

UITZENDEN

mr. Jasper van der Voet & mr. dr. Merel Keijzer

Inhoud

- Gelijke beloning
- Tijdelijkheid: kenmerk of verplichting?
- Stand van de wetgeving

Gelijke beloning

- Inleiding
- Gelijke beloning - Uitzendrichtlijn
- Artikel 8 Waadi / artikel 16 cao voor Uitzendkrachten (ABU / NBBU)
- Dosign-uitspraak
- Hof van Justitie
- Gevolgen – toekomst – cao voor Uitzendkrachten

Uitzendrichtlijn

- Artikel 5 lid 1 en artikel 3 lid 1 sub f Uitzendrichtlijn

De essentiële arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten zijn, voor de duur van hun opdracht bij een inlenende onderneming, ten minste dezelfde als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door de genoemde onderneming voor dezelfde functie in dienst waren genomen.

“essentiële arbeidsvoorwaarden”: de in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve arbeidsovereenkomsten en/of andere in de inlenende onderneming vigerende bindende bepalingen van algemene strekking vastgelegde arbeidsvoorwaarden met betrekking tot:

- i) de arbeidstijd, overuren, pauzes, rusttijden, nachtarbeid, vakantie en feestdagen;
- ii) de bezoldiging → artikel 157 VWEU

Gelijke beloningsnorm

Cao voor uitzendkrachten

Artikel 16 cao voor Uitzendkrachten

- a. het geldende periodeloon;
- b. arbeidsduurverkortung;
- c. alle toeslagen;
- d. initiële loonsverhoging;
- e. alle kostenvergoedingen;
- f. periodieken;
- g. vergoeding van reisuren en/of reistijd verbonden aan het werk;
- h. eenmalige uitkeringen;
- i. thuiswerkvergoedingen;
- j. vaste eindejaarsuitkeringen.

WAADI

Artikel 8 WAADI

De arbeidskracht (...) heeft recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die welke gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt:

met betrekking tot het loon en overige vergoedingen

← Artikel 8 lid 4 WAADI

Dosign-uitspraak

Casus

- Eiser is werkzaam als junior process engineer bij Dosign en wordt gedetacheerd naar Akzo. Akzo kent binnen haar eigen functiehuis ook de functie van junior process engineer. Eiser stelt dat hij niet is beloond conform artikel 8 WAADI en vordert:

- Periodieke loonsverhoging
- Eenmalige uitkering
- Resultaatafhankelijke bonus
- Reiskostenvergoeding
- Vakantiedagen
- Prestatieverhoging
- EBITDA Akzo bonus

Kantonrechter wijst alles toe (Kantonrechter Rotterdam, 25 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2023:253)

Dosign-uitspraak

Gerechtshof Den Haag (Hof Den Haag, 28 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:253)

Het bepaalde in de Memorie van Toelichting is leidend:

- *Met loon wordt in dit artikel bedoeld op loonbetaling in dezelfde schaal als die van toepassing is op gelijke of gelijkwaardige functies in de inlenende onderneming. Loon is niets anders dan de tegenprestatie voor de bedongen arbeid en omvat mede het loon over bijvoorbeeld overuren, voor het werken op feestdagen en het loon over vakantiedagen. Met overige vergoedingen wordt bedoeld: de vergoedingen voor reizen, reiskosten, pensioenkosten, koffiegeld en andere noodzakelijk te achten kostenvergoedingen, voor zover werknemers in dienst van de inlenende onderneming in soortgelijke omstandigheden eveneens daarop aanspraak kunnen doen gelden."*

En:

- *"In het gewijzigde artikel 8 WAADI wordt nu ook de gelijke behandelingsnorm neergelegd voor ter beschikking gestelde arbeidskrachten met betrekking tot alle in artikel 5, lid 1, van de richtlijn genoemde essentiële arbeidsvoorwaarden (loon en overige vergoedingen, duur van de vakantie en het al dan niet werken op feestdagen, arbeidstijden, pauzes, rusttijden, nachtarbeid en overuren) en de in artikel 5, lid 1, onder a en b genoemde regels en maatregelen, die op basis van cao's of andere niet wettelijke bepalingen van algemene strekking van kracht zijn binnen de inlenende onderneming. **Het betreft hier een limitatieve opsomming.** Voor andere arbeidsvoorwaarden die van toepassing zijn binnen de inlenende onderneming hoeft dus geen gelijke behandeling plaats te vinden."*

Hof van Justitie

Limitatieve opsomming lijkt in strijd met Europees recht:

- **Luso Temp** – C-426/20 - Vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantiedagen.
- **Timepartner** – Negatieve afwijking essentiële arbeidsvoorwaarden bij cao is toegestaan, mits het wordt gecompenseerd middels andere essentiële arbeidsvoorwaarden.
- **Randstad Empleo** – Vergoeding in verband met een ongeval is ook een essentiële arbeidsvoorwaarde.

Advies A-G – ECLI:NL:PHR:2024:468 – Geen resultaatafhankelijke bonus

Vrij vertaald: "het is wel mogelijk om een andere redenatie te verkiezen, maar dan valt mogelijk iedere pecuniaire vergoeding in de gelijkstelling."

HR - Dosign

Hoge Raad – ECLI:NL:HR:2024:1303

Het begrip 'loon' in art. 8 lid 1 (oud) Waadi moet in overeenstemming met het begrip 'bezoldiging' in de Uitzendrichtlijn worden uitgelegd. In het bestreden arrest heeft het hof, onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, tot uitgangspunt genomen dat loon 'niets anders [is] dan de tegenprestatie voor de bedongen arbeid' en geoordeeld dat de resultaatsafhankelijke bonus, de PDD-prestatievergoeding en de Akzo-bonus daarvan geen deel uitmaken. Daarmee is het hof uitgegaan van een opvatting van dat begrip 'loon' die, gelet op de uitleg van het begrip 'bezoldiging' door het HvJEU niet richtlijnconform is. Het begrip 'bezoldiging' omvat immers alle hiervoor in 3.2.5 bedoelde voordelen die de werkgever aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking toekent.

HR - Dosign

En nu?

- directe gevolgen voor partijen die geen lid zijn van de ABU / NBBU;
- en de bepalingen in de cao (Dosign / Timepartner)?
- Richtlijnconforme uitleg?
- Toekomst – Wet meer zekerheid flexwerkers (uitvoerbaar)? –

Uitzend-cao nog mogelijk?

Tijdelijkheid: kenmerk of verplichting?

- Definities: Uitzendrichtlijn vs. BW
- Nederlandse context: wetgeving door de jaren heen
- Jurisprudentie Hof van Justitie
- Nederlandse context: rechtspraak
- Nederlandse context: adviezen en plannen

Definities uitzenden

Uitzendrichtlijn

"Uitzendkracht":

Een werknemer met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau teneinde ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van laatstgenoemde onderneming **tijdelijk te werken.**

BW

Artikel 690

De uitzendovereenkomst is de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht **arbeid te verrichten** onder toezicht en leiding van de derde.

Nederlandse context: Wetgeving door de jaren heen

- **1991-1998: Vergunningsstelsel**
 - *Maximumtermijn van 6 maanden/1000 uur;*
 - *Alleen voor tijdelijke arbeid.*
- **1998: Invoering Waadi**
 - *Regering: verbetering rechtspositie uitzendkrachten rechtvaardigt vervallen tijdelijkheidseis*
- **2012: Implementatie uitzendrichtlijn**
 - *Regering: geen wijziging definities in Waadi/BW vereist*
- **2018: Wet Arbeidsmarkt in Balans**
 - *Onderscheid payrolling en uitzenden*
 - *Allocatiefunctie → Indicaties o.a.*
 - (i) *vraag inlener tijdelijk*
 - (ii) *structurele aard werk bij inlener.*
 - *Exclusieve terbeschikkingstelling*

Hof van Justitie: Uitzenden mag geen permanente situatie worden

JH v. KG (2020)

- *Richtlijn verplicht lidstaten niet tot*
 - i. *beperking aantal opdrachten bij dezelfde inlener;*
 - ii. *het afhankelijk stellen van uitzendarbeid van technische redenen of productie/organisatorisch redenen.*
- *Lidstaten wel verplicht om*
 - i. *maatregelen te nemen ter voorkoming misbruik achtereenvolgende opdrachten ter omzeiling richtlijn;*
 - ii. *tijdelijke karakter van uitzenden te waarborgen.*

Daimler (2022)

- *Richtlijn biedt uitzendkracht geen subjectief recht op arbeidsovereenkomst met inlener;*
- *Lidstaten moeten ervoor zorgen dat uitzendarbeid, bij dezelfde inlenende onderneming, voor een uitzendkracht geen permanente situatie wordt, door:*
 - i. *Tijdsduur in nationaal recht, of*
 - ii. *Via beoordeling door rechter, waarbij de volgende indicaties gelden:*
 - *duur van inlening is langer dan gelet op alle relevante omstandigheden - waaronder met name sectorkenmerken - redelijkerwijs als „tijdelijk” kan worden aangemerkt, en*
 - *zonder objectieve verklaring achtereenvolgende opdrachten uitzendkracht bij dezelfde inlener.*

Hof van Justitie: Permanente terbeschikkingstelling valt niet onder uitzendrichtlijn

- ALB FILS Klinken (2023):
 - Om onder uitzendrichtlijn te vallen, moet werkgever de bedoeling hebben om de betrokken werknemer tijdelijk ter beschikking te stellen
 - i. Bij sluiten arbeidsovereenkomst en
 - ii. bij elke terbeschikkingstelling van een inlenende onderneming.
 - Geen risico misbruik/omzeiling richtlijn als
 - i. geen voornemen tot terbeschikkingstelling bestaat en
 - ii. arbeidsverhouding blijft bestaan zoals voor overdracht taken aan derde.

Nederlandse context: rechtspraak

Draaideur

- Campina (1991)
- Taxi Dorenbos (2020)

Misbruik uitzenden & omzeiling richtlijn en tijdelijkheid

- Upfield (2024)
 - Hof past Daimler-kader toe;
 - Inlening niet meer tijdelijk
 - Langdurig gebruik = geen misbruik, want objectieve rechtvaardiging

Reflexwerking 7:611 BW/7:658 BW

- Gemeente Skarsterlân (2007)
- DSM (2007)
- ING (2015)

Is tijdelijkheid verplichting of kenmerk?

Twee stromingen

1. Wet behoeft geen aanpassing: voldoende waarborgen tegen misbruik (gelijke beloning, verschil uitzend/payrolling, fase-C/ketenregeling).
2. Wet moet worden aangepast: inbouwen waarborgen tegen permanente terbeschikkingstelling.

Nederlandse context: adviezen en plannen

- **2020: Commissie Regulering van Werk**
 - *Rechtvaardiging voor gebruikmaking driehoeksrelaties;*
 - *Duur uitzending tijdelijk.*
- **2022: Hoofdlijnenbrief Arbeidsmarkt**
 - *Geen expliciete waarborgen ter voorkoming van permanente terbeschikkingstelling. Met sociale partners bezien welke stappen vereist zijn om waarborgen te bieden.*
- **2023: Brief Arbeidsmarktbeleid**
 - *Structureel werk moet plaatsvinden binnen duurzame arbeidsrelaties;*
 - *Bij werken onder gezag hoort een arbeidsovereenkomst.*
- **2023: Advies Landsadvocaat**
 - *Onvoldoende waarborgen naleving richtlijn;*
 - *Wet bevat geen maatregelen ter voorkoming misbruik en omzeiling richtlijn.*
- **2023: Wet meer zekerheid flexwerkers**
 - *Tijdelijkheid niet geaddresserd.*
- **2023/2024: Wetsvoorstel Toelatingsstelsel**
 - *Tijdelijkheid niet geaddresserd.*

Stand van de wetgeving

■ Wet Toelating Terbeschikkingstelling Arbeidskrachten (WTTA)

- *Certificeringsstelsel: Toelating verleend voor 4 jaar indien*
 - VOG
 - Bewijs van financiële zekerheid (EUR 100.000)
 - Voldoen aan normenkader (arbeidsrecht, sociale zekerheid en fiscaal) → Inspectierapport

→ *Uitstel i.v.m. inrichting uitvoeringsinstantie*

■ Wet Meer Zekerheid Flexwerkers

Vragen?



Jasper van der Voet
Advocaat bij Pellicaan Advocaten N.V.
Jasper.vandervoet@pellicaan.nl



Merel Keijzer
Advocaat bij Osborne Clarke N.V.
merel.keijzer@osborneclarke.com