

# Driehoeksrelaties in 2021 en de adviezen van de Commissie Borstlap

Johan Zwemmer

# Actualiteiten uitzending, payrolling, contracting / detachering

- Inleiding
- Cao voor Uitzendkrachten
- Onderscheid uitzending en detachering of contracting
- Recente rechtspraak contracting
- Payrolling in de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB)
- Adviezen driehoeksrelaties rapport Commissie Borstlap

# Verschillende typen 'arbeidsverhoudingen'

- Arbeidsovereenkomst (art. 7:610 BW)
- Uitzendovereenkomst (art. 7:690 BW)
- Payrollovereenkomst (art. 7:692 BW)
- Overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW)
- Overeenkomst van aanneming van werk (art. 7:750 BW)

# Cao voor Uitzendkrachten 2019 - 2021, versie december 2019

- Per 30 december 2019 geldt een nieuwe cao die van toepassing is op de hele uitzendbranche (ABU en NBBU)
- Looptijd 2019 – 31 mei 2021
- AVV 11 juli 2020 – 31 mei 2021

# Flexibiliteit

- Ketenregeling pas van toepassing nadat de uitzendwerknemer in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht (artikel 7:691 lid 1 BW).  
Uitbreiding naar 78 weken in artikel 10 lid 1 ABU-cao. (**fase A:  $\pm$  87%**)
- Verlenging ketenregeling op grond van artikel 7:691 lid 8 sub c BW.  
Uitbreiding naar 48 maanden en zes arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in artikel 10 lid 2 ABU-cao. (**fase B:  $\pm$  10%**)
- Tussenpoos van zes maanden (ook) dwingend recht bij uitzendovereenkomst.  
Per saldo kan dus gedurende een aaneengesloten periode van maximaal (78 weken + 48 maanden =) 5,5 jaar flexibel worden gecontracteerd met een uitzendkracht. Daarna is sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met het uitzendbureau (**fase C:  $\pm$  3%**)

# Informatie en aansprakelijkheid voor de betaling van het juiste loon aan uitzendkrachten

- **Artikel 16 lid 7 CAO voor Uitzendkrachten:**

“d. de functie-inschaling en -trede volgens de beloningsregeling opdrachtgever indien beschikbaar; e. de overeengekomen arbeidsduur; f. indien van toepassing de vermoedelijke einddatum van de terbeschikkingstelling; g. de cao/beloningsregeling; h. het bruto feitelijk (uur)loon; i. de van toepassing zijnde adv-compensatie; j. de van toepassing zijnde toeslagen voor overwerk en/of verschoven uren; k. de van toepassing zijnde toeslag voor onregelmatigheid (waaronder feestdagtoeslag) en toeslagen voor fysiek belastende omstandigheden; l. de van toepassing zijnde ploegtoeslag; m. de van toepassing zijnde reiskostenvergoeding; n. overige van toepassing zijnde kostenvergoedingen; o. de van toepassing zijnde vergoeding van reizen of reistijd verbonden aan het werk.”

- **Artikel 12a Waadi (sinds 1/1/20)**

“Degene, aan wie een arbeidskracht ter beschikking wordt gesteld, verschaft voor de aanvang van de terbeschikkingstelling schriftelijk of elektronisch informatie over de arbeidsvoorwaarden, bedoeld in de artikelen 8 of 8a aan degene die de arbeidskracht ter beschikking stelt.”

Deze bepaling laat onverlet de informatieverplichtingen jegens de werknemer, die op grond van artikel 7:655 BW en de CAO voor Uitzendkrachten op de werkgever (uitzendbureau) rusten.

# Het aan de uitzendkrachten verschuldigde loon

- Artikel 8 Waadi (driekwart dwingend recht):

Loon en overige vergoedingen en arbeidstijden

- Artikel 16 lid 1 CAO voor Uitzendkrachten:

“a. uitsluitend het geldende periodeloan in de schaal;

b. de van toepassing zijnde arbeidsduurverkorting. Deze kan - dit ter keuze van de uitzendonderneming - gecompenseerd worden in tijd en/of geld;

c. toeslagen voor overwerk, voor werken in onregelmatigheid (waaronder feestdagen), verschoven uren, ploegdienst en werken onder fysiek belastende omstandigheden samenhangend met de aard van het werk (waaronder werken onder lage of hoge temperaturen, werken met gevaarlijke stoffen, of vuil werk);

d. initiële loonsverhoging (hoogte en tijdstip als bij de opdrachtgever bepaald);

e. kostenvergoeding (voor zover de uitzendonderneming deze vrij van loonheffing en premies kan uitbetalen: reiskosten, pensionkosten en andere kosten noodzakelijk vanwege de uitoefening van de functie);

f. periodieken (hoogte en tijdstip als bij de opdrachtgever bepaald).”

# Onderscheid tussen uitzendovereenkomst en sommige vormen van detachering/contracting

- Driehoeksrelaties waarbij geen sprake is van uitzending ex art. 7:690 BW omdat toezicht en leiding bij detacheerder liggen en geen sprake is van een allocatiefunctie.
- Van detachering in deze vorm kan sprake zijn bij de terbeschikkingstelling van hoog gekwalificeerd personeel aan opdrachtgevers die deze kennis zelf niet in huis hebben en bij de uitbesteding van specialistische werkzaamheden door de opdrachtgever (bijv. schoonmaak- of cateringwerkzaamheden).
- Bij de uitbesteding van (neven of kern)activiteiten aan (gespecialiseerde) dienstverlenende ondernemingen of toeleveranciers wordt ook wel gesproken van contracting.



# Uitzendovereenkomst of niet?

- **Hof Den Bosch 20 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3098**

Werk uitbesteed aan POS Contracting in kippenlachterij aanneming van werk, geen uitzending. Feitelijk gezag wijst op aanneming van werk / contracting en niet op uitzendrelatie. POS Contracting valt wel onder de werkingssfeer van de cao Pluimvee gedurende de periode dat deze avv is.

- **Rb. Noord-Nederland (Ktr. Leeuwarden) 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3465**

Artikel 8 lid 1 Waadi en artikel 7:690 BW: geen aanneming van werk maar ter beschikking stellen van arbeidskrachten en uitzendovereenkomst

- **Rb. Noord-Nederland (Ktr. Groningen) 15 december 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:4471**

Artikel 7:690 BW, artikel 7:616a BW. PostNL aansprakelijk voor achterstallig loon aan pakketsorteerders die – al dan niet middels ‘doorlening’ – door een vestiging van het Bedrijf voor Werk, Re-Integratie en Inkomen (BWRI) in Kolham aan PostNL ter beschikking werden gesteld. Het pakketbedrijf handelde onrechtmatig en profiteerde bewust van de onderbetaling van arbeidskrachten en de contracting-constructie die het met BWRI had opgezet.

# Regulering payrolling in BW en Waadi in Wet arbeidsmarkt in balans (WAB)

- **In artikel 7:692 BW:** “De payrollovereenkomst is de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen.”
- **In artikel 7:692a BW:** Bijzondere uitzendovereenkomst zonder toepassing lichter ontslagregime bij uitzending
- **In Waadi:** Bijzondere terbeschikkingstellingsvariant met strikt loonverhoudingsvoorschrift in nieuw dwingendrechtelijk artikel 8a Waadi geldend voor alle arbeidsvoorwaarden (primair en secundair) en pensioenniveau (adequaat pensioen).

# Alleen nog uitzendovereenkomst en Waadi 'light' als sprake is van (i) allocatiefunctie → indicaties:

De uitzendwerkgever moet een 'actieve rol' hebben bij het samenbrengen van vraag en aanbod van de uitzendkracht en inleners. De regering geeft zes indicaties die relevant zijn bij de beoordeling hiervan:

- “Of de formele (uitzend)werkgever de arbeidskracht (zelf) heeft geworven en geselecteerd, bijvoorbeeld door plaatsing van een vacature, het actief benaderen van potentiële arbeidskrachten, en het actief benaderen van opdrachtgevers;
- Of en in welke mate de opdrachtgever/derde bemoeienis heeft gehad met de werving en het selectieproces en de inlener dus zelf de allocatiefunctie heeft vervuld of dit een derde voor hem laat doen, niet zijnde de formele werkgever;
- Of de werknemers eerder in dienst of anderszins werkzaam waren bij de inlenende onderneming (draaideurconstructie) en de inlener zelf de allocatiefunctie heeft vervuld;

# Alleen nog uitzendovereenkomst en Waadi 'light' als sprake is van (i) allocatiefunctie → indicaties:

- Of er sprake is van een tijdelijke vraag naar arbeid door de inlener, dat wil zeggen of «de uitzendwerkgever zich voornamelijk bezighoudt met het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van tijdelijke arbeid, zoals vervanging van werknemers tijdens ziekte of andere afwezigheid, het opvangen van piekuren of soortgelijke plotselinge opkomende werkzaamheden»;
- De structurele aard van de werkzaamheden/functie die door de arbeidskracht verricht moeten worden bij de inlener (en dus geen tijdelijke vraag naar arbeid);
- Of het bedrijf (formele werkgever) in zijn geheel geen allocatieve activiteiten heeft (zoals het hebben van een vacaturesite en intercedenten in dienst hebben die actief werven en alloceren).”

# En (ii) non exclusiviteit → indicaties

- “Welke afspraken zijn tussen de opdrachtgever en de inlener gemaakt (al dan niet schriftelijk, zoals een exclusiviteitsbeding);
- Of de arbeidskracht is medegedeeld dat hij exclusief aan die onderneming ter beschikking wordt gesteld en dit ook feitelijk heeft plaatsgevonden;
- Hoe lang de arbeidskracht al (exclusief) bij de inlener werkzaam is en of voorheen bij de inlener werkzaam is geweest;
- Of de arbeidskracht ook met de inlener praktische zaken (bijvoorbeeld gerelateerd aan zijn arbeidsvoorwaarden) moet afspreken, zoals zijn vakanties;
- De inlener ook bemoeienis heeft met het personeelsbeleid ten behoeve van de uitzendkracht, zoals functioneringsgesprekken.”

# Gevolgen voor uitzendvarianten en structurele inzet uitzendkrachten

- **Doorlening**

Wanneer de werkgever van de doorgeleende werknemer deze zelf heeft geworven en geselecteerd is sprake van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW en van terbeschikkingstelling in de zin van artikel 1 lid 1 sub c Waadi. Dat is ook het geval als de uitzendwerkgever en de doorlener groepsmaatschappijen zijn.

- **Back-office payrolling**

Daar wordt de werving en selectie van de werknemer verricht door de doorlener (een uitzendbureau) en niet door de contractuele werkgever - het 'back-office payrollbedrijf' - van de werknemer.

- **Overname uitzendkrachten na een gewonnen aanbesteding**

Uitzendkrachten kunnen nog steeds langdurig ter beschikking worden gesteld aan een opdrachtgever zonder dat (enkel) door het verstrijken van de tijd een payrollovereenkomst ontstaat. Van de omstandigheden van het geval hangt af aan hoeveel indicaties moet zijn voldaan wil sprake zijn van een uitzendovereenkomst.

# Adviezen Commissie Borstlap

# Commissie Borstlap: geen oneigenlijke driehoeksverhoudingen

- Eigenaar of exploitant van de onderneming of organisatie waar gewerkt wordt is de werkgever tenzij:
  1. Uitzending (werkgever heeft allocatiefunctie en 'piek en ziek' werk)
    - max 26 weken uitzendbeding (niet bij ziekte)
    - geen afwijking ketenregeling meer
    - maximumtermijn voor plaatsing bij één opdrachtgever (vgl. HvJ EU 14 oktober 2020)
    - zelfde (primaire en secundaire) arbeidsvoorwaarden vanaf dag één (vgl. 8a Waadi)
    - Flextoeslag of hoger minimumloon
  2. Intra-concern detachering of collegiale in- en uitlening
    - voor de duur van de maximum-uitzendtermijn



# Commissie Borstlap: geen oneigenlijke driehoeksverhoudingen

- Eigenaar of exploitant van de onderneming of organisatie waar gewerkt wordt is de werkgever tenzij:
3. Contracting / detachering: echte uitbesteding van werk aan specialist
    - Wanneer het contractingbedrijf of de detacheerder een zelfstandige en inhoudelijke rol vervult bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst en de werkzaamheden van de werknemer behoren tot diens onderneming. Daarbij is volgens de Commissie relevant dat “de werknemer (i) onderdeel is van de organisatie van de partij die hem inzet bij de opdrachtgever en (ii) activiteiten verricht die (ook) behoren tot de reguliere ondernemingsactiviteiten van de partij die hem inzet bij de opdrachtgever.