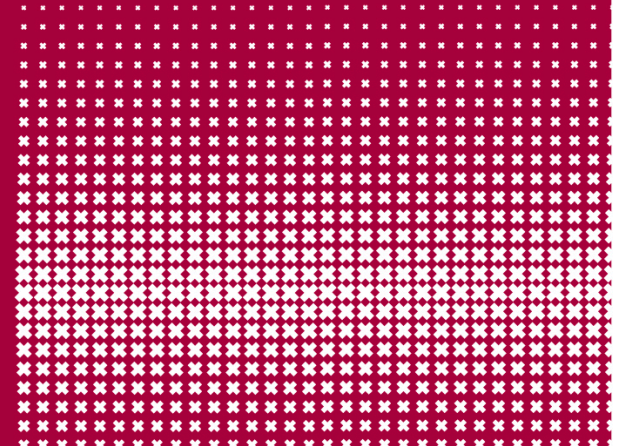




Johan Zwemmer



Uitzending: aankomende wetswijzigingen en de betekenis van het tijdelijkheidsvereiste in de Richtlijn

VvA bijeenkomst 19 september 2023

Wetsvoorstel Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten

Wijziging regulering uitzendovereenkomst in 7:691 BW:

- Maximale termijn ‘verlicht uitzendregime’ naar 52 weken
- Tussenpoos van zes naar 60 maanden
- Na 24 maanden inclusief tussenpozen (tot 60 maanden) arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.
- Voor – kort gezegd – studenten blijft de tussenpoos 6 maanden indien de gemiddelde omvang van de door de werknemer verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen

Uitzendovereenkomst: Cao voor uitzendkrachten nu

- Ketenregeling pas van toepassing nadat de uitzendwerknemer in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht (artikel 7:691 lid 1 BW).
Uitbreiding naar 52 weken in artikel 10 lid 1 ABU-cao.
- Verlenging ketenregeling op grond van artikel 7:691 lid 8 sub c BW.
Uitbreiding naar 3 jaar en zes arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in artikel 10 lid 2 ABU-cao.
- Tussenpoos van zes maanden (ook) dwingend recht bij uitzendovereenkomst.
Per saldo kan dus gedurende een aaneengesloten periode van maximaal (52 weken + 3 jaar =) 4 jaar flexibel worden gecontracteerd met een uitzendkracht. Daarna is sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met het uitzendbureau.

Uitzendovereenkomst voor onbepaalde tijd: Ontslagregeling

Uitzendwerkgever voor de toepassing van de Ontslagregeling is:

- *“de werkgever, die als doelstelling heeft om in het kader van beroep of bedrijf werknemers ter beschikking te stellen aan derden om onder hun leiding en toezicht werkzaam te zijn en zodoende vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bij elkaar te brengen en wiens premieplichtige loonsom op jaarbasis voor ten minste 50% wordt gerealiseerd in het kader van uitzendovereenkomsten als bedoeld in artikel 690 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek”*

Redelijke grond voor ontslag uitzendkracht bij beëindiging inleenopdracht indien:

- indien aannemelijk is dat de werknemer niet binnen de in artikel 7:669 lid 3 sub a BW genoemde periode van 26 weken (i) bij de laatste opdrachtgever dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden zal kunnen verrichten en (ii) de uitzendwerkgever zich gedurende de redelijke termijn van artikel 10 Ontslagregeling heeft ingespannen de uitzendwerknemer te herplaatsen in een passende functie (artikel 7 Ontslagregeling)
- indien beëindiging inleenopdracht leidt tot vervallen van arbeidsplaatsen van één of meer werknemers, moet worden afgespiegeld over de uitwisselbare functies bij de inleenopdrachten van de bedrijfsvestiging van de uitzendwerkgever (artikel 14 lid 3 Ontslagregeling

Tijdelijkheid kent een voorgeschiedenis in Nederland

- tot 1996 gold een vergunningstelsel en een termijn voor uitzenden (zes maanden of 1000 uur) en een loonverhoudingsvoorschrift (gelijke behandeling). Met invoering van de Wfz en de Waadi verviel het vergunningstelsel en de maximale termijn -> 90% van uitzenden was tijdelijk (natuurlijke beperking).
- In Europa: bij het eerste ontwerp van de Uitzendrichtlijn in 2002 werd door de commissie gesteld dat uitzendwerk in Europa in 90% van de gevallen eindigde binnen een termijn van zes maanden. In sommige landen ging het om hooguit 1 maand en in andere landen 3 tot 6 maanden (Nederland en UK).
- In de Uitzendrichtlijn (2008) is de tijdelijkheid niet gedefinieerd, maar de tijdelijkheid werd wel onderdeel van de titel en de gebruikte definities

Jurisprudentie Hof van Justitie EU

HvJ EU 14 oktober 2020 (zaak C-681/18)

Tijdelijkheid uitzendarbeid

Overwegingen Hof:

- Artikel 5 lid 5 brengt mee dat lidstaten passende maatregelen moeten nemen om misbruik te voorkomen;
- Hof: artikel 5 lid 5 voorziet niet in specifieke maatregelen die lidstaten moeten nemen, dus geen verplichting voor lidstaten om bijvoorbeeld een termijn te stellen.
- Doel van de richtlijn is om ervoor te zorgen dat uitzendwerk bij dezelfde inlener geen permante situatie wordt.
- Richtlijn heeft een meervoudig doel, waaronder bevorderen vaste baan bij inlenende onderneming;

Hof: 'Hieruit volgt dat deze (5 lid 5) bepaling aldus moet worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzet dat een lidstaat geen maatregelen neemt om het tijdelijke karakter van uitzendwerk te waarborgen' (r.o. 63)

**Hof van Justitie EU herhaalt nog drie maal dat
“uitzendwerk bij dezelfde inlener geen permanente
situatie wordt” / dat de Uitzendrichtlijn “ook tot doel
*[heeft] de toegang van uitzendkrachten tot een vaste
baan bij de inlenende onderneming te bevorderen”***

HvJ EU 17 maart 2022, JAR 2020/289

HvJ EU 12 mei 2022, JAR 2022/109

HvJ EU 22 juni 2023, zaak C 427/21

Jurisprudentie Hof van Justitie EU

Tijdelijkheid terbeschikkingstelling

HvJ EU 17 maart 2022, zaak C 232/20 :

Het Hof overweegt: *“In het bijzonder moeten lidstaten ervoor zorgen dat uitzendarbeid, bij dezelfde inlenende onderneming, voor een uitzendkracht geen permanente situatie wordt.”* en *“Als wet geen termijn stelt, is het aan de rechter om een oordeel over tijdelijkheid te vellen.”*

HvJ EU 22 juni 2023, zaak C 427/21

Het Hof overweegt dat de Uitzendrichtlijn *“uitsluitend betrekking heeft op tijdelijke, voorbijgaande of in de tijd beperkte arbeidsbetrekkingen, en niet op vaste arbeidsverhoudingen”* (r.o. 50). Doel van de Uitzendrichtlijn is *“om de voorwaarden voor uitzendarbeid aan te passen aan de „normale” arbeidsverhoudingen”*, nu een *“overeenkomst voor onbepaalde tijd de algemene vorm van arbeid is”* (r.o. 54). De Uitzendrichtlijn *“heeft bijgevolg ook tot doel de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen”* (r.o. 54).

Regeerakkoord: niets specifiek over arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen

“Het eindrapport van de commissie Regulering van Werk (commissie-Borstlap) en het hoofdstuk “Arbeidsmarkt, inkomensverdeling en gelijke kansen” uit het SER MLT-advies vormen de leidraad voor hoe de inrichting van de arbeidsmarkt van de toekomst er uit komt te zien.

- In totaal investeren we €500 mln per jaar in het **hervormen van de arbeidsmarkt, reïntegratie en het aanpakken van armoede en schulden**. Ook trekken we €300 mln per jaar uit voor lastenverlichting van het mkb via loondoorbetaling bij ziekte.
- **We verkleinen de verschillen tussen vast en flex**. Te veel mensen in Nederland zijn afhankelijk van tijdelijke contracten. Dit zorgt voor onzekerheid. In lijn met het SER MLT-advies worden oproep-, uitzend- en tijdelijke arbeidscontracten beter gereguleerd. Om de interne flexibiliteit en wendbaarheid van bedrijven te vergroten wordt in overleg met de sociale partners een budgettair neutrale deeltijd-WWW uitgewerkt, met oog voor uitvoerbaarheid en betaalbaarheid.”

→ Val kabinet 7 juli 2023 – arbeidsmarktmaatregelen niet controversieel verklaard

SER-advies 2 juni 2021

Structureel werk wordt in principe georganiseerd op basis van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd (zie Richtlijn 1999/70/EG)

1. Uitzendwerk

Hechten veel waarde aan de allocatie- en opstapfunctie die uitzendwerk vervult. Als knelpunten bij uitzendwerk ziet de SER echter misstanden op de uitzendmarkt waar het de inzet van arbeidsmigranten betreft en situaties waarin uitzendwerknemers langdurig op dezelfde werkplek in uitzendwerk blijven hangen zonder gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden voor hetzelfde werk. Concrete voorstellen om die knelpunten op te lossen.

2. Contracting

Contracting is volgens de SER ongewenst wanneer dit wordt gebruikt om regels rondom uitzending te ontlopen en wanneer dit bewust zo wordt vormgegeven dat niet langer een cao van toepassing is. Omdat het onderscheid tussen eigenlijke en oneigenlijke vormen van contracting lastig te operationaliseren is, stelt de SER voor deze ongewenste vormen van contracting vooralsnog te adresseren in een 'code verantwoord arbeidsmarktgedrag' die wordt getoetst door een Codekamer.

Advies commissie-Borstlap: drie rijbanen voor werkenden waarbinnen arbeid fiscaal gelijk wordt belast

- De werkende die is ingebed in de onderneming of organisatie en verricht daar werkzaamheden die niet behoren niet tot de reguliere activiteiten van die organisatie is op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst van de eigenaar of exploitant van die onderneming of organisatie;
- Als voormelde werknemer tijdelijk werk verricht dat niet of moeilijk voorzienbaar is, verricht op basis van een arbeidsovereenkomst met een werkgever die werknemers ter beschikking stelt aan derden in het kader van een door hem vervulde actieve allocatiefunctie op de arbeidsmarkt, is de werknemer in dienst van deze ter beschikking stellende werkgever (en is sprake van een uitzendovereenkomst).
- Als een persoon voor eigen rekening en risico werkt – de werkende is niet ingebed in de organisatie van de werkgevende en het werk behoort niet tot de reguliere activiteiten van de werkgevende – is sprake van werk dat wordt verricht op zelfstandige basis.

Commissie-Borstlap: Eigenaar/exploitant onderneming of organisatie waar gewerkt wordt is werkgever tenzij:

1. Uitzending (werkgever heeft allocatiefunctie en 'piek en ziek' werk)
 - max 26 weken uitzendbeding (niet bij ziekte) en geen afwijking ketenregeling meer
 - maximumtermijn voor plaatsing bij één opdrachtgever (vgl. HvJ EU 14 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823)
 - 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 maximumuitzendtermijn

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".