijnconstructie wordt gebruikt te onderscheiden van situaties waarin contracting op een legitieme wijze wordt gebruikt. Gezien deze omstandigheid en het feit dat met het Bootlieden-arrest de problematiek omtrent de uitbestedingsbeperking grotendeels verhelpt, bestaat geen

noodzaak om een maatregel in het wetsvoorstel op te nemen die gericht is op de uitbestedingsbeperking.

4. De constitutionele context van het onderkruipersverbod

4.1 Inleiding

De regeling in het wetsvoorstel bevindt zich niet in een nationaal juridisch vacuüm. Het wetsvoorstel raakt de reikwijdte van meerdere Europese grondrechten. In het bijzonder bevindt het wetsvoorstel zich in de werkingssferen van het recht op collectief onderhandelen en het daaraan verbonden recht op staken dat is opgenomen in de artikelen 6 ESH, 13 EVRM en 28 EU-Handvest en de vrijheid van ondernemerschap dat is opgenomen in artikel 16 EU-Handvest.⁷⁰⁷¹

Doordat het wetsvoorstel uit maatregelen bestaat die het werkgevers bemoeilijken om gedurende een staking externe arbeidskrachten in te huren met als doel de effectiviteit van stakingen te waarborgen, is het (over)duidelijk dat het wetsvoorstel in overeenstemming is met het recht op collectief onderhandelen en het daaraan verbonden recht op staken. Een toetsing van het wetsvoorstel aan dit grondrecht heeft daarom weinig waarde en valt daarom buiten de reikwijdte van dit onderzoek. Dat het wetsvoorstel ook in overeenstemming is met het andere genoemde grondrecht van de vrijheid van ondernemerschap is geenszins evident. De maatregelen in het wetsvoorstel beperken een ondernemer immers gedurende een staking om zijn of haar economische activiteiten naar eigen goedvinden te verrichten of uit te voeren. Het wetsvoorstel maakt dus een inbreuk op vrijheid van ondernemerschap.

Het wetsvoorstel als regeling van nationaal recht moet in overeenstemming zijn met het recht van de Europese Unie. Het wetsvoorstel is alleen in overeenstemming met het Unierechtelijke grondrecht op vrije ondernemingsvoering als de inbreuk die met wetsvoorstel op deze vrijheid gemaakt wordt, gerechtvaardigd kan worden. Het niet in overeenstemming zijn van nationaal recht met de vrijheid van ondernemerschap heeft in verschillende arresten van het HvJ tot gevolg gehad dat werknemersrechten zijn beperkt.⁷²⁷³⁷⁴ Noodzaak bestaat dus om het wetsvoorstel aan het recht op vrije ondernemingsvoering te toetsen. Deze toetsing staan in dit hoofdstuk centraal.

In dit hoofdstuk zal eerst reikwijdte van het recht op vrije ondernemingsvoering worden gegeven. Daaropvolgend wordt het toepassingsgebied van het EU-Handvest, en daarmee van

⁷⁰ F. Dorssemont 2017, p. 281-288.

⁷¹ S.S.S. Peters *TOA* 2014, p. 65.

⁷² HvJ EU 21 december 2016, zaak C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972 (*Iraklis*).

⁷³ B.P. ter Haar *TAP* 2018, p. 25-26.

⁷⁴ HvJ EU 18 juli 2013, zaak C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521 (*Parkwood*).

het recht op vrije ondernemingsvoering gegeven. Vervolgens wordt de beperkingssystematiek van het EU-Handvest en de ruime beperkingsmogelijkheden op het recht op vrije ondernemingsvoering uit een gezet. Aansluitend wordt aan de hand hiervan getoetst of het wetsvoorstel in overeenstemming is met dit recht, waarna wordt afgesloten met de conclusie dat het wetsvoorstel geen ongerechtvaardigde inbreuk maakt op artikel 16 EU-Handvest.

4.2 Vrijheid van ondernemerschap

Het is belangrijk dat ondernemers een grote vrijheid hebben om hun onderneming in te richten naar eigen goedvinden, want economische activiteiten die door ondernemers worden verricht leiden tot welvaart en innovatie voor de gehele maatschappij.⁷⁵ Sinds eind 2009 kunnen ondernemers zich ter bescherming hiervan beroepen op artikel 16 EU-Handvest waar het grondrecht van vrijheid van ondernemerschap in is opgenomen.⁷⁶ Dit artikel luidt als volgt:

De vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen''

Het grondrecht van de vrijheid van ondernemerschap is een relatief nieuw grondrecht dat voor het inwerkingtreden van het artikel 16 EU-Handvest in geen ander grondrechtenverdrag was opgenomen. Het grondrecht is juridisch bindend geworden met het inwerkingtreden van het EU-Handvest op 1 december 2009.⁷⁷ Het is gebaseerd op eerdere rechtspraak van het Hof, waarin de vrijheid om een economische en commerciële activiteiten uit te voeren werd erkend.^{78,79}

Uit rechtspraak over en de toelichting bij artikel 16 EU-handvest volgt dat het grondrecht op vrijheid van ondernemerschap op drie onderwerpen bescherming biedt. Primair beschermt het grondrecht van vrijheid van ondernemerschap de uitoefening van economische activiteiten door een of meer ondernemers.⁸⁰ Ook beschermt het recht de vrijheid van contract en de vrijheid van concurrentie.⁸¹ Het doel van artikel 16 EU-handvest is de bescherming van het recht van elk persoon om een bedrijf te starten en te exploiteren zonder te worden onderworpen aan discriminatie of disproportionele beperkingen.⁸²

Artikel 16 EU-Handvest is een recht in de zin van artikel 52 EU-Handvest en geen beginsel. De relevantie hiervan is dat een recht als zelfstandige norm bestaat en in tegenstelling tot een

⁷⁵ S.S.S. Peters *TOA* 2014, p. 65.

⁷⁶ S.S.S. Peters *TOA* 2014, p. 65.

⁷⁷ L.G. Verburg 2017 *TAO*, p. 116.

⁷⁸ L.G. Verburg 2017 *TAO*, p. 116.

⁷⁹ HvJ EG 14 mei 1974, zaak 4/73, ECLI:EU:C:1974:51 (*Nold*)

⁸⁰ S.S.S. Peters *TOA* 2014, p. 65.

⁸¹ B.P. ter Haar *TAP* 2018, p. 23.

⁸² B.P. ter Haar *TAP* 2018, p. 23.

beginsel niet hoeft te worden uitgewerkt in een richtlijn of een verordening.⁸³ Artikel 16 EU-Handvest heeft echter geen directe horizontale of verticale werking in tegenstelling tot andere grondrechten uit het EU-Handvest.⁸⁴ Het is daarvoor te ‘zwak geformuleerd’, in de zin dat het slechts ‘een vrijheid erkend’ en niet ‘een recht garandeert’.⁸⁵ Ondanks het ontbreken van directe werking, is de norm wel van belang in horizontale en verticale verhoudingen. Nationale regelgeving en Unierecht moet namelijk – als aan het toepassingsgebied ex artikel 51 EU-Handvest is voldaan – worden uitgelegd aan de hand van bepalingen van het EU-Handvest inclusief het recht op vrije ondernemingsvoering.⁸⁶

4.3 Het toepassingsgebied van het Handvest en de vrijheid van ondernemerschap

Het recht op vrije ondernemingsvoering is alleen van toepassing als aan het toepassingsgebied van het EU-Handvest wordt voldaan.⁸⁷ Overeenkomstig artikel 51 EU-Handvest is het Handvest gericht tot lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Uit de rechtspraak volgt dat artikel 51 EU-Handvest zo moet worden uitgelegd dat als een nationale regeling zich binnen de werkingssfeer van het Unierecht begeeft, het Handvest toepasselijk is. Alle instellingen van een lidstaat, van de wetgevende tot de rechterlijke instanties, zijn in dat geval verplicht het EU-Handvest na te leven.⁸⁸

Dat op grond van artikel 153 lid 3 VWEU geen communautair stakingsrecht bestaat, maakt niet dat het wetsvoorstel niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. Het wetsvoorstel kan in rechte op grond van allerlei Unierechtelijke regels worden aangetast, waardoor overeenkomstig artikel 51 EU-Handvest getoetst kan worden of het voorstel in overeenstemming is met de vrijheid van ondernemerschap.

Ter illustratie een voorbeeld. Een Franse vennootschap die in Nederland actief is doet een beroep op vrijheid van vestiging ex artikel 49 VWEU omdat hij van mening dat het wetsvoorstel – omdat het hem gedurende een staking belemmert in zijn bedrijfsvoering – hiermee strijdig is. In dat geval valt het wetsvoorstel onder de toepassing van het Unierecht en dient artikel 49 VWEU conform de vrijheid van ondernemerschap worden uitgelegd. In dat geval kan het wetsvoorstel in rechte worden getoetst aan artikel 16 EU-Handvest. In het Iraklis-arrest heeft de uitleg van artikel 49 VWEU conform artikel 16 EU-Handvest tot de conclusie geleid dat

⁸³ FRA, *Toepassing van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in nationale wetgeving en beleidsvorming*, richtsnoer, Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, 2020, p. 20-21.

⁸⁴ F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters 2021/2.3.2.6.

⁸⁵ F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters 2021/2.4.2.4.

⁸⁶ F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters 2021/1.5.4.1

⁸⁷ HvJ EU 10 juli 2014, zaak C-198/13 (*Hernández*).

⁸⁸ FRA, *Toepassing van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in nationale wetgeving en beleidsvorming*, richtsnoer, Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, 2020, p. 26-27.

een nationale regeling van werknemersbescherming buiten toepassing werd gelaten. Ook op andere Unierechtelijke gronden kan het wetsvoorstel worden aangetast, zo valt het wetsvoorstel bijvoorbeeld binnen de werkingssfeer van de Uitzendrichtlijn. Het is in de praktijk dus van belang dat het wetsvoorstel in overeenstemming is met de vrijheid van ondernemerschap.

4.4 De beperkingssystematiek van het Handvest en de ruime beperkingsmogelijkheden op artikel 16 EU-Handvest

Uit artikel 52 lid 1 EU-Handvest volgt dat de grondrechten in het Handvest beperkt kunnen worden als aan drie voorwaarden is voldaan:⁸⁹

1. De beperking moet bij wet zijn vastgesteld;
2. Met de beperking wordt het grondrecht niet in de kern aangetast;
3. De beperking beantwoordt met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel aan een door de Unie erkende doelstelling van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van rechten en vrijheden van anderen, en is geschikt en noodzakelijk;

Hoewel de voorwaarden om grondrechten te beperken voor ieder grondrecht uit het Handvest gelijk zijn, verschilt de beperkingsruimte per grondrecht. Uit de uitspraken van het HvJ volgt dat het recht op vrije ondernemingsvoering in meer verregaande mate kan worden beperkt dan andere grondrechten uit het Handvest.⁹⁰⁹¹

Karakteristiek aan het recht van vrijheid op ondernemerschap is dat dit recht in sterke mate gericht is op afweging van belangen.⁹² Op consistente wijze heeft het HvJ met betrekking tot het grondrecht van de vrijheid van ondernemerschap benadrukt dat dit geen absoluut recht is en altijd moet worden gezien in het licht van haar maatschappelijke functie.⁹³⁹⁴ Voor de vrijheid van ondernemerschap geldt dus dat dit recht bij afweging tegen andere normen eerder kan worden beperkt dan andere grondrechten. Deze ruime beperkingsruimte volgt voorts uit de zwakke formulering waar in paragraaf 4.3. al aan werd gerefereerd. Het Hof oordeelde dan ook in het Iraklis-arrest en het Sky Österreich-arrest dat uit de formulering van artikel 16 EU-Handvest volgt dat overheden het recht van vrijheid van ondernemerschap op een groot aantal

⁸⁹ FRA, *Toepassing van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in nationale wetgeving en beleidsvorming*, richtsnoer, Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, 2020, p. 48-49

⁹⁰ S.S.M. Peters *TOA* 2014, p. 66-67.

⁹¹ HvJ EU 22 januari 2013, zaak C-283/11 (*Sky Österreich*).

⁹² S.S.M. Peters *TOA* 2014, p. 67.

⁹³ L.G. Verburg 2017 *TAO*, p. 116.

⁹⁴ HvJ EU 6 september 2012, zaak C-544/10 (*Weintor*)

terreinen kunnen beperken.⁹⁵⁹⁶Uit de rechtspraak volgt derhalve dat aan de evenredigheidstoets geen bij een inbreuk op artikel 16 EU-Handvest geen hoge eisen worden gesteld.

Het bovenstaande brengt mee dat in beginsel pas sprake is van ontoelaatbare schending op artikel 16 EU-Handvest als de kern van dit recht wordt aangetast. Dit houdt concreet in dat een ondernemer overeenkomstig artikel 16 EU-Handvest recht heeft op een minimale vrijheid om economische activiteiten te ontplooiën.⁹⁷ In slechts één uitspraak heeft het Hof geoordeeld dat een ondernemer dusdanig werd beperkt dat artikel 16 Handvest in de kern was aangetast, het Parkwood-arrest.⁹⁸ In het Parkwood-arrest bepaalde een Britse regeling dat Parkwood als verkrijgende werkgever bij een overgang van onderneming gebonden was aan een lokale overheids-cao waar het dynamische incorporatiebeding van de overgaande werknemers naar verwees. Parkwood kon als private werkgever zowel niet over de oorspronkelijke versie van de cao als over de toekomstige versies hiervan meeonderhandelen. Parkwood beriep zich op het feit dat de uitleg van de richtlijn overgang van onderneming overeenkomstig de vrijheid van ondernemerschap zich hiertegen verzette. Het Hof oordeelde dat deze absolute onmogelijkheid om over de eigen arbeidsvoorwaarden te onderhandelen meebracht dat de vrijheid van ondernemerschap in de kern was aangetast.⁹⁹

Uit dit arrest volgt dat als een ondernemer geen enkele (economische) handelingsvrijheid heeft, het recht op vrije ondernemingsvoering in de kern is aangetast.

Boven dit niveau van minimale ondernemingsvrijheid is in grote mate ruimte voor beperkingen op de vrijheid van ondernemerschap als met de beperking een erkend doel van algemeen belang van de Europese Unie wordt nagestreefd.¹⁰⁰ Een beperking zal boven dit niveau immers niet snel als onevenredig worden beschouwd.

4.5 Het wetsvoorstel getoetst aan het grondrecht van vrijheid van ondernemerschap

In de komende paragrafen wordt het wetsvoorstel getoetst aan de verschillende beperkingsvoorwaarden van artikel 52 Handvest.

4.5.1 Is de beperking bij wet voorzien?

⁹⁵ HvJ EU 21 december 2016, zaak C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972 (*Iraklis*).

⁹⁶ HvJ 22 januari 2013, C-283/11, ECLI: EU: C: 2013:28 (*Sky Österreich*).

⁹⁷ F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters 2021/2.4.2.4.

⁹⁸ HvJ EU 18 juli 2013, zaak C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521 (*Parkwood*).

⁹⁹ HvJ EU 18 juli 2013, zaak C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521 (*Parkwood*).

¹⁰⁰ F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters 2021/2.4.2.4.

Het wetsvoorstel heeft als het wetgevingsproces doorlopen is, de status van een wet in formele zin. Doordat het wetsvoorstel een wettelijke basis heeft is aan het vereiste ‘bij wet’ voldaan.¹⁰¹

4.5.2 *Wordt artikel 16 EU-Handvest in de kern aangetast door de beperking?*

Uit de paragraaf 4.4. volgt dat de vraag die hier moet worden beantwoord is of met de invoering van het wetsvoorstel een minimale handelingsvrijheid overblijft voor de bestaakte ondernemer om economische activiteiten te verrichten of uit te voeren. Bij de vraag of een recht in de kern in aangetast is het van belang dat de beperking alleen plaatsvindt in welomschreven en afgebakende gevallen.¹⁰²

De toelaatbaarheid van een werkstaking wordt gereguleerd door in de Nederlandse jurisprudentie ontwikkelde interpretatie van de artikelen 6 lid 4 ESH en G ESH. Dit brengt mee dat als een werkstaking voor onbepaalde duur of voor een lange periode wordt afgekondigd dat deze staking op grond van de proportionaliteitstoets overeenkomstig artikel G ESH ongeldig zal worden verklaard. Daarbij geldt in beginsel de regel dat hoe ingrijpender de staking is, hoe eerder deze wordt beperkt. De juridische werkelijkheid heeft derhalve tot gevolg dat werkstaking altijd beperkt qua duur is. Het leidt dus niet tot een blijvende onmogelijkheid voor een werkgever om economische activiteiten te ontplooiën zoals in het Parkwood-arrest. Dat het wetsvoorstel alleen in het geval van een werkstaking wordt beperkt, maakt voorts dat beperking voldoende omschreven en afgebakend is.

Het wetsvoorstel levert desalniettemin een grote inbreuk in op de ondernemingsvrijheid van een ondernemer gedurende het moment dat wel een werkstaking bestaat. Het wetsvoorstel maakt het nagenoeg onmogelijk voor een werkgever om flexibele arbeidskrachten in te huren gedurende een werkstaking. Desalniettemin heeft de ondernemer ook onder het regime van het wetsvoorstel nog enige handelingsvrijheid om arbeidskrachten in te huren om de bestaakte werkzaamheden over te nemen.

Ten eerste is het een ondernemer gedurende een staking toegestaan om werknemers op grond van een (kortdurende) reguliere arbeidsovereenkomst ingevolge artikel 7:610 BW aan te nemen. De werkgever heeft dus de mogelijkheid om gedurende een staking externe arbeidskrachten in te huren, weliswaar alleen grond van een arbeidsovereenkomst, en niet op grond van een uitzend- of andersoortige overeenkomst.

¹⁰¹ FRA, *Toepassing van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in nationale wetgeving en beleidsvorming*, richtsnoer, Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, 2020, p. 79.

¹⁰²

Daarnaast bestaat ook enige handelingsruimte voor de ondernemer wiens vennootschap in een groep is verbonden met andere vennootschappen. Onder het regime van het wetsvoorstel is het de ondernemer toegestaan om werknemers en andere arbeidskrachten die binnen hetzelfde concern werkzaam zijn in te huren om de bestaakte werkzaamheden te verrichten, mits de ingeleende arbeidskrachten en de stakende werknemers onder dezelfde cao vallen.

Concluderend wordt een ondernemer door het wetsvoorstel in het welomschreven geval van een werkstaking ernstig beperkt in zijn mogelijkheden om arbeidskrachten in te huren om de werkzaamheden van de stakende werknemers te verrichten. Op grond van de geldende wetgeving is een werkstaking beperkt qua duur en/of intensiteit, en leidt het wetsvoorstel dus slechts tot een tijdelijke beperking van de economische handelingsvrijheid van een ondernemer.

Ook gedurende de periode dat de ondernemer door het wetsvoorstel beperkt wordt, heeft een ondernemer nog mogelijkheden om arbeidskrachten in te huren om de bestaakte werkzaamheden te verrichten. Het is hem immers toegestaan om hiervoor werknemers op grond van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW in te huren en – indien deze werkgever behoort tot een concern – kan hij werknemers van groepsmaatschappijen in huren die onder dezelfde cao als de stakende werknemers vallen. Onder het regime van het wetsvoorstel heeft een ondernemer derhalve nog enige economische handelingsvrijheid. In samenhang met het feit dat het grondrecht van vrije ondernemingsvoering in verregaande mate kan worden beperkt volgt uit het bovenstaande dat artikel 16 EU-Handvest niet in de kern wordt aangetast door de invoering van het wetsvoorstel

4.5.3 Wordt met het wetsvoorstel een doelstelling van algemeen belang van de Europese Unie nagestreefd?

Met het wetsvoorstel wordt het stakingsrecht en het daaraan verbonden recht op collectief onderhandelingen gediend. Deze rechten worden binnen de Europese Unie erkend als grondrechten ingevolge artikel 28 EU-Handvest. Grondrechten uit het Handvest hebben de status van primair recht en worden daarmee erkend als dwingende redenen van algemeen belang van de Europese Unie.¹⁰³ Hieruit volgt dat aan het vereiste dat met het wetsvoorstel een algemeen belang wordt nagestreefd, is voldaan.

4.5.4 Is het wetsvoorstel in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel?

¹⁰³ Artikel 6 Verdrag betreffende de Europese Unie

Aan de evenredigheidstoets is voldaan als het wetsvoorstel geschikt is en niet verder gaat dan noodzakelijk is om het nagestreefde doel te bewerkstelligen. Uit hetgeen in paragraaf 5.3. is uiteengezet volgt dat uit de aard van artikel 16 EU-Handvest volgt dat aan de evenredigheidstoets bij de vrijheid van ondernemerschap geen hoge eisen worden gesteld.

4.5.5 Is het wetsvoorstel geschikt?

Een beperking is geschikt als het deze daadwerkelijk bijdraagt aan het beschermen van het na te streven algemeen belang.¹⁰⁴

Het wetsvoorstel heeft als doel om het recht op collectief onderhandelen inclusief het stakingsrecht te waarborgen. Met het wetsvoorstel worden maatregelen ingevoerd die intermediairs en bestaakte werkgevers ernstig beperken in hun mogelijkheden om gedurende een staking arbeidskrachten – die geen belang hebben bij het onderliggende arbeidsgeschil – in te huren om de schade voortkomend uit een staking te beperken. Het wetsvoorstel is dus een geschikt middel om het bovengenoemde grondrecht te waarborgen.

4.5.6 Gaat de beperking niet verder dan noodzakelijk om het nagestreefde doel te verwezenlijken?

Voor de vraag of een beperking niet verder gaat dan noodzakelijk is het van belang dat de minst ingrijpende maatregel wordt gekozen om het na te streven doel te bereiken en dat de inbreuk die het wetsvoorstel maakt op de ondernemingsvrijheid niet onevenredig is aan het nagestreefde doel.

In paragraaf 4.1. staan beperkingen die tot gevolg hebben dat het huidige artikel 10 Waadi geen effectieve regeling is die het stakingsrecht waarborgt. Ieder van deze beperkingen heeft tot gevolg dat de kracht van het stakingsmiddel aanzienlijk wordt aangetast. Met het wetsvoorstel worden maatregelen ingevoerd die elk van deze problemen verhelpen. Het vervallen van een van deze regels heeft tot gevolg dat situaties zich voordoen waarbij bestaakte werkgevers eenvoudig de schade voortkomend uit stakingen kunnen voorkomen en beperken door het laten verrichten van besmet werk. Als bijvoorbeeld alleen de problematiek van de contracting-beperking en de intra-concern-beperking zou worden opgelost, stond het een bestaakte werkgever nog steeds vrij om uitzendkrachten in te huren en zo de schade die gepaard gaat met een staking te omzeilen. Als alleen de normadressant-beperking en de contracting-beperking zouden worden aangepakt, stond het een bestaakte werkgever die onderdeel uitmaakt van een concern vrij om werknemers van andere concernonderdelen de bestaakte

¹⁰⁴ FRA, *Toepassing van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in nationale wetgeving en beleidsvorming*, richtsnoer, Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, 2020, p. 81

werkzaamheden te laten overnemen. Dit is vooral eenvoudig voor de werkgever wiens onderneming deel uitmaakt van een groot internationaal concern. Als alleen de normadressant-bepijking en de contracting-bepijking zouden worden verholpen, zou het bestaakte werkgevers vrijstaan om externe arbeidskrachten werkzaam op grond van contracting in te huren gedurende een staking om de bestaakte werkzaamheden te verrichten. Indien het wetsvoorstel op een van de gebieden van de gesignaleerde bepijkingen geen maatregelen zou bieden, zouden dus situaties zich voordoen waarbij een bestaakte werkgever eenvoudig de schade die gepaard gaat met een staking zou kunnen omzeilen. Daarmee zou het wetsvoorstel niet geschikt zijn. Uit het bovenstaande volgt dus dat een wetsvoorstel die één van de daaraan opgenomen maatregelen niet zou bevatten, niet toereikend zou zijn om het na te streven doel te bereiken.

Om verder nog te bereiken dat het wetsvoorstel niet meer belastend is dan noodzakelijk zonder dat het wetsvoorstel zijn effectiviteit verliest, is bij het vormgeven van het wetsvoorstel zo veel mogelijk gepoogd om een ondernemer gedurende een staking enige handelingsruimte te geven. Dit wordt bereikt door het feit dat het een werkgever is toegestaan om gedurende een staking reguliere werknemers in te huren en arbeidskrachten van een ander concernonderdeel als deze laatste categorie arbeidskrachten onder dezelfde cao vallen als de stakende werknemers. Bij de vormgeving van deze handelingsvrijheid is getracht het recht op collectief onderhandelen zoveel mogelijk te waarborgen. Zowel de reguliere werknemers als de intra-concern ingeleende werknemers zullen eenmaal onder dezelfde collectieve arbeidsovereenkomst vallen als de stakende werknemers en hebben derhalve een belang bij aan het staking tot grondslag liggende collectieve geschil.

Uit het bovenstaande volgt dat minder ingrijpende maatregelen niet afdoende zouden zijn om het recht op collectief onderhandelen te waarborgen en bij de vormgeving van het wetsvoorstel zo veel mogelijk gepoogd is om rekening is gehouden met de belangen die gediend zijn met de vrijheid van een ondernemer zonder het recht op collectief onderhandelen te veel schade aan te doen.

Doordat het wetsvoorstel de minst ingrijpende maatregelen bevat die geschikt zijn om het na te streven doel te bereiken en bij de vormgeving van het wetsvoorstel de belangen van de vrijheid van ondernemerschap zo veel mogelijk zijn meegewogen, maakt dat het wetsvoorstel niet verder gaat dan noodzakelijk om het na te streven doel van het waarborgen van een effectief stakingsrecht en het daaraan verbonden recht op collectief onderhandelen rechten te behalen.

4.6 Tussenconclusie: Het wetsvoorstel in overeenstemming met het recht op vrije ondernemingsvoering

Uit de voorgaande paragrafen volgt dat het wetsvoorstel aan de verschillende beperkingsvoorwaarden van artikel 52 Handvest voldoet. Geconcludeerd wordt derhalve dat het wetsvoorstel in overeenstemming is met het recht op vrije ondernemingsvoering overeenkomstig artikel 16 Handvest.

5. Conclusie

Uit het hoofdstuk 2 volgt dat gezien het ontbreken van een Nederlandse stakingswet het onderkruipersverbod is neergelegd in wetten verschillende wetten betreffende uitzendarbeid en arbeidsbemiddeling. Uiteindelijk is het onderkruipersverbod neergelegd in artikel 10 Waadi. Vervolgens wordt het doel van het onderkruipersverbod gegeven, inhoudende het waarborgen van een effectief stakingsrecht. Vervolgens wordt opgemerkt dat het onderkruipersverbod alleen van toepassing is als sprake is van een causaal verband tussen het uitzenden van arbeidskrachten en de staking. Uit een evaluatierapport over de Waadi volgt dat de causaliteitseis niet duidelijk uit de wettekst van artikel 10 Waadi volgt, terwijl in de jurisprudentie is geoordeeld dat interpretatie van het onderkruipersverbod op basis een duidelijke wetsbepaling moet gebeuren. De onduidelijkheid omtrent de toepassing van het onderkruipersverbod heeft tot gevolg dat het onderkruipersverbod minder efficiënt wordt toegepast of werkt, en houdt derhalve een beperking op de reikwijdte van het onderkruipersverbod in. Uit hoofdstuk 2 volgt verder dat het begrippenkader van artikel 1 Waadi de werking en reikwijdte van het onderkruipersverbod beïnvloed. Het begrippenkader van de Waadi sluit bepaalde arbeidsvormen en situaties uit van het terbeschikkingstellingsbegrip. Uit de literatuur volgt dat het terbeschikkingstelling zoals deze is gegeven in artikel 1 Waadi ook geldt voor het onderkruipersverbod. Geconcludeerd wordt dat de systematiek van de Waadi bepaalde arbeidsvormen en situaties van de werking van het onderkruipersverbod lijkt uit te sluiten. Hoofdstuk 2 eindigt met de voorzichtige tussenconclusie dat gezien de systematiek van de Waadi de reikwijdte van het onderkruipersverbod beperkt, de Waadi niet de juiste wet is om het onderkruipersverbod in te regelen. Het jurisprudentieonderzoek in hoofdstuk 3 bevestigt deze conclusie.

In hoofdstuk drie worden vier belangrijke uitspraken op het gebied van het onderkruipersverbod geanalyseerd. Alleen het oordeel van het hof Den Bosch in het Bootlieden-arrest hield een verruiming in van de reikwijdte van het onderkruipersverbod. In het Bootlieden-arrest hing het hof een meer teleologisch interpretatie aan ten aanzien van het onderkruipersverbod. In de overige uitspraken waren de formulering van het onderkruipersverbod en/of het begrippenkader van de Waadi reden om rechterlijke oordelen te geven die beperkingen inhielden op de reikwijdte van het onderkruipersverbod. In deze oordelen werd een meer objectieve wetssystematische interpretatie gegeven aan het onderkruipersverbod. Naar aanleiding van jurisprudentieonderzoek zijn vier beperkingen signaleerd:

I. De uitbestedingsbeperking: Het onderkruipersverbod geldt allen voor de werkgever die arbeidsovereenkomsten heeft met de stakende werknemers. Hieruit volgt dat een werkgever door uitbesteding op grond van contracting (kern)werkzaamheden kan uitsluiten van het onderkruipersverbod. Naar verwachting zal de problematiek van de uitbestedingsbeperking grotendeels verholpen worden door het ruime oordeel dat in het Bootlieden-arrest gegeven is aan ‘leiding en toezicht’ (zie paragraaf 3.1.1.).

II. De contracting-beperking: Het onderkruipersverbod is niet (analoog) van toepassing op het inlenen van arbeidskrachten gedurende een staking op grond van aannemingsovereenkomsten of opdrachtovereenkomsten. De reden hierachter is in deze situaties niet aan het vereiste van ‘terbeschikkingstelling’ overeenkomstig artikel 1 lid 1 sub c Waadi wordt voldaan omdat geen sprake is van toezicht en leiding bij de inlenende (bestaakte) werkgever;

III. De Intra-concern-beperking: Het onderkruipersverbod is niet van toepassing als een bestaakte werkgever gedurende een staking werknemers van een andere onderneming behorend tot hetzelfde concern inzet om de bestaakte werkzaamheden te verrichten. Dit volgt uit artikel 1 lid 3 sub c Waadi;

IV. De normadressesant-beperking: Een bestaakte werkgever die uitzendkrachten inhuurt gedurende een staking handelt niet in strijd met het onderkruipersverbod. Alleen de intermediair is normadressant van het onderkruipersverbod. De reden hierachter is de terminologie van artikel 10 Waadi.

Op grond van het in hoofdstuk 2 en 3 verrichte onderzoek is de volgende conclusie getrokken:

De beperkte reikwijdte van het onderkruipersverbod zoals deze volgt uit de evaluatierapporten over de Waadi en de rechtspraak is niet in overeenstemming met het doel van het onderkruipersverbod, te weten het waarborgen van een effectief stakingsrecht. Het terbeschikkingstellingbegrip met bijbehorende wettelijke uitzonderingen in de Waadi en de formulering van het onderkruipersverbod zijn de oorzaak achter de non-conformiteit tussen de reikwijdte en het doel van het onderkruipersverbod.

Gezien het onderkruipersverbod slecht in beperkte mate bijdraagt aan het waarborgen van een effectiefs stakingsrecht, bestaat aanleiding om het huidige onderkruipersverbod aan te passen. Met onderkruipersverbod worden immers de belangen van het stakingsrecht en het recht op collectief onderhandelen en deze belangen verdienen bescherming. Vandaar dat in het eind

van hoofdstuk 3 een wetvoorstel wordt geïntroduceerd die maatregelen bevatten die als gevolg hebben dat de gesignaleerde beperkingen verdwijnen of verminderen. Het wetvoorstel bevat de volgende vier maatregelen:

1. Introductie van een apart ruimer terbeschikkingstellingsbegrip dat alleen geldt voor artikel 10 Waaidi;
2. Het causale verband tussen de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten en het verloop van een staking het wordt expliciet in de artikelen 10 Waadi en 7:658d BW opgenomen;
3. Intra-concern inlenen wordt beperkt tot situaties waarin de ingeleende arbeidskrachten onder dezelfde cao valt de stakende werknemer;
4. In artikel 7:658d BW wordt een ‘tweede’ onderkruipersverbod geïntroduceerd dat zich expliciet jegens werkgever richt.

De maatregelen in het wetsvoorstel beperken een ondernemer gedurende een staking om zijn of haar economische activiteiten naar eigen goedvinden te verrichten of uit te voeren. Het wetsvoorstel maakt dus een inbreuk het grondrecht van vrijheid van ondernemerschap ex artikel 16 Handvest. In hoofdstuk 4 staat de vraag centraal of de inbreuk die het wetvoorstel maakt op de vrijheid van ondernemerschap, gerechtvaardigd kan worden.

De vrijheid van ondernemerschap beschermt primair de uitoefening van economische activiteiten door een of meer ondernemers. Hoewel de vrijheid van ondernemerschap geen directe werking heeft, is deze norm wel van belang in horizontale en verticale verhoudingen. Nationaal recht en Unirecht moet immers worden uitgelegd aan de hand van de vrijheid van ondernemerschap, mits aan het toepassingsgebied van het Handvest wordt voldaan. In het Iraklis-arrest en Parkwood-arrest heeft de uitleg conform artikel 16 Handvest geleid tot beperking van nationale bepalingen van werknemersbescherming.

Het wetvoorstel maakt alleen een gerechtvaardigde inbreuk als aan de beperkingsvoorwaarden ex artikel 52 Handvest zijn voldaan.

Uit de rechtspraak van het HvJ volgt dat het grondrecht op vrije ondernemingsvoering in verregaande mate beperkt kan worden. Derhalve kan gezegd worden dat alleen in het geval een ondernemer geen enkele (economische) handelingsvrijheid heeft is recht op ondernemerschap in de kern aangetast. Boven die niveau is een grote beperkingsruimte op artikel 16 Handvest mogelijk als met de beperking een legitiem doel wordt nagestreefd.

In paragraaf 4.5. wordt het wetsvoorstel getoetst aan de verschillende beperkingsvoorwaarden overeenkomstig het Handvest. Uit paragraaf 4.5.2. volgt dat omdat een werkstaking een tijdelijk karakter heeft, en een werkgever gedurende een staking mogelijkheden heeft om externe arbeidskrachten in huren om de bestaakte werkzaamheden over te nemen, dat het wetsvoorstel artikel 16 Handvest niet in de kern raakt. Uit paragraaf 4.5.3. volgt dat met het wetsvoorstel het recht op collectief onderhandelen wordt gediend, wat een legitiem doel. Uit paragraaf 4.5.4.1. volgt dat omdat het wetsvoorstel werkgevers ernstig beperken in hun mogelijkheden om externe arbeidskrachten gedurende een staking in te huren, het wetsvoorstel een geschikt middel is om het na te streven doel te bereiken. Uit paragraaf 4.5.4.2. volgt dat met het wetsvoorstel gekozen is voor de minst ingrijpende maatregelen die geschikt zijn om het legitieme doel te behalen. Voorts volgt uit dezelfde paragraaf dat bij de vormgeving van het wetsvoorstel zo veel mogelijk gepoogd is om de belangen van de ondernemer mee te wegen zonder het recht op collectief onderhandelen te veel geweld aan te doen. Dit is bereikt door bestaakte werkgevers de mogelijkheid te bieden om reguliere werknemers op grond van een arbeidsovereenkomst in te huren of intra—concern terbeschikkinggestelde arbeidskrachten in te huren die onder dezelfde cao vallen als de stakende werknemers.

Geraadpleegde literatuur

Van den Bergh & Grapperhaus TRA 2011/46

J.M. van den Bergh & F.B.J. Grapperhaus, 'Het onderkruipersverbod in het Nederlandse recht', *TRA* 2011, afl. 5, p. 5-13.

Bevers & Heeger-Hertter 2021

E.M. Bevers & S.E. Heeger-Hertter, 'Contracting', in: P. de Casparis & J.P. Kroon (red.), *Flexibele arbeidsrelaties* (Monografieën Sociaal Recht, deel 25), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia 2014

M. Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia, 'De wet kennen betekent niet slechts de woorden ervan begrijpen, maar ook hun kracht en strekking'. in: T. Gerardinck e.a. (red.), *Wetenschappelijk Bijdragen: Bundel ter gelegenheid van het 35-jarige bestaan van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2014, p. 125-144.

Dorssemont 2017

F. Dorssemont, 'The Right to Bargain Collectively', in: N. Bruun e.a. (red.), *The European Social Charter and the Employment Relation*, Oxford: Hart Publishing 2017, p. 249-288.

Van Drongelen & W.J.P.M. Fase 2005

J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *De Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (WAADI)* (Thema's Arbeid & Recht, deel 2), Zutphen: Uitgeverij Paris 2005.

Ter Haar TAP 2018, p. 21-19

B.P. ter Haar, 'Sociaal recht in conflict met de vrijheid van ondernemerschap: Het hof van Justitie van de EU een nieuwe constitutionele rechter', *TAP* 2018, afl. 2, p. 21-29.

Houwerzijl & Roozendaal 2014

M. Houwerzijl & W. Roozendaal, 'The Right to Strike: The Netherlands', in: Bernd Waas e.a. (red.), *The Right to Strike: A Comparative View*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2014, p. 413-426.

Jansen Ministerie van SZW 2020, p 1-13

N. Jansen 'Contracting en ontduiking van collectieve afspraken: over onwenselijkheid en (juridische) constructies' *Ministerie van SZW* 2020, p. 1-13. (position paper)

Pennings & Peters 2021

F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters, *Europees arbeidsrecht* (Monografieën Sociaal Recht, deel 2), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Peters TOA 2014, p. 65-73

S.S.M. Peters, 'Ondernemersvrijheid versus werknemersbescherming', *TAO* 2014, afl. 2, p. 65-73.

Verburg 2017 TAO, p. 115-117

L.G. Verburg, 'Ter visie – Het grondrecht van de vrijheid van ondernemerschap: een nieuw geluid', *TAO* 2017, afl. 3, p. 115-117.

Zwemmer 2017

J.P.H. Zwemmer, 'De uitzendkracht, de gedetacheerde en de payrollwerknemer', in: G.W. van der Voet e.a. (red.), *Arbeidsrechtelijke Themata - Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 707-749.

Geraadpleegde jurisprudentie

Jurisprudentie van het Hof van Justitie van Europese Unie:

HvJ EU 18 juli 2013, zaak C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521 (*Parkwood*).

HvJ EU 21 december 2016, zaak C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972 (*Iraklis*).

HvJ EU 10 juli 2014, zaak C-198/13 (*Hernández*).

HvJ EU 22 januari 2013, zaak C-283/11 (*Sky Österreich*).

HvJ EU 6 september 2012, zaak C-544/10 (*Weintor*)

Nederlandse rechtspraak:

HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1245, TRA 2019/87, m.nt. J.J.M. de Laat (*EasyJet*).

HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, NJ 2017/370, m.nt. E. Verhulp (*StiPP/Care4Care*).

HR 30 mei 1986, ECLI:NL: PHR:1986:AC9402, NJ 1986/688, m.nt. P.A. Stein (*Spoorwegstaking*)

Hof Den-Bosch 8 maart 2016, ECLI:NL: GHSHE:2016:864, JAR 2016/94, m.nt. M. van Eck (*Bootlieden*)

Hof Amsterdam 24 januari 2008, ECLI:NL: GHAMS:2008:BC6880, JAR 2008/105, m.nt. R.M. Beltzer. (*NedTrain*).

Rechtbank Overijssel 7 mei 2019 (ktr.), ECLI:NL: RBOVE:2019:1538, JAR 2019/136, m.nt. E.M. Hoogeveen.

Rechtbank Oost-Brabant 24 januari 2019, ECLI:NL: RBOBR:2019:89, JAR 2019/42.

Rechtbank Roermond 2 juli 1996 (pres.), ECLI:NL:RBROE:1996:AH5647, JAR 1996/150.

Overige bronnen:

CBS, *Recordaantal verloren arbeidsdagen in 2019 door stakingen onderwijs en zorg*,

<https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2020/18/recordaantal-verloren-arbeidsdagen-in-2019-door-stakingen-onderwijs-en-zorg>, 1 mei 2020.

CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis 2020CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis *Marktmacht op de Nederlandse arbeidsmarkt*, : CPB 2020.

Kamerstukken II 2001/02, 28365, nr. 1.

Kamerstukken II 1996/97, 25264, nr. 3 (MvT). p. 12.

Kamerstukken II 1963/64, 7737, nr. 3 (MvT), p. 4-5.

Kamerstukken II 1929/30, 47, nr. 3-4 (gewijzigd ontwerp van wet).

STAR, *Nota inzake de evaluatie van de Wet flexibiliteit en zekerheid en de evaluatie van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs*, 1 april 2004, publicatienr. 5/04, p. 20-21

STAR, *Nota flexibiliteit en zekerheid*, 3 april 1996, publicatienr. 2/96.

SER-advies 20 mei 1994, 94/07.

FRA, *Toepassing van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in nationale wetgeving en beleidsvorming*, richtsnoer, Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, 2020.

Rapportage onderzoekteam Handhaving & Naleving FNV, ‘Contracting. Balletje – balletje op de arbeidsmarkt’, 30 maart 2015.

Bijlagen

I. Bijlage: Conceptwetsvoorstel

Voorstel van wet tot wijziging van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs en wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek ten einde te bewerkstellingen dat de reikwijdte van het onderkruipersverbod in overeenstemming wordt gebracht met het daaraan gegeven doel en daarmee te bewerkstelligen dat de belangen van het stakingsrecht en het collectieve onderhandelingsrecht worden gewaarborgd.

Aan Boek 7, titel 10, afdeling 6, van het Burgerlijk Wetboek wordt een artikel toegevoegd, luidende:

Artikel 658d

1. Het is een werkgever verboden om gedurende de tijd dat in zijn bedrijf of onderneming, of een gedeelte daarvan, een werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting bestaat arbeidskrachten die voor de aanvang van de werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting niet werkzaam waren ten behoeve van het bedrijf of onderneming van de werkgever, werkzaamheden te laten verrichten die door de werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting worden beheerst, tenzij deze arbeidskrachten werkzaam zijn op grond van een met de werkgever gesloten arbeidsovereenkomst overeenkomstig artikel 7:610 BW.

Toelichting: Om te bereiken dat werkgevers ook normadressant worden van het onderkruipersverbod, is een nieuw artikel inhoudende het onderkruipersverbod gecreëerd welke zich expliciet richt op de werkgever. In titel 7.10 BW worden arbeidsrelaties in het algemeen genormeerd en in het bijzonder normerende regels gegeven die gelden voor de werkgever. Gezien het onderkruipersverbod ook arbeidsrelaties normeert, is titel 7.10 BW een passende plek om het onderkruipersverbod jegens werkgevers neer te leggen. Het onderkruipersverbod een plicht is die geldt voor de werkgever en het heeft gezien het stakingsrecht betreft een ander karakter dan de overige regelingen in titel 7.10 BW. Vandaar dat plaatsing van het onderkruipersverbod in afdeling 6 ‘Enkele bijzondere verplichtingen van de werkgever’ in het nieuwe artikel 7:658a BW passend is.

Het verbod in artikel 7:658a BW houdt een algemeen verbod in voor de werkgever om arbeidskrachten die voor de staking niet werkzaam waren voor de werkgever, werkzaam te laten zijn op de door de staking beheerste werkzaamheden. Door de algemene formulering van artikel

7:658a lid 1 BW zullen hier naast ingehuurde arbeidskrachten op grond van een uitzendovereenkomst ook arbeidskrachten onder vallen die werkzaam zijn op grond van een opdracht- of aannemingsovereenkomst.

2. Het verbod in lid 1 geldt alleen in het geval het verloop van de werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting wordt beïnvloed door werkzaamheden die verricht worden door de in lid 1 aangeduide arbeidskrachten.

Toelichting: In artikel 7:658d lid 2 BW is duidelijk neergelegd dat het onderkruipersverbod alleen van toepassing is als een causaal verband bestaat tussen het verrichten van werkzaamheden door ingehuurde arbeidskrachten en het verloop van de staking. De bestaande problematiek met betrekking tot het causaal verband wordt hiermee verholpen;

3. Het is in afwijking van artikel 7:658d lid 1 BW toegestaan dat een werkgever in wiens bedrijf of onderneming een werkstaking heerst om arbeidskrachten van een onderneming die door dezelfde ondernemer in stand worden gehouden of die tot dezelfde groep als de onderneming van de werkgever behoort in de zin van artikel 2:24b BW, werkzaamheden te laten verrichten die door de werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting worden beheerst, mits de arbeidskrachten van beiden ondernemingen onder hetzelfde cao-overleg vallen.

Toelichting: Lid 3 van artikel 7:658 BW geeft de mogelijkheid aan werkgevers om werknemers van een andere onderneming binnen hetzelfde concern in te lenen om de bestaakte werkzaamheden te verrichten. Hier wordt tegemoet gekomen aan het belang van concern om werknemers vrij te alloceren binnen het concern. De intra-concern inlening is wel beperkt doordat alleen werknemers die onder hetzelfde cao-overleg vallen als de stakende werknemers mogen worden ingezet. Doordat beiden groepen arbeidskrachten onder hetzelfde cao-overleg vallen wordt het recht op collectieve onderhandelen niet te veel schade aangedaan.

Artikel 10 Waadi wordt als volgt gewijzigd:

10 lid 1. Degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt, stelt voor zover hem bekend is of redelijkerwijze bekend kan zijn dat in een bedrijf of onderneming, of een gedeelte daarvan een werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting bestaat, geen arbeidskrachten ter beschikking voor het verrichten van werkzaamheden in dat bedrijf of die onderneming of wel dat gedeelte daarvan, waar de werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting heerst.

10 lid 2. Het verbod in lid 1 geldt alleen in het geval het verloop van de werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting wordt beïnvloed door het verrichten van de werkzaamheden die door de werkstaking worden beheerst door de terbeschikkinggestelde arbeidskrachten.

Aan artikel 1 van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs worden twee leden toegevoegd:

1 lid 5. Voor de toepassing van artikel 10 wordt in afwijking van het eerste lid, onderdeel c, onder ter beschikking stellen van arbeidskrachten verstaan: het ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomsten, verrichten van arbeid.

1 lid 6: Voor de toepassing van artikel 10 wordt in afwijking van artikel 1 lid 3 sub c onder ter beschikking stellen van arbeidskrachten niet verstaan: het ter beschikking stellen van arbeidskrachten voor het verrichten van arbeid in een onderneming, die door dezelfde ondernemer in stand wordt gehouden als die de arbeidskrachten ter beschikking stelt, of waarbij degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt en de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt in een groep zijn verbonden als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek dan wel de één een dochtermaatschappij is van de ander als bedoeld in artikel 24a van dit Boek, mits op de terbeschikkinggestelde arbeidskrachten dezelfde cao van toepassing is als op de stakende werknemers.

Toelichting; De regeling van het onderkruipersverbod in de Waadi blijft in aangepast vorm bestaan. In de Waadi zijn normen gesteld die gelden voor intermediairs. Vandaar dat de Waadi een passende plek is om voor het onderkruipersverbod jegens intermediairs. Gesignaleerd is wel dat het algemeen begrippenkader in de Waadi een beperkende invloed heeft op de reikwijdte van het onderkruipersverbod. Om dit probleem te verhelpen, is de regeling van het onderkruipersverbod in de Waadi wel aangepast. In artikel 1 lid 5 Waadi wordt een terbeschikkingstellingbegrip geïntroduceerd zonder de eis van leiding en toezicht waardoor het inlenen van arbeidskrachten op grond van contracting onder de reikwijdte van het onderkruipersverbod. Met de invoering van artikel 1 lid 6 Waadi wordt intra-concern inlenen van arbeidskrachten alleen toegestaan als op de intra-concern ingeleende arbeidskrachten dezelfde cao van toepassing is.

Artikel 10 Waadi wordt als volgt gewijzigd:

10 lid 1. Degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt, stelt voor zover hem bekend is of redelijkerwijze bekend kan zijn dat in een bedrijf of onderneming, of een gedeelte daarvan een werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting bestaat, geen arbeidskrachten ter beschikking voor het verrichten van werkzaamheden in dat bedrijf of die onderneming of wel dat gedeelte daarvan, waar de werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting heerst.

Artikel 10 lid 2 Waadi Het verbod in lid 1 geldt alleen in het geval het verloop van de werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting wordt beïnvloed door het verrichten van de werkzaamheden die door de werkstaking worden beheerst door de terbeschikkinggestelde arbeidskrachten.

Toelichting: In artikel 10 lid 2 Waadi is duidelijk neergelegd dat het onderkruipersverbod alleen van toepassing is als een causaal verband bestaat tussen het verrichten van werkzaamheden door ingehuurde arbeidskrachten en het verloop van de staking. De bestaande problematiek met betrekking tot het causale verband wordt hiermee verholpen;