DE IMPLEMENTATIE VAN DE UITZENDRICHTLIJN DOOR NEDERLAND

Achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 2008/104/EG en de consequenties voor de rechtspositie van uitzendkrachten

Departement
Sociaal Recht &
Sociale Politiek

Master
Rechtsgeleerdheid
Accentprogramma
Sociaal Recht

Maurice Netten

Scriptiebegeleider
mr. A.D.M. van Rijs

Examencommissie
mr. dr. J. van Drongelen
mr. A.D.M. van Rijs

Datum
13 juni 2012

Dankwoord

Mijn dank gaat uit naar mijn ouders voor het vertrouwen dat zij altijd in mij hebben gehad.

Graag wil ik mijn begeleider, mr. A.D.M. van Rijs, bedanken voor zijn begeleiding tijdens het schrijven van mijn scriptie. Dankzij zijn waardevolle suggesties en adviezen ben ik op het goede spoor gezet en is deze scriptie naar een hoger niveau getild.

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen 4

1 Inleiding 5

2 Achtergrond van de Uitzendrichtlijn 8

2.1 Inleiding 8

2.2 Internationale en Europese regelgeving voorafgaand aan de Uitzendrichtlijn 8

2.3 Eerdere Europese initiatieven voorafgaand aan de Uitzendrichtlijn 10

2.4 Totstandkoming van de Uitzendrichtlijn 11

2.5 Tussenconclusie 18

3 Achtergrond van Nederlandse regelgeving inzake uitzendarbeid 19

3.1 Inleiding 19

3.2 Historisch overzicht 19

3.3 Tussenconclusie 24

4 De rechtspositie van uitzendkrachten in Nederland voorafgaand aan de wetswijziging 25

4.1 Inleiding 25

4.2 De huidige rechtspositie 25

4.3 Tussenconclusie 37

5 De consequenties van de wetswijziging voor de rechtspositie van uitzendkrachten in Nederland 38

5.1 Inleiding 38

5.2 Wijzigingen in Waadi en WOR 38

5.3 Tussenconclusie 46

6 Voldoet Nederland met deze wetswijziging aan de implementatieverplichting? 48

6.1 Inleiding 48

6.2 De implementatie van richtlijnen in het algemeen door Nederland 48

6.3 De implementatie van de Uitzendrichtlijn door Nederland 53

6.4 Tussenconclusie 84

7 Conclusie 88

7.1 De gewijzigde rechtspositie van uitzendkrachten 88

7.2 De implementatieverplichting 89

7.3 Is een verbetering van de rechtspositie van uitzendkrachten op dit moment wenselijk? 90

Literatuurlijst 92

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi, juridisch tijdschrift
ABU	Algemene Bond Uitzendondernemingen
AI	Arbeidsinspectie
AR	ArbeidsRecht, juridisch tijdschrift
ArA	Arbeidsrechtelijke Annotaties, juridisch tijdschrift
Arbvowet	Arbeidsvoorzieningswet
Atb	Arbeidstijdenbesluit
Atw	Arbeidstijdenwet
avv	algemeenverbindendverklaring
BNC	Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen (interdepartementale werkgroep)
BW	Burgerlijk Wetboek
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
CBA	Centraal Bureau voor de Arbeidsvoorziening
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CEEP	Europees Centrum van gemeenschapsbedrijven
CIETT	Internationale Vereniging van Uitzendbureaus
CNV	Christelijk Nationaal Vakverbond
CPB	Centraal Planbureau
EC	Europese Commissie
ELLJ	European Labour Law Journal
EP	Europees Parlement
Eurociett	Europese Vereniging van Uitzendbureaus
EVV	Europees Verbond van Vakverenigingen
EWS	Europese werkgelegenheidsstrategie
FNV	Federatie Nederlandse Vakbeweging
HR	Hoge Raad
IAO	Internationale Arbeidsorganisatie
I-Timer	Interdepartementaal termijnbewakingssysteem voor de implementatie van Europese regelgeving
LBV	Landelijke Belangen Vereniging
NBBU	Nederlandse Bond van Bemiddelings- en Uitzendondernemingen
NEN	Nederlandse Norm
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
SER	Sociaal-Economische Raad
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid, juridisch tijdschrift
SNA	Stichting Normering Arbeid
SNCU	Stichting Naleving Cao voor Uitzendkrachten
STAR	Stichting van de Arbeid
StiPP	Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
TRA	Tijdschrift Recht en Arbeid
UNICE	Unie van Industrie- en Werkgeversfederaties van Europa
UNI-Europe	Union Network International Europe
VEG	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
Waadi	Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs
WAGA	Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid
Wet AVV	Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten
Wet TBA	Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten
WML	Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WOR	Wet op de ondernemingsraden
Wv	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

1 Inleiding

Het onderwerp van deze scriptie is de recente wijziging van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) en de Wet op de ondernemingsraden (WOR) in verband met de implementatie van de Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid.[1] Deze richtlijn trad op 6 december 2008 in werking. De doelstelling van deze richtlijn kan uit de toelichting, de overwegingen 1, 2 en 23 in de preambule en artikel 2 worden herleid. De Uitzendrichtlijn heeft als doel op communautair niveau een geharmoniseerd beschermingskader voor uitzendkrachten te creëren, door de invoering van minimumvoorschriften die in de hele Europese Gemeenschap gelden. Deze richtlijn heeft tot doel de voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers op nationaal niveau te preciseren en dichter bij elkaar brengen.[2] De richtlijn heeft met name tot doel de volledige naleving van artikel 31 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie te waarborgen. In dit artikel is bepaald dat iedere werknemer recht heeft op gezonde, veilige en waardige arbeidsomstandigheden en op een beperking van de maximumarbeidsduur en op dagelijkse en wekelijkse rusttijden, alsmede op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon. Verder wordt overwogen dat het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden onder meer bepaalt dat de totstandkoming van de interne markt moet leiden tot een verbetering van de levensstandaard en de arbeidsvoorwaarden van de werkenden in de Europese Gemeenschap. Dit proces wordt volbracht door onderlinge opwaartse aanpassing van die voorwaarden, met in het bijzonder inzake arbeidsvormen zoals arbeid voor een bepaalde duur, deeltijdarbeid, uitzendarbeid en seizoenarbeid. In artikel 2 opgenomen dat deze richtlijn tot doel heeft is de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren door de naleving van het artikel 5 van deze richtlijn vervatte beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van uitzendkrachten te waarborgen en uitzendbureaus als werkgever te erkennen.

Een van de kernbegrippen van deze scriptie is het begrip 'implementatie'. In dit onderzoek is de definitie gehanteerd die is opgenomen in de Aanwijzingen voor de Regelgeving. Onder implementatie wordt in dit onderzoek verstaan: 'de uitvoering van bindende EU-rechtshandelingen in het nationale recht door middel van het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften'.[3]

Minister Kamp, de inmiddels demissionaire minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, was verantwoordelijk voor de implementatie van de Uitzendrichtlijn in Nederland. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in verband met de implementatie stelde de minister geruststellend dat de implementatie van deze richtlijn voor Nederland niet veel voorstelt, omdat de Nederlandse regelgeving voor uitzendarbeid model heeft gestaan voor de Uitzendrichtlijn.[4] Gezien deze uitspraak is het opvallend dat Nederland niet in staat bleek de Uitzendrichtlijn tijdig te implementeren. Nederland had de plicht om uiterlijk op 5 december 2011 de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vast te stellen en bekend te maken om aan deze richtlijn te voldoen, of er zorg voor dragen dat de sociale partners via overeenkomsten de nodige bepalingen in werking doen treden, waarbij de lidstaten alle nodige maatregelen dienen te treffen zodat de sociale partners voor de op grond van deze richtlijn vereiste resultaten kunnen instaan.[5]

[1] *PbEU* L327.
[2] Com 2002/149 definitief, p. 11.
[3] *Stcrt.* 2011, 6602, p. 39.
[4] Handelingen 2011-2012, 58-6-32.
[5] Artikel 11 Richtlijn 2008/104/EG, *PbEU* L327/14.

Probleemstelling

Voor Nederland was een wetswijziging noodzakelijk ter implementatie van de Uitzendrichtlijn. Op 16 september 2011 is het wetsvoorstel '*Wijziging van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs en de Wet op de ondernemingsraden in verband met implementatie van de Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid*'[6] aangeboden aan de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel is door deze Kamer op 6 maart 2012 met algemene stemmen aangenomen. De Eerste Kamer heeft het voorstel op 17 april 2012 als hamerstuk afgedaan.[7] De wijziging is met ingang van 27 april 2012 in werking getreden.[8] Deze wetswijziging vormt het onderwerp van deze scriptie. De centrale onderzoeksvraag luidt:

'Wat zijn de consequenties van de wijziging van de WAADI en de WOR ter implementatie van de Uitzendrichtlijn voor de rechtspositie van uitzendkrachten in Nederland en heeft Nederland met deze wetswijziging de Uitzendrichtlijn juist geïmplementeerd?'

Afgrenzing

De centrale onderzoeksvraag heeft het onderwerp van deze scriptie al voor een groot deel afgebakend. Hoewel in deze scriptie een kort historisch overzicht van internationale, Europese en Nederlandse regelgeving met betrekking tot uitzendarbeid wordt geschetst, is deze scriptie grotendeels beperkt in tijd door de focus te leggen op het Nederlandse recht met betrekking tot dit onderwerp van de periode vlak voorafgaand tot en met direct na de inwerkingtreding van de wetswijziging op 27 april 2012. De geografische en thematische beperkingen zijn af te leiden uit de centrale onderzoeksvraag: dit onderzoek concentreert zich op de implementatie van de Uitzendrichtlijn door Nederland. De richtlijn beperkt het toepassingsgebied tot werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau, die ter beschikking worden gesteld van inlenende ondernemingen om onder toezicht en leiding van genoemde ondernemingen tijdelijk te werken. Specifiek toegespitst op de Nederlandse situatie is de richtlijn is van toepassing particuliere ondernemingen die uitzendbureaus of inlenende ondernemingen zijn en een economische activiteit uitoefenen, al dan niet met winstoogmerk.[9] De richtlijn is van toepassing op arbeidsrelaties waarbij drie partijen betrokken zijn en betrokken blijven: de uitzendkracht, het uitzendbureau en de inlenende onderneming. Arbeidsbemiddeling, welke ten doel heeft het sluiten van een arbeidsovereenkomst tussen de inlenende onderneming en de uitzendkracht, valt buiten het bereik van de Uitzendrichtlijn en uitzendarbeid, en daarom ook buiten het bereik van deze scriptie.[10]

Daarnaast valt grensoverschrijdende detachering buiten het bereik van deze scriptie. De focus van het toepassingsgebied van de Uitzendrichtlijn is namelijk hoofdzakelijk beperkt tot nationale situaties. De Uitzendrichtlijn is echter volledig van toepassing op grensoverschrijdende detachering: op werknemers welke arbeid verrichten in een andere lidstaat dan de eigen lidstaat.[11]

---

[6] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 2.
[7] http://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/32895_wijziging_van_de_wet (geraadpleegd op 14 mei 2012).
[8] *Stb*. 2012, 174.
[9] Dit volgt uit artikel 1 lid 1 en 2 Uitzendrichtlijn. Gezien dat Nederland geen openbare uitzendbureaus kent, is dit onderdeel van artikel 1 lid 2 Uitzendrichtlijn niet van toepassing op Nederland. Tot slot maakt Nederland geen gebruik van de mogelijkheid die artikel 1 lid 3 Uitzendrichtlijn biedt. Zie: *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3, p. 2.
[10] Expert Group Report 2011, p. 12.
[11] Expert Group Report 2011, p. 21.

In de Nederlandse wet geeft artikel 7:690 BW een definitie van de uitzendovereenkomst. Deze definitie heeft niet alleen betrekking op de uitzendrelatie, maar omvat alle vormen van driehoeksrelaties waarbij de werknemer in de uitoefening van het bedrijf of beroep van de werkgever aan een derde ter beschikking wordt gesteld om onder leiding en toezicht van die derde arbeid te verrichten. Hiermee is een uniforme wettelijke regeling voor de vele onder verschillende benamingen in de praktijk voorkomende vormen van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, zoals: uitzenden, detacheren of te werk stellen in het kader van een arbeidspool.[12]

Verder definieert de Waadi het ter beschikking stellen van arbeidskrachten als *'het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht en leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, verrichten van arbeid*' (artikel 1 lid 1 onderdeel c Waadi). Het begrip ter beschikking stellen is ruimer dan uitsluitend de uitzendrelatie. De wetswijziging is van toepassing op vormen van (tijdelijke) inleen van werknemers, zoals payrollconstructies en detacheringsovereenkomsten indien aan de omschrijving van 'het ter beschikking stellen van arbeidskrachten' in artikel 1 lid 1 onderdeel c Waadi wordt voldaan.

Deze scriptie is opgebouwd uit 7 hoofdstukken. De hoofdstukken 2 en 3 geven een overzicht van de ontwikkeling van internationale, Europese en Nederlandse regelgeving met betrekking tot uitzendarbeid en geven een beeld van de achtergrond van de Uitzendrichtlijn. De hoofdstukken 4 en 5 gaan dieper in op de rechtspositie van uitzendkrachten in Nederland voorafgaand aan de wetswijziging en de consequenties van de wetswijziging. Hieruit zal blijken dat de rechtspositie van uitzendkrachten in Nederland nauwelijks door de implementatie van de Uitzendrichtlijn zal verbeteren. In hoofdstuk 6 zal de vraag of Nederland met deze wetswijziging aan haar implementatieverplichting heeft voldaan grotendeels positief worden beantwoord. Hoofdstuk 7 zal deze scriptie afsluiten met de conclusie. Hierbij zal worden betoogd dat naar mijn mening deze richtlijn een doorgeschoten compromis is en dat deze richtlijn niet zal resulteren in een verbetering van de rechtspositie van uitzendkrachten in Nederland.

[12] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 10.

2 Achtergrond van de Uitzendrichtlijn

2.1 Inleiding

De Waadi en de WOR zijn gewijzigd in verband met de implementatie van de Uitzendrichtlijn. Voor een beter begrip van de achtergronden wordt in dit hoofdstuk een overzicht gegeven van relevante internationale en Europese regelgeving die aan de Uitzendrichtlijn zijn voorafgegaan. Daarnaast wordt een beeld geschetst van de voorafgaande initiatieven van deze richtlijn. Tot slot wordt in dit hoofdstuk de totstandkoming van deze richtlijn nader toegelicht.

De Uitzendrichtlijn is het meest recente initiatief om de arbeidsvoorwaarden voor uitzendkrachten te verbeteren. Deze Richtlijn kan worden geplaatst in het kader van de Europese werkgelegenheidsstrategie (EWS). Deze strategie is van groot belang voor de invulling van het nationale werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten. De EWS is geïntroduceerd tijdens de werkgelegenheidstop van Luxemburg in 1997 en is een eerste stap naar een actief arbeidsmarktbeleid van de Europese Unie. Aanleiding voor dit beleid was dat het economisch integratieproces leidde tot marktfalen. Inmiddels is de EWS onderdeel geworden van de Lissabonstrategie.[13] Deze strategie zal in paragraaf 2.4 aan de orde komen. In de volgende paragraaf volgt een bespreking van het Verdrag betreffende particuliere bureaus voor arbeidsbemiddeling (IAO-Verdrag 181) en de relevante Europese richtlijnen die voorafgingen aan de Uitzendrichtlijn. Het IAO-Verdrag is relevant, omdat de Uitzendrichtlijn voortbouwt op dit Verdrag en de aanbeveling.[14] De eerste Europese richtlijn die wordt besproken is de Kaderrichtlijn 89/391/EEG welke met succes het stimulerend kader geboden voor een aantal andere richtlijnen betreffende specifieke aspecten van gezondheid en veiligheid. Vervolgens wordt de Richtlijn ter aanvulling van de maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van de werknemers met arbeidsbetrekkingen voor bepaalde tijd of uitzendarbeidbetrekkingen (91/383/EG)[15] besproken. Richtlijn 91/383/EG is van belang, gezien dat in deze Richtlijn het beginsel van niet-discriminatie tussen uitzendkrachten en vergelijkbare werknemers van de inlenende ondernemingen is opgenomen op het gebied van veiligheid en gezondheid op het werk.[16] Ook de Detacheringsrichtlijn is van belang voor de Uitzendrichtlijn, omdat volgens de EC de Uitzendrichtlijn begrepen kan worden als een uitbreiding van de Detacheringsrichtlijn. Ten slotte zal de totstandkoming van Richtlijn 2008/104/EG worden behandeld.

2.2 Internationale en Europese regelgeving voorafgaand aan de Uitzendrichtlijn

IAO-Verdrag nr. 181

Het Verdrag betreffende particuliere bureaus voor arbeidsbemiddeling is in 1997 tot stand gekomen en in 1999 door Nederland geratificeerd.[17] Dit verdrag is een herziening van IAO-Verdrag nr. 96 uit 1949. Het herziene verdrag is in 2000 in werking getreden.[18] Het oude verdrag uit 1949 gaf geen duidelijke omschrijving van het begrip 'bureaus voor arbeidsbemiddeling'. Daardoor was het mogelijk dat Nederland en het Bureau van de IAO een verschillende interpretatie volgden. Volgens de Nederlandse interpretatie was het oude verdrag niet van toepassing op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, maar uitsluitend op arbeidsbemiddeling. In tegenstelling tot wat de titel van het verdrag doet vermoeden is het IAO-Verdrag nr. 181 van toepassing op zowel arbeidsbemiddeling als op ter beschikking stellen van arbeidskrachten.

[13] Pennings 2007, p. 76.
[14] *PbEG* C25E/369.
[15] *PbEG* L206/19.
[16] Vaes & Vandenbrande 2009, p. 15 en 16.
[17] http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifce.pl?C181 (geraadpleegd op 14 mei 2012).
[18] http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm (geraadpleegd op 14 mei 2012).

De betekenis van IAO-Verdrag nr. 181 voor de historische ontwikkeling van de Uitzendrichtlijn is dat deze richtlijn voortbouwt op het IAO-Verdrag en de aanbeveling. Deze instrumenten van de IAO waren van grote betekenis voor de erkenning van de positieve rol die uitzendbureaus kunnen spelen in een goed functionerende arbeidsmarkt.[19] De aanbevelingen van de IAO-Verdrag nr. 181 verdienen aandacht inzake het in paragraaf 4.2 te behandelen onderkruipersverbod. Hoewel in de IAO-Verdragen zelf geen norm is opgenomen om een onderkruipersverbod in de wet op te nemen, bepaalt paragraaf 6 van de aanbeveling inzake particuliere arbeidsbureaus dat deze bureaus geen werknemers ter beschikking stellen van een inleenbedrijf ter vervanging van stakende werknemers van dat bedrijf.[20]

Kaderrichtlijn 89/391/EEG

Een mijlpaal is bereikt met de Kaderrichtlijn betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk.[21] Deze Richtlijn biedt minimum veiligheid- en gezondheidsbescherming van de arbeidsplaats en voor werknemers die gebruik maken van machines, toestellen, producten en installaties. Deze richtlijn heeft ten doel een hogere graad van bescherming van werknemers te verzekeren door de implementatie van preventieve maatregelen tegen ongevallen op het werk en beroepsziekten, en door middel van voorlichting, raadpleging, evenwichtige deelneming en de opleiding van werknemers en hun vertegenwoordigers (artikel 1 Richtlijn 89/391/EEG). Deze Richtlijn heeft met succes het stimulerend kader geboden voor een aantal andere richtlijnen betreffende specifieke aspecten van gezondheid en veiligheid. Een voorbeeld hiervan is Richtlijn 89/656/EEG betreffende de minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid voor het gebruik op het werk van persoonlijke beschermingsmiddelen door de werknemers.[22]

Richtlijn 91/383/EG

Deze Richtlijn[23], ook wel de Richtlijn a-typische arbeidsbetrekkingen genoemd, is in 1991 vastgesteld ter verbetering van de arbeidsomstandigheden van werknemers met arbeidsbetrekkingen voor bepaalde tijd of uitzendarbeidbetrekkingen.[24] De volgende overwegingen van de Raad zijn met name van belang geweest bij de vaststelling van deze richtlijn. De Raad stelt dat het gebruik van arbeidsvormen zoals arbeid voor bepaalde tijd of uitzendarbeid zeer sterk is toegenomen en dat onderzoek uitwijst dat in het algemeen werknemers met een arbeidsbetrekking voor bepaalde tijd of een uitzendarbeidrelatie in bepaalde sectoren een groter risico hebben op een beroepsongeval of beroepsziekte dan de andere werknemers. Verder overweegt de Raad dat deze extra risico's gedeeltelijk verband houden met de bijzondere wijzen waarop deze werknemers in het bedrijf worden opgenomen. Deze risico's kunnen verminderd worden door passende voorlichting en opleiding vanaf het begin van de arbeidsbetrekking. De tot op dat moment bestaande richtlijnen inzake de veiligheid en de gezondheid op het werk bevatten al bepalingen ter verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers in het algemeen. Gezien de specifieke situatie van de werknemers met een arbeidsbetrekking voor bepaalde duur of een uitzendarbeidbetrekking en het bijzondere karakter van de risico's die deze werknemers in bepaalde sectoren lopen, zijn volgens de Raad aanvullende regels noodzakelijk, met name voor wat betreft de voorlichting, de opleiding en het medisch toezicht voor deze werknemers.[25]

[19] *PbEG* C25E/369.
[20] *Trb.* 1998, 159, p. 11.
[21] *PbEG* L183/1.
[22] Vaes & Vandenbrande 2009, p. 14 en 15.
[23] (*PbEG* L206/19).
[24] Hermans & Houwerzijl 2009, p. 1.
[25] Richtlijn 1991/383/EG, preambule, L206/19.

Richtlijn 91/383/EG stelt de bepalingen vast die van toepassing zijn op uitzendkrachten (en werknemers met een arbeidsbetrekking voor bepaalde tijd) op het gebied van veiligheid en gezondheid op het werk. Het doel van deze richtlijn is om deze werknemers dezelfde mate van bescherming te garanderen als de werknemers van de inlenende onderneming genieten. Het bestaan van een 'a-typische arbeidsbetrekking' rechtvaardigt niet een verschil in behandeling met betrekking tot de arbeidsomstandigheden voor zover het gaat om de bescherming van de veiligheid en de gezondheid op het werk.[26] Op grond van deze richtlijn zijn de lidstaten verplicht de noodzakelijke maatregelen te nemen zodat de opdrachtgever aan het uitzendbureau een omschrijving geeft van de verlangde beroepskwalificaties en de kenmerken van de arbeidsplaats. Tevens verplicht de richtlijn de lidstaten de noodzakelijke maatregelen te nemen waardoor het uitzendbureau deze gegevens aan de uitzendkracht verstrekt.[27] In deze richtlijn is het beginsel van niet-discriminatie tussen uitzendkrachten en vergelijkbare werknemers van de inlenende ondernemingen opgenomen op het gebied van veiligheid en gezondheid op het werk. De Uitzendrichtlijn bouwt hierop voort, omdat het een algemeen beginsel van niet-discriminatie instelt.[28]

Richtlijn 96/71/EEG

Deze richtlijn, ook wel bekend als de Detacheringsrichtlijn, is in 1996 aangenomen.[29] De Europese wetgever wilde met deze richtlijn een evenwicht vinden tussen het vrij verkeer van diensten en de sociale bescherming van werknemers. Deze richtlijn bepaalt dat de lidstaten er op toe zien dat de werknemer die tijdelijk in een andere lidstaat is gedetacheerd ten aanzien van een aantal specifieke 'harde kern'-bepalingen, die betrekking hebben op arbeidsvoorwaarden, aanspraak moet kunnen maken op de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften van het werkland, ongeacht het recht dat van toepassing is op zijn arbeidsovereenkomst. De Detacheringsrichtlijn is van belang voor de Uitzendrichtlijn, omdat volgens de Commissie de Uitzendrichtlijn begrepen kan worden als een uitbreiding van de Detacheringsrichtlijn. In beginsel is het werkingsgebied van de Uitzendrichtlijn beperkt tot nationale situaties. Een mechanisme voor transnationale situaties wordt gegeven door de Detacheringsrichtlijn. De Uitzendrichtlijn is volledig van toepassing op arbeidsmigranten welke arbeid verrichten in een andere lidstaat dan hun eigen lidstaat als de binnenlandse werknemers. De Detacheringsrichtlijn is alleen van toepassing op internationaal gedetacheerde werknemers. Met betrekking tot gedetacheerde werknemers kan het ontvangende land niet de naleving van alle nationale arbeidsrechtelijke bepalingen opleggen, maar alleen de bepalingen die deel uitmaken van de 'harde kern'-bepalingen die zijn opgenomen in artikel 3 lid 1 van de Detacheringsrichtlijn. Deze 'harde kern'-bepalingen bestaan, globaal gesproken, uit dezelfde elementen die zijn opgenomen in de essentiële arbeidsvoorwaarden in de Uitzendrichtlijn.[30] De Detacheringsrichtlijn is in Nederland omgezet in de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (WAGA).[31]

2.3 Eerdere Europese initiatieven voorafgaand aan de Uitzendrichtlijn

De eerste initiatieven voor een communautair kader ter bescherming van de betrokken werknemers bij uitzendarbeid dateren uit het begin van de jaren '80. Vanaf toen is uitzendarbeid een belangrijk onderdeel van de werking van de arbeidsmarkt geworden doordat de bedrijven steeds meer streefden naar flexibiliteit in hun personeelsbeleid. In die context wezen de Raad en het Parlement op de noodzaak

[26] Artikel 2 Richtlijn 1991/383/EG, L206/20. COM 2002/149 definitief, p. 9.
[27] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 264, nr. 3, p. 14 en 21.
[28] Com 2002/149 definitief, p. 27.
[29] *PbEG* L18/1.
[30] Expert Group 2011, p. 21.
[31] *Kamerstukken II* 2004-2005, 29 983, nr. 3, p. 1.

van een communautaire actie, met name om een kader te scheppen voor de praktijk van het uitzendwerk en om de bescherming van de betrokken werknemers te waarborgen. De Europese Commissie presenteerde al in 1980 de *Objectives for Community Action on Temporary Agency Work.* In 1982 presenteerde de Raad haar eerste voorstel voor een richtlijn. Deze ontwerprichtlijn is in 1984 nog gewijzigd, maar is uiteindelijk nooit aangenomen.[32]

In 1989 is het Europees Sociaal Handvest aangenomen. Onderdeel van dit handvest is het streven dat de nieuwe levens- en arbeidsomstandigheden 'opwaarts' aan elkaar moeten worden aangepast. Naar aanleiding van dit handvest is een actieprogramma opgesteld. Een van de onderdelen van dit programma is een nieuw voorstel van de Commissie van 29 juni 1990. Het betreft een pakket van maatregelen om de verschillende contracten voor atypisch werk, (namelijk deeltijdwerk, opdrachten voor bepaalde duur en uitzendarbeid,) in zekere mate op elkaar af te stemmen.[33] Deze maatregelen zijn door de Commissie vervolgens uitgewerkt in drie voorstellen. Twee van deze voorstellen hebben tot doel de betrokken werknemers meer rechten toe te kennen op eenzelfde behandeling als de voltijdse werknemers en de werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Met deze twee voorstellen is geen vooruitgang geboekt. Slechts één van deze drie voorstellen van de Commissie heeft tot een resultaat geleid: Richtlijn 91/383/EEG van 25 juni 1991.[34]

2.4 Totstandkoming van de Uitzendrichtlijn

Voor de twee voorstellen waarbij geen vooruitgang binnen de Raad werd geboekt, is gekozen om de methode van de sociale dialoog van artikel 138 VEG te gebruiken. Op 27 september 1995 werden overeenkomstig artikel 138 lid 2 VEG de sociale partners geraadpleegd over 'Flexibel werken en zekerheid voor de werknemers'. Deze raadpleging had betrekking op deeltijdwerk, werk voor bepaalde tijd en uitzendwerk.[35] Het leidende basisbeginsel, inhoudende niet-discriminatie van de werknemers met een flexibele arbeidsverhouding waarbij hen een behandeling wordt gewaarborgd die vergelijkbaar is met die van voltijdse werknemers voor onbepaalde tijd, werd door de sociale partners in ruime mate gesteund. De meeste sociale partners waren bereid een actieve rol te spelen bij de vaststelling van de beginselen en bij hun uitvoering, vooral via een collectieve arbeidsovereenkomst op het geschikte niveau. Door de steun van de sociale partners was de Commissie van mening dat een communautair optreden wenselijk was. De sociale partners werden op 9 april 1996 voor de tweede keer overeenkomstig artikel 138 lid 3 VEG geraadpleegd over de inhoud van het geplande voorstel.[36]

De algemene bedrijfstakoverkoepelende organisaties, de Unie van Industrie- en Werkgeversfederaties van Europa (UNICE, sinds januari 2007: BusinessEurope), het Europees Centrum van gemeenschapsbedrijven (CEEP) en het Europees Verbond van Vakverenigingen (EVV) kondigden op 19 juni 1996 aan te willen onderhandelen over dit onderwerp. Deze onderhandelingen leidden tot twee akkoorden. Op 6 juni 1997 werd een akkoord bereikt over deeltijdarbeid, dat ten uitvoer is gelegd door Richtlijn 97/81/EG. Op 18 maart 1999 werd een tweede akkoord bereikt, ditmaal over contracten voor bepaalde tijd, het akkoord is ten uitvoer gelegd door Richtlijn 1999/70/EG. Uitzendkrachten zijn expliciet uitgezonderd van de toepassing van Richtlijn 1999/70/EG.[37] De Uitzendrichtlijn vult deze laatste twee richtlijnen aan.

---

[32] Com 2002/149 definitief, p. 8. Rymkevitch 2008, p. 275 en 276.
[33] COM 1990/228 definitief, *PbEG* C224/8.
[34] *PbEG* L206/19.
[35] Com 2002/149 definitief, p. 38.
[36] *PbEG* C61/124, p. 1. COM 2002/149 definitief, p. 9.
[37] Preambule bij Raamovereenkomst van het EVV, de UNICE en het CEEP inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Dit is een bijlage van Richtlijn 1999/70/EG (*PbEG* L175/45).

De sociale partners openden in mei 2000 de onderhandelingen over uitzendarbeid. Al vanaf het begin van deze onderhandelingen was al duidelijk dat een akkoord inzake uitzendarbeid niet eenvoudig kon worden bereikt. De sociale partners hadden grote meningsverschillen: UNICE had voorafgaand aan de onderhandelingen verklaard dat er überhaupt geen behoefte was voor Europese regelgeving inzake uitzendarbeid, ETUC was volledig oneens met dit standpunt. Hoewel de Commissie al aangaf dat het raadzaam was dat de sociale partners tot een akkoord kwamen, moesten de sociale partners zelf beslissen of een dergelijk akkoord de voorkeur had boven een richtlijnvoorstel van de Commissie. De sociale partners toonden zich bereid te willen onderhandelen. Bij de eerste bijeenkomst werd duidelijk dat de partijen zeer verschillende wensen hadden. ETUC was vooral gericht op het verbeteren van de kwaliteit van uitzendwerk door het vaststellen van de voorwaarden waaronder uitzendwerk kan worden ingezet en door het verzekeren van gelijke behandeling voor uitzendkrachten. Voor UNICE en CEEP was gelijke behandeling een optie, maar daarnaast moesten beperkingen op de inzet van uitzendwerk opgeheven worden. Gedurende enige maanden volgen moeizame onderhandelingen tussen de sociale partners. Op 21 mei 2001 erkenden de partijen dat deze onderhandelingen waren stukgelopen en dat geen akkoord te bereiken viel. Zo was een punt van onenigheid het toepassingsgebied van de richtlijn. UNICE stelde voor dat de richtlijn alleen van toepassing moest zijn aan werknemers met tijdelijke contracten met het uitzendbureau, terwijl ETUC vond dat ook werknemers met een contact voor onbepaalde tijd onder het bereik van de richtlijn moesten vallen. Verder kon geen overeenstemming worden bereikt over de voorwaarden op de inzet van uitzendwerk.[38] Het belangrijkste punt van onenigheid was de definiëring van het begrip 'vergelijkbare werknemer': moesten uitzendkrachten op het vlak van arbeidsvoorwaarden en salariëring op voet van gelijkheid worden behandeld met de werknemers in vaste dienst van de inlenende onderneming of met de uitzendkrachten in dienst van hetzelfde uitzendbureau. De vertegenwoordigers van de werknemers namen het standpunt in dat voor het begrip 'vergelijkbare werknemer' de werknemers van de inlenende onderneming die hetzelfde of soortgelijk werk verrichten als de uitzendkracht als referentie moesten dienen. De werkgevers waren van mening dat een dergelijke vergelijking niet te rechtvaardigen is in de landen waar uitzendkrachten op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd werkzaam zijn en ook worden betaald wanneer ze geen opdracht hebben van een inlener.

Het was al vanaf het begin duidelijk dat de Europese Commissie zelf met een richtlijnvoorstel zou komen indien de onderhandelingen tussen de sociale partners zouden mislukken. Alle ontwerpteksten die door de sociale partners waren opgesteld zijn overhandigd aan de Commissie die vervolgens het wetgevende proces begon. Uit deze ontwerpteksten heeft de Commissie tal van gemeenschappelijke standpunten kunnen vaststellen. Dit nieuwe voorstel van de Commissie is in sterke mate gebaseerd op deze punten waarover consensus tussen de sociale partners was bereikt. Voor de punten waar geen consensus aanwezig was, stelde het voorstel volgens de EC een compromis voor dat rekening hield met de verschillende standpunten van de sociale partners. De Commissie erkende dat het ontwerpen van deze richtlijn niet een eenvoudige taak was.

De Commissie heeft de volgende keuzes gemaakt bij de doorbreking van de impasses. Het eerste probleem betrof het meningsverschil over de vraag op welke werknemers de richtlijn van toepassing zou zijn. De EC koos ervoor om uitzendkrachten met zowel een contract voor onbepaalde tijd als een contract voor bepaalde tijd onder het bereik van de richtlijn te laten vallen. Het tweede meningsverschil betrof de voorwaarden op de inzet van uitzendkrachten. De Commissie bepaalde dat beperkingen of verbodsbepalingen met betrekking tot uitzendwerk door de lidstaten periodiek heroverwogen moeten

[38] Vaes & Vandenbrande 2009, p. 10 en 11.

worden om na te gaan of deze nog gerechtvaardigd zijn. Indien de beperkingen of verbodsbepalingen niet gerechtvaardigd zijn, moeten de beperkingen worden opgeheven. Het belangrijkste punt van onenigheid was de definitie van het begrip 'vergelijkbare werknemer'. De Commissie definieert de 'vergelijkbare werknemer' in artikel 3 lid 1 onderdeel b als 'de werknemer van de inlenende onderneming die hetzelfde of soortgelijk werk verricht als de werknemer die door het uitzendbureau ter beschikking is gesteld, rekening houdend met de anciënniteit, de kwalificaties en de vaardigheden'.

De Commissie benadrukt het belang van de vaststelling van een Richtlijn betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten. De Commissie stelt dat voor een succesvolle overgang naar een kenniseconomie het noodzakelijk is dat met de sociale partners flexibele formules inzake arbeidsorganisatie worden bevorderd en dat het regelgevings-, contractuele en wettelijke kader worden hervormd met als doel flexibiliteit en zekerheid beter te combineren en meer en betere banen te scheppen. Daarnaast pleiten de werkgelegenheidssnoeren en de globale richtsnoeren voor het economische beleid van de Raad voor 2001 voor de ontwikkeling van gediversifieerde en flexibele arbeidsvormen en arbeidsovereenkomsten. Deze maatregelen zullen bijdragen tot de uitvoering van de Lissabonstrategie. Tijdens de Europese Raad in maart 2000 is deze strategie goedgekeurd. De doelstelling hiervan was dat voor 2010 de Unie de meest concurrerende en dynamische kenniseconomie van de wereld moest worden, die in staat was tot duurzame economische groei met meer en betere banen en een hechtere sociale samenhang. Een doelstelling van de Lissabonstrategie is de creatie van meer en betere banen. Uitzendwerk kan bijdragen aan een toename van de werkgelegenheid doordat deze arbeidsvorm bijzonder goed aangepast is aan de toegenomen vraag naar flexibiliteit en soepelheid van de huidige economie. Indien immers werkgevers na een periode van recessie merken dat de vraag naar hun producten weer stijgt, durven deze vaak nog niet een werknemer met een vast contract aan te nemen. Werkgevers willen dan gebruik maken van onder meer uitzendkrachten om aan de stijgende vraag te voldoen. Zo kan de werkgelegenheid meer toenemen dan mogelijk was geweest indien werkgevers enkel met werknemers met een vast contract mogen werken.[39] Een uitdaging ligt in de creatie van betere banen, de creatie van banen van goede kwaliteit. Uitzendarbeid kan volgens de EC slechts een duurzame bron van werkgelegenheid zijn indien deze vorm voldoende aantrekkelijk is voor de werknemers en de werkzoekenden door banen van goede kwaliteit te bieden.[40] Tot slot onderstrepen de sociale agenda van de Commissie en de richtsnoeren die de Europese Raad van Nice heeft vastgesteld dat de Unie alle beschikbare middelen moet aanwenden ter stimulering van de schepping van kwalitatief hoogstaande banen, de arbeidsvormen te diversifiëren en flexibiliteit en zekerheid te combineren.

De Commissie geeft vier redenen voor haar communautair optreden. Ten eerste zal de uitbreiding van het beginsel van niet-discriminatie tussen uitzendkrachten en vergelijkbare werknemers van de opdrachtgever op communautair niveau een stabiel kader bieden voor de ontwikkeling van het uitzendwerk. Het voorstel zal de sector aantrekkelijker maken voor uitzendkrachten, met als gevolg dat opdrachtgevers over een grotere keuze uitzendkrachten beschikken en beter aan de flexibiliteitsbehoeften van de opdrachtgevers wordt beantwoord. Ook zal door de richtlijn de grondslag worden gelegd voor verdere uitbreiding van de sector, worden bijgedragen tot de volledige verwezenlijking van het werkgelegenheidspotentieel van de uitzendsector en de werking van de arbeidsmarkt worden verbeterd. In de tweede plaats is communautair optreden wenselijk ter bevordering van uitzendwerk. Het optreden is nodig voor de opheffing van de bestaande restricties of beperkingen van het inzetten van uitzendkrachten, die niet meer gerechtvaardigd zijn om redenen van algemeen belang of de bescherming van de werknemers. In de derde plaats is een aanvulling noodzakelijk van de

[39] Pennings 2007, p. 124.
[40] Com 2002/149 definitief, p. 5.

huidige communautaire wetgeving waarin het niet-discriminatiebeginsel is vastgesteld met betrekking tot atypische arbeidsverhoudingen. Op het gebied van veiligheid en gezondheid is dit beginsel van kracht geworden door Richtlijn 91/383/EG. Ten slotte beantwoordt een communautair optreden aan de wensen van de sociale partners.

Naar mijn mening kan kritiek op enkele van deze vier redenen worden geuit. Zo zou door het voorstel bijdragen aan de verwezenlijking van het werkgelegenheidspotentieel van de uitzendsector. Inderdaad zal het beginsel van gelijke behandeling tussen uitzendkrachten en vergelijkbare werknemers van de opdrachtgever de uitzendsector aantrekkelijker maken voor werknemers. Daar staat echter tegenover dat beleid dat is gericht op verhoging van de bescherming uitzendkrachten deze werknemers minder aantrekkelijk zal maken voor werkgevers. Een verhoging van de bescherming van werknemers met een flexibele arbeidsrelatie zal leiden tot een afname van deze arbeidsrelaties op de arbeidsmarkt.[41] Ook zou een communautair optreden beantwoorden aan de wensen van de sociale partners. Deze reden is slechts gedeeltelijk waar: volgens UNICE (tegenwoordig: BusinessEurope) was er überhaupt geen behoefte voor Europese regelgeving inzake uitzendarbeid.

De EC stelt dat haar voorstel voldoet aan het evenredigheidsbeginsel, omdat het volgens haar een minimale communautaire bescherming vaststelt. Aan de lidstaten en de sociale partners wordt overgelaten hoe de aanpassingen die, gezien de specifieke nationale situatie nodig worden geacht, worden bepaald.[42] In de toelichting op het voorstel wordt duidelijk dat er grote verschillen bestaan in de nationale regelgevingskaders van uitzendwerk. De lidstaten kunnen worden onderverdeeld in een van de volgende drie categorieën. De eerste categorie bestaat uit landen waar geen definitie van uitzendwerk bestaat of over een zeer beperkte specifieke wetgeving beschikken. De tweede categorie bestaat uit landen die beschikken over een specifieke definitie en een afzonderlijke reglementering voor uitzendwerk welke hoofdzakelijk betrekking hebben op de verhouding tussen het uitzendbureau, de opdrachtgever en de werknemer. De derde categorie bestaat uit landen die een specifieke definitie en een afzonderlijke reglementering voor uitzendwerk hebben uitgewerkt welke niet alleen de verhouding regelt tussen de drie partijen, maar ook de rechtspositie van de uitzendkracht. Volgens de EC behoort Nederland tot de tweede categorie van landen. [43]

Het voorstel van de Commissie stelt het algemene beginsel van niet-discriminatie van uitzendkrachten in. Dit beginsel houdt in dat een uitzendkracht geen ongunstiger behandeling mag krijgen dan een ‘vergelijkbare werknemer’ wat de ‘essentiële arbeidsvoorwaarden’ betreft. De ‘essentiële arbeidsvoorwaarden’ zijn gedefinieerd in artikel 3 lid 1 sub d. Het begrip ‘vergelijkbare werknemer’ is gedefinieerd in artikel 3 lid 1 sub b. Op het algemene beginsel zijn in het voorstel één beperking en twee afwijkingen mogelijk. Een beperking is toegestaan wanneer objectieve redenen een andere behandeling rechtvaardigen. Hiervan is sprake wanneer de uitzendkracht zich door feitelijke omstandigheden in een andere situatie bevindt dan die van de normaal gezien ‘vergelijkbare werknemer’. In dat geval kan de uitzendkracht geen vergelijkbare behandeling krijgen. De eerste afwijkingsmogelijkheid bestaat in de situatie wanneer de uitzendkracht met het uitzendbureau een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is overeengekomen. In deze situatie, en ervan uitgaande dat de uitzendkracht tussen twee opdrachten een vergoeding blijft ontvangen, mogen de lidstaten afwijken van het niet-discriminatiebeginsel, gezien

[41] CPB Notitie 20 april 2012, Rondetafelgesprek over Flexibiliteit en Zekerheid. Op verzoek van de Vaste Commissie van SZW: http://www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/cpb-notitie-20apr2012-rondetafelgesprek-over-flexibiliteit-en-zekerheid.pdf (geraadpleegd op 24 mei 2012).
[42] Com 2002/149 definitief, p. 11 en 12.
[43] Com 2002/149 definitief, p. 4.

de extra bescherming die de uitzendkracht op die manier heeft. De tweede afwijkingsmogelijkheid houdt in dat de lidstaten de sociale partners toestemming kunnen geven om via cao's arbeidsvoorwaarden vast te stellen die van het algemene beginsel afwijken, voor zover een passend niveau is gewaarborgd. Doel van deze afwijking is de sociale partners een sterkere rol te geven door voor hen mogelijk te maken de toepasselijke regels zo goed mogelijk af te stemmen op de belangen en behoeften van de betrokken partijen. Deze afwijkingsmogelijkheden moeten gezien worden als een compromis tussen het belang van de verbetering van de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten en de eerbiediging van de nationale wetgevingen en praktijken. Verder stelt het richtlijnvoorstel dat de lidstaten geregeld en minstens om de vijf jaar beperkingen of verbodsbepalingen met betrekking tot uitzendwerk te bekijken. De beperkingen die in het verleden zijn ingesteld om uitzendkrachten te beschermen moeten in de toekomst kunnen worden opgeheven, omdat aan uitzendkrachten een minimumpakket aan rechten wordt gegeven. Daarnaast bevat het voorstel aanvullende bepalingen die de rechtspositie van uitzendkrachten moet verbeteren. Ten eerste moet voor uitzendkrachten de toegang tot vast werk eenvoudiger worden gemaakt. Hiervoor moeten uitzendkrachten worden ingelicht over vacatures bij de opdrachtgever. Daarnaast moeten alle bepalingen die het voor een opdrachtgever verbieden of verhinderen een uitzendkracht in dienst te nemen nietig zijn. De materiële arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten wordt verder verbeterd door hen toegang te verlenen tot de sociale dienstverlening van de opdrachtgever en worden de mogelijkheden voor beroepsinpassing versterkt door uitzendkrachten toegang te geven tot de opleiding die in het uitzendbureau en in de inlenende onderneming wordt georganiseerd. Tot slot is in het voorstel opgenomen dat uitzendkrachten altijd worden meegeteld voor de berekening van de drempel waarboven de representatieve werknemersorganisaties mogen worden ingesteld. De lidstaten kunnen deze meetelling uitbreiden tot de inlenende ondernemingen. De inlener moet zijn vertegenwoordigingsorganen in ieder geval inlichten indien het gebruik maakt van uitzendkrachten.[44]

Aanleiding en indiening van het gewijzigd richtlijnvoorstel

Het richtlijnvoorstel was onderworpen aan de codecisieprocedure en moest daarom aanvaard worden door zowel het Europese Parlement als de Raad. In overeenstemming met de bepalingen van artikel 137 VEG heeft de Raad het Economisch en Sociaal Comité om een advies gevraagd over het Richtlijnvoorstel.[45] Vervolgens heeft ook het Europees Parlement in de eerste lezing een advies over het voorstel gegeven.[46] De Commissie heeft in het licht van het advies van het Europees Parlement een gewijzigd voorstel aangenomen. Dit gewijzigde voorstel is op 28 november 2002 ingediend door de Commissie in overeenstemming met artikel 250 lid 2 VEG.[47] Op 3 juni 2003 werd het voorstel binnen de Raad geblokkeerd door Ierland, het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Denemarken. Deze vier lidstaten waren fel tegenstander van het voorstel en waren zelfs van mening dat er geen behoefte was aan Europese regelgeving op het gebied van dit onderwerp. Deze lidstaten drongen aan op uitgebreide afwijkingsmogelijkheden op het richtlijnontwerp. De ministers slaagden er niet in om een akkoord te bereiken voor de vaststelling van een gemeenschappelijk standpunt.[48] Onder meer het Verenigd Koninkrijk was van mening dat dit voorstel te veel bescherming aan uitzendkrachten zou bieden.[49] De Europese Commissaris voor Werkgelegenheid en Sociale Zaken verklaarde dat er geen objectieve reden aanwezig was voor het feit dat de Raad niet tot een politiek akkoord kon komen. Ze benadrukte de noodzaak van de totstandkoming van deze richtlijn: zolang deze richtlijn nog niet wordt aangenomen

[44] Com 2002/149 definitief, p. 13-15.
[45] *PbEG* C61/124.
[46] *PbEG* C25E/368.
[47] Com 2002/701 definitief.
[48] Zappala 2003, p. 310.
[49] Hermans & Houwerzijl 2009, p. 1.

zullen uitzendkrachten het risico lopen om als 'tweedeklas' werknemers te blijven en mist Europa de kans om de Lissabon-agenda te bevorderen voor 'meer en betere banen'. Twee obstakels stonden een politiek akkoord in de weg. Het eerste obstakel betrof de lengte van de termijn waarvoor het beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten met betrekking tot de bezoldiging buiten toepassing mag blijven. De Commissie had voorgesteld om deze termijn op 6 weken te stellen, dit om buitensporige bureaucratie voor de kortste tijdelijke contracten te vermijden. Het Parlement pleit samen met een meerderheid van de lidstaten voor gelijke behandeling, met inbegrip van bezoldiging. Deze gelijke behandeling zou moeten worden toegepast vanaf de eerste dag van de eerste overeenkomst. Echter, een minderheid van lidstaten wil een aanzienlijk langere termijn waarvoor gelijke bezoldiging buiten toepassing zou blijven. Het tweede obstakel betrof de 'hardheid' van de belofte van de lidstaten om de beperkingen op de inzet van uitzendkrachten te heroverwegen. De Commissie had deze overweging voorgesteld met het oog op de opheffing van deze beperkingen indien deze niet objectief gerechtvaardigd zijn. Een aantal lidstaten is onwillig om een 'harde' belofte te aanvaarden om deze beperkingen te heroverwegen.[50]

Nederland heeft tijdens haar voorzitterschap in 2004 overwogen om een poging te doen om het richtlijnvoorstel aan de Raad ter besluitvorming voor te leggen. Toch heeft Nederland hiervan afgezien, omdat de lidstaten onvoldoende bereid waren om met elkaar tot overeenstemming te komen. Er zouden te grote verschillen van opvatting tussen de lidstaten bestaan.[51] Na jaren van overleg in de Raad kwam eind 2007 het politieke proces rond het voorstel weer goed op gang.[52]

Onder het Portugese presidentschap werden de inspanningen om tot een akkoord te komen geïntensiveerd. Eurociett en UNI-Europe probeerden het debat te stimuleren door een derde gezamenlijke verklaring naar buiten te brengen. De uiteindelijke doorbraak kwam in mei 2008: de regering van het Verenigd Koninkrijk bereikte een akkoord met de sociale partners inzake de implementatie van gelijke behandeling voor uitzendkrachten. Het Sloveense presidentschap besloot hierop in de tekst van de Richtlijn een compromis te zoeken.[53] Deze gewijzigde tekst leidde tot het bereiken van een politiek akkoord in de Raad in juni 2008 over een gemeenschappelijk standpunt.[54] Op 15 september 2008 is het gemeenschappelijk standpunt formeel vastgesteld.[55] Uiteindelijk is op 19 november 2008 de Richtlijn betreffende Uitzendarbeid vastgesteld.

De voornaamste wijzigingen in het gemeenschappelijk standpunt met het gewijzigde Commissievoorstel
De Commissie benadrukt dat het gemeenschappelijk standpunt zorgt voor een aanzienlijke verbetering van de tekst van het oorspronkelijke voorstel. Het politieke akkoord bevat wijzigingen op punten zoals de directe toepassing van het beginsel van gelijke behandeling voor uitzendkrachten vanaf de eerste dag van een opdracht zonder ´wachttijd´[56], verduidelijking van de belangrijkste termen en uitdrukkingen en de definities, en de voorwaarde dat afwijking van het beginsel van gelijke behandeling mogelijk kan zijn na overleg of betrokkenheid van de sociale partners.

In het gemeenschappelijk standpunt is de titel van de richtlijn gewijzigd van 'Richtlijn betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten' naar de algemenere titel 'Richtlijn betreffende uitzendarbeid'.

[50] Persbericht Commissie IP/03/796.
[51] Bot & Nicolaï 2005, p. 67.
[52] Hermans & Houwerzijl 2009, p. 1.
[53] Vaes & Vandenbrande 2009, p. 13.
[54] *PbEG* C254E/41.
[55] *PbEG* C254E/36.
[56] Wachttijd: uitzondering voor kortlopende opdrachten.

Een belangrijk amendement in de overwegingen is de toevoeging van de bepaling dat uitzendkrachten geen stakende werknemers in de inlenende onderneming mogen vervangen in de relatie met het onderkruipersverbod. Verder is door een amendement in lid 1 van artikel 1 de werkingssfeer van de richtlijn geherformuleerd. Dit is gedaan om het driehoekskarakter van uitzendarbeid beter tot zijn recht te laten komen. In het tweede lid wordt bevestigd dat zowel inlenende ondernemingen als uitzendbureaus onder de richtlijn vallen. De reden hiervoor is dat het niet passend zou zijn om lidstaten toe te staan bepaalde ondernemingen van de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling vrij te stellen. Artikel 2 is geherformuleerd, dit is gedaan om de evenwichtige doelstellingen te beklemtonen. De definities in artikel 3 zijn gewijzigd: de begrippen 'uitzendkracht' en 'opdracht' zijn geherdefinieerd. De definitie van het begrip 'vergelijkbare werknemer' is geschrapt. Definities van de begrippen 'uitzendbureau' en 'inlenende onderneming' zijn nu in het standpunt opgenomen. De term 'essentiële arbeidsvoorwaarden' is geherdefinieerd, in de zin dat met de verwijzing naar 'bepalingen van algemene strekking' in artikel 3 lid 1 onder f wordt gedoeld op de in de inlenende onderneming vigerende bepalingen. Ook is de term geherdefinieerd vanwege andere herziene definities. Ook is gepreciseerd dat het aan de lidstaten is om het begrip 'bezoldiging' te definiëren. De mogelijke rechtvaardigingen voor verbodsbepalingen of beperkingen van artikel 4 zijn uitgebreid. In artikel 4 lid 2 is de heroverwegingsplicht uitgebreid van 'bepaalde categorieën of activiteitssectoren' naar alle beperkingen of verbodsbepalingen. Een belangrijke wijziging in het standpunt is dat de lidstaten beperkingen of verbodsbepalingen die niet meer gerechtvaardigd zijn niet meer moeten opheffen. Artikel 4 lid 3 stelt de sociale partners in staat om beperkingen of verbodsbepalingen die in cao's zijn vervat te heroverwegen. Ook is in het standpunt verhelderd dat nationale voorschriften betreffende de registratie van en het toezicht op uitzendbureaus geen verbodsbepalingen of beperkingen in de zin van artikel 4 lid 1 zijn. In het eerste lid van artikel 5 is het gedeelte waarin het niet-discriminatiebeginsel is opgenomen opnieuw geformuleerd. In het tweede lid is de afwijking beperkt tot de bezoldiging. Deze afwijking is pas mogelijk na raadpleging van de sociale partners. In artikel 5 lid 4 is de afwijking voor overeenkomsten met een looptijd van ten hoogste zes weken geschrapt. Het beginsel van gelijke behandeling voor uitzendkrachten moet gelden vanaf de eerste dag van de opdracht zonder algemene wachttijd voor kortlopende overeenkomsten. Ook is in de leden 3 en 4 van artikel 5 opgenomen dat in beginsel de mogelijkheid bestaat dat de sociale partners een overeenkomst sluiten overeenkomstig de nationale praktijk. Hierbij is wel uitdrukkelijk vermelding opgenomen dat in de overeenkomsten tussen de sociale partners de algemene bescherming van uitzendkrachten in acht moet worden genomen wanneer in regelingen wordt afgeweken van het beginsel van gelijke behandeling. In artikel 6 is in het eerste lid de wijze van kennisgeving van vacatures gepreciseerd. In het tweede lid is een regeling opgenomen voor de wijze waarop uitzendbureaus kunnen worden vergoed voor de aan inlenende ondernemingen verleende diensten. In het derde lid is het tegenprestatieverbod gepreciseerd. In het vierde lid is het begrip collectieve voorzieningen of diensten in de inlenende onderneming waartoe uitzendkrachten toegang moet worden verleend gepreciseerd. In artikel 7 is toegevoegd dat rekening gehouden moet worden dat de vertegenwoordiging van werknemers ook door collectieve overeenkomsten geregeld kan zijn. Verder is in lid 3 opgenomen dat de lidstaten die gebruik maken van de in lid 2 geboden mogelijkheid niet verplicht zijn de bepalingen van lid 1 toe te passen. In artikel 8 is een specifieke verwijzing opgenomen naar Richtlijn 2002/14/EG. In artikel 10 lid 1 is een nieuwe bepaling betreffende straffen toegevoegd. De lidstaten moeten maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat uitzendbureaus en inlenende ondernemingen de verplichtingen die voortvloeien uit de richtlijn zullen naleven. Tot slot is in artikel 11 de termijn voor de tenuitvoerlegging verlengd van twee naar drie jaar. [57, 58]

[57] Com 2008/569 definitief, p. 3-7.
[58] *PbEG* C254E/41-44.

De reacties van de sociale partners op de nieuwe richtlijn

De sociale partners reageerden overwegend positief op het gemeenschappelijk standpunt van de Raad. ETUC was tevreden met de uitkomst en verklaarde dat het resultaat positief was en laat zien dat de Europese Unie met deze richtlijn verbeteringen voor werknemers kan bereiken, in tegenstelling tot wat sommige belangengroepen beweerden. ETUC verklaarde verder dat de vaststelling van de Uitzendrichtlijn markeerde dat de impasse in de ontwikkeling van sociaal Europa is doorbroken en dat sociale vooruitgang op Europees niveau zowel noodzakelijk als mogelijk is. UNI-Europe benadrukte dat het bijzonder tevreden was dat gelijke behandeling zou plaatsvinden vanaf de eerste dag. Dit was een belangrijk punt voor de vakbondsvertegenwoordigers. Ook Eurociett verwelkomde dit compromis en verklaarde dat dit akkoord voldoende flexibiliteit bood voor de implementatie en afwijking van het beginsel van gelijke behandeling op nationaal niveau. Eurociett benadrukte verder de noodzaak van de heroverweging van nationale beperkingen op de inzet van uitzendwerk. BusinessEurope (voorheen UNICE) was teleurgesteld met het bereikte gemeenschappelijk standpunt en beschouwde de uitkomst als 'een stap terugwaarts'. BusinessEurope was van mening dat ten aanzien van uitzendwerk Europese ondernemingen erop aandringen dat alle lidstaten de mogelijkheid zouden moeten hebben om een wachttijd voor de gelijke behandeling vast te stellen. Daarnaast is BusinessEurope teleurgesteld dat deze richtlijn de lidstaten onvoldoende verplicht om beperkingen op uitzendwerk op te heffen.[59]

2.5 Tussenconclusie

De Uitzendrichtlijn bouwt voort op internationale en Europese regelgeving met betrekking tot uitzendarbeid. De eerste initiatieven voor een communautair kader ter bescherming van de betrokken werknemers bij uitzendarbeid dateren uit het begin van de jaren '80. In de daaropvolgende jaren strandden herhaaldelijk de initiatieven die aan de Uitzendrichtlijn voorafgingen. Het initiatief dat heeft geleid tot de definitieve Uitzendrichtlijn dateert uit 2002 en is afkomstig van de EC. Dit richtlijnvoorstel was de voortzetting van diverse voorgaande wetgevingsvoorstellen en van de vastgelopen onderhandelingen in 2000 en 2001 tussen de sociale partners. Hoewel in dit voorstel de Commissie een aantal belangrijke keuzes heeft gemaakt om impasses die waren ontstaan tussen de sociale partners te doorbreken, leidde dit voorstel tot nieuwe impasses. Het richtlijnvoorstel was onderworpen aan de codecisieprocedure en moest daarom aanvaard worden door zowel het Europese Parlement als de Raad. Naar aanleiding van het advies van het Europees Parlement heeft de EC in 2002 haar voorstel moeten wijzigen. Ook dit gewijzigde voorstel bevatte zoveel knelpunten voor de lidstaten dat het voorstel jarenlang onderwerp van debat was. De ministers slaagden er niet in om een akkoord te bereiken voor de vaststelling van een gemeenschappelijk standpunt. Een nieuw compromis leidde tot de uiteindelijke doorbraak in 2008 met de vaststelling van de Uitzendrichtlijn als resultaat.

De totstandkoming van de Uitzendrichtlijn was een zeer langdurig en moeizaam proces dat vaak vastliep en ook vaak dreigde te mislukken. Herhaaldelijk liepen de onderhandelingen tussen de betrokken partijen vast, wat herhaaldelijk verholpen werd met nieuwe compromissen met betrekking tot de inhoud van het richtlijnvoorstel. Deze compromissen waren noodzakelijk om überhaupt tot de vaststelling van een richtlijn met betrekking tot uitzendwerk te kunnen komen.

[59] Vaes & Vanderbrande 2009, p. 13 en 14.

3 Achtergrond van Nederlandse regelgeving inzake uitzendarbeid

3.1 Inleiding

In de loop van de tijd is door de ontwikkeling van het arbeidsrecht de rechtspositie van vaste werknemers aanzienlijk verbeterd. Voor werkgevers zijn de mogelijkheden beperkter geworden om bijvoorbeeld deze werknemers op korte termijn te ontslaan. Werkgevers hebben hierop gereageerd door meer gebruik te maken van flexibele arbeidskrachten, welke minder arbeidsrechtelijke bescherming krijgen dan werknemers met een vast contract. Een werkgever kan ervoor kiezen gebruik te maken van flexibele arbeidskrachten om beperkende bepalingen van het arbeidsrecht te ontlopen. Daartegenover staat dat uitzendwerk kan bijdragen aan een toename van de werkgelegenheid, doordat deze arbeidsvorm bijzonder goed aangepast is aan de toegenomen vraag naar flexibiliteit en soepelheid van de huidige economie. Flexibele arbeidskrachten hebben vanaf het begin van de jaren '90 meer aandacht gekregen omdat ze vaak maar weinig beschermd worden door het arbeidsrecht. Er werd dan ook vastgesteld dat de kloof tussen vaste werknemers en flexibele arbeidskrachten wel erg groot is en moeilijk is te rechtvaardigen.[60] In dit hoofdstuk zal een beknopt historisch overzicht van de Nederlandse regelgeving met betrekking tot uitzendarbeid worden geschetst.

3.2 Historisch overzicht

Uitzendwerk lijkt een recent verschijnsel, echter het uitlenen van werknemers kent een lange voorgeschiedenis in Nederland. Ten tijde van de komst van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1907 bestond al het 'uitlenen van arbeiders', maar waarschijnlijk is deze praktijk een veel ouder verschijnsel. De betrokkenheid van de overheid met de allocatie op de arbeidsmarkt vindt haar oorsprong al vanaf het begin van de twintigste eeuw. Zo werd in 1930 met de invoering van de Arbeidsbemiddelingswet arbeidsbemiddeling met winstoogmerk aan een vergunningsregime onderworpen. Het doel van deze vergunningsplicht was om de arbeidsbemiddeling met winstoogmerk te laten uitsterven.[61] Het verrichten van arbeid korter dan gebruikelijk, bijvoorbeeld gedurende een bepaald gedeelte van de dag of de week of het jaar, was rond het jaar 1940 niet een nieuw verschijnsel. In deze periode begon zich een nieuw aspect van dit deel van de arbeidsmarkt te ontwikkelen. Commerciële organisaties gingen zich erop toeleggen om tijdelijke vraag en tijdelijk aanbod tot elkaar te brengen: ze begonnen uitzendingen systematisch uit te oefenen en te ontwikkelen als bedrijfsactiviteit. Destijds bestond voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten nog geen specifieke regelgeving. Tegelijkertijd werd de positie van de uitgeleende arbeidskrachten een maatschappelijk vraagstuk. De uitlening van werknemers had door het verschijnsel van koppelarbeid een zeer slecht imago gekregen. Bij deze koppelarbeid ontdoken de koppelbazen het ontslagrecht en de sociale verzekeringen en negeerden daarnaast de loonvoorschriften van de geleide loonpolitiek. De koppelarbeid had een zeer verstorende invloed op de arbeidsverhoudingen. In tijden van hoogconjunctuur overboden ze op deelmarkten. Dit kon tot gevolg hebben dat een arbeider ontslag nam bij zijn werkgever om vervolgens tegen een hoger loon dezelfde arbeid in dienst van een uitlener te verrichten. In tijden van laagconjunctuur werd door de koppelbazen onderboden en accepteerde uitgeleende arbeider een lager loon dan waar hij recht op heeft.[62] Ter bestrijding van het probleem van de koppelarbeid waren maatregelen vereist. In 1961 gaf de meerderheid van de SER aan voorstander te zijn van een afzonderlijke wettelijke regeling, waarbij het uitlenen van arbeidskrachten is verboden, uitzonderingen daargelaten. Ten tijde van dit advies waren al maatregelen getroffen om de ter beschikking gestelde arbeidskrachten te beschermen. Zo werd in 1962 werd door het College van Rijksbemiddelaars een eerste versie van het loonverhoudingsvoorschrift vastgesteld. Bij dit

[60] Pennings 2007, p. 123 en 124.
[61] Van Drongelen & Fase 2005, p. 23.
[62] Passchier 2002, p. 8 en 11.

voorschrift stond voorop dat de uitlener dezelfde arbeidsvoorwaarden moet toepassen die ook gelden voor de inlener, tenzij een cao of bindende loonregeling op de uitlener van toepassing was. Vervolgens werd in 1965 werd de Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (Wet TBA) aangenomen. Vanaf dat moment kon bij algemene maatregel van bestuur een verbod van uitlenen zonder vergunning gegeven worden, indien de omstandigheden dit noodzakelijk zouden maken. Onder het 'ter beschikking stellen van arbeidskrachten' omschreef artikel 1 lid 1 onderdeel b Wet TBA: '*het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het, anders dan op grond van een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, in diens onderneming verrichten van de aldaar gebruikelijke arbeid*'. De terbeschikkingstelling van de Wet TBA onderscheidde zich duidelijk van de arbeidsbemiddeling in de zin van de Arbeidsbemiddelingswet 1930. In de Wet TBA ging het om het ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander. Deze terbeschikkingstelling hield in dat de uitgeleende arbeidskracht in de onderneming waarin hij te werk werd gesteld, werkzaam was op grond van een rechtsbetrekking tussen de arbeidskracht en degene die de uitzendkracht ter beschikking stelde. De arbeid werd verricht zonder dat een overeenkomst bestond tussen de arbeidskracht en de inlener die de feitelijke werkgever was. Bij arbeidsbemiddeling wordt aan een ander een dienst aangeboden bij het zoeken naar arbeidskrachten of arbeidsgelegenheid. Het tot stand komen van een overeenkomst tussen de arbeidskracht en degene bij wie deze arbeid gaat verrichten is juist het doel van de arbeidsbemiddeling. Wanneer dat doel is bereikt treedt de bemiddelaar terug. Zoals eerder is aangegeven is met de inwerkingtreding van de Wet TBA de mogelijkheid van het instellen van een bij algemene maatregel van bestuur verbod op het uitlenen zonder vergunning van werknemers geïntroduceerd. In 1970 kwam deze algemene maatregel tot stand en waren koppelbazen, uitleenbedrijven en uitzendbureaus verplicht een vergunning voor hun activiteiten aan te vragen en zich te houden aan de vergunningsvoorschriften.[63] De introductie van het vergunningsstelsel heeft geleid tot een inperking van de koppelarbeid. Tegelijkertijd kreeg de 'bonafide' uitzendbranche hierdoor de kans zich steeds meer te ontwikkelen. Dankzij deze ontwikkeling kwam in 1971 de eerste (inhoudelijk beperkte) ABU-cao tussen de ABU en de vakbonden tot stand. Deze cao kan gezien worden als het begin van een sociale dialoog tussen uitzendbranche en vakbonden.

Een nieuw stadium nam aanvang met het regeerakkoord van het kabinet Lubbers I in 1982. In dit akkoord werd aangegeven dat een zeer ruimhartig beleid gevoerd zou worden ten aanzien van uitzendorganisaties. De allocatie functie van uitzendarbeid kreeg steeds meer erkenning. In 1987 werd voor het eerst een 'mantel-cao' aangenomen: een cao voor alle uitzendkrachten, deze cao werd algemeen verbindend verklaard. Twee jaar later, in 1989, werd voor het eerst in de ABU-cao een eigen beloningsregeling voor uitzendkrachten opgenomen. In 1990 volgde de algemeen verbindend verklaring van deze cao. In 1990 trad de nieuwe Arbeidsvoorzieningswet in werking. Bij de invoering van deze wet werd de Wet TBA ingetrokken en het vergunningensysteem voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten werd in deze wet opgenomen. Artikel 1 lid 1 onderdeel 1 Arbvowet omschreef het 'ter beschikking stellen van arbeidskrachten' als '*het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht en leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, in diens onderneming verrichten van aldaar gebruikelijke arbeid*'. In artikel 90 van de Arbvowet was opgenomen dat het ter beschikking stellen van arbeidskrachten zonder vergunning strafbaar was gesteld in de artikelen 1 en 6 van de Wet Economische Delicten.[64] De Arbvowet legde aan vergunninghouders een aantal verboden op. Zo verbood het belemmeringsverbod de vergunninghouders om aan de ter beschikking gestelden belemmeringen in de weg te leggen om met derden een arbeidsverhouding aan te gaan. Het onderkruipersverbod verbood om arbeidskrachten ter

[63] Van Drongelen & Fase 2005, p. 27-29.
[64] De Vroe 1998, p. 1 (Kluwer Online Research).

beschikking te stellen als in een bedrijf of onderneming of een deel daarvan een arbeidsconflict gaande is. Ook legde de Arbvowet op dat het bij de terbeschikkingstelling moest gaan om tijdelijke arbeid. De nadere uitwerking van de vergunningsregels werd de verantwoordelijkheid van het Centraal Bureau voor de Arbeidsvoorziening (CBA). De materieel belangrijkste bepalingen van de CBA-Regeling voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten waren de vaststelling van de maximum termijn van ter beschikkingstelling (dit was eerst 6 maanden of 1000 uur, vanaf medio 1994 kondigde het CBA aan dat het voortaan een maximale uitzendperiode van 12 maanden zou gedogen, de wet stond slechts 6 maanden toe) en de beloning van de ter beschikking gestelde arbeidskrachten.[65]

De Arbvowet 1990 is vervangen door de Arbvowet 1996. Deze nieuwe wet beoogde niet een geheel nieuwe structuur of werkwijze te creëren, maar hield alleen een bijstelling op onderdelen in. De voorschriften over de particuliere arbeidsbemiddeling en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten en de daarop gebaseerde nadere voorschriften van het CBA bleven van kracht.[66]

De daaropvolgende periode stond in het teken van de operatie 'flexibiliteit en zekerheid'. Aanleiding hiervoor was dat in de loop van de tijd de rechtspositie van werknemers aanzienlijk was verbeterd. De keerzijde hiervan was dat werkgevers minder gemakkelijk en spoedig werknemers kunnen ontslaan of geheel ander werk kunnen opdragen. Om toch de flexibiliteit te bevorderen, maakten werkgevers steeds meer gebruik van flexibele arbeidskrachten met een slechtere rechtspositie, zoals uitzendkrachten. In 1995 gaf de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in de Nota Flexibiliteit en zekerheid de contouren aan voor de toekomstige regels op het gebied van de uitzendovereenkomst. Volgens de minister waren de regels voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten om verschillende redenen aan herziening toe. De minister streefde de uiteenlopende belangen met elkaar te verzoenen. Doel was om meer ruimte te geven voor flexibiliteit, maar ook om de rechtspositie van flexibele arbeidskrachten te verbeteren. Het centrale uitgangspunt hierbij was een verschuiving van het publieke recht naar het privaat recht: de wettelijke regeling van de uitzendbureaus in de Arbeidsvoorzieningenwet moest plaats maken voor een meer liberale regeling in de Waadi. De noodzakelijke flexibiliteit zou worden bereikt door het vergunningsstelsel en daarmee de maximumuitzendtermijn af te schaffen. Als tegenprestatie van deze flexibilisering van de inzet van uitzendkrachten zou de rechtspositie van uitzendkrachten verduidelijkt en verbeterd moeten worden, in het bijzonder de uitzendkrachten die voor een langere tijd op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam waren.

De Nota van de minister leidde tot overleg in de STAR. De STAR reageerde overwegend positief op de door de minister geformuleerde voorstellen. De STAR was echter wel van mening dat de rechtspositie van de uitzendkracht zou moeten worden versterkt: naarmate de uitzendrelatie langer heeft geduurd, zou het redelijk zijn de binding over en weer tussen uitzendkracht en uitzendbureau te laten toenemen. Verder wees de STAR er op dat, gezien het karakter van kortlopende uitzendingen, het vereist zou zijn om op het gebied van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd een bijzondere regeling te treffen voor uitzendovereenkomsten. De voorloper van de huidige ketenregeling van artikel 7:668a BW zou moeten worden aangepast. Het effect van de wettelijke conversie van een arbeidsovereenkomst van bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou pas moeten intreden als door meer dan drie uitzendingen een bij wet vastgesteld minimaal tijdsbestek wordt overschreden. Zonder aanpassing zou al door enkele uitzendingen van een dag of een week per keer van rechtswege een dienstverband voor onbepaalde tijd ontstaan. De STAR had het voorstel om voor kortdurende uitzendingen een specifiek, driekwartdwingend, regime in te voeren. Na afloop van dit regime zou het gewone arbeidsovereenkomstenrecht van toepassing worden.

[65] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 264, nr. 3, p. 2 en 3.
[66] Van Drongelen & Fase 2005, p. 32 en 33.

Het STAR overleg resulteerde in het STAR-akkoord van 3 april 1996. Aan dit akkoord was als bijlage het Uitzendconvenant gehecht. Dit convenant was het resultaat van een discussie tussen twee werkgeversorganisaties, de ABU en de NBBU, en de cao-partners FNV bondgenoten, CNV Dienstenbond, de Unie van de ABU en de Landelijke Belangen Vereniging van de NBBU.[67] In dit convenant waren afspraken vastgelegd over de inhoud van de collectieve arbeidsovereenkomsten die in werking zou (moeten) treden tegelijkertijd met de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid. In het uitzendconvenant was opgenomen dat in deze cao's op ruime schaal gebruik gemaakt zou worden van de mogelijkheden die de Wet Flexibiliteit en zekerheid zou bieden om van de wettelijke regels bij cao af te wijken. In het Uitzendconvenant was een blauwdruk opgenomen van de invulling die door cao-partijen zou worden gegeven aan de hen bij driekwartdwingend recht gegeven afwijkingsmogelijkheden tot verdere invulling van het bijzondere regime voor de uitzending. Op basis van het STAR-akkoord zijn de Waadi en de Wet Flexibiliteit en zekerheid tot stand gekomen.[68]

De Waadi

Op 1 juli 1998 is de Waadi ingevoerd. De Waadi verving de bepalingen uit de Arbeidsvoorzieningswet 1990 en de Invoeringswet Arbeidsvoorzieningswet 1996 die betrekking hadden op arbeidsbemiddeling en terbeschikkingstelling van arbeidskrachten.[69] De belangrijkste veranderingen na invoering van deze wet voor uitzendkrachten zijn de afschaffing van het vergunningstelsel voor terbeschikkingstelling van arbeidskrachten, de afschaffing van de maximum uitzendtermijn en de opheffing van het wettelijke belemmeringsverbod.

Afschaffing vergunningstelsel voor terbeschikkingstelling van arbeidskrachten

Aan dit besluit van het kabinet lagen de volgende drie argumenten ten grondslag. Met betrekking tot de verdeling van de verantwoordelijkheden tussen het publieke en het private domein moet de overheid zich beperken tot haar kerntaken. Indien een taak aan het private domein kon worden overgelaten, mocht de overheid deze taak niet op haar nemen. Alleen waar basisniveaus van bescherming en ordening in het geding waren, moest de overheid deze taak zich toe-eigenen. Voor de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten maakten het belang van goede verhoudingen op de arbeidsmarkt en het belang van een juiste incasso van loonbelasting en sociale premies een zekere specifieke ordening wenselijk. Echter, het instrument van de vergunning werd hiermee op oneigenlijke wijze gebruikt voor een doelstelling die ook op een andere wijze kon worden bereikt. Het tweede argument hield in dat door het vergunningsstelsel en de regels die hieraan waren verbonden de kans bestond dat de markt voor allocatieve diensten niet optimaal tot stand kon komen. Ten slotte achtte het kabinet het niet juist om regels in stand te houden die niet of slechts tegen aanzienlijke kosten waren te controleren of te handhaven. Het toenmalige systeem had in ernstige mate aan geloofwaardigheid ingeboet, omdat tegen geconstateerde overtredingen niet stelselmatig werd opgetreden.[70]

Bij de evaluatie van de Waadi in 2002[71] is duidelijk geworden dat er nadelen aan het afschaffen van de vergunningsplicht kleven. Nadelige effecten die ervaren werden waren het verschijnsel van oneerlijke concurrentie en een toename van fraude, illegaliteit en overtredingen van wettelijke voorschriften. Herinvoering van een vergunningsregime was naar mening van de minister geen optie.[72] In plaats van herintroductie van een vergunningenstelsel zag het kabinet meer in een strikte handhaving door de

[67] Van Houte e.a. 2004, p. 187.
[68] Passchier 2002, p. 7.
[69] Grapperhaus & Jansen 1996, p. 15.
[70] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 264, nr. 3, p. 4.
[71] *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 365, nr. 1.
[72] Van Drongelen & Fase 2005, p. 38 en 39.

overheid van relevante wet- en regelgeving en zelfregulering vanuit de sectoren om de problemen daar aan te pakken.[73]

De afschaffing van de maximum uitzendtermijn
Vanaf de inwerkingtreding van de Waadi kan een uitzending voor onbepaalde tijd plaatsvinden. De arbeidsrechtelijke bescherming van uitzendkrachten zijn geregeld in de artikelen 7:690 en 691 BW als een bijzondere vorm van de arbeidsovereenkomst.

Opheffing van het wettelijke belemmeringsverbod
Het belemmeringsverbod was opgenomen in artikel 93 lid 1 sub a Arbeidsvoorzieningswet. Dit verbod verbood tot aan de invoering van de Waadi elke vorm van door de uitzendwerkgever aan de uitzendwerknemer opgelegde belemmeringen tot indiensttreding bij een derde, de opdrachtgever. [74] Dit verbod keerde in de Waadi niet terug. Onduidelijk was of het belemmeringsverbod na invoering van de Waadi nog gold. De minister had deze onduidelijkheid in het leven geroepen door vragen van de Tweede Kamer en de Eerste Kamer op inconsistente wijze te beantwoorden. Uit de antwoorden op de vragen van de Tweede Kamer leek het erop dat het belemmeringsverbod nog steeds geldig was: *'Ook in deze collectieve overeenkomst wordt daarmee duidelijk gemaakt dat een dergelijk beding niet is toegestaan.'*[75] Uit de antwoorden op de vragen van de Eerste Kamer leek het tegendeel: *'Een beding dat een arbeidskracht in zijn vrije arbeidskeuze belemmert is in algemene zin al als bezwarend te beschouwen (…).'*[76] In 2003 gaf de Hoge Raad[77] duidelijkheid hierover. Een concurrentiebeding voor een uitzendkracht is toelaatbaar, de bescherming van de werknemer moet worden gezocht in het algemene overeenkomstenrecht op grond waarvan onredelijk bezwarende bedingen vernietigd kunnen worden. De rechter moet toetsen of het beding voor matiging in aanmerking komt, dan wel of het beding nietig is op een van de wet genoemde gronden.[78]

De Wet Flexibiliteit en zekerheid
Op 1 januari 1999 is de Wet Flexibiliteit en zekerheid in werking getreden. Deze wet bevat een breed scala van onderwerpen die relevant zijn in het kader van flexibiliteit en zekerheid. De nieuwe wetsbepalingen die specifiek betrekking hebben op de uitzendovereenkomst zijn opgenomen in de nieuwe afdeling 11 van titel 10 van Boek 7 BW. Met de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid is het algemene arbeidsrecht op een aantal punten gewijzigd. Deze wijzigingen hebben een direct effect op de regelingen betreffende uitzendarbeid, omdat de uitzendovereenkomst een bijzondere vorm is van de arbeidsovereenkomst.[79]

In Nederland bestond lange tijd onduidelijkheid of tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau een arbeidsovereenkomst bestond. Problematisch hierbij was dat het gezag over de uitzendkracht niet werkelijk wordt uitgeoefend door het uitzendbureau, maar door de inlener. Tot 1977 werd aangenomen dat tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht geen arbeidsovereenkomst bestond omdat het uitzendbureau geen gezag over de uitzendkracht uitoefent. In 1977 oordeelde de Hoge Raad dat er ook sprake is van een arbeidsovereenkomst als de werkgever de nadere bepaling van de door de werknemer

[73] *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 365, nr. 1, p. 17 en 18.
[74] Grapperhaus 2000, p. 3.
[75] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 264 nr. 5, p. 6.
[76] *Kamerstukken I* 1996-1997, 25 264, nr. 133b, p. 4.
[77] HR 4 april 2003, *JAR* 2003/107, r.o. 3.5.
[78] Grapperhaus 2011, commentaar op regeling Waadi, aant. 1-4.
[79] Grapperhaus & Jansen 1999, p. 14.

te verrichten werkzaamheden overlaat aan een derde bij wie de werknemer in opdracht van de werkgever zijn (binnen het kader van de overeenkomst vallende) werkzaamheden verricht. Doorslaggevend is niet de materiële gezagsuitoefening, maar de formele gezagsuitoefening.[80] Uiteindelijk heeft de Wet Flexibiliteit en zekerheid door het opnemen van een definitie van de uitzendovereenkomst een einde gemaakt aan de discussie over de aard van de uitzendovereenkomst.[81]

3.3 Tussenconclusie

Hoewel uitzendarbeid een ouder verschijnsel was, startte haar echte ontwikkeling rond 1940. Vanaf deze periode begonnen commerciële organisaties uitzendingen systematisch uit te oefeningen en te ontwikkelen als bedrijfsactiviteit. Vanaf 1970 waren koppelbazen, uitleenbedrijven en uitzendbureaus verplicht een vergunning voor hun activiteiten aan te vragen en zich te houden aan de vergunningsvoorschriften. De introductie van het vergunningsstelsel heeft geleid tot een inperking van de koppelarbeid en de ontwikkeling van de uitzendbranche. De daaropvolgende periode stond in het teken van de operatie flexibiliteit en zekerheid. Doel was om meer ruimte te geven voor flexibiliteit, maar ook verbetering van de rechtspositie van flexibele arbeidskrachten. De noodzakelijke flexibiliteit zou worden bereikt door het vergunningsstelsel en daarmee de maximumuitzendtermijn af te schaffen. Als tegenprestatie van deze flexibilisering van de inzet van uitzendkrachten zou de rechtspositie van uitzendkrachten verduidelijkt en verbeterd moeten worden.

[80] Van Drongelen & Fase 2005, p. 57.
[81] Jacobs, Massuger & Plessen 2009, p. 100 en 101. Pennings 2007, p. 147 en 148.

4 De rechtspositie van uitzendkrachten in Nederland voorafgaand aan de wetswijziging

4.1 Inleiding

Om een goede beschrijving te kunnen geven van de consequenties van de wetswijziging voor de rechtspositie van uitzendkrachten in Nederland wordt in dit hoofdstuk een overzicht gegeven van de rechtspositie van uitzendkrachten voorafgaand aan de wetswijziging.

4.2 De huidige rechtspositie

De uitzendovereenkomst

Artikel 7:690 BW geeft een definitie van de uitzendovereenkomst. Uit de memorie van toelichting van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid komt naar voren dat de uitzendovereenkomst een bijzondere vorm is van de arbeidsovereenkomst van artikel 7:610 BW.[82] Voor een uitzendovereenkomst moet aan alle elementen van beide artikelen worden voldaan. De vraag of aan de elementen van artikel 7:610 BW is voldaan (gezagsverhouding, loon, arbeid en gedurende zekere tijd) moet worden beantwoord in samenhang met artikel 7:690 BW. Het element 'gezagsverhouding' hoeft niet noodzakelijkerwijs bij de werkgever te liggen, maar deze kan ook (gedeeltelijk) bij de inlener liggen. De definitie van artikel 7:690 BW bestaat uit de volgende vier elementen: 'uitoefening van beroep of bedrijf', 'ter beschikking stellen van een derde', 'onder toezicht en leiding van de derde' en 'opdracht'. Deze definitie heeft niet alleen betrekking op de uitzendrelatie maar omvat alle vormen van driehoeksrelaties waarbij de werknemer in de uitoefening van het bedrijf of beroep van de werkgever aan een derde ter beschikking wordt gesteld om onder leiding en toezicht van die derde arbeid te verrichten. Hiermee is een uniforme wettelijke regeling voor de vele onder verschillende benamingen in de praktijk voorkomende vormen van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, zoals: uitzenden, detacheren of te werk stellen in het kader van een arbeidspool.[83] De definitie van de uitzendovereenkomst bestaat uit de volgende elementen: 'uitoefening van bedrijf of beroep', ter beschikking stellen van een derde', 'onder toezicht en leiding van de derde' en 'opdracht'. De terbeschikkingstelling van de werknemer moet plaatsvinden in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever. Dat betekent dat terbeschikkingstelling (een) doelstelling van de bedrijfs- of beroepsactiviteiten van de werkgever moet zijn. De werkgever moet daadwerkelijk een allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt. Werkgevers die slechts incidenteel uitzenden voldoen niet aan dit element van de uitzendovereenkomst. Daarnaast moet de werknemer ter beschikking worden gesteld aan een derde (bij een uitzendrelatie 'inlener' genoemd) om onder de leiding en toezicht van deze derde arbeid te verrichten. De werkgever kan de werknemer niet bij zichzelf te werk stellen, omdat dan de werkgever toezicht blijft houden op en leiding blijft geven aan de arbeid die de werknemer verricht. Het derde element houdt in dat de werknemer de arbeid moet verrichten onder toezicht en leiding van de derde verrichten. Bij uitzendrelaties leent de werkgever de werknemer uit aan de inlener. De werknemer verricht de arbeid onder toezicht en leiding van de inlener. Het laatste element van de uitzendovereenkomst houdt in dat de ter beschikking stelling van de werknemer is gebaseerd op een opdracht van de derde aan de werkgever. De definitie van een overeenkomst van opdracht is opgenomen in artikel 7:400 lid 1 BW. Dit element is bedoeld om de uitzendovereenkomst te onderscheiden van de aannemingsovereenkomst.[84] Indien aan alle bovenstaande elementen is voldaan, wordt de ter beschikking gestelde uitzendkracht als werknemer in de zin van titel 7.10 BW beschouwd. Dit is voor de werknemer van groot belang: deze kan hierdoor een beroep doen op de beschermingsbepalingen van deze titel en andere rechten en verplichtingen, zoals het recht op een minimumloon en medezeggenschapsrechten.[85] De rechtspositie van de uitzendkracht met een uitzendovereenkomst wijkt

[82] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 33.
[83] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 10.
[84] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 33.
[85] Van Drongelen & Fase 2011 p. 60-64. Grapperhaus 2011, commentaar op artikel 7:690 BW, aant.1-7.

in een aantal gevallen af van die van de werknemer die een arbeidsovereenkomst van artikel 7:610 BW heeft. Deze uitzonderingen zullen in de volgende paragraaf worden behandeld.

Bijzondere voorschriften voor de uitzendovereenkomst

Artikel 7:691 BW bevat de uitzonderingen op de voorschriften die op grond van titel 7.10 BW gelden voor de arbeidsovereenkomst. De eerste heeft betrekking op de regeling van een keten van arbeidsovereenkomsten aangegaan voor bepaalde tijd. De tweede uitzondering betreft het uitzendbeding. Deze bijzondere voorschriften voor de uitzendovereenkomst zijn niet van toepassing indien de werkgever en de inlener zijn verbonden als een groep als bedoeld in artikel 2:24b BW of indien een moeder-dochterrelatie tussen de werkgever en inlener als bedoeld in artikel 2:24a BW aanwezig is (lid 6). Het doel van deze uitsluiting van de bijzondere voorschriften is te voorkomen dat werknemers worden verschoven van de ene naar de andere eenheid om opbouw van rechten te voorkomen. In dergelijke gevallen blijft titel 7.10 BW van toepassing.

'De afwijkende ketenregeling'

Gedurende de eerste 26 weken waarin de werknemer op basis van een uitzendovereenkomst werkzaamheden verricht is de toepassing van de 'ketenregeling' van artikel 7:668a BW uitgesteld (artikel 7:691 lid 1 BW). Dat betekent dat gedurende de eerste 26 weken van de arbeidsovereenkomst meer dan drie arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde werknemer en werkgever elkaar op kunnen volgen met tussenpozen van niet meer dan drie maanden, zonder dat de eerstvolgende uitzendovereenkomst geldt als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangegaan. Lid 4 bepaalt de wijze van berekening van de periode van 26 weken. Voor de opbouw van de 26 weken worden wordt rekening gehouden met perioden waarin arbeid wordt verricht die elkaar opvolgen met tussenpozen van minder dan een jaar. Indien sprake is van een onderbreking van meer dan een jaar tussen twee arbeidsovereenkomsten er een nieuwe periode van 26 weken moet worden geteld. Direct na de opbouw van de periode van 26 weken wordt de ketenregeling van artikel 7:668a BW weer van toepassing. Ter vermijding van de 'draaideurconstructie' bepaalt lid 5 dat voor de berekening van de periode van 26 weken doorgeteld moet worden wanneer voor verschillende werkgevers wordt gewerkt en deze werkgevers wat betreft die arbeid als elkaars opvolgers kunnen worden beschouwd. Bij cao zijn afwijkingen van de periode van 26 weken van lid 1 en de berekeningsperiode van lid 4 van dit artikel mogelijk. In hoofdstuk 3.4 (De ABU-cao en het fasensysteem) zal besproken worden dat in de ABU-cao van deze afwijkingsmogelijkheid gebruik wordt gemaakt door middel van het fasensysteem.

'Het uitzendbeding'

In de uitzendovereenkomst kan schriftelijk worden overeengekomen dat deze overeenkomst van rechtswege eindigt zodra de terbeschikkingstelling op verzoek van de inlener eindigt (artikel 7:691 lid 2 BW). Onduidelijkheid bestaat of de eis van schriftelijkheid in de individuele uitzendovereenkomst moet zijn opgenomen of dat daaraan ook is voldaan als het uitzendbeding in een cao is opgenomen. Grapperhaus & Jansen[86] hebben het standpunt dat het beding in de individuele arbeidsovereenkomst moet zijn opgenomen, omdat het uitzendbeding een meer eenzijdig karakter ten voordele van de werkgever heeft. Van Drongelen & Fase[87] zijn ook van mening dat het uitzendbeding in de individuele arbeidsovereenkomst moet zijn opgenomen, echter zij baseren hun standpunt op het taalkundige argument ('in *de* uitzendovereenkomst'). Het uitzendbeding verliest zijn kracht als de werknemer in meer

[86] Grapperhaus & Jansen 1999, p. 46.
[87] Van Drongelen & Fase 2011, p. 67.

dan 26 weken arbeid heeft verricht voor de werknemer (lid 3). De berekening van deze periode vindt op dezelfde wijze plaats als die van lid 4.[88]

'Inlenersaansprakelijkheid voor WML'
Per 1 januari 2010 is artikel 7:692 BW aan titel 7.10 toegevoegd ter bestrijding van fraude en illegaliteit. Door dit artikel wordt de werknemer extra beschermd. Dit artikel heeft tot gevolg dat de inlener naast de werkgever jegens de werknemer hoofdelijk aansprakelijk is voor naleving van het toepasselijke minimumloon (lid 1). De inlener wordt ontheven van zijn aansprakelijkheid van lid 1, indien hij aantoont dat hij op het moment van totstandkoming van de overeenkomst tussen inlener en werkgever deze laatste gecertificeerd is door een door de Raad voor Accreditatie erkende certificerende instelling overeenkomstig bij regeling van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan te wijzen normen.[89]

De ABU-cao en het fasensysteem van de ABU
In de paragrafen 3.2 en 3.3 is beschreven hoe het Burgerlijk Wetboek op de uitzendovereenkomst van toepassing is. Hierbij werd duidelijk dat bij cao afwijkingsmogelijkheden van bepaalde dwingende bepalingen toegestaan zijn, mits deze afwijkingen in een cao zijn vastgelegd. De bepaling van artikel 7:691 lid 7 BW is van groot belang voor het uitzendwerk. Zonder deze bepaling zou uitzendwerk slechts beperkt mogelijk zijn: werknemers zouden niet langer dan 26 weken kunnen worden uitgezonden, want na deze termijn zouden de algemene bepalingen van boek 7 BW van toepassing worden, en deze gaan niet goed samen met het flexibele karakter van uitzendwerk. Over het algemeen duurt een uitzendovereenkomst slechts kort (in 2008 was de gemiddelde uitzendduur 172 dagen, dit zijn ongeveer 24,5 weken)[90] en op grond van de ketenregeling van artikel 7:668a BW zou snel een overeenkomst voor onbepaalde tijd bestaan. Een cao is daarnaast ook van belang in verband met de loondoorbetalingsverplichting van artikel 7:628BW, waarbij de werknemer het recht op loon behoudt indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever hoort te komen. Tijdens de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst kan van deze verplichting bij schriftelijke overeenkomst ten nadele van de werknemer worden afgeweken en worden uitgesloten (lid 5). Na een periode van zes maanden kan uitsluitend bij cao of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan worden afgeweken ten nadele van de werknemer (lid 7). Deze afwijkingsmogelijkheden zijn essentieel voor uitzendwerk. De bovenstaande afwijkingsmogelijkheden die bij cao mogelijk zijn hebben de onderhandelingspositie van de vakbonden versterkt: zonder cao is uitzendwerk beperkt mogelijk.[91] De belangrijkste cao is de ABU-cao (de ABU vertegenwoordigt ruim 60 procent van de Nederlandse uitzendmarkt[92]), gevolgd door de NBBU-cao (de NBBU vertegenwoordigt bijna een kwart van de Nederlandse uitzendmarkt[93]). In deze scriptie zal uitgegaan worden van de ABU-cao, omdat deze cao de grootste en meest toonaangevende Cao van de Nederlandse uitzendmarkt is. In december 2008 is de huidige *CAO voor Uitzendkrachten 2009-2014* tot stand gekomen tussen de ABU en de werknemersverenigingen FNV Bondgenoten, CNV Dienstenbond, De Unie en de LBV. De looptijd van deze cao is op 29 maart 2009 begonnen. De looptijd van deze cao bestaat uit twee delen. Het deel met betrekking tot de rechtpositie, het pensioen en scholing loopt tot 29 maart 2014. Het deel met betrekking tot de beloning en de arbeidsvoorwaarden liep aanvankelijk tot 27 maart 2011. De looptijd van deze

[88] Van Drongelen & Fase 2011, p. 64-68 en Grapperhaus 2011, commentaar op artikel 7:691 BW, aant. 1-6.
[89] Grapperhaus 2011, commentaar op artikel 7:692 BW, aant. 1 en 2.
[90] *Instroomonderzoek feiten en cijfers over uitzendkrachten*, p. 14.
[91] Pennings 2007, p. 150.
[92] http://www.abu.nl/abu/organisatie (geraadpleegd op 14 mei 2012).
[93] https://www.nbbu.nl/pagina/over-nbbu (geraadpleegd op 14 mei 2012).

artikelen is door cao-partijen verlengd tot 1 april 2012.[94] Eind maart 2012 is de ABU-cao met 4 maanden verlengd tot 5 augustus 2012. Bepalingen van de ABU-cao zijn door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid per 14 juli 2011 algemeen verbindend verklaard. Het gevolg van deze algemeen verbindend verklaring is dat alle werkgevers die werkzaam zijn in de betreffende bedrijfstak de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van deze collectieve arbeidsovereenkomst toepassen op de werknemers die binnen de personenkring van de cao vallen, behalve als ze ervan zijn uitgezonderd. De cao-bepalingen die verbindend zijn verklaard vervangen de bepalingen in individuele arbeidsovereenkomsten die daarmee strijdig zijn en hebben een aanvullende functie waar zaken niet geregeld zijn.[95] Bovengenoemde verlenging van de Abu-cao heeft geen gevolgen voor de afloop van het avv-besluit dat per 1 april 2012 is vervallen.[96] De verlenging heeft enkel en alleen betekenis voor de uitzendbureaus die lid zijn van de ABU.[97] Zolang de minister van SZW de cao niet opnieuw algemeen verbindend verklaart, is er een AVV-loze periode aangebroken. Voor ongebonden uitzendorganisaties betekent deze AVV-loze periode dat zij vanaf 1 april 2012 niet langer verplicht zijn om de algemeen verbindend verklaarde bepalingen te volgen.[98]

Het fasensysteem

In de ABU-cao wordt met het fasensysteem gebruik gemaakt van de afwijkingsmogelijkheden van de bepalingen van artikel 7:691 lid 1, 3 en 4 BW. De kern van dit fasensysteem is dat de rechtspositie van de uitzendkracht verbetert naarmate hij langer voor hetzelfde uitzendbureau werkzaamheden verricht. Het uitzendbureau heeft echter de mogelijkheid te verhinderen dat de rechtspositie van de werknemer verbetert door tijdig de overeenkomst te beëindigen. Dit heeft tot gevolg dat alleen de voor het uitzendbureau zeer waardevolle werknemers de laatste fase zullen bereiken.[99] Het huidige fasensysteem geldt vanaf 29 maart 2009 voor een periode van vijf jaar (artikel 3 onderdeel a ABU-cao). De werknemer doorloopt bij dit systeem drie fasen: fase A duurt maximaal 78 weken, fase B duurt twee jaar en/of acht uitzendovereenkomsten, bij fase C ontstaat een uitzendovereenkomst aangegaan voor onbepaalde tijd. In fase A werkt de werknemer in beginsel op grond van een uitzendovereenkomst met een uitzendbeding, tenzij uitdrukkelijk tussen de werkgever en de werknemer een uitzendovereenkomst voor (on)bepaalde tijd is aangegaan.[100] Bij de termijn van het uitzendbeding van artikel 7:691 lid 2 is in de ABU-cao afgeweken: deze termijn is verlengd tot 78 weken. Tijdens deze termijn impliceert het einde van de opdracht ook het einde van de uitzendovereenkomst: er is geen opzegtermijn van toepassing. Als er geen werk is voor de werknemer, bestaat er ook geen recht op loondoorbetaling. Gedurende deze fase wordt in afwijking van het bepaalde in artikel 7:691 lid 1 en artikel 7:668a BW de termijn van 26 weken verlengd tot 78 weken. Tijdens deze termijn mag de werknemer een onbeperkt aantal opeenvolgende uitzendovereenkomsten hebben. Voor de telling is van belang dat de werknemer werkzaam is voor dezelfde werkgever. In afwijking van artikel 7:691 lid 4 wordt de termijn van 78 weken doorgeteld zolang de onderbreking tussen twee uitzendovereenkomsten niet meer is dan 26 weken. Bij een langere onderbreking begint de telling van 78 weken opnieuw.

[94] Cao voor uitzendkrachten, p. 2 en 9.
[95] Pennings 2007, p. 105.
[96] Stcrt 2011, 6825.
[97] http://www.abu.nl/nieuwsberichten/website/abu-cao-voor-uitzendkrachten-verlengd (geraadpleegd op 14 mei 2012.
[98] Smeets 2012, p. 1. Zie ook: 'Gevolgen AVV-loze periode', http://www.sncu.nl/Upload/Download/20120321155853211.pdf (geraadpleegd op 14 mei 2012).
[99] Pennings 2007, p. 151.
[100] Een uitzendbeding kan niet in een CAO worden opgenomen: alleen de werkgever en werknemer kunnen een uitzendbeding in de individuele uitzendovereenkomst opnemen (Van Drongelen & Fase 2011, p. 70).

Als uitzendkrachten vaak wisselen van uitzendwerkgevers is het lastiger om de maximale duur in fase A te halen en door te stromen naar fase B (en later eventueel fase C).[101] Nadat de werknemer fase A heeft doorlopen, start fase B. De werknemer is in deze fase op grond van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werkzaam, tenzij een overeenkomst voor onbepaalde tijd is overeengekomen. Vanaf deze fase kan het uitzendbeding niet meer in de uitzendovereenkomst worden opgenomen: de uitzendovereenkomsten zullen duren voor de afgesproken bepaalde tijd. Als de inlener de opdracht beëindigt, zal de werkgever vervangend passend werk voor de werknemer moeten vinden, tegen minimaal hetzelfde loon. In afwijking tot artikel 7:668a BW duurt fase B twee jaar en/of acht uitzendovereenkomsten. Dit betekent dat na twee jaar of bij de negende uitzendovereenkomst fase C voor de werknemer start. In geval van een onderbreking van minder dan 13 weken loopt de termijn van fase B door. In geval van een onderbreking van meer dan 13 weken maar minder dan 26 weken dan begint termijn van fase B voor de werknemer opnieuw. In geval van een onderbreking langer dan 26 weken begint de telling van fase A opnieuw. Nadat de werknemer fase B heeft doorlopen of binnen dertien weken na voltooiing van fase B een nieuwe uitzendovereenkomst met dezelfde uitzendonderneming aangaat start fase C. In deze fase is de werknemer op grond van een uitzendovereenkomst voor onbepaalde tijd werkzaam. Als de inlener de opdracht beëindigt, zal de werkgever passend werk voor de werknemer moeten vinden. Als na afloop van deze overeenkomst een onderbreking in de werkzaamheden korter dan 26 weken plaatsvindt, begint de telling van fase B opnieuw. Indien de onderbreking langer dan 26 weken duurt, begint de telling van fase A opnieuw.[102] Het aandeel uitzendkrachten dat werkzaam is in fase C is zeer klein. Zo heeft in 2009 minder dan 3% van de uitzendkrachten op basis van een fase C dienstverband gewerkt.[103]

De Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs

De Waadi bevat een aantal voorschriften voor de niet-openbare arbeidsbemiddeling en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. In deze scriptie zal uitsluitend ingegaan worden op de terbeschikkingstelling. Deze wet definieert het ter beschikking stellen van arbeidskrachten als *'het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht en leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, verrichten van arbeid*' (artikel 1 lid 1 onderdeel c Waadi). Het begrip ter beschikking stellen is ruimer dan uitsluitend de uitzendrelatie: ook detachering valt hieronder. In hoofdstuk 3 van deze wet zijn voorschriften opgenomen die van toepassing zijn bij de ter beschikking stelling van arbeidskrachten. De definitie van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten bevat de volgende elementen: 'tegen vergoeding', 'een ander', 'onder diens gezag en leiding' en 'anders dan krachtens met deze gesloten arbeidsovereenkomst'. In artikel 1 lid 3 is aangegeven wat niet onder deze definitie wordt verstaan. Het gaat dan om het ten behoeve van een geleverde zaak of een tot stand gebracht werk ter beschikking stellen van arbeidskrachten, de zogenoemde collegiale uitlening en de intraconcernuitlening.[104] Het eerste element houdt in dat de intermediair, het uitzendbureau, een vergoeding van de inlener ontvangt voor zijn diensten. Het gaat dan om, gezien van de kant van de intermediair, een activiteit die leidt tot economisch voordeel. Het tweede element vereist dat de arbeidskracht aan een ander ter beschikking wordt gesteld, dit kan zowel een natuurlijke persoon als een rechtspersoon zijn. Het derde element houdt in dat de terbeschikkinggestelde arbeidskrachtonder toezicht en leiding van de inlener zijn werkzaamheden moet verrichten. In het kader van uitzendwerk betekent dit dat het uitzendbureau zich bezig houdt met het uitlenen van arbeidskrachten, die onder toezicht en leiding van de inlener aan het werk gaan. De wijze waarop de

[101] Vermeulen e.a. 2012, p. 12.
[102] Van Drongelen & Fase 2011, p. 69-71. Pennings 2007, p.151 en 152.
[103] Vermeulen e.a. 2012, p. 5-6.
[104] Van Drongelen & Fase 2005, p. 53 en 54.

arbeidskracht aan het werk is, is een taak voor de inlener. Het laatste element vereist dat het door de intermediair ter beschikking stellen van de arbeidskracht mag niet leiden tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst tussen de inlener en de arbeidskracht, anders is er sprake van arbeidsbemiddeling.[105]

De voorschriften in de Waadi bij terbeschikkingstelling

In hoofdstuk 3 van de Waadi zijn in de artikelen 8 tot en met 12 de bijzondere voorschriften opgenomen die van toepassing zijn bij de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten. Het gaat hier om de loonverhoudingsnorm, het tegenprestatieverbod, het onderkruipersverbod en de informatieverplichting over de arbeidsomstandigheden van de arbeidsplaats. Deze voorschriften zullen in deze paragraaf worden behandeld. Hoofdstuk 4 van de Waadi bevat de voorschriften met betrekking tot onderzoek en handhaving.

De loonverhoudingsnorm in artikel 8

Deze norm heeft als doel te voorkomen dat de arbeidsvoorwaarden van de ingeleende arbeidskrachten een verstorende invloed hebben op het bij de inlener vigerende systeem van arbeidsvoorwaarden. Het te beschermen belang is het arbeidsverhoudingenstelsel.[106] Deze norm, die is opgenomen in lid 1, regelt de verhouding tussen de lonen en overige vergoedingen van de ingeleende arbeidskrachten en die van de vergelijkbare eigen werknemers in dienst van het inlenende bedrijf. De kern van deze norm houdt in dat, behalve wanneer in een collectieve arbeidsovereenkomst anders is bepaald, de ter beschikking gestelde arbeidskracht overeenkomstige lonen en overige vergoedingen dient te ontvangen als de werknemers van de inlener die in gelijke of gelijkwaardige functie werkzaam zijn. Onder ‘overeenkomstig loon’ en ‘overige vergoedingen’ wordt het volgende verstaan. ‘Overeenkomstig loon’ houdt in: loonbetaling in dezelfde schaal als welke van toepassing is op gelijke of gelijkwaardige functies in de inlenende onderneming.[107] Loon kan bestaan uit geld, maar ook uit iets anders, zoals onderricht, kleding, diensten en opties of aandelen. Onder ‘overige vergoedingen’ wordt verstaan: vergoeding van reisuren, reiskosten, pensionkosten[108], koffiegeld en ander noodzakelijk te achten kostenvergoedingen toe te kennen, voor zover werknemers in dienst van de inlenende onderneming in soortgelijke omstandigheden eveneens aanspraak daarop kunnen doen gelden.[109] Bij cao zijn twee uitzonderingen op de loonverhoudingsnorm mogelijk (deze uitzonderingen zijn overigens voor 90% van de uitzendingen het geval[110]), deze zijn uitgewerkt in de leden 2 en 3 van artikel 8. Lid 2 bepaalt dat wanneer er een cao van toepassing is op de uitzendonderneming, de daarin voorgeschreven lonen en vergoedingen op de betreffende uitzendkracht van toepassing zijn. Dezelfde uitzondering geldt ook als het voorafgaande bij wettelijk voorschrift is bepaald. Lid 3 bepaalt dat de loonverhoudingsnorm niet van toepassing is als op de inlener een cao van toepassing is die bepalingen bevat op grond waarvan de inlener zich ervan moet verzekeren dat de aan hem terbeschikkinggestelde arbeidskrachten het loon en overige vergoedingen worden betaald in overeenstemming met de bepalingen van die cao.[111] In de nota naar aanleiding van het verslag van het wetsvoorstel betreffende de Waadi benadrukt de regering dat voorop gesteld dient te worden dat de loonverhoudingsnorm een aanvulling is op het cao-recht. Waar collectieve arbeidsovereenkomsten

[105] Van Drongelen & Fase 2011, p. 71-73 en Grapperhaus 2011, commentaar op regeling Waadi aant. 3.
[106] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 264, nr. 3, p. 13.
[107] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 264, nr. 3, p. 20.
[108] In de nota naar aanleiding van het verslag van het wetsvoorstel betreffende de Waadi wordt door de leden van de D66-fractie gewezen op een typefout in de artikelsgewijze toelichting: het woord ‘pensioenkosten’ in de moet zijn ‘pensionkosten’.
[109] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 264, nr. 3, p. 20. Van Drongelen & Fase 2005, p. 72 en 73.
[110] Plessen & Massuger 2011, p.29.
[111] Van Drongelen & Fase 2011, p. 75 en 76.

gelden, dienen deze te worden toegepast. Slechts in het geval dat bij een bedrijf dat ter beschikking stelt geen cao geldt, en tevens bij het bedrijf waar de arbeidskracht ter beschikking wordt gesteld geen cao geldt die bepalingen bevat over de beloning van de ingeleende arbeidskrachten, is de loonverhoudingsnorm van toepassing.[112]

De loonverhoudingsnorm en conflictregels

Artikel 8 Waadi bepaalt niet welke cao van toepassing is in gevallen dat verschillende cao's bepalingen bevatten die betrekking hebben op de beloning van uitzendkrachten. In een oplossing van een dergelijk conflict moeten partijen zelf voorzien.[113] In de ABU-cao zijn conflictregels opgenomen om te regelen welke cao (artikel 2 ABU-cao) en welke cao-lonen (artikel 19 ABU-cao) van toepassing zijn wanneer een uitlener-cao en ABU-cao van toepassing zijn. De eerste conflictregel bepaalt welke cao van toepassing is. Indien een bepaalde uitzendrelatie binnen de werkingssfeer van de ABU-cao en een inlener-cao valt, is de inlener-cao van toepassing, tenzij voldaan is aan de volgende vijf cumulatieve vereisten:

1. De bedrijfsactiviteiten van de uitzendonderneming bestaan uitsluitend uit het ter beschikking stellen van uitzendkrachten. En:
2. De uitzendkrachten van de uitzendonderneming zijn voor ten minste 25 % van de loonsom (of althans van het in de desbetreffende cao gehanteerde kwantitatieve criterium, zoals arbeidsuren) werkzaam in een andere bedrijfstak dan die van de betreffende inlener-cao. En:
3. De uitzendonderneming zendt jaarlijks voor minimaal 15 % uit op basis van het uitzendbeding. En:
4. De uitzendonderneming is geen onderdeel van een concern dat rechtstreeks of door algemeen verbindend verklaring gebonden is aan de inlener-cao. En:
5. De uitzendonderneming is geen paritair afgesproken arbeidspool.

De tweede conflictregel van artikel 19 beperkt de duur van de ABU-cao. De werknemer ontvangt in beginsel het loon zoals bepaald in de ABU-cao, tenzij de uitzendonderneming en de uitzendkracht overeenkomen dat de uitzendkracht vanaf het begin van de uitzending het inleenloon krijgt betaald. Vanaf het moment dat de werknemer 26 weken bij dezelfde inlener werkzaam is geweest ontvangt hij het loon van degene die voor de inlener in een vergelijkbare functie werkt.[114]

De loonverhoudingsnorm en pensioen

Alvast vooruitlopend op hoofdstuk 6 dat over de implementatie van de richtlijn gaat wordt hieronder de nadruk gelegd op het onderdeel 'pensioen'. De regering benadrukt in de nota naar aanleiding van het wetsvoorstel dat de loonverhoudingsnorm alleen betrekking heeft op lonen en direct daaraan gerelateerde kosten en vergoedingen. De norm heeft geen betrekking op 'goede doelen', pensioen of vut-regelingen en dergelijke.[115] De STAR heeft in haar aanbeveling van 2001 gesteld dat onder loon en overige vergoedingen, in aansluiting op de parlementaire geschiedenis van artikel 8 in beginsel niet pensioenafspraken, vut-regelingen en bijdragen voor 'goede doelen' worden begrepen.[116] Volgens De Graaf zijn in ook de praktijk geen aanwijzingen te vinden dat pensioen onder de loonverhoudingsnorm valt, zij wijst hierbij op de ABU-cao. Artikel 19 van deze cao bepaalt dat vanaf het moment dat de werknemer 26 weken bij dezelfde inlener werkzaam is geweest, hij het loon ontvangt van degene die voor de inlener in een vergelijkbare functie werkt: de inlenersbeloning. De elementen waaruit deze beloning bestaat zijn limitatief opgesomd in artikel 19 lid 5 sub b ABU-cao. Deelneming in de pensioenregeling van

[112] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 264, nr. 5, p. 14.
[113] *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 264, nr. 7, p. 2 en 3.
[114] Pennings 2007, p. 153 en Grapperhaus 2011, commentaar op artikel 8 Waadi, aant. 3-7.
[115] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 264, nr. 5, p. 14.
[116] STAR aanbeveling 'Arbeidsvoorwaarden van uitzendwerkers' 2001, p. 11.

de inlener is niet opgenomen als element. Hoewel de loonverhoudingsnorm niet toeziet op de opbouw van pensioen voor uitzendkrachten, kan de opbouw van pensioen bij uitzendarbeid een wettelijke verplichting zijn. De Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds bepaalt wanneer en onder welke voorwaarden deelname aan een binnen een bepaalde bedrijfstak geldende pensioenregeling verplicht is voor alle in deze bedrijfstak werkzame werknemers. Het antwoord op de vraag welke werknemers onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds kunnen feitelijk hun werkzaamheden verrichten. Het is niet doorslaggevend bij wie de werknemers juridisch in dienst zijn. De ABU-cao kent zelf deelname aan een pensioenregeling (artikel 42 ABU-cao), welke wordt uitgevoerd door de Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (StiPP). Deze pensioenregeling is opgenomen in bijlage III van de ABU-cao. De werkingssfeer van dit pensioenfonds is beperkt tot uitzendondernemingen. Deelname aan de door de StiPP uitgevoerde pensioenregeling is per 1 januari 2004 verplicht gesteld voor 'langdurige uitzendkrachten'. Onder 'langdurige uitzendkrachten' wordt verstaan: uitzendkrachten die zowel ten minste in 26 weken werkzaam zijn geweest voor één (opvolgende) uitzendonderneming en 21 jaar of ouder zijn.[117] Deze wachtperiode van 26 weken is in overeenstemming met artikel 14 lid 2 Pensioenwet welke een verlenging van de wachttijd tot deze duur toestaat bij een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW.[118]

Het tegenprestatieverbod in artikel 9

De uitzendonderneming mag geen tegenprestatie bedingen van de uitzendkracht voor het tot stand brengen van een terbeschikkingstelling van die uitzendkracht. In de praktijk komt het sporadisch voor dat van een uitzendkracht een tegenprestatie wordt bedongen. Het is begrijpelijk dat de uitzendkracht bijvoorbeeld niet verplicht kan worden om een deel van zijn loon als een soort commissie aan de uitzendonderneming te betalen.[119] Omdat een dergelijk beding onwenselijk wordt gevonden is het tegenprestatieverbod in artikel 9 opgenomen. Een tweede reden voor het opnemen van het tegenprestatieverbod is dat artikel 7 lid 1 van IAO-Verdrag nr. 181 het bureaus verbiedt kosten in rekening te brengen aan werknemers of werkzoekenden.[120] Dit verdrag heeft expliciet ook op ter beschikking stelling van uitzendkrachten betrekking.[121]

Het onderkruipersverbod in artikel 10

Dit verbod is onlosmakelijk verbonden met het stakingsrecht. Zonder staking zou een verbod op de ter beschikkingstelling van arbeidskrachten bij een arbeidsconflict zonder betekenis zijn. Daarom volgt nu een kort overzicht van het stakingsrecht in Nederland. Zolang er collectieve arbeidsverhoudingen bestaan, zijn er ook collectieve arbeidsconflicten geweest. De werkstaking is de meest voorkomende strijdmethode in de collectieve arbeidsverhoudingen. Van 1811 tot 1872 waren stakingen zonder meer verboden krachtens het in het wetboek van strafrecht opgenomen coalitieverbod. Dit verbod is in 1872 afgeschaft, sinds de afschaffing kan het staken op zichzelf niet meer strafrechtelijk worden vervolgd. Een belangrijke uitzondering bestond van 1903 tot 1979: in deze periode was het staken door spoorwegpersoneel en ambtenaren strafbaar gesteld. Vanaf 1872 liepen werknemers die staakten grote civielrechtelijke risico's: zij kregen geen loon en konden wegens werkweigering en/of staking een ontslag op staande voet riskeren. Na 1900 kwamen de procedure van het kort geding en de leer van de onrechtmatige daad op. In 1960 sprak de Hoge Raad uit dat staken in beginsel een wanprestatie van de werknemer was tegenover de werkgever en dat vakbonden, die werknemers daartoe aanzetten, zich schuldig maakten aan een

[117] *Stcrt.* 2003, nr. 251, p. 23.
[118] De Graaf 2008, p. 1-4 (Kluwer Online Research).
[119] Grapperhaus 2010, commentaar op artikel 9 Waadi.
[120] *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 601, nr. 1/262, p. 8.
[121] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 264, nr. 6, p. 1.

onrechtmatige daad. Staking was slechts toegestaan in de situatie dat gezien de omstandigheden naar redelijkheid van de werknemer niet kan worden gevergd de werkzaamheden voort te zetten. In 1972 sprak het Hof Amsterdam uit dat een staking in beginsel rechtmatig is, tenzij bijkomende omstandigheden haar onrechtmatig maken. In 1986 sprak de Hoge Raad in het NS-arrest uit dat artikel 6 lid 4 van het Europees Sociaal Handvest, waarin het stakingsrecht wordt erkend, in Nederland eenieder verbindt. In Nederland is het stakingsrecht geen absoluut recht, echter dit recht mag alleen met terughoudendheid worden beperkt.

Het stakingsrecht kan gezien worden als de hoeksteen van een systeem van vrije collectieve arbeidsbetrekkingen. Voor het bereiken en het handhaven van een hoog niveau van sociale gerechtigheid is een stelsel van vrije collectieve arbeidsbetrekkingen een goed werktuig. Echter, in dit systeem is het stakingsrecht als sluitstuk noodzakelijk. Anders zou het collectief onderhandelen neerkomen op collectief bedelen. Werkgevers zouden als weermiddel tegen een werkstaking vervangend personeel kunnen inzetten, dat het werk van de stakers overneemt. In Nederland is dit verboden door het hierna te behandelen onderkruipersverbod. [122]

Het onderkruipersverbod is in artikel 6 lid 1 van de Arbeidsbemiddelingswet 1930 geïntroduceerd, alleen betrof het destijds alleen een verbod bij bemiddeling. In 1965 werd in de Wet TBA voor het eerst gesproken over het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. In 1970 werd het vergunningsstelsel ingevoerd voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. De vereisten voor een vergunning waren opgenomen in het Uitvoeringsbesluit Wet TBA. In voorschrift 7 van dit uitvoeringsbesluit was het onderkruipersverbod opgenomen. In 1990 werd de Arbvowet ingevoerd. Het onderkruipersverbod werd conform het SER-advies van 1985 gehandhaafd en opgenomen als artikel 91 onderdeel b. In de Arbvowet 1996 is geen onderkruipersverbod opgenomen, echter bleef dit verbod indirect van kracht door artikel 19 onderdeel b Invoeringswet Arbvowet 1996. In 1994 adviseerde de SER bij de totstandkoming van de Waadi dat een belangrijk motief voor het onderkruipersverbod gelegen is in het belang van het handhaven van goede verhoudingen op de arbeidsmarkt. De SER was van mening dat intermediairs zich niet actief moesten mengen in het verloop van een arbeidsconflict en daarom geen arbeidskrachten ter beschikking moesten stellen bij een dergelijk conflict. In dit standpunt van de SER lag besloten dat telkens bezien zou moeten worden of er een causaal verband bestaat tussen de staking en de activiteiten van intermediairs. De STAR adviseerde in 1996 om het onderkruipersverbod in de Waadi te handhaven.[123]

In artikel 10 Waadi is het huidige onderkruipersverbod voor terbeschikkingstelling opgenomen, ook wel bekend als het verbod op het laten verrichten van 'besmet werk'. Dit verbod houdt in dat arbeidskrachten niet mogen worden aangetrokken of ingezet in verband met een arbeidsconflict en voor het verrichten van werkzaamheden, die door de bij het arbeidsconflict betrokken werknemers normaliter zouden worden verricht. De achtergrond van dit verbod is dat voorkomen moet worden dat met het inzetten van uitzendkrachten de effectiviteit van het stakingsmiddel en daarmee de arbeidsverhoudingen worden verstoord. De arbeidsverhoudingen worden geschaad wanneer een onderneming waarin gestaakt wordt, de schade die aan zijn bedrijf en daardoor de kracht van de staking probeert te beperken door het inlenen van ter beschikking gestelde arbeidskrachten.[124] Het onderkruipersverbod van artikel 10 is beperkt tot de situatie voor zover (redelijkerwijs) bekend is dat er een staking plaatsvindt.

De term staking of bezetting is niet verder gedefinieerd in de Waadi of haar toelichting. In de memorie van antwoord bij de Arbeidsbemiddelingswet 1930 is het begrip staking toegelicht. Hieruit blijkt dat dit

[122] Jacobs 2005, p. 217-223, 256 en 257.
[123] Van den Bergh & Grapperhaus 2011, p. 1-4 (Kluwer Online Research).
[124] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 264, nr. 3, p. 12, 20 en 21.

begrip breed dient te worden uitgelegd, waarbij van geval tot geval moet worden bekeken of sprake is van een staking. Het begrip omvat in ieder geval alle stakingen van enige grootte, waarbij het irrelevant is of dit een politieke staking is of een door de vakbonden georganiseerde staking. Gedurende de staking is het verboden nieuwe uitzendkrachten aan te trekken. Ook is het niet toegestaan dat zittende uitzendkrachten het verloop van een collectieve actie beïnvloeden door neergelegd werk van stakers over te nemen.

In 2002 werd de evaluatie van de Waadi gepresenteerd. De conclusie was dat artikel 10 nog steeds voldeed en adequaat functioneerde en dat het artikel niet gewijzigd hoefde te worden. De minister nam het advies van de SER en de STAR over om aan 'onderkruipen' de eis te stellen van een causaal verband tussen de staking en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Dit causale verband wordt aangenomen indien uitzendkrachten worden ingezet met het oog op de staking en werkzaamheden uitvoeren die normaliter door stakers zouden zijn verricht. De vraag of er sprake is van een causaal verband zal van geval tot geval bepaald dienen te worden, waarbij de rechter uitsluitsel kan geven.[125]

In 2008 bepaalde het Hof Amsterdam dat derden, niet zijnde de werkgever, bij wie de werknemers in normale omstandigheden hun werkzaamheden verrichten, buiten de werkingssfeer van artikel 10 vallen.[126] Volgens het Hof ziet dit artikel alleen op de werkgever van de onderneming waar gestaakt wordt. Het is voor derden mogelijk om arbeidskrachten in te zetten op werkzaamheden die anders door een staking getroffen zouden worden. Het feit dat deze interpretatie een negatief effect op de werking van een staking kan hebben doet hieraan niet af. Het Hof heeft de mogelijkheid opengelaten om in bijzondere gevallen anders te besluiten. Deze interpretatie van het Hof betekent dat een bedrijf dat te maken krijgt met een werkstaking bij een door dat bedrijf extern ingehuurd bedrijf, zijn eigen werknemers mag inschakelen voor die werkzaamheden of een ander bedrijf in te schakelen, dat niet onder de staking valt. Dit levert geen strijd op met artikel 10.[127]

Opmerking verdient de ABU in haar gedragsregels voor uitzendondernemingen ook een onderkruipersverbod heeft opgenomen. Voor de naleving hiervan kan een klachtenprocedure door een lid van de ABU tegen een ander lid worden gestart. De mogelijk op te leggen sancties variëren van een waarschuwing tot het geven van een advies aan de ABU om het schuldig verklaarde lid uit het lidmaatschap van de ABU te ontzetten.[128]

De informatieverplichting in artikel 11

Artikel 11 houdt een informatieverplichting in. Ter bevordering van de veiligheid en gezondheid van uitzendkrachten, moet informatie beschikbaar zijn over de specifieke kenmerken van de arbeidsplaats en de vereiste beroepskwalificatie. Dergelijke informatie is beschreven in de op grond van artikel 5 Arbeidsomstandighedenwet 1998 verplichte risico-inventarisatie en evaluatie.[129] De inlener moet deze informatie verstrekken aan de uitzendonderneming. Deze uitzendonderneming moet deze informatie verstrekken aan de arbeidskracht bij de inlener ter beschikking wordt gesteld voordat hij met de werkzaamheden begint. De informatieverplichting van artikel 11 was al opgenomen in artikel 21 Arbvowet 1996. Ook de Richtlijn 91/383/EG verplicht de lidstaten tot deze informatieplicht.[130]

[125] Van den Bergh & Grapperhaus 2011, p. 4, 5, 9 en 11 (Kluwer Online Research).
[126] Hof Amsterdam 24 januari 2008, *RAR* 2008/77.
[127] Grapperhaus 2010, commentaar op artikel 10 Waadi.
[128] Artikelen 5 en 11 ABU Gedragsregels voor uitzendondernemingen 2011.
[129] Van Drongelen & Fase 2005, p. 88.
[130] Grapperhaus & Jansen 1999, p. 112 en 113.

De mogelijkheid van een speciaal regime in artikel 12

Ten slotte bepaalt artikel 12 dat voor bepaalde sectoren van het bedrijfsleven of segmenten van de arbeidsmarkt nadere regels voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten gegeven kunnen worden. Van deze mogelijkheid is tot op heden nog geen gebruik gemaakt.[131]

Overige artikelen

Op grond van artikel 13 is het toezicht op de naleving van de Waadi opgedragen aan de door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bij besluit aangewezen ambtenaren,[132] dit waren tot voor kort de ambtenaren van de Arbeidsinspectie.[133] Per 1 januari 2012 zijn de Arbeidsinspectie, de Inspectie Werk en Inkomen en de Sociale Inlichtingen en Opsporingsdienst formeel samengevoegd in de Inspectie SZW. De Inspectie SZW houdt op het terrein van arbeidsverhoudingen toezicht op de naleving van de Waadi.[134] Overigens vallen de Arbeidsinspectie, de Inspectie Werk en Inkomen en de Sociale Inlichtingen en Opsporingsdienst al vanaf 2009 onder de Inspecteur-generaal SZW. Vanaf 2010 is sprake van een 'centraal kantoor' in Utrecht en is de Arbeidsinspectie opgegaan in de Inspectie SZW samen met het Agentschap SZW, de Inspectie Werk en Inkomen en de Sociale Inlichtingen en Opsporingsdienst. [135] Deze toezichthouders hebben door artikel 14 de bevoegdheid gekregen, met medeneming van de benodigde apparatuur, een woning binnen te treden zonder toestemming van de bewoner.[136] De toezichthouders doen onderzoek op het terrein van ter beschikking stelling en arbeidsbemiddeling. Bij constatering van overtreding van een bepaling van hoofdstuk 2 of 3 Waadi door een toezichthouder, wordt op grond van artikel 15 door de minister (in praktijk door de toezichthouder) mededeling gedaan aan de betrokken arbeidskracht (of werkzoekende) voor zover het zijn aanspraken betreft, alsmede aan de betrokken werkgever, de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging van de betrokken werkgever en het aan de daarvoor naar het oordeel van de minister in aanmerking komende vakorganisaties van werkgevers en werknemers. [137] Het is vervolgens aan degene die zich geschaad voelt door een overtreding van deze regels om een civiele procedure te starten. Sanctionering van overtredingen vindt plaats via de privaatrechtelijke weg. De wetgever heeft afgezien van strafrechtelijke sanctionering.[138]

Het wetsvoorstel 'Wet registratieplicht intermediairs die arbeidskrachten ter beschikking stellen'[139]

Dit wetsvoorstel is in de Tweede Kamer gelijktijdig met de wetswijziging ter implementatie van de Uitzendrichtlijn behandeld.[140] Het voorstel is op 6 maart 2012 met algemene stemmen aangenomen door de Tweede Kamer. Op 11 april 2012 heeft de Eerste Kamercommissie voor SZW het voorlopig verslag uitgebracht. Momenteel wacht deze commissie op de memorie van antwoord.[141] Dit wetsvoorstel maakt onderdeel uit van een pakket ter bestrijding van malafiditeit in de uitzendbranche. Binnen deze branche vormen fraude en illegaliteit tot op heden een hardnekkig probleem. Met ingang van 1 januari 2010 is artikel 7:692 BW in werking getreden. Dit artikel is besproken op pagina 28 van deze scriptie. Een belangrijke reden voor het indienen van het wetsvoorstel is dat de kwaliteit van de certificering en het toezicht daarop extra aandacht vragen. Daarnaast wordt in dit wetsvoorstel een wijziging voorgesteld die

[131] Van Drongelen & Fase 2011, p. 75-78.
[132] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 264, nr. 3, p. 22.
[133] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 872, nr. 3, p. 13.
[134] Jaarplan 2012 Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid, p. 3, 24.
[135] Van Drongelen 2011, p. 143 en 151.
[136] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 264, nr. 3, p. 22.
[137] Van der Kolk & Kreulen 2010, p. 2 (Kluwer Online Research).
[138] *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 465, nr. 3, p. 8.
[139] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 872, nr. 2.
[140] Handelingen 2011-2012, 58-6-31.
[141] Zie: http://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/32872_wet_registratieplicht (geraadpleegd op 14 mei 2012).

niet betrekking heeft op het pakket aan maatregelen ter bestrijding van malafiditeit. Deze wijziging wordt met het wetsvoorstel meegenomen, omdat het hier een wijziging van de Waadi betreft. Deze wijziging verduidelijkt op welke wijze de Arbeidsinspectie aan partijen mededeling doet indien na onderzoek is gebleken dat de Waadi is overtreden.[142] Dit wetsvoorstel zal in hoofdstuk 6 meer diepgaand worden behandeld.

Wet op de Ondernemingsraden

Sinds het begin van de twintigste eeuw is de medezeggenschap van werknemers geleidelijk aan steeds toegenomen. Hierbij houdt medezeggenschap in: het uitoefenen van invloed via vertegenwoordigers op de besluiten en de samenstelling van de leiding van de arbeidsorganisatie. Medezeggenschap kan zich voordoen in drie vormen: een recht op informatie voor alle relevante aangelegenheden (medeweten), een adviesrecht voor voornamelijk economische aangelegenheden (meepraten) en een medebeslissingsrecht voor hoofdzakelijk sociale aangelegenheden: het instemmingsrecht (meebeslissen).[143] De eerste WOR dateert uit 1950. Hiermee is een duaal systeem van medezeggenschap ontstaan, naast de al bestaande vertegenwoordiging door de vakbonden. In de eerste WOR had de ondernemingsraad slechts een adviserende bevoegdheid en was de directeur van de onderneming de voorzitter van deze raad. Als de ondernemer zich niet aan zijn verplichting hield om een ondernemingsraad in te stellen, bestond nog niet de mogelijkheid via de rechter naleving van de wet te vorderen. In 1971 kwam een nieuwe WOR tot stand. Hierin werden de bevoegdheden, de taak en de rechtsbescherming van de ondernemingsraad en zijn leden verbeterd en werd het mogelijk een beroep te doen op de rechter om naleving van de wet te vorderen. In 1979 volgde een belangrijke wijziging: de ondernemingsraad werd een zuivere personeelsraad: de directeur verdween uit de raad. Het recht op medezeggenschap is in 1983 als grondrecht in de Grondwet opgenomen in de artikelen 19 en 109.[144] De WOR is vervolgens nog vele malen gewijzigd.[145] De WOR verplicht tot het instellen van een ondernemingsraad als een onderneming een in de wet genoemd minimum aantal werknemers heeft. Een onderneming is volgens artikel 1 lid 1 onder c WOR: elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht. Het instellen van een ondernemingsraad is volgens de uitgangspunten van artikel 2 lid 1 WOR in het belang van het goed functioneren van de onderneming in haar sociale en economische doelstellingen. Het goed functioneren van de onderneming is een zaak van de ondernemer, maar evengoed van de ondernemingsraad. De ondernemingsraad richt zich dus niet uitsluitend op het belang van de werknemers. De ondernemingsraad heeft een tweeledige taak: het voeren van overleg met de ondernemingsleiding en het vertegenwoordigen van werknemers.[146] Tijdens de behandeling van de wetsvoorstellen van de Wet Flexibiliteit en zekerheid en de Waadi voorzag de wetgever dat uitzendkrachten ook aanspraken zouden moeten krijgen op het gebied van medezeggenschap. Bij de herziening van de WOR die op 4 maart 1998 in werking is getreden is een regeling op het gebied van de medezeggenschap van uitzendkrachten en gedetacheerden opgenomen. Aan artikel 1 werd een nieuw lid toegevoegd. Met dit lid werd het begrip werknemer uitgebreid: ook werknemers die niet feitelijk in de onderneming werkzaam zijn, maar wel een arbeidsovereenkomst of een aanstelling hebben bij de ondernemer die de onderneming in stand houdt, worden voor de toepassing van de WOR onder in de onderneming werkzame personen verstaan.

[142] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32872, nr. 3, p. 1-3.
[143] Jacobs 2005, p. 317 en 318.
[144] Plessen 2007, p. 341.
[145] Jacobs 2007, p. 211-213 en Sprengers 2011, commentaar op regeling WOR, uitleg bij aanhef WOR.
[146] Van Drongelen & Jellinghaus 2008, p. 62 en 63.

Met de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid op 1 januari 1999 is de regeling van artikel 1 opnieuw uitgebreid. Op grond van deze uitbreiding hebben uitgeleende werknemers niet alleen medezeggenschapsrechten in de uitzendonderneming, maar ook in de onderneming waar zij feitelijk werkzaam zijn, op voorwaarde dat zij langer dan 24 maanden in die onderneming gewerkt hebben op basis van een uitzendovereenkomst (artikel 1 lid 3 sub b WOR). De uitzendkracht kan vanaf de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid nu dubbele medezeggenschapsrechten verkrijgen: bij zowel de uitzendonderneming als de inleenonderneming. De uitzendkracht krijgt, indien hij gedurende ten minste zes maanden werkzaam is geweest, een actief kiesrecht bij de uitzendonderneming. Voor het passief kiesrecht geldt dat de uitzendkracht minimaal een jaar bij de uitzendonderneming werkzaam moet zijn geweest. Deze termijnvereisten voor actief en passief kiesrecht zijn opgenomen in artikel 6 WOR. Voor medezeggenschap bij de inleenonderneming moet de uitzendkracht ten minste 24 maanden onafgebroken werkzaam zijn geweest bij dezelfde inlener. Vanaf dat moment wordt de uitzendkracht tot de in de onderneming werkzame personen gerekend. Voor uitzendkrachten ontstaat daardoor, zowel bij de uitzendonderneming als bij de inleenonderneming, kiesrechten 24 maanden nadat hij in de onderneming met zijn werkzaamheden begon, althans voor zover in het reglement van de ondernemingsraad niet wordt afgeweken van de in de WOR gestelde diensttermijnen.[147]

4.3 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is de rechtspositie van uitzendkrachten in Nederland voorafgaand aan de wetswijzing besproken. Op uitzendkrachten is de uitzendovereenkomst van artikel 7:690 BW van toepassing. Naast dat aan de elementen van dit artikel moet worden voldaan, moet ook worden voldaan aan de elementen van de arbeidsovereenkomst van artikel 7:610 BW. Op de uitzendovereenkomst zijn in beginsel de bijzondere voorschriften van artikel 7:691 BW van toepassing. De belangrijkste bijzondere voorschriften zijn de afwijkende ketenregeling (lid 1, 3, 4 en 5) en het uitzendbeding (lid 2). De bepaling van artikel 7: 691 lid 7 is van groot belang voor het uitzendwerk: van de termijnen bedoeld in de leden 1, 3 en 4 en van lid 5 kan slechts bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan worden afgeweken ten nadele van de werknemer. In (onder meer) de ABU- cao wordt in ruime mate gebruik gemaakt van de afwijkingsmogelijkheden. De ABU-cao bevat een fasensysteem waarbij de rechtspositie van de uitzendkracht wordt bepaald door de fase waarin hij zich bevindt. De kern van dit fasensysteem is dat rechtspositie van de uitzendkracht verbetert naar mate hij langer voor hetzelfde uitzendbureau werkzaamheden verricht. De Waadi bevat onder meer een aantal voorschriften voor de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten. Deze voorschriften zijn de loonverhoudingsnorm (artikel 8), het tegenprestatieverbod (artikel 9), het onderkruipersverbod (artikel 10), en de informatieverplichting over de arbeidsomstandigheden van de arbeidsplaats (artikel 11). Hoofdstuk 4 van de Waadi bevat de voorschriften met betrekking tot onderzoek en handhaving. Tot slot is voor de rechtspositie voorafgaand aan de wetswijziging de WOR relevant. Met de WOR is een duaal systeem van medezeggenschap ontstaan naast de vertegenwoordiging door de vakbonden. In de loop van de tijd is de WOR vele malen gewijzigd. Bij de herziening in 1998 is een regeling op het gebied van de medezeggenschap van uitzendkrachten en gedetacheerden opgenomen. Met de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid in 1999 kunnen uitgeleende werknemers medezeggenschapsrechten in zowel de uitzendonderneming als in de onderneming waar zij feitelijk werkzaam zijn hebben.

[147] Van Drongelen & Jellinghaus 2008, p. 86.

5 De consequenties van de wetswijziging voor de rechtspositie van uitzendkrachten in Nederland

5.1 Inleiding

Op het eerste gezicht lijken de consequenties van de wetswijziging zeer beperkt te zijn. De EC benadrukte al in haar eerste richtlijnvoorstel van 2002 dat de feitelijke wijzigingen die deze richtlijn oplegt over het geheel genomen zeer beperkt zouden zijn. De reden hiervoor is dat de richtlijn grotendeels de regels codificeert die al gangbaar waren in de praktijk en die deel uitmaakten van de nationale wetgevingen, de collectieve overeenkomsten en de gedragscodes. Bovendien zouden de feitelijke consequenties zelfs in de gevallen waar bepaalde veranderingen nodig konden zijn door de grote flexibiliteit van de richtlijn worden afgezwakt. Volgens de EC zou de richtlijn slechts zeer beperkte wijzigingen van het regelgevingskader tot gevolg hebben.[148] Het vermoeden dat de consequenties beperkt zijn wordt versterkt door een uitspraak van de minister van SZW. Deze zei dat de implementatie van deze richtlijn voor Nederland niet veel voorstelt, omdat de Nederlandse regelgeving voor uitzendarbeid model heeft gestaan voor de Uitzendrichtlijn.[149]

Naar mijn mening kunnen de consequenties van de wetswijziging in verband met de implementatie groter zijn dan dat de EC en de minister van SZW doen laten lijken. De Uitzendrichtlijn zou grotendeels de in de praktijk gangbare regels codificeren. Deze codificatie heeft uiteraard gevolgen. Zo merkt een uitzendkracht misschien niets van de codificatie van een bepaalde regel, omdat er in de praktijk voor hem niets is gewijzigd, echter kan door deze codificatie zijn rechtspositie wel zijn verbeterd. Hiervan is naar mijn mening al sprake in het geval dat de codificatie heeft plaatsgevonden met een bepaling van driekwartdwingend recht. Hoewel afwijking van dergelijke bepalingen mogelijk blijft, wordt de onderhandelingspositie van vakbonden versterkt. De regeling is door de codificatie namelijk de ‘standaard’ geworden. Vakbonden zullen slechts van deze regeling willen afwijken indien hiervoor voldoende compensatie wordt geboden. Indien de codificatie heeft plaatsgevonden met een bepaling van dwingend recht, is de onderhandelingsruimte van de sociale partners afgenomen. Bij codificatie door middel van een dwingende bepaling is afwijking bij cao niet mogelijk en is de rechtspositie verbeterd. In dit hoofdstuk wordt onderzocht wat de consequenties van de wetswijziging voor de rechtspositie van uitzendkrachten in Nederland zijn. Hierbij zal uiteraard ook aandacht worden besteed aan de ABU-cao. Per artikel zal worden nagegaan of deze behoort tot de groep van dwingendrechtelijke bepalingen en/of tot de groep van driekwartdwingende bepalingen.

5.2 Wijzigingen in Waadi en WOR

Wijziging artikel 8 Waadi: loonverhoudingsnorm en gelijke behandelingsnorm met betrekking tot essentiële arbeidsvoorwaarden

Met de wetswijziging wordt het bereik van dit artikel uitgebreid van een loonverhoudingsnorm naar een gelijke behandelingsnorm met betrekking tot de essentiële arbeidsvoorwaarden. Wat onder deze essentiële arbeidsvoorwaarden wordt verstaan is gedefinieerd in artikel 3 lid 1 sub f van de Uitzendrichtlijn: de bezoldiging, de duur van de vakantie en het al dan niet werken op feestdagen, de arbeidstijden, de pauzes, de rusttijden, de nachtarbeid en de overuren. Dit is volgens de regering een limitatieve opsomming, voor andere arbeidsvoorwaarden die van toepassing zijn bij de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, hoeft geen gelijke behandeling plaats te vinden.[150] In het nieuwe artikel 8 lid 1 is de gelijke behandeling van de essentiële arbeidsvoorwaarden opgenomen. In de nieuwe regeling wordt de normadressaat verplaatst van de uitzendonderneming naar de ter beschikking gestelde

[148] Com 2002/149 definitief, p. 30.
[149] Handelingen 2011-2012, 58-6-32.
[150] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3, p. 6.

uitzendkracht. Wat gelijk blijft is dat de 'vergelijkbare werknemer' de werknemer is die werkzaam is in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. In de nieuwe regeling heeft de uitzendkracht in beginsel recht op *ten minste* dezelfde essentiële arbeidsvoorwaarden als die welke gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Deze formulering houdt in vergelijking met de huidige loonverhoudingsnorm een lichte wijziging in. De hoogte van het loon en de overige vergoedingen[151] is gewijzigd van hetzelfde ('*overeenkomstig*') naar een ondergrens ('*ten minste*'). Waarschijnlijk zal dit niet een verbetering van de rechtspositie van uitzendkrachten inhouden. Mijn verwachting is dat de uitzendwerknemers niet een hogere vergoeding zullen gaan ontvangen als die welke geldt voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de opdrachtgever.

Het nieuwe lid 1 sub b laat de regeling van alle andere essentiële arbeidsvoorwaarden over aan de collectieve arbeidsovereenkomst of andere niet wettelijke bepalingen van algemene strekking die van kracht zijn binnen de onderneming van de opdrachtgever. Hierbij heeft de uitzendkracht in beginsel recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die welke gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst bij de opdrachtgever. De memorie van toelichting geeft aan dat in de huidige wetgeving voor de essentiële arbeidsvoorwaarden geen onderscheid gemaakt wordt tussen uitzendkrachten en andere werknemers. Dit houdt echter niet in dat in collectieve arbeidsovereenkomsten geen onderscheid gemaakt mag worden. Er bestaat namelijk geen gelijke behandelingsnorm voor uitzendkrachten met werknemers in de inlenende onderneming met betrekking tot de essentiële arbeidsvoorwaarden (met uitzondering van loon), die op basis van cao's of andere niet wettelijke bepalingen van kracht zijn binnen de inlenende onderneming.[152]

Lid 2 bepaalt dat de in de inlenende onderneming geldende regels betreffende bepaalde beschermingsvoorschriften en maatregelen ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, ook van toepassing zijn op de in die onderneming ter beschikking gestelde arbeidskrachten, ongeacht of deze regels bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, cao's en/of andere bepalingen van algemene strekking zijn vastgesteld. Het betreft voorschriften ter bescherming van zwangere en borstvoeding gevende werknemers, kinderen en jeugdige werknemers en voorschriften ter bevordering van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De maatregelen hebben betrekking op de bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras, godsdienst of levensovertuiging, handicap, leeftijd of hetero- of homoseksuele gerichtheid.

In de relevante wetgeving wordt geen onderscheid gemaakt tussen uitzendkrachten en andere werknemers. Deze wetgeving betreft de Arbeidstijdenwet, de Arbeidsomstandighedenwet, de vakantieregeling in het BW, de verlofvormen in de Wet arbeid en zorg en de gelijke behandelingsvoorschriften in de artikelen 7:646 en 7:648 BW, de Algemene wet gelijke behandeling, de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen, de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd en de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte. De rechtspositie van uitzendkrachten op basis van deze wettelijke bepalingen zal daarom ook gelijk blijven.

Lid 3 maakt het mogelijk om bij cao, dit kan zowel de cao van de inlener als van de uitlener zijn, af te wijken van de voorschriften van lid 1 en 2. Hieruit blijkt duidelijk dat het gewijzigde artikel 8 behoort tot

[151] Voor de definitie van 'overige vergoedingen', zie: *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3, p. 12. Met deze definitie wordt niet afgeweken van de bestaande definitie in de Waadi (*Kamerstukken II* 1996-1997, 25 264, nr. 3, p. 20).
[152] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3, p. 4.

de groep van driekwartdwingende bepalingen. Aan de afwijkingsmogelijkheid zijn voorwaarden verbonden. Sub a schrijft voor dat indien de afwijking in duur is beperkt, de cao moet voorzien in een regeling op grond waarvan misbruik door elkaar opvolgende perioden van terbeschikkingstelling wordt voorkomen. In de ABU-cao wordt aan deze voorwaarden slechts gedeeltelijk voldaan door middel van het fasensysteem. In de ABU-cao is niet voorzien in een regeling op grond waarvan misbruik door elkaar opvolgende perioden van terbeschikkingstelling wordt voorkomen. Daarnaast zijn niet alle afwijkingen in de ABU-cao in duur beperkt. De wetgever laat de invulling van deze samentelregeling voor opvolgende perioden van terbeschikkingstelling over aan de sociale partners. Gezien dat dit voorafgaand aan de wetswijziging ook het geval was, zal de rechtspositie van de uitzendkracht hiermee niet verbeteren.

De rechtspositie van de uitzendkrachten lijkt op het eerste gezicht te zijn verbeterd, omdat het bereik van artikel 8 lid 1 door de wetswijziging is toegenomen. Echter, door de ruime afwijkingsmogelijkheid van lid 1 die lid 3 biedt, lijkt het erop dat Nederland de rechtspositie van uitzendkrachten zo minimaal mogelijk wil verbeteren zonder in strijd met de richtlijn te handelen. De richtlijn schrift voor dat uitzendkrachten gelijk behandeld moet worden met betrekking tot de limitatief in de richtlijn opgesomde essentiële arbeidsvoorwaarden. De Nederlandse praktijk om bij cao uitzendkrachten ongelijk te behandelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden die gelden voor werknemers die werkzaam zijn in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, zal door de implementatie van de Uitzendrichtlijn ongewijzigd blijven bestaan. Er zal in grote mate gebruik worden gemaakt van de mogelijkheid om bij cao van de gelijke behandelingsnorm af te wijken.

Artikel 8 lijkt de rechtspositie van uitzendkrachten te verbeteren, maar doet dit niet. De gelijke behandelingsnorm die in lid 1 wordt geïntroduceerd, wordt door de afwijkingsmogelijkheid van lid 3 vervolgens weer in het geheel weer teniet gedaan. Lid 2 lijkt op het eerste gezicht de rechtspositie van uitzendkrachten te verbeteren, maar doet dit niet omdat in de relevante wetgeving geen onderscheid wordt gemaakt tussen uitzendkrachten en andere werknemers.

Invoeging artikel 8a Waadi: toegang tot bedrijfsvoorzieningen of diensten in de inlenende onderneming
Dit nieuwe artikel bepaalt dat de inlener ervoor moet zorgen dat uitzendkrachten in de inlenende onderneming toegang hebben tot bedrijfsvoorzieningen of diensten, met name kantines, kinderopvang- en vervoersfaciliteiten, als de werknemers die rechtstreeks bij deze onderneming in dienst zijn. Afwijking hiervan is toegestaan indien het verschil in behandeling om objectieve redenen is toegestaan. Dit nieuwe artikel behoort tot de groep dwingendrechtelijke bepalingen waarvan slechts kan worden afgeweken op grond van een objectieve reden. De toelichting geeft als voorbeeld van een dergelijke reden dat afwijken is toegestaan in geval van wachtlijsten in de kinderopvangfaciliteiten die tot gevolg hebben dat niet aan deze verplichting kan worden voldaan. Naar mijn verwachting zal deze wettelijke regeling in de praktijk geen enkele wijziging voor de uitzendkracht betekenen. Met name de toegang tot de kantine zal voor de uitzendkracht waarschijnlijk geen verschil inhouden. De gelijke toegang tot kinderopvangfaciliteiten in de onderneming zal ook geen verandering tot gevolg hebben, omdat na de introductie van de verplichte werkgeversbijdrage in de Wet Kinderopvang het (deels) op eigen kosten aanbieden van kinderopvang niet of nauwelijks voorkomt. Betreffende de gelijke toegang tot vervoersfaciliteiten is in de huidige loonverhoudingsnorm al een wettelijke regeling getroffen welke in het nieuwe artikel 8 Waadi terugkeert. De uitzendonderneming is aan de uitzendkracht in beginsel de overige vergoedingen verschuldigd overeenkomstig de overige vergoedingen die worden toegekend aan werknemers die in gelijke of gelijkwaardige functies werkzaam zijn bij de opdrachtgever.[153] In de ABU-cao wordt hier niet van afgeweken. In deze algemeen verbindend verklaarde cao is in artikel 28 bepaald dat de uitzendkracht

[153] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3, p. 12.

recht heeft op dezelfde kostenvergoedingen als de werknemer in dienst van de opdrachtgever die werkzaam is in een gelijke of gelijkwaardige functie als de uitzendkracht voor reiskosten.[154] Ook de gelijke toegang tot vervoersfaciliteiten zal geen verschil inhouden voor de uitzendkracht.

Invoeging artikel 8b Waadi: vacaturemelding

Dit nieuwe artikel legt de inlener de plicht op om de in zijn onderneming ontstane vacatures tijdig en duidelijk aan de hem ter beschikking gestelde arbeidskrachten kenbaar te maken. In de toelichting wordt benadrukt dat het hier gaat om vacatures voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Onduidelijk is of vacatures voor bepaalde tijd ook onder de meldingsplicht vallen. Het artikel geeft zelf de ratio van deze meldingsplicht, namelijk aan uitzendkrachten dezelfde kansen geven op een vaste baan op basis van een arbeidsovereenkomst als de werknemers van die onderneming. De meldingsplicht is op de inlener gelegd, omdat hij degene is die deze informatie over vacatures binnen zijn onderneming kan verstrekken. Informatie over vacatures kan worden verstrekt door middel van een algemene aankondiging op een geschikte plaats in de inlenende onderneming. Als voorbeeld is bekendmaking op het intranet dat binnen de onderneming wordt gebruikt gegeven.[155] De inlener is niet verplicht om de uitzendkracht die bij hem solliciteert een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Deze meldingsplicht vormt geen beletsel voor de inlener om bij een reorganisatie de met ontslag bedreigde werknemers in het kader van herplaatsing voorrang te geven bij het vervullen van vrijkomende vacatures. De regels van het Ontslagbesluit verplichten de inlener hier zelfs toe. Een werknemer kan niet worden ontslagen als herplaatsing binnen de onderneming mogelijk is.[156] Het UWV hanteert als uitgangspunt dat in beginsel eerst de werkzaamheden van uitzendkrachten worden beëindigd voordat werknemers met tijdelijke en vaste dienstverbanden voor ontslag in aanmerking komen.[157] Het nieuwe artikel 8b behoort tot de groep van dwingendrechtelijke bepalingen. Toch zal naar mijn verwachting de rechtspositie van uitzendkrachten slechts zeer beperkt worden verbeterd: dit artikel verplicht de inlener slechts om vacatures te melden. De kans op een verbetering van de rechtspositie is wel toegenomen, gezien het artikel de uitzendkracht een grotere kans geeft op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Indien de opdrachtgever overigens besluit de uitzendwerknemer die bij hem solliciteert aan te nemen, kan de opdrachtgever verplicht zijn een redelijke vergoeding te voldoen aan de uitzendwerkgever. Dit laatste wordt toegelicht bij de onderstaande behandeling van artikel 9a Waadi.

Invoeging artikel 9a Waadi: Belemmeringsverbod

Met het belemmeringsverbod wordt bedoeld: het verbod voor de ter beschikking gestelde uitzendkracht om in dienst te treden bij de opdrachtgever. Het verbod kan worden onderverdeeld in een direct en een indirect belemmeringsverbod. Sinds de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid is de uitzendovereenkomst door artikel 7:690 BW gedefinieerd als een bijzonder type arbeidsovereenkomst. In de Waadi is het directe belemmeringsverbod niet teruggekeerd. Voorafgaand aan de Waadi was in artikel 93 lid 1 sub a van de Arbvowet 1990 een direct belemmeringsverbod opgenomen welke de uitlener alle aan de uitzendkracht opgelegde belemmeringen tot indiensttreding bij de opdrachtgever verbood. De reden voor het laten vervallen van het belemmeringsverbod in de Waadi was dat partijen al voldoende beschermd waren tegen onredelijk bezwarende bedingen op grond van het algemene overeenkomstenrecht. De minister vervolgde dat een beding dat een arbeidskracht in zijn vrije

[154] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3, p. 11.
[155] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3. p.13 en 14.
[156] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3, p. 7.
[157] Hoofdstuk 10 van De Beleidsregels Ontslagtaak UWV, p. 3. https://www.werk.nl/pucs/groups/public/documents/document/ptl137467.pdf (geraadpleegd op 14 mei 2012).

arbeidskeuze belemmerde in algemene zin als bezwarend te beschouwen was en zou in de relatie tussen werknemer en uitzendbureau vernietigbaar kunnen zijn. Volgens de minister komt een beding waardoor de vrije arbeidskeuze van de arbeidskracht wordt belemmerd voor vernietiging in aanmerking komt. Het belemmeringsverbod kan in de relatie 'uitlener en werknemer' in samenhang met het concurrentiebeding worden gezien. Een concurrentiebeding is een beding tussen de werkgever en werknemer waarbij de werknemer wordt beperkt in zijn vrijheid om na afloop van de arbeidsovereenkomst op een bepaalde manier werkzaam te zijn. Met de opmerking dat het belemmeringsverbod ook toeziet op de relatie tussen uitlener en inlener is het indirect belemmeringsverbod geïntroduceerd. [158] Het indirect belemmeringsverbod houdt in dat de inlener geen arbeidsovereenkomst mag overeenkomen met de aan hem ter beschikking gestelde arbeidskracht. Met de komst van de Waadi is het directe belemmeringsverbod niet in deze wet opgenomen, maar is het wel de bedoeling van de wetgever geweest om het verbod te handhaven.

In de vorige paragraaf is gesteld dat voorafgaand aan de Waadi in de Arbvowet 1990 een direct belemmeringsverbod was opgenomen welke de uitlener alle aan de uitzendkracht opgelegde belemmeringen tot indiensttreding bij de opdrachtgever verbood. De achterliggende gedachte achter dit verbod is het in artikel 19 lid 3 van de Grondwet opgenomen recht dat iedere Nederlander het recht heeft op een vrije arbeidskeuze. Dit grondrecht kan worden beperkt bij wet of daarop berustende voorschriften. Het begrip 'keuze' in de vrijheid van arbeidskeuze, heeft betrekking op de interne beslissingsvrijheid, maar ook de vrijheid om een gemaakte keuze te realiseren of om op deze keuze terug te komen. Het grondrecht op een vrije arbeidskeuze werkt rechtstreeks en is in rechte afdwingbaar. Dit grondrecht heeft een horizontale werking: in de relatie tussen werkgever een werknemer kan een beroep worden gedaan op dit recht.

Dit grondrecht kan als volgt in perspectief worden geplaatst. Het algemene beginsel van contractsvrijheid is een van de kernbeginselen van het overeenkomstenrecht. Het recht op vrije arbeidskeuze stelt grenzen aan dit beginsel. Zowel de contractsvrijheid als de vrijheid van arbeidskeuze kan worden ingeperkt. Het grondrecht kan worden ingeperkt door de formele wetgever en door algemeen erkende rechtsbeginselen, zoals het goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW en de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW.

Wat is de relatie tussen het concurrentiebeding en het belemmeringsverbod? Allereerst kan worden opgemerkt dat de mogelijkheid voor een werkgever en een werknemer om een concurrentiebeding overeen te komen een uitwerking is van het beginsel van contractsvrijheid. Een concurrentiebeding kan worden overeengekomen indien voldaan is aan de cumulatieve eisen van artikel 7:653 lid 1 BW is voldaan. Zo moet het beding schriftelijk zijn overeengekomen met een meerderjarige werknemer. Verder is het niet mogelijk om een concurrentiebeding in een cao overeen te komen.

De werking van het grondrecht op vrije arbeidskeuze van de werknemer kan de instelling van een concurrentiebeding door de werkgever inperken door de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Bij de inperking door deze beginselen gaat het erom dat de belangen van de werkgever wezenlijk en 'echt van hem' moeten zijn. Daarbij speelt het onvervreemdbare recht van de werknemer op individuele ontplooiing. Daarnaast staan de rechten van de werkgever die gerelateerd zijn aan het recht op mededinging en op deelname aan het marktverkeer. De rechten van de werkgever zijn echter niet onvervreemdbaar. Indien de werkgever en werknemer een concurrentiebeding overeenkomen, moet de werking hiervan zijn gericht op het recht op mededinging en op deelname aan het marktverkeer. De

[158] *Kamerstukken I* 1997/98, 25 264, nr. 133b, p. 4.

werkgever heeft een legitieme reden om zijn bedrijfsdebiet[159] te beschermen door het sluiten van een concurrentiebeding. Het is dan niet van belang wat de betrokken werknemer persoonlijk aan kennis en vaardigheden bij zijn werkgever heeft ingebracht, maar wat hij in zijn functie aan bedrijfsgebonden kennis en vaardigheden heeft opgedaan. Het concurrentiebeding kan een werknemer op directe wijze belemmeren om op een bepaalde wijze werkzaam te zijn en kan worden gerechtvaardigd.[160]

Het belemmeringsbeding in de praktijk

Het directe belemmeringsbeding legt beperkingen op aan de werknemer om in dienst te treden bij een opdrachtgever van de werkgever. Dit beding kan ook worden toegespitst op die opdrachtgevers van de werkgever waaraan de werknemer daadwerkelijk ter beschikking is gesteld. Een verbod op indiensttreding komt in de uitzendbranche echter weinig voor.[161]

Een indirect belemmeringsbeding[162] is gebruikelijk in de uitzendbranche. Dit beding verplicht de inlener om de uitzendwerkgever een vergoeding te betalen indien de inlener de bij hem ter beschikking gestelde werknemer in dienst neemt. Door deze van de inlener bedongen vergoeding wordt de uitzendwerknemer feitelijk belemmerd om een arbeidsovereenkomst overeen te komen met de inlener. Het indirecte belemmeringsbeding wordt door Grapperhaus gezien als een indirect concurrentiebeding van artikel 7:653 BW. De werking van dit artikel is namelijk beperkt tot tussen de werkgever en de werknemer, terwijl het indirect belemmeringsbeding werkt tussen de werkgever en de inlener. [163]

Een vergoedingsclausule is in de uitzendpraktijk zeer gebruikelijk en maakte in de uitzendbranche zelfs deel uit van de Algemene Voorwaarden van de ABU. De Vroe noemde deze clausule een boete, maar gezien de motivering van de ABU is een schadevergoedingsclausule een betere benaming. De ABU stelde dat de kosten om de uitzendkrachten te werven en de inspanning die geleverd moest worden om de inlener en de werknemer aan elkaar te binden deze clausule rechtvaardigde. Indien de uitzendwerknemer bij de inlener in dienst trad, kon het uitzendbureau deze aanloopkosten niet terugverdienen. De ABU betoogde in haar toelichting op de Algemene Voorwaarden dat deze bepaling niet strijdig was met de wet, omdat het primair een schadeloosstelling voor en zelfbescherming van het uitzendbureau was, in plaats van het opwerpen van een belemmering voor de uitzendkracht om een arbeidsovereenkomst met de inlener overeen te komen. De hoogte van de schadevergoeding was volgens de ABU niet onredelijk hoog.[164] Opvallend is dat de vergoedingsclausule in de meest recente Algemene voorwaarden van de ABU is verdwenen.[165] Dit wil echter niet zeggen dat deze clausule in het geheel is verdwenen. De leden van de ABU vullen de algemene voorwaarden aan met een eigen vergoedingsclausule voor het aangaan van een arbeidsverhouding met een uitzendkracht. Als de vergoedingsclausule een algemene voorwaarde voor de opdrachtgever is en deze onredelijk bezwarend blijkt, kan de opdrachtgever het beding vernietigen met een beroep doen op artikel 6:233 BW.[166] Een kleine steekproef op het internet geeft uiteenlopende resultaten. Zo stelt een logistiek uitzendbureau een vergoeding op het aangaan van een arbeidsverhouding voordat 1000 uren is betaald. Deze vergoeding bedraagt het uurloon van de

[159] Hierbij kan gedacht worden aan goodwill, kennis van zaken en eventueel de sleutelpositie van een bijzonder gekwalificeerde werknemer. Zie: SER-advies 2006, p. 28.
[160] Van Drongelen & Fase 2005, p. 83-86.
[161] SER-advies 2006, p. 24.
[162] Grapperhaus noemt dit het *inlenersbelemmeringsbeding*, zie: Grapperhaus 2000, p. 2 en 3 (Kluwer Online Research).
[163] Grapperhaus 2000, p. 2 en 3 (Kluwer Online Research).
[164] De Vroe 1998, p. 2-3 (Kluwer Online Research).
[165] Algemene voorwaarden van de ABU voor het ter beschikking stellen van uitzendkrachten, gedeponeerd ter griffie van de rechtbank te Amsterdam onder akte nr. 167/2005 d.d. 21 oktober 2005.
[166] SER-advies 2006, p. 25.

uitzendkracht vermenigvuldigd met een factor van 500.[167] Een vergoeding zoals het uitzendbureau Luba stelt is meer gangbaar en bedraagt 25% van het laatst geldende opdrachtgeverstarief vermenigvuldigd met 1.040 uren minus de op basis van de opdracht al door de uitzendkracht gewerkte uren.[168]

Evaluatie Waadi en het belemmeringsverbod

Uit de Memorie van Toelichting op de Waadi concludeerde het kabinet bij de evaluatie van deze wet in 2002 dat de andere verankering van het belemmeringsverbod consequenties had voor het voeren van procedures; het was van een verbod naar een zaak waarin redelijkheid en billijkheid gegaan de maatstaven werden.[169] In de evaluatie concludeerde het kabinet dat de vraag of een beding tussen een uitzendbureau en een inlener op grond waarvan de inlener een bedrag verschuldigd was indien hij een uitzendkracht in vaste dienst nam onredelijk bezwarend was, diende aan de hand van maatstaven van redelijkheid en billijkheid te worden beantwoord. Dit diende per geval door de rechter beoordeeld te worden. Het kabinet zag destijds, gezien het bovenstaande, geen aanleiding om een wettelijk belemmeringsverbod wederom in te voeren.[170]

Het nieuwe belemmeringsverbod

In artikel 9a zal een wettelijke regeling van het belemmeringsverbod worden heringevoerd. Het nieuwe artikel houdt de volgende regeling in. Het eerste lid bepaalt dat het de uitzendwerkgever is verboden om belemmeringen in de weg te leggen voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst na afloop van de terbeschikkingstelling tussen de uitzendkracht en de opdrachtgever. Naar de huidige wetgeving kan de rechter de toelaatbaarheid van een direct belemmeringsbeding beoordelen op grond van de redelijkheid en billijkheid. Met het nieuwe artikel 9a lid 1 zal het directe belemmeringsbeding verboden worden. Hoewel het nieuwe belemmeringsverbod behoort tot de groep dwingendrechtelijke bepalingen, wordt de rechtspositie van uitzendkrachten slechts beperkt verbeterd, gezien het feit dat een verbod op indiensttreding in de uitzendbranche weinig voorkomt.[171] Het tweede lid bepaalt dat elk beding in strijd met het eerste lid nietig is, met uitzondering van een beding op grond waarvan door de opdrachtgever een redelijke vergoeding verschuldigd is aan de werkgever voor de door deze verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, werving of opleiding van de arbeidskracht. Dit tweede lid staat dus het indirecte belemmeringsbeding slechts onder specifieke voorwaarden toe. De feitelijke positie van de uitzendkracht blijft met artikel 9a lid 2 min of meer gelijk. Dit lid lijkt sterk op de in de uitzendbranche zeer gebruikelijke vergoedingsclausule welke een vergoeding inhoudt voor de verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling en werving van de uitzendkracht. Deze vergoeding mag niet in strijd zijn met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, het nieuwe artikel sluit hierop aan. De redelijkheid van deze vergoeding kan worden beoordeeld aan de hand van wat in de markt gebruikelijk is, de kosten die zijn gemaakt en de duur van ter beschikkingstelling. De memorie van toelichting geeft het volgende voorbeeld. Als de terbeschikkingstelling lang heeft geduurd, zullen de inkomsten daaruit groter zijn en de kosten al voor een groter deel zijn terugverdiend. Het ligt in de rede dat bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding hier rekening mee wordt gehouden.[172]

Een voordeel van de opneming van opleiding in de 'redelijke vergoedings'-regeling van artikel 9a lid 2 is dat het oneigenlijke gebruik van het concurrentiebeding nu zal worden verminderd. Uit het voorafgaande is duidelijk geworden dat de werkgever een legitieme reden heeft om zijn bedrijfsdebiet te beschermen

[167] Artikel B sub 1 van de Algemene voorwaarden E&A Logistiek bv.
[168] Artikel B sub 1 van de Algemene Voorwaarden van Luba Personele Diensten.
[169] *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 365, nr. 1, p. 19.
[170] *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 365, nr. 1, p. 20. Beltzer 2003, p. 30.
[171] SER-advies 2006, p. 24.
[172] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3, p. 14.

door het sluiten van een concurrentiebeding. Het concurrentiebeding wordt in praktijk ook oneigenlijk gebruikt om werknemers aan een bedrijf te binden vanwege investeringen die een werkgever pleegt via het aanbieden van scholing.[173] Met de nieuwe regeling zijn de belangen van de werkgever op een betere manier veilig gesteld door van de opdrachtgever een redelijke vergoeding voor deze opleidingskosten te verlangen.

Toevoeging artikel 31b lid 3 WOR: Gegevensverstrekking inzake uitzendkrachten
Aan artikel 31b van hoofdstuk IVB van de WOR wordt met deze wetswijziging een derde lid toegevoegd. Het de eerste twee leden van dit artikel verplichten de ondernemer ten minste jaarlijks uit eigen beweging, ten behoeve van de bespreking van de algemene gang van zaken van de onderneming, aan de ondernemingsraad schriftelijk sociale informatie betreffende de werkgelegenheidssituatie en het binnen de onderneming gevoerde sociale beleid van het afgelopen jaar. De te verstrekken sociale informatie houdt onder meer een overzicht in van de ontwikkeling van het aantal werknemers, onderverdeeld naar de verschillende onderdelen en de verschillende functiegroepen in de onderneming, en de toe- of afneming van deze aantallen in de verslagperiode. Ten aanzien van het gevoerde sociale beleid moet een overzicht worden gegeven van de verschillende onderdelen van de onderneming. Daarnaast moet de ondernemer ook informatie vertrekken betreffende zijn verwachtingen ten aanzien van de ontwikkeling van de personeelsbezetting en van het te voeren sociaal beleid in het komende jaar.[174] Daarbij moet de ondernemer in het bijzonder ingaan op aangelegenheden waarbij de ondernemingsraad een stimulerende taak heeft (artikel 28 WOR), waar het gaat om de benoeming van het bestuur van de onderneming (artikel 30 WOR) en over onderwerpen waarvoor de ondernemingsraad instemmingsrecht heeft gekregen (artikel 27 WOR). [175]

De huidige verplichting tot gegevensverstrekking van de leden 1 en 2 van artikel 31b WOR heeft betrekking op de ‘in de onderneming werkzame personen’. Bij dit begrip staat centraal dat de betrokken personen deel uitmaken van de arbeidsorganisatie die een onderneming vormt. Voor deze scriptie zijn twee gelijkstellingen met het begrip ‘in de onderneming werkzame personen’ van belang. De eerste gelijkstelling houdt in dat op grond van artikel 1 lid 3 onderdeel b ook onder dit begrip degenen vallen die op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn in een door een andere ondernemer in stand gehouden onderneming. Uitgeleende werknemers werken in een andere onderneming. Zij verkrijgen medezeggenschapsrechten in de onderneming waaruit zij zijn uitgeleend, dus bij de uitlenende ondernemer. De tweede gelijkstelling is de bijzondere regeling voor uitzendkrachten die in artikel 1 lid 3 onderdeel a is opgenomen. Uitzendkrachten vallen onder ‘in de onderneming werkzame personen’ als aan drie eisen is voldaan. De eerste eis is dat de uitzendkracht moet werken in het kader van de werkzaamheden van de inlenende onderneming. Hiermee wordt bedoeld dat de werkzaamheden die de uitzendkracht feitelijk verricht, moeten passen bij de ondernemingsactiviteit van de onderneming, als arbeidsorganisatie, waar hij is tewerkgesteld. De werkzaamheden van de uitzendkracht moeten, met name wat betreft de vervulling daarvan in een gezagsverhouding tot de ondernemer, vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden van de bij de inlener werkzame werknemers. Een voorbeeld kan dit goed verduidelijken. Een schilder die op uitzendbasis één jaar lang het gebouw van een ministerie schildert, is niet werkzaam ‘in het kader van de werkzaamheden’ van dat ministerie. De schilder heeft daar geen medezeggenschapaanspraken. Een uitzendkracht die bij de afdeling personeelszaken de gegevensadministratie beheerd, is echter wel werkzaam in het kader van de werkzaamheden van dat ministerie en heeft daar medezeggenschapaanspraken. De tweede eis is dat de uitzendkracht werkzaam is

[173] SER-advies 2006, p. 28.
[174] *Kamerstukken II* 2004-2005, 29 818, nr. 3, p. 35.
[175] Van Drongelen & Jellinghaus 2008, p. 138.

op basis van een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW. De derde eis is dat de ingeleende werknemer minimaal 24 maanden werkzaam moet zijn geweest bij dezelfde inlenende ondernemer.[176]

Hoewel de specifieke bepaling van artikel 31b lid 3 WOR een dwingendrechtelijke bepaling is, is deze regeling overbodig. Dit lid verplicht de ondernemer om minstens jaarlijks aan de OR schriftelijk algemene gegevens te verstrekken inzake de op grond van een arbeidsovereenkomst in de onderneming werkzame personen. Deze verplichting bestond al op grond van lid 1. Verder verplicht lid 3 de ondernemer mondeling of schriftelijk mededeling te doen ten aanzien van de te verwachten ontwikkelingen wat betreft het aantal op basis van een uitzendovereenkomst werkzame personen in het komende jaar. Deze verplichting bestond al op grond van lid 2. Met de invoeging van artikel 31b lid 3 aan de WOR blijft de rechtspositie van de uitzendkracht gelijk.

5.3 Tussenconclusie

Door de wetswijziging in verband met de implementatie van de Uitzendrichtlijn zijn de Waadi en de WOR gewijzigd. De loonverhoudingsnorm van artikel 8 Waadi is vervangen door een gelijke behandelingsnorm met betrekking tot de essentiële arbeidsvoorwaarden. Toch heeft deze wijziging geen verbetering van de rechtspositie van arbeidskrachten tot gevolg: door de ruime afwijkingsmogelijkheid die dit artikel biedt zal de Nederlandse praktijk om bij cao uitzendkrachten ongelijk te behandelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden ongewijzigd blijven bestaan. Ook lijkt dit artikel de rechtspositie van bepaalde kwetsbare groepen uitzendkrachten te verbeteren, gelijke behandeling van mannen en vrouwen te bevorderen en de bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras, godsdienst of levensovertuiging, handicap, leeftijd of hetero- of homoseksuele gerichtheid te verbeteren. Toch is de verbetering van de rechtspositie slechts schijn, omdat in de relevante wetgeving geen onderscheid wordt gemaakt tussen uitzendkrachten en andere werknemers. De gelijke toegang tot bedrijfsvoorzieningen of diensten in de inlenende onderneming, het nieuwe artikel 8a, zal de rechtspositie van uitzendkrachten slechts zeer beperkt verbeteren. Uitzendkrachten hadden waarschijnlijk in praktijk al gelijke toegang tot de kantine. Naar mijn mening stelt überhaupt een wettelijke regeling voor de toegang tot de kantine zeer weinig voor. De gelijke toegang tot kinderopvangfaciliteiten wijzigt in praktijk niet. Hoewel de rechtspositie van uitzendkrachten verbetert, zal dit geen effect hebben, omdat na de introductie van de verplichte werkgeversbijdrage in de Wet Kinderopvang het (deels) op eigen kosten aanbieden van kinderopvang niet of nauwelijks voorkomt. Ook de gelijke toegang tot vervoersfaciliteiten zal geen verschil inhouden voor de uitzendkracht (voor zowel wat betreft de rechtspositie als voor de praktijk). De vacaturemelding, het nieuwe artikel 8b, zal de rechtspositie van uitzendkrachten slechts zeer beperkt verbeteren, omdat dit artikel de inlener slechts verplicht om vacatures te melden. De herinvoering van een wettelijke regeling van het belemmeringsverbod, artikel 9a, zal de rechtspositie van uitzendkrachten beperkt verbeteren. Met het nieuwe artikel 9a lid 1 zal het directe belemmeringsbeding verboden worden. Dit zal in de praktijk weinig betekenis hebben, gezien het feit dat een verbod op indiensttreding in de uitzendbranche weinig voorkomt. Het tweede lid staat het indirecte belemmeringsbeding onder specifieke voorwaarden toe. De feitelijke positie van de uitzendkracht blijft met dit lid min of meer gelijk. Dit lid lijkt sterk op de in de uitzendbranche zeer gebruikelijke vergoedingsclausule welke een vergoeding inhoudt voor de verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling en werving van de uitzendkracht. Deze vergoeding mag niet in strijd zijn met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, het nieuwe artikel sluit hierop aan. Tot slot heeft de toevoeging van de verplichte *gegevensverstrekking inzake uitzendkrachten* van lid 3 aan artikel 31b WOR geen consequenties voor de rechtspositie van uitzendkrachten. Lid 3 verplicht de ondernemer om minstens jaarlijks aan de OR schriftelijk algemene gegevens te verstrekken inzake de op grond van een arbeidsovereenkomst in de onderneming werkzame

[176] Van Drongelen & Jellinghaus 2008, p. 41, 51 en 52.

personen. Deze verplichting bestond al op grond van lid 1. Verder verplicht lid 3 de ondernemer mondeling of schriftelijk mededeling te doen ten aanzien van de te verwachten ontwikkelingen wat betreft het aantal op basis van een uitzendovereenkomst werkzame personen in het komende jaar. Deze verplichting bestond al op grond van lid 2. Met de invoeging van artikel 31b lid 3 aan de WOR blijft de rechtspositie van de uitzendkracht gelijk.

6 Voldoet Nederland met deze wetswijziging aan de implementatieverplichting?

6.1 Inleiding

Op 6 december 2008 trad Richtlijn 2008/104/EG (de Uitzendrichtlijn) in werking. De implementatietermijn voor de Uitzendrichtlijn is op 5 december 2011 verlopen. De implementatie van deze richtlijn was op 27 april 2012 voltooid.[177] Het veelvuldige overleg met de sociale partners in het voortraject voorafgaand aan de indiening bij het parlement was de reden waarom er vertraging was opgetreden bij de implementatie van deze richtlijn. De Europese Commissie was al een ingebrekestellingprocedure gestart in verband met de achterstand bij de implementatie van deze richtlijn.[178] Omdat de implementatie van de Uitzendrichtlijn inmiddels is voltooid, zal de EC waarschijnlijk deze zaak seponeren. Te late omzetting is in Nederland een structureel probleem waarbij af en toe, en mede in het licht van een komend voorzitterschap, hard wordt gewerkt om een groot aantal richtlijnen om te zetten.[179] Zo waren op 31 maart 2004 65 richtlijnen, waarvan de omzettingstermijn al was verlopen, nog niet omgezet. De achterstand bedroeg op 3 mei 2012 17 richtlijnen.[180] Eerst zal een korte beschrijving over de implementatie van richtlijnen worden gegeven. Daaropvolgend zal de implementatie van de Uitzendrichtlijn door Nederland worden behandeld.

6.2 De implementatie van richtlijnen in het algemeen door Nederland

Nederland heeft al ruim een halve eeuw ervaring met de doorwerking van Europese regels in de nationale rechtsorde. Harmonisatie van nationale wetgeving in het kader van de interne markt is steeds gekoppeld aan het bereiken van bepaalde doelstellingen, het wegwerken van belemmeringen en verstoringen van de markt. Een kenmerk van harmonisatie is dat Europese instellingen niet verder mogen gaan dan strikt noodzakelijk is voor het bereiken van die doelstellingen. Van deze Europese regels is een richtlijn een van de belangrijkste secundaire rechtsbronnen van Unierecht. De Richtlijn is voor marktintegratie het meest geschikte instrument. Richtlijnen zorgen voor aanpassing van het nationale recht aan de Europese eisen. Er is geen sprake van volledige vervanging van het nationale recht en beleid door Europese normen.[181] Artikel 288 Wv bepaalt dat: '*Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen*'. Richtlijnen hebben niet als doel om burgers en bedrijven rechtstreeks te binden, maar hebben als doel de lidstaten te binden. Richtlijnen zijn in beginsel niet rechtstreeks toepasselijk, maar moeten worden omgezet in nationale regelgeving. Richtlijnen richten zich in de eerste plaats tot de wetgevende macht van de lidstaat, en pas in de tweede plaats tot de rechterlijke macht en het bestuur. Richtlijnen hebben het specifieke doel om de doelstellingen van het EG-Verdrag te bereiken op een wijze die de nationale rechtsorde met zijn eigen concepten en terminologieën zo veel mogelijk respecteert en de gelegenheid geeft om dat 'vreemde' recht in zich op te nemen.

In beginsel zijn de lidstaten vrij om de vorm en de middelen te bepalen waarmee dit resultaat bereikt dient te worden, echter deze keuzevrijheid kan in grote mate beperkt worden door bepalingen van de richtlijn zelf. Richtlijnen worden met name gebruikt ter harmonisatie. De verschillende wetgevingen van lidstaten worden op onderdelen op elkaar afgestemd, met als doel om knelpunten voor de werking van de interne markt weg te nemen.[182] In de Europese wetgevingspraktijk kunnen verschillende methodes bij harmonisatie van wetgeving worden aangetroffen. Bij 'volledige' harmonisatie laat de richtlijn geen speelruimte aan de lidstaten. De lidstaten moeten de voorgeschreven normen in de nationale wetgeving doorvoeren en mogen daarvan niet inhoudelijk afwijken of de doelstellingen van de regel op een andere

[177] *Stb*. 2012, 174.
[178] *Kamerstukken II* 2011-2012, 21 109, nr. 205, p. 4 en 6.
[179] Voermans e.a. 2005, p. 16
[180] *Kamerstukken II* 2011-2012, 21 109, nr. 205, p. 1.
[181] Eijsbouts e.a. 2010, p. 121.
[182] Eijsbouts e.a. 2010, p. 55-58.

manier behartigen. De Europese wetgeving heeft dan het desbetreffende terrein volledig overgenomen en de beleidsruimte van de lidstaten bepaald. Volledige harmonisatie komt echter maar weinig voor. Niet-volledige harmonisatie komt in een aantal varianten voor. Bijvoorbeeld kan de harmonisatie beperkt zijn tot het reguleren van grensoverschrijdende situaties. Ook het principe van wederzijdse erkenning is een veel gebruikte harmonisatiemethode. Ook een combinatie van harmonisatie methodes is mogelijk. Op de Uitzendrichtlijn is de minimumharmonisatie methode van toepassing. Dit blijkt uit artikel 9 van deze richtlijn. Daarom zal deze methode nader bekeken worden. De Europese wetgever kiest voor minimumharmonisatie in gevallen waarin het volstaat dat een bepaalde basisnorm wordt vastgesteld waaraan de lidstaten moeten voldoen. Lidstaten zijn vrij om strengere normen vast te stellen dan de minimumnorm uit de richtlijn. Bij de regulering van arbeidsomstandigheden zijn nationale normen die een hogere graad van bescherming bieden altijd geoorloofd (artikel 153 lid 4 Wv, oud artikel 137 lid 4 VEG). [183]

In Nederland zijn voor de omzetting van Europese richtlijnen de betrokken vakdepartementen verantwoordelijk. Voor de omzetting van de Uitzendrichtlijn is het departement van Sociale zaken en Werkgelegenheid verantwoordelijk.[184] Op het moment dat de tekst van een richtlijnvoorstel beschikbaar wordt gesteld, wordt in de interdepartementale werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen (BNC) een eerstverantwoordelijk departement aangewezen. Het aangewezen departement is dan tevens verantwoordelijk voor de omzetting in de Nederlandse wet- en regelgeving. Deze verantwoordelijkheid kan ook verdeeld zijn over meerdere betrokken departementen. Indien een door de Europese wetgever vast te stellen richtlijn naar verwachting implementatie behoeft, stelt het eerstverantwoordelijke ministerie binnen een maand nadat de Raad het gemeenschappelijk standpunt heeft vastgesteld een implementatieplan op. Hierin wordt aangegeven welke wet- en regelgeving dient te worden aangepast en op welke wijze. Dit plan fungeert als een soort draaiboek om de Europese richtlijn te verwerken in de Nederlandse regelgeving. De in het implementatieplan opgenomen door te voeren wijzigingen zijn echter slechts voorlopige keuzes die gedurende het implementatietraject nog kunnen wijzigen. Het uitgangspunt bij deze keuzes is om het bestaande Nederlandse wettelijke systeem zoveel mogelijk intact te houden en de nieuwe regels erin te verweven. Bij niet-ingrijpende richtlijnen, kan worden volstaan met het aanpassen van enkele bepalingen. In het implementatieplan zal een ontwerp moeten komen dat voldoet aan zowel de bestaande wetssystematiek, bruikbaar is voor de rechtspraktijk, voldoende duidelijk en bruikbaar is voor de doelgroep en voldoet aan de eisen en doelstelling van de Europese Commissie. In de praktijk wordt gekozen voor een sober ontwerp dat niet meer en niet minder dan de door de Europese wetgever gewenste wijzigingen bevat. Na de vaststelling en bekendmaking van een richtlijn stuurt Buitenlandse Zaken een brief naar het betrokken departement. In de brief wordt het verantwoordelijke ministerie gewezen op de afspraak om, indien een richtlijn implementatie behoeft door middel van een wet of algemene maatregel van bestuur, het voorstel daartoe in beginsel binnen een maand na bekendmaking van de richtlijn bij de ministerraad aanhangig te maken.

In de circulaire 'Aanwijzingen voor de regelgeving'[185] zijn in hoofdstuk 8 aanwijzingen opgenomen die tot doel hebben de tijdige en juiste implementatie van bindende EU-rechtshandelingen te realiseren. Uit Aanwijzing 331 van deze circulaire vloeit voort dat bij implementatie geen andere regels worden opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn. Gelet op de plicht van tijdige implementatie zou vermeden moeten worden dat de omzetting van bindende EU-rechtshandelingen wordt meegenomen in een bredere herziening van de desbetreffende regeling of dat in de implementatieregeling extra nationaal beleid wordt meegenomen. Deze aanwijzing strekt ertoe ter voorkoming van onnodige redenen voor

[183] Eijsbouts e.a. 2010, p. 121-126.
[184] *Kamerstukken II* 2010-2011, 21 109, nr. 205, p. 4.
[185] *Stcrt.* 2011, 6602.

vertraging. Deze aanwijzing laat de mogelijkheid open dat in de implementatieregeling aanvullende regels worden opgenomen, voor zover de desbetreffende richtlijn uitdrukkelijk in die mogelijkheid voorziet.

Het departementaal concept zal uiteindelijk leiden tot een wetsvoorstel dat de formele wetsprocedure ingaat. Het wetsvoorstel zal via de ministerraad en de Raad van State naar de Tweede Kamer gaan. Na aanvaarding van het wetsvoorstel door de Tweede Kamer en Eerste Kamer, wordt het voorstel bekrachtigd en gepubliceerd, waarna het voorstel kracht van wet krijgt.[186]

Om de voortgang bij de omzetting te bewaken, worden de richtlijnen met de implementatietermijnen in een overzicht verwerkt. Elk kwartaal wordt met het '*het Interdepartementaal termijnbewakingssysteem voor de implementatie van Europese regelgeving' (*I-Timer). In de I-Timer worden ook de redenen van eventuele achterstanden besproken.[187]

De consequenties van niet of niet juist voldoen aan de implementatieverplichting
Aan het schenden van de implementatieverplichting kunnen aanzienlijke consequenties gebonden zijn. Twee instanties kunnen lidstaten op hun inbreuk aanspreken: de Commissie en andere lidstaten. Aangezien dat het in de diplomatieke verhoudingen tussen lidstaten het aanspannen van een rechtszaak 'not done' is, komen zaken tussen lidstaten slechts zelden voor. Deze rechtsgang zal daarom buiten beschouwing worden gelaten. Een inbreukactie die door de Commissie aanhangig wordt gemaakt komt veel vaker voor. Bovendien heeft de Commissie in haar recente mededeling inzake de uitvoering van artikel 260 lid 3 Wv[188] uiteengezet dat de vernieuwingen die zijn geïntroduceerd door het Verdrag van Lissabon in dit artikel een verscherping van het sanctiebeleid inhoudt. De Commissie kan de lidstaten door middel van de procedure van artikel 258 Wv (oud 226 VEG) dwingen een einde te maken aan de schending van het recht van de Europese Unie door de lidstaat. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, heeft de Commissie met betrekking tot het inleiden van een infractie- of inbreukprocedure en het aanhangig maken van een procedure bij het Hof van Justitie een discretionaire bevoegdheid. Eenieder kan bij de Commissie een klacht indienen over een handeling of maatregel die hij in strijd acht met het recht van de Europese Unie, echter de klager kan de Commissie niet dwingen tot het gevolg geven aan zijn kracht en de inbreukprocedure in te leiden.[189] De inbreukprocedure ex artikel 258 Wv heeft tot oogmerk een bepaalde wettelijke regeling of een feitelijk optreden van een lidstaat door het Hof te doen veroordelen wegens strijd met het Europees recht. Hierbij moet het Hof zelf een nationale maatregel uitleggen en beslissen of deze niet in overeenstemming is met Europees recht.[190] Deze procedures worden voorafgegaan door een informele fase van overleg tussen de Commissie en de betrokken lidstaat. In deze fase wordt de lidstaat tweemaal in de gelegenheid gesteld zijn opmerkingen te maken. Indien de lidstaat na deze fase nog steeds niet aan de implementatieverplichting voldoet, kan de procedure ex artikel 258 Wv leiden tot de eerste vaststelling van niet-nakoming. Deze eerste veroordeling van het Hof heeft in beginsel een declaratoir karakter. Een uitzondering hierop is mogelijk: deze eerste veroordeling heeft geen declaratoir karakter indien de Commissie het Hof voorstelt een boete of dwangsom op te leggen wanneer de 'verplichting tot mededeling van maatregelen ter omzetting van een volgens een wetgevingsprocedure aangenomen richtlijn' wordt geschonden en het Hof deze boete of dwangsom daadwerkelijk oplegt (art. 260 lid 3 Wv).

[186] Van den Aardweg e.a. 2009, p. 257 en 258.
[187] http://www.minbuza.nl/ecer/eu-essentieel/implementatie.html (geraadpleegd op 14 mei 2012).
[188] *PbEG* 2011 C12/1.
[189] Pijnacker Hordijk 2011, IX.1.1.1 (Kluwer Online Research).
[190] Eijsbouts e.a. 2010, p. 286.

Op grond van artikel 260 lid 1 Wv is een lidstaat verplicht de nodige maatregelen te nemen ter uitvoering van het arrest. De lidstaat moet een inbreukarrest ex artikel 258 Wv zo snel mogelijk uitvoeren. Indien de veroordeelde lidstaat dit nalaat, kan de Commissie de tweede inbreukprocedure ex artikel 260 Wv starten. Deze procedure begint met een aanmaningsbrief. Indien deze brief niet het beoogde resultaat oplevert, kan de Commissie de zaak wederom aanhangig maken bij het Hof. In artikel 260 lid 1 Wv is niet bepaald binnen welke termijn een lidstaat uitvoering moet geven aan het eerste inbreukarrest. Daarnaast kan het Hof niet een dergelijke termijn opleggen. Het is aan de Commissie om te beoordelen of een lidstaat voldoende tijd heeft gehad om een arrest uit te voeren. De Commissie heeft in 2007 in haar mededeling '*Een Europa van resultaten – toepassing van het gemeenschapsrecht*' gesteld dat de periode om de uitvoering van een arrest af te dwingen gemiddeld tussen de 12 en 24 maanden moet liggen, behoudens specifieke omstandigheden in uitzonderlijke gevallen. Inbreuken op het Unierecht zullen hierdoor meerdere jaren ongestraft worden gedoogd. Indien de Commissie besluit de tweede inbreukprocedure te starten kan de lidstaat door het Hof tot een boete of dwangsom worden veroordeeld. Overigens kan het Hof ook besluiten om beide sancties op te leggen. De Commissie lijkt dit financiële sanctiemiddel als een *ultimum remedium* te beschouwen en geeft prioriteit aan de uitvoering van inbreukarresten. Met het Verdrag van Lissabon is de tweede inbreukprocedure versneld. Het met redenen omkleed advies maakt niet langer deel uit van de administratieve fase. De Commissie kan al na een aanmaningsbrief een procedure bij het Hof starten. Artikel 260 lid 2 Wv bevat geen criteria voor de berekening van de financiële sancties. Dit artikel bepaalt alleen dat de Commissie, wanneer zij een zaak bij het Hof aanhangig maakt, het bedrag vermeldt van de door de betrokken lidstaat te betalen boete of dwangsom die zij in de gegeven omstandigheden passend acht. In 1996 en 1997 keurde de Commissie twee mededelingen goed waarin zij richtsnoeren opnam voor onder meer de berekening van de dwangsom. Volgens het Hof bevorderen deze richtsnoeren de gelijke behandeling van de lidstaten, de doorzichtigheid, de voorspelbaarheid, de rechtszekerheid en de evenredigheid van de sancties. De richtsnoeren zijn echter niet bindend voor het Hof, het Hof heeft volledige rechtsmacht wat betreft de berekeningsmethode en de hoogte van een sanctie, en het vaststellen van de voorwaarden waaronder een sanctie wordt opgelegd. De berekening van de hoogte van de dwangsom is afhankelijk van de ernst en duur van de inbreuk en de financiële draagkracht van de lidstaat. Hiermee wordt gestreefd naar een dwangsom die evenredig is en tegelijkertijd een afschrikwekkende werking heeft. De hoogte van de boete wordt op de volgende wijze bepaald: de Commissie heeft voor elke lidstaat een forfaitaire minimumsom vastgesteld. Voor Nederland bedroeg deze som in 2010 ruim € 3,7 miljoen. In elk concreet geval zal de Commissie een berekening moeten uitvoeren om te kijken of gelet op de specifieke omstandigheden van de zaak de forfaitaire minimumsom moet worden verhoogd.

De tweede inbreukprocedure van het Hof verloopt op de volgende wijze. Eerst controleert het Hof of de lidstaat inderdaad verzuimd heeft het inbreukarrest ex artikel 258 Wv uit te voeren. De bewijslast wordt gedeeld door de Commissie en de lidstaat. De financiële sanctie wordt voorgesteld door de Commissie, maar wordt vastgesteld door het Hof. Het Hof kan de voorgestelde sanctie verhogen of verlagen, oordelen dat geen sanctie nodig is of een sanctie opleggen die niet door de Commissie werd voorgesteld. Bij de vaststelling van de sanctie gaat het Hof uit van de doelstellingen van de sanctieregeling, namelijk: de lidstaten ertoe aanzetten zich aan de verplichtingen te houden door overreding en voorkomen dat inbreuken op het Unierecht zich vaker voordoen door afschrikking. Daarnaast zijn drie criteria van belang voor de berekening van de sanctie. Ten eerste moet de sanctie evenredig zijn aan de vastgestelde inbreuk. Ten tweede vereist het beginsel van goede rechtsbedeling dat wanneer de verplichtingen van de lidstaat onafhankelijk van elkaar kunnen worden vervuld, zij apart moeten worden behandeld. Zo kan het Hof de sanctie afstemmen op elke afzonderlijke verplichting. Ten derde moeten lidstaten gelijk worden behandeld en worden op inbreuken die met elkaar vergelijkbaar zijn dezelfde sancties toegepast, tenzij de

Commissie een onderscheid voldoende motiveert. Hoewel het een en ander niet uitdrukkelijk is geregeld, is het in de praktijk aan de Commissie om te controleren of de veroordeelde lidstaat het tweede inbreukarrest heeft uitgevoerd. Wanneer een op grond van artikel 260 lid 2 Wv veroordeelde lidstaat zou weigeren de sancties na te komen, kan de uitvoering niet gedwongen worden. De arresten van het Hof kunnen niet gedwongen ter uitvoer worden gelegd.[191]

Een benadeelde particulier heeft geen directe actie voor het Hof tegen schending van Europees recht door een lidstaat. Toch kan een benadeelde vaak aanspraak maken via de leerstukken van directe werking, conforme interpretatie en staatsaansprakelijkheid. Deze leerstukken zullen beknopt hierna worden behandeld. Indien een lidstaat een richtlijn niet tijdig of niet correct heeft omgezet, kan deze lidstaat door de nationale rechter worden veroordeeld via het leerstuk van rechtstreekse werking. Het Europees recht heeft voorrang op elk met dat recht strijdig nationaal recht. Burgers van wie belangen door de niet-implementatie van Europese regelgeving zijn geschaad kunnen onder voorwaarden de nationale overheid aansprakelijk kunnen stellen voor de schade die zij ondervinden van niet of niet-juiste implementatie.[192] Richtlijnen hebben in beginsel geen horizontale werking, omdat een richtlijn zich uitdrukkelijk tot de richtstaten richt[193] en de richtlijn uitsluitend aan de lidstaten bepaalde verplichtingen oplegt. Naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie kunnen richtlijnen bij gebreke van implementatiemaatregelen niet uit eigen hoofde verplichtingen aan particulieren opleggen. Voor richtlijnen heeft het Hof de mogelijkheid van verticale rechtstreekse werking erkend, indien de bepalingen hiervan 'onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig' zijn geformuleerd en dat daarnaast de omzettingstermijn van de richtlijn is verstreken. Tussen de inwerkingtreding en de implementatie loopt de omzettingstermijn. Deze termijn was bij de Uitzendrichtlijn 3 jaar. Gedurende deze termijn geldt voor de lidstaten de verplichting dat zij zich gedurende deze termijn 'onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden brengen'. Deze onthoudingsverplichting geldt voor alle autoriteiten. Dit betekent voor rechters dat zij zich vanaf het moment van inwerkingtreding van een richtlijn zoveel mogelijk dienen te onthouden van een uitleg van het nationale recht die, na het verlopen van de implementatietermijn, de verwezenlijking van de met deze richtlijn nagestreefde doelstellingen ernstig in gevaar zou kunnen brengen. Omgekeerde verticale rechtstreekse werking ten nadele van de belangen en rechten van particulieren is door het Hof uitgesloten.[194]

Een tweede wijze waarop een benadeelde aanspraak kan maken is via het leerstuk van conforme interpretatie. In dat geval staat een burger van wie zijn belangen is geschaad niet te wachten tot de wetgever heeft ingegrepen en het nationale recht in overeenstemming heeft gebracht met het Europese recht. Ook wanneer een burger geen beroep kan doen op rechtstreeks werkende belangen, worden zijn rechten tot op zekere hoogte beschermd. De nationale rechter heeft namelijk de plicht het nationale recht zoveel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen van het Europees recht: de rechter moet nagaan of het van toepassing zijnde nationale recht richtlijn conform kan worden geïnterpreteerd. Bij richtlijnen kan deze conforme uitleg in de toepassing in een horizontale privaatrechtelijke rechtsrelatie in feite neerkomen op horizontale werking. Echter, het rechtszekerheidsbeginsel vereist dat deze interpretatie er niet toe mag leiden dat burgers verplichtingen uit niet-geïmplementeerde richtlijnen krijgen tegengeworpen.[195]

[191] Joris & Van der Jeught 2010, p. 432-443.
[192] Van den Brink 2004, p. 3.
[193] Zie bijvoorbeeld: artikel 14 van de Uitzendrichtlijn.
[194] Eijsbouts e.a. 2010, p. 255-262.
[195] Eijsbouts e.a. 2010, p. 258, 262, 266-268.

Ten slotte kan een benadeelde een beroep doen op staatsaansprakelijkheid. De Verdragen zwijgen over de eventuele aansprakelijkheid van de lidstaten wanneer zij de implementatieverplichting schenden. In het Francovich-arrest heeft het Hof bepaald dat particulieren de nationale overheid aansprakelijk kunnen stellen voor de schade die zij ondervinden van niet of niet-juiste implementatie.[196] Het Hof stelt vast dat 'het een beginsel van gemeenschapsrecht is, dat de lidstaten verplicht zijn tot vergoeding van de schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die hun kunnen worden toegerekend'. De grondslag van deze staatsaansprakelijkheid ligt volgens het Hof in het beginsel van loyale samenwerking en in de noodzaak om de volle werking van het Unierecht in de lidstaten zeker te stellen, en het beginsel dat rechten die aan particulieren zijn toegekend ook daadwerkelijk behoren te worden beschermd. De rechtsvordering gericht tegen een lidstaat dient niet bij het Hof, maar bij de nationale rechter aanhangig worden gemaakt, volgens de regels van het nationale procesrecht.

Voor de aansprakelijkheid van een lidstaat moet voldaan zijn aan de volgende drie voorwaarden. Ten eerste moet de geschonden rechtsregel ertoe strekken aan particulieren rechten toe te kennen. Het gaat hier om een Europeesrechtelijk relativiteitsvereiste. Het criterium 'toekennen van rechten aan particulieren' levert geen problemen op bij de Uitzendrichtlijn, deze richtlijn heeft de bedoeling om subjectieve rechten voor particulieren in het leven te roepen. Daarnaast moet sprake zijn van een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht. De invulling die het Hof aan dit criterium heeft gegeven komt in feite neer op de vraag of de lidstaat te goeder trouw heeft kunnen menen dat een bepaalde maatregel in overeenstemming was met het Unierecht of niet. [197]Ten slotte is voor een geslaagde actie tot schadevergoeding vereist dat er een direct causaal verband bestaat tussen de schending van de op de lidstaat rustende verplichting en de door de benadeelde geleden schade. Wanneer aan alle bovenstaande voorwaarden is voldaan is een lidstaat aansprakelijk voor de geleden schade in het kader van het nationale aansprakelijkheidsrecht. Voor Nederland betekent dit dat de benadeelde een vordering uit onrechtmatige overheidsdaad moet instellen op basis van artikel 6:162 BW.[198]

6.3 De implementatie van de Uitzendrichtlijn door Nederland

In deze paragraaf zal implementatie van de richtlijn worden besproken waarbij de focus ligt op de vraag of Nederland met de wetswijziging voldoet aan de implementatieverplichting. De wijziging van de Waadi en de WOR zal samen met de memorie van toelichting en de nota naar aanleiding van het verslag worden getoetst aan de artikelen van de richtlijn. Hierbij zal ook gekeken worden naar de achtergrond van de richtlijn en het Expert Group Report.

Expert Group Report

Zoals gebruikelijk bij richtlijnen op het gebied van arbeidsrecht heeft de Europese Commissie in 2009 ten behoeve van de implementatie van deze richtlijn een adviescommissie ingesteld: de 'Expert Group'. Deze adviescommissie bestaat onder meer uit nationale deskundigen van de 27 lidstaten op het gebied van dit onderwerp. De leden van deze commissie hebben hun visies gegeven op de onderdelen van de richtlijn welke naar verwachting bij de implementatie vragen zullen oproepen en waarbij de kans groot is dat bij deze onderdelen problemen kunnen ontstaan. Benadrukt dient te worden dat deze adviescommissie een informele status heeft. De Expert Group heeft ten doel de implementatie van de richtlijn te verbeteren door middel van een uitwisseling van de standpunten en daarnaast een betere gemeenschappelijke interpretatie van de implementatie te bevorderen door de lidstaten technische ondersteuning te bieden.

[196] Van den Brink 2004, p. 3.
[197] Eijsbouts e.a. 2010, p. 268-272.
[198] Van der Burg 2008, p. 156.

De Europese Commissie benadrukt dat ze met de Expert Group de lidstaten niet wil interfereren met het nationale implementatieproces, noch wil interveniëren in het recht van interpretatie van het Hof van Justitie of andere betrokken rechters. Tijdens haar bijeenkomsten heeft de Expert Group de belangrijkste vraagstukken die bij de implementatie ontstonden uitvoerig bediscussieerd.[199] Het rapport van de Expert Group is in deze scriptie als hulpmiddel gebruikt bij de beoordeling of Nederland met deze wetswijziging aan de implementatieverplichting voldoet.

De implementatiewijze van Nederland

De nationale context is van belang voor de implementatie van Europese besluiten. Het Europese recht moet onderdeel worden van de nationale rechtsorde met eigen beginselen, regels en tradities. Implementatiemaatregelen worden in Nederland over het algemeen vastgesteld in de vorm van regelgeving op centraal niveau: de formele wet, de algemene maatregel van bestuur of de ministeriële regeling of een combinatie van deze instrumenten. Implementatiemaatregelen kunnen echter ook op andere wijzen geïmplementeerd worden. Alternatieven zijn bijvoorbeeld door te kiezen voor convenanten of vastlegging in collectieve arbeidsovereenkomsten. [200] De vaststelling van implementatieregelgeving vindt plaats binnen het kader dat het Nederlandse recht daarvoor stelt. In Nederland geldt het uitgangspunt voor de implementatie van Europese regelgeving dat de totstandkoming van implementatieregelgeving en autonome regelgeving gelijk behandeld worden. [201] Voor de omzetting van Europese richtlijnen wordt gebruik gemaakt van de normale wetsystematiek. Dit betekent dat per richtlijn wordt bekeken hoe deze wordt omgezet. Richtlijnen worden vaak via de route van een wet in formele zin geïmplementeerd. De wetswijziging voor de implementatie van de Uitzendrichtlijn is een goed voorbeeld van de manier waarop richtlijnen vaak worden ingeweven in het bestaande systeem van de bestaande nationale wet- en regelgeving.[202]

Hoofdstuk 1: Algemene bepalingen

Artikel 1: Toepassingsgebied

1. Deze richtlijn is van toepassing op werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau, die ter beschikking worden gesteld van inlenende ondernemingen om onder toezicht en leiding van genoemde ondernemingen tijdelijk te werken.
2. Deze richtlijn is van toepassing op openbare en particuliere ondernemingen die uitzendbureaus of inlenende ondernemingen zijn en een economische activiteit uitoefenen, al dan niet met winstoogmerk.
3. Na raadpleging van de sociale partners kunnen de lidstaten bepalen dat deze richtlijn niet van toepassing is op de arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen die tot stand zijn gekomen in het kader van een specifiek openbaar of door de overheid ondersteund opleidings-, inpassings- of herscholingsprogramma.

Dit artikel stelt het toepassingsgebied van de richtlijn vast. Implementatie van dit artikel is niet nodig. Het eerste lid verklaart de richtlijn van toepassing op werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau, die ter beschikking worden gesteld van inlenende ondernemingen om onder toezicht en leiding van deze ondernemingen tijdelijk te werken. Artikel 7:690 BW geeft een definitie van de uitzendovereenkomst. Het tweede lid verklaart de richtlijn van toepassing op openbare en particuliere ondernemingen die uitzendbureaus of inlenende ondernemingen zijn en een economische activiteit uitoefenen, al dan niet met winstoogmerk. In de Nederlandse regelgeving is In dit

[199] Expert Group 2011, p. 3.
[200] Van den Brink 2004, p. 57.
[201] Van den Brink 2004, p. 69 en 70.
[202] Voermans e.a. 2005, p. 29 en 30.

lid komt het element 'in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever' van de definitie van artikel 7:690 BW. Hoewel deze richtlijn zich van toepassing is op zowel openbare als private uitzendbureaus, is in Nederland alleen sprake van private uitzendbureaus. Het derde lid biedt de lidstaten, na raadpleging van de sociale partners, de mogelijkheid om deze richtlijn niet toe te passen op de arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen die tot stand zijn gekomen in het kader van een specifiek openbaar of door de overheid gesteund opleidings-, inpassings- of herscholingsprogramma. Op dit moment, en in de nabije toekomst, is in Nederland niet voorzien in een specifiek openbaar of door de overheid gesteund opleidings-, inpassings- of herscholingsprogramma. Van de mogelijkheid om de richtlijn niet van toepassing te laten zijn op dergelijke programma's wordt daarom nu, en naar verwachting in de nabije toekomst, geen gebruik gemaakt.[203]

Artikel 2: Doel

Deze richtlijn heeft tot doel de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren door de naleving van het in artikel 5 vervatte beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van de uitzendkrachten te waarborgen, en uitzendbureaus als werkgever te erkennen, daarbij rekening houdend met de noodzaak om een geschikt kader te creëren voor de gebruikmaking van uitzendwerk teneinde bij te dragen tot de schepping van werkgelegenheid en de ontwikkeling van flexibele arbeidsvormen.

Dit artikel geeft de doelstelling van de richtlijn weer. Implementatie van dit artikel is niet nodig.

Artikel 3: Definities

1. In deze richtlijn wordt verstaan onder:
a) „werknemer": iedere persoon die in de betrokken lidstaat krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer;
b) „uitzendbureau": iedere natuurlijke of rechtspersoon die, overeenkomstig het nationale recht, een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding aangaat met uitzendkrachten teneinde deze ter beschikking te stellen van inlenende ondernemingen om daar onder toezicht en leiding van deze ondernemingen tijdelijk te werken;
c) „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;
d) „inlenende onderneming": iedere natuurlijke of rechtspersoon voor wie en onder wiens toezicht en leiding een uitzendkracht tijdelijk werkt;
e) „opdracht": de periode tijdens welke de uitzendkracht ter beschikking wordt gesteld van de inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van die onderneming tijdelijk te werken;
f) „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.
2. Deze richtlijn doet geen afbreuk aan het nationale recht wat de definitie van bezoldiging, arbeidsovereenkomst, arbeidsverhouding of werknemer betreft.
De lidstaten kunnen werknemers of arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen niet van de werkingssfeer van deze richtlijn uitsluiten enkel en alleen op de grond dat zij werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of personen met een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking met een uitzendbureau zijn.

[203] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3, p. 2 en 3. *Kamerstukken II* 2011-2012, 32 895, nr. 5, p. 2.

In het eerste lid van dit artikel worden een aantal begrippen gedefinieerd. Onderdeel a geeft echter niet een definitie van het begrip 'werknemer' de laat de definiëring van dit begrip over aan de lidstaten. Al in haar eerste richtlijnvoorstel stelde de Commissie dat de richtlijn voor het grootste deel regels codificeert die in onder meer de nationale wetgevingen zijn opgenomen.[204] De invulling van het begrip 'werknemer' wordt door de richtlijn overgelaten aan de lidstaten, in artikel 3 lid 2 Uitzendrichtlijn wordt benadrukt dat deze richtlijn geen afbreuk doet aan het nationale recht wat de definitie van dit begrip betreft. De meeste sociaal-politieke Europese richtlijnen[205] bevatten niet een Europees werknemersbegrip, maar verwijzen ook naar de nationale definities. Een uniforme en uitputtende Europese definitie van het werknemersbegrip bestaat niet en is ook niet goed denkbaar.[206]

Het is gebruikelijk dat de werknemer in het nationale arbeidsrecht wordt gedefinieerd aan de hand van criteria als 'het verrichten van onzelfstandige arbeid door een bepaalde persoon in een gezagsverhouding'. Toch komen in de lidstaten van de Europese Unie verschillende definities van dit begrip voor. [207] Het gebruik van een nationaal werknemersbegrip sluit aan bij de jurisprudentie van het Hof waarin het Hof de ene keer kiest voor de communautaire uitleg en de andere keer voor een nationale uitleg van het begrip 'werknemer'. Tot nu toe kiest het Hof alleen voor de communautaire uitleg als de nationale definities in strijd zijn met bepalingen uit het Verdrag zelf, zoals ten aanzien van artikel 39 VEG (nu artikel 45 Wv). Het Hof van Justitie is bij dit communautaire begrip niet gebonden aan de verschillende nationale definities.

Bij het begrip 'werknemer' in richtlijnen kiest het Hof voor een nationaal werknemersbegrip. De reden voor deze keuze is dat, waar een richtlijn gedeeltelijke harmonisatie beoogt, de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, kan worden overgelaten aan het nationale recht. In dat geval heeft het begrip betrekking op elke persoon die in de betrokken lidstaat als werknemer bescherming geniet uit hoofde van de nationale wetgeving.[208]

In de Nederlandse wetgeving is het begrip 'werknemer' opgenomen in de definitie van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:610 lid 1 BW) als de partij die zich verbindt om in dienst van de werkgever tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. De uitzendovereenkomst wordt door artikel 7:690 BW gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst. [209] Omdat onderdeel a de definiëring van het begrip ´werknemer´ aan de lidstaten overlaat is implementatie van dit begrip niet nodig.

Onderdeel b omschrijft een ´uitzendbureau´ als iedere natuurlijke of rechtspersoon die, overeenkomstig het nationale recht, een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding aangaat met uitzendkrachten teneinde deze ter beschikking te stellen van inlenende ondernemingen om daar onder toezicht en leiding van deze ondernemingen tijdelijk te werken. Deze omschrijving sluit aan bij de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW en het begrip ´ter beschikking stellen van arbeidskrachten´ in artikel 1 lid 1 onder c Waadi. Met werkgever is het uitzendbureau bedoeld. De terbeschikkingstelling moet volgens artikel 7:690 BW plaatsvinden in het kader van het beroep of bedrijf van de werkgever, dat betekent dat terbeschikkingstelling (een) doelstelling van de bedrijfs- of beroepsactiviteiten van de werkgever moet zijn. De werknemer moet ter beschikking worden gesteld aan een derde om onder de leiding en toezicht van deze derde arbeid te verrichten. Op de uitzendovereenkomst is de regeling van de

[204] Com 2002/149 definitief, p. 30.
[205] Bijvoorbeeld de richtlijnen betreffende overeenkomsten voor bepaalde tijd, overgang van onderneming, collectief ontslag, medezeggenschap en de Detacheringsrichtlijn.
[206] Van Peijpe 2011, p. 1. (Kluwer Online Research).
[207] Houwerzijl 2005, p. 11-13.
[208] Houwerzijl 2005, p. 130.
[209] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 33.

arbeidsovereenkomst in titel 10 van boek 7 onverkort van toepassing, behoudens voor zover anders is bepaald.[210] Het begrip ´ter beschikking stellen van arbeidskrachten´ in artikel 1 onder c Waadi omschreven als *'het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht en leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, verrichten van arbeid*' (artikel 1 lid 1 onderdeel c Waadi). Het begrip ter beschikking stellen is hier ruimer dan uitsluitend de uitzendrelatie: ook detachering valt hieronder.[211] Implementatie van onderdeel b is niet nodig, omdat de Nederlandse wetgeving aansluit op de definitie van het begrip ´uitzendbureau´.

Onderdeel c definieert het begrip ´uitzendkracht´ als een werknemer met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau met als doel ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van de inlenende onderneming tijdelijk te werken. Deze definitie sluit aan bij de omschrijving van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW. De werknemer in dit artikel is de uitzendkracht die door de werkgever ter beschikking wordt gesteld aan de derde. Implementatie van onderdeel c is niet nodig, ook hier sluit de Nederlandse wetgeving aan op de door de richtlijn gegeven definitie.

De omschrijving van het begrip ´inlenende onderneming´ in onderdeel d luidt: iedere natuurlijke of rechtspersoon voor wie en onder wiens toezicht en leiding een uitzendkracht tijdelijk werkt. De inlenende onderneming is de ´derde´ in artikel 7:690 BW aan wie de uitzendkracht ter beschikking wordt gesteld. Implementatie van dit onderdeel is niet nodig: de Nederlandse wetgeving sluit aan op de door de richtlijn gegeven definitie.

Onderdeel e geeft omschrijft het begrip ´opdracht´ als de periode tijdens welke de uitzendkracht ter beschikking wordt gesteld van de inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van die onderneming tijdelijk te werken. In artikel 7:690 BW is bepaald dat de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht is gebaseerd op een tussen de uitzendwerkgever en de derde gesloten overeenkomst van opdracht als bedoeld in artikel 7:400 lid 1 BW. Toegespitst naar het geval van uitzendarbeid, verbindt bij een overeenkomst van opdracht verbindt het uitzendbureau zich tegenover de derde om buiten dienstbetrekking werkzaamheden te verrichten. Implementatie van dit onderdeel is niet nodig.

Onderdeel f omschrijft het begrip ´essentiële arbeidsvoorwaarden´. Dit begrip is van grote betekenis voor de Uitzendrichtlijn, omdat dit begrip het toepassingsgebied bepaalt van het beginsel van gelijke behandeling dat is opgenomen in artikel 5. Onderdeel f omschrijft de essentiële arbeidsvoorwaarden als de in de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, cao´s en/of andere in de inlenende onderneming vigerende bindende bepalingen van algemene strekking vastgelegde arbeidsvoorwaarden met betrekking tot de arbeidstijd, overuren, pauzes, rusttijden, nachtarbeid, vakantie en feestdagen en de bezoldiging. De elementen van onderdeel f zullen nader bekeken worden. Volgens de Expert Group lijkt het gebruik van de woorden 'en/of andere bindende bepalingen van algemene strekking' te suggereren dat de 'wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen [en] collectieve arbeidsovereenkomsten' beschouwd kunnen worden als voorbeelden en niet een limitatieve opsomming zijn van juridische instrumenten waarin essentiële arbeidsvoorwaarden opgenomen kunnen zijn. De 'essentiële arbeidsvoorwaarden' moeten worden toegepast bij uitzendkrachten indien deze een bindend en algemeen karakter hebben in de inlenende onderneming waar ze van kracht zijn. Het uitgangspunt bij de implementatie van artikel 3 lid 1 onderdeel f moet zijn dat de uitzendkracht aanspraak kan maken op ten minste dezelfde essentiële arbeidsvoorwaarden als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door de inlenende onderneming voor dezelfde functie in dienst waren genomen. Afwijkingen op dit beginsel zijn mogelijk op

[210] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 33.
[211] Van Drongelen & Fase 2005, p. 53 en 54.

grond van de leden 3 en 4 van artikel 5. Indien een collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing is in de inlenende onderneming kunnen uitzendkrachten die ter beschikking zijn gesteld aan deze onderneming aanspraak maken op ten minste dezelfde essentiële arbeidsvoorwaarden als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door de inlenende onderneming voor dezelfde functie in dienst waren genomen. Indien geen collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing is in de inlenende onderneming, maar de essentiële arbeidsvoorwaarden op een andere manier worden bepaald, moeten uitzendkrachten aanspraak kunnen maken op ten minste dezelfde essentiële arbeidsvoorwaarden als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door de inlenende onderneming voor dezelfde functie in dienst waren genomen. [212]

Op de vraag wat onder de dekking van het begrip 'essentiële arbeidsvoorwaarden' val, stelt de Expert Group dat het beginsel van gelijke behandeling betrekking heeft op de in artikel 3 lid 1 onderdeel f opgenomen arbeidsvoorwaarden. De Expert Group lijkt de in artikel 3 lid 1 sub f genoemde arbeidsvoorwaarden limitatief op te vatten.[213] In de Uitzendrichtlijn zijn geen definities van de elementen van de essentiële arbeidsvoorwaarden opgenomen. De Expert Group wijst echter op het feit dat de essentiële arbeidsvoorwaarden van de Uitzendrichtlijn globaal gesproken overeenkomen met de 'harde kern'-bepalingen in de Detacheringsrichtlijn.[214] De definities van de elementen van de essentiële arbeidsvoorwaarden zijn te vinden in Richtlijn 2003/88/EG, ook bekend als de Arbeidstijdenrichtlijn.[215] Deze richtlijn bevat definities en/of basisregels voor bijna alle elementen van het begrip 'essentiële arbeidsvoorwaarden'[216]: 'arbeidstijd' (artikel 2 lid 1), 'overuren'[217] (artikel 6 onderdeel b), 'pauzes' (artikel 4), 'rusttijd' (artikel 2 lid 2), 'nachtarbeid' (artikel 8) en 'vakantie' (artikel 7). Bij de elementen 'arbeidstijd', 'rusttijd' en 'vakantie' is vermeld dat deze in overeenstemming met de nationale wetten en/of gebruiken dienen te worden ingevuld.[218] Artikel 17 staat toe dat de lidstaten mogen afwijken van (onder meer) de artikelen over 'overuren' (artikel 6), 'pauzes' (artikel 4) en 'nachtarbeid' (artikel 8). Een afwijking van de richtlijn is toegestaan op de voorwaarde dat de algemene beginselen inzake de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers in acht worden genomen.

De Arbeidstijdenrichtlijn staat toe dat bij wettelijke regeling van de meeste van deze basisregels wordt afweken voor uiteenlopende werkzaamheden en sectoren onder de voorwaarde dat betrokken werknemers gelijkwaardige compenserende rusttijden worden geboden of een passende bescherming. Afwijkingen van de basisregels zijn ook mogelijk bij collectieve overeenkomst of bedrijfsakkoord tussen sociale partners.[219]

Het begrip 'essentiële arbeidsvoorwaarden' komt niet voor in de Nederlandse wet- en regelgeving. De Nederlandse regering stelt dat de arbeidsvoorwaarden die in artikel 3 lid 1 onderdeel f Uitzendrichtlijn zijn opgenomen een limitatieve opsomming is. Dit betekent dat andere arbeidsvoorwaarden, zoals pensioenaanspraken, die niet als zodanig in de richtlijn in de definitie zijn opgenomen volgens de regering daarbuiten vallen. [220] Volgens de Expert Group is de opsomming echter niet limitatief. Lidstaten mogen het beginsel van gelijke behandeling ook op andere arbeidsvoorwaarden toepassen, artikel 9 lid 2 van de

[212] Expert Group 2011, p. 17 en 18.
[213] Expert Group 2011, p. 19.
[214] Expert Group 2011, p. 21.
[215] *PbEG* L327/9.
[216] Het element 'feestdagen' komt niet in de Arbeidstijdenrichtlijn voor.
[217] In de Arbeidstijdenrichtlijn is het begrip ''
[218] Bij het begrip 'rusttijd' is dit impliciet, het begrip rusttijd is een spiegelbeeldbepaling van het begrip 'arbeidstijd'.
[219] *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 532, nr. 3, p. 5.
[220] *Kamerstukken II* 2011-2012, 32 895, nr. 5, p. 5.

richtlijn staat dit toe.[221] Het standpunt van de regering is in overeenstemming met aanwijzing 331 van de circulaire 'Aanwijzingen voor de regelgeving'. Deze aanwijzing schrijft voor dat bij implementatie vermeden moet worden dat deze implementatie wordt meegenomen in een bredere herziening van de desbetreffende regeling of dat in de implementatieregeling extra nationaal beleid wordt meegenomen. Deze aanwijzing strekt ertoe om onnodige redenen van vertraging te voorkomen. Eerder in dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat in een implementatieplan, dat als basis dient voor een wetsvoorstel gekozen wordt voor een sober ontwerp dat niet meer en niet minder dan de door de Europese wetgever gewenste wijzigingen bevat.[222]

De arbeidsvoorwaarden waar het begrip 'essentiële arbeidsvoorwaarden' uit is opgebouwd komen wel voor in de Nederlandse wet- en regelgeving. Enkele van deze arbeidsvoorwaarden zijn opgenomen in de Arbeidstijdenwet (Atw). De regeling van de 'arbeidstijd' is opgenomen in artikel 5:7 Atw. Het begrip 'overuren' dient in de context van de Uitzendrichtlijn in de publiekrechtelijke betekenis gelezen te worden. In de publiekrechtelijke betekenis gaat het om het langer werken dan in de Atw en de beide daarop berustende besluiten (Atb en Atb-vervoer) gegeven arbeidstijd. [223] De 'pauze' wordt onder meer geregeld in artikel 5:4 Atw. De regeling van de 'rusttijden' is opgenomen in onder meer de artikelen 5:3 en 5:5 Atw. Het begrip 'nachtdienst' is in de Atw opgenomen als 'nachtarbeid'. Regelingen met betrekking tot dit begrip zijn onder meer opgenomen in artikel 5:8 Atw. De 'vakantie' wordt geregeld in afdeling 3 van boek 7 BW. De 'feestdagen' zijn terug te vinden in artikel 3 van de Algemene termijnenwet. In de toelichting op het nieuwe artikel 8 Waadi is over het element 'feestdagen' verduidelijkt dat 'loon' onder meer het loon voor het werken op feestdagen omvat.[224]

Met betrekking tot de arbeidstijd, overuren, pauzes, rusttijden, nachtarbeid, vakantie en feestdagen moet het beginsel van gelijke behandeling zonder enige beperkingen worden geïmplementeerd. Het beginsel van gelijke behandeling wordt bij de bespreking van artikel 5 van de Uitzendrichtlijn behandeld worden. De invulling van het begrip 'bezoldiging' is uitdrukkelijk aan de lidstaten gelaten: artikel 3 lid 2 van de richtlijn benadrukt dat deze richtlijn geen afbreuk doet aan het nationale recht wat betreft de definitie van dit begrip.[225] Toch waarschuwt de Expert Group de lidstaten dat de invulling van het begrip niet te beperkt mag zijn. Volgens de Expert Group zou het Hof van Justitie voor de interpretatie van dit begrip artikel 157 Wv als inspiratiebron kunnen gebruiken. Naar de jurisprudentie van het Hof bestaat het begrip bezoldiging niet alleen uit loon, maar ook uit bijvoorbeeld overwerktoeslagen en bedrijfspensioenen. In het licht van de jurisprudentie van het Hof wijst de Commissie erop dat indien een lidstaat besluit om bijvoorbeeld bedrijfspensioenen uit te sluiten van het begrip 'bezoldiging' bij de implementatie van de richtlijn, dat deze keuze mogelijk niet wordt gevolgd door het Hof.[226]

Het begrip 'bezoldiging' is in de wetswijziging terug te vinden in het nieuwe artikel 8 lid 1 Waadi als 'loon en overige vergoedingen'. De strekking van dit begrip wijkt niet af van het begrip in het huidige artikel 8 lid 1 Waadi. Een gelijke toelichting op dit begrip is gegeven in de memorie van toelichting van de Waadi: *'Met loon wordt gedoeld 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 reisuren,*

[221] Expert Group 2011, p. 21.
[222] Van den Aardweg e.a. 2009, p. 258.
[223] Van Drongelen & Fase 2011, p. 193.
[224] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895 nr. 3, p. 12.
[225] Zie ook: Com 2008/569 definitief, p. 4.
[226] Expert Group 2011, p. 19 en 20.

reiskosten, pensionkosten, 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'.[227]

In het tweede gedeelte van lid 2 wordt verduidelijkt dat de lidstaten 'werknemers', 'arbeidsovereenkomsten' of 'arbeidsverhoudingen' niet van de werkingssfeer van deze richtlijn kunnen uitsluiten op de enkele grond dat zij werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of personen met een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking met een uitzendbureau zijn. Deze verduidelijking moet de rechtsonzekerheid, waarmee deze groep arbeidskrachten mogelijk te maken heeft, beëindigen. In haar richtlijnvoorstel licht de Commissie toe dat door de zeer uiteenlopende kwalificaties van de overeenkomsten op grond waarvan uitzendkrachten hun opdrachten uitvoeren, deze mogelijk niet de bescherming van de arbeidswetgeving genieten.[228]

Met betrekking tot artikel 3 lid 1 onderdeel f is geen implementatie nodig, omdat wat de essentiële arbeidsvoorwaarden betreft in de Nederlandse wetgeving geen onderscheid wordt gemaakt tussen uitzendkrachten en andere werknemers. Uit het advies van de Expert Group is de verwachting af te leiden dat Nederland en het Hof van Justitie mogelijk van mening verschillen over de vraag of pensioenafspraken als zodanig onder het element 'bezoldiging' van de essentiële arbeidsvoorwaarden vallen. De Expert Group geeft hier echter geen uitsluitsel over. Verdedigd kan worden dat Nederland haar wetgeving op dit vlak niet hoeft aan te passen, gezien dat de Europese wetgever op grond van artikel 153 lid 5 Wv niet bevoegd is om het element 'bezoldiging' vast te stellen. Bovendien benadrukt artikel 3 lid 2 van de Uitzendrichtlijn dat deze richtlijn geen afbreuk doet aan het Nationale recht wat de definitie van 'bezoldiging' betreft.

Artikel 4: Heroverweging van verbodsbepalingen en beperkingen

1. Beperkingen van en een verbod op de inzet van uitzendkrachten kunnen uitsluitend worden gerechtvaardigd met redenen van algemeen belang, die met name verband houden met de bescherming van de uitzendkrachten, de eisen ten aanzien van de gezondheid en veiligheid op het werk of de noodzaak de goede werking van de arbeidsmarkt te garanderen, en misbruik te voorkomen.
2. Uiterlijk op 5 december 2011 heroverwegen de lidstaten, na de sociale partners overeenkomstig de nationale wetgeving, collectieve overeenkomsten en praktijken te hebben geraadpleegd, de beperkingen van en een verbod op de inzet van uitzendarbeid om na te gaan of zij om de in lid 1 vermelde redenen nog steeds gerechtvaardigd zijn.
3. Indien de beperkingen en verbodsbepalingen in collectieve arbeidsovereenkomsten zijn vervat, mag de in lid 2 bedoelde heroverweging worden verricht door de sociale partners die de betrokken overeenkomst hebben gesloten.
4. De leden 1, 2 en 3 gelden onverminderd de nationale voorschriften inzake de registratie, afgifte van vergunningen, certificering, financiële waarborgen of het toezicht op uitzendbureaus.
5. De lidstaten stellen de Commissie uiterlijk op 5 december 2011 in kennis van de resultaten van de in de leden 2 en 3 bedoelde heroverweging.

Artikel 4 lid 2 verplicht de lidstaten om alle beperkingen of verbodsbepalingen op de inzet van uitzendarbeid te heroverwegen. Hierbij moeten de lidstaten nagaan of deze beperkingen of verbodsbepalingen met de redenen die in lid 1 zijn opgenomen (nog steeds) gerechtvaardigd zijn. De verplichting om eventuele beperkingen of verboden op de inzet van uitzendkrachten te heroverwegen, is met name gemotiveerd vanuit de achterliggende gedachte dat door de verbetering van de bescherming van uitzendkrachten, zoals de Uitzendrichtlijn beoogt, diverse beperkingen, die zijn voortgekomen uit

[227] *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 264, nr. 3, p. 20. *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3, p. 12.
[228] Com 2002/149 definitief, p. 15. Com 2002/701 definitief, p. 3.

zorgen over de bescherming van uitzendkrachten, overbodig zijn geworden.[229] Deze heroverwegingsplicht maakt uitdrukkelijk geen deel uit van de implementatie van de richtlijn. De Expert Group benadrukt dat de omzetting van de richtlijn en de heroverweging van verbodsbepalingen en beperkingen twee van elkaar gescheiden exercities zijn. De bepalingen met betrekking tot de implementatie zijn opgenomen in artikel 11 van de richtlijn, de bepalingen met betrekking tot de heroverweging zijn specifiek opgenomen in artikel 4 van de richtlijn.[230] De Uitzendrichtlijn verplicht niet tot het opheffen van al dan niet gerechtvaardigde beperkingen en verbodsbepalingen.[231]

In tegenstelling tot het eerste richtlijnvoorstel van de Commissie, waarin de lidstaten zouden worden verplicht tot een regelmatige (en minstens om de vijf jaar) heroverweging, is in de uiteindelijke versie van de richtlijn bepaald dat de heroverweging eenmalig gedurende de implementatietermijn moet worden uitgevoerd.[232] De lidstaten moeten, op grond van lid 2 van artikel 4, voorafgaand aan de heroverweging de sociale partners volgens de nationale wetgeving, collectieve overeenkomsten en praktijken hebben geraadpleegd. Daarom heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in een brief op 5 juli 2011 de partners in de Stichting van de Arbeid verzocht de beperkingen en verbodsbepalingen op de inzet van uitzendarbeid in cao's te heroverwegen. De minister heeft de sociale partners verzocht om deze heroverweging voor 15 november 2011 te hebben voltooid. Het is belangrijk om hierbij op te merken dat lid 2 van de richtlijn de heroverwegingsplicht aan de lidstaten opdraagt en dat in lid 3 van artikel 4 de mogelijkheid is opgenomen om de heroverweging in cao's te laten verrichten door de sociale partners die de betrokken cao's hebben gesloten. Indien de heroverweging in de cao's door de sociale partners worden verricht, heeft dit niet tot gevolg dat de sociale partners voor deze heroverweging verantwoordelijk worden. De lidstaten blijven verantwoordelijk voor deze heroverweging.[233] De heroverweging van beperkingen en verbodsbepalingen in cao's zou conform artikel 4 lid 3 van de richtlijn zijn uitgevoerd door de Nederlandse sociale partners.[234]

Wellicht had de minister van SZW zijn verzoek niet tot de STAR moeten richten, maar tot de decentrale cao-partijen of had de minister de STAR moeten verzoeken om op haar beurt aan de decentrale cao-partijen te verzoeken om de heroverweging van de beperkingen en verbodsbepalingen in cao's te verrichten. Lid 3 van artikel 4 geeft de mogelijkheid om de in lid 2 bedoelde heroverweging te laten verrichten door de sociale partners die de betrokken overeenkomst hebben gesloten. Niet de STAR is partij bij de bedoelde overeenkomsten, maar de decentrale cao-partijen. De STAR is het overlegorgaan van de sociale partners op nationaal niveau. De decentrale cao-partijen onderhandelen over de cao. Misschien had de STAR het verzoek van de minister, om deze reden, moeten weigeren of (eerder) moeten overdragen aan de decentrale cao-partijen. Dit heeft de STAR echter niet gedaan. In zijn verzoek geeft de minister aan dat het aan de sociale partners is om ten behoeve van de heroverweging te inventariseren welke beperkingen en verbodsbepalingen in cao's voorkomen. Daarnaast is benadrukt dat het aan de sociale partners is om aan te geven of de beperkingen en verbodsbepalingen al dan niet gerechtvaardigd zijn. De minister wijst erop dat de sociale partners verantwoordelijk zijn voor de afspraken in de cao. De Europese Commissie heeft een format verstrekt aan de hand waarvan de lidstaten kunnen rapporteren. De sociale partners is verzocht om ten behoeve van een zorgvuldige informatieverstrekking aan de Commissie gebruik te maken van dit format.[235] De STAR heeft het verzoek om gebruik te maken van dit

[229] STAR 2011, p. 2.
[230] Expert Group 2011, p. 35.
[231] Expert Group 2011, p. 31.
[232] Expert Group 2011, p. 27.
[233] Expert Group 2011, p. 32.
[234] Brief van de minister van SZW aan de Europese Commissie d.d. 5 december 2011.
[235] Brief van de minister van SZW aan de Stichting van de Arbeid d.d. 5 juli 2011.

format naast haar neergelegd en heeft ervoor gekozen om de inventarisatie te doen aan de hand van een aantal categorieën cao-bepalingen. De reden voor deze handelswijze is dat, gezien het feit dat er in Nederland ruim 900 cao's zijn, deze inventarisatie onmogelijk volgens de STAR in de beperkte tijd die door de minister is gegeven kon geschieden.[236] De keuze van de STAR om geen gebruik te maken van dit format is op zichzelf overigens niet in strijd met de richtlijn. De Commissie heeft aangegeven dat, gezien het gebruik van het door haar verstrekte format niet is verplicht, het gebruik van dit format niet aan de sociale partners kan worden opgelegd.[237] Het is bij de heroverweging van belang dat elke individuele beperkende maatregel of verbodsbepaling wordt heroverwogen en onderworpen aan de gebruikelijke proef zoals die wordt uitgevoerd door het Hof van Justitie om te verifiëren of deze beperking of verbodsbepaling beschouwd kan worden als gerechtvaardigd op gronden van algemeen belang.[238]

In mijn ogen is de analyse van de STAR ten behoeve van de heroverweging met betrekking tot beperkingen en verbodsbepalingen op de inzet van uitzendarbeid in cao's die door de minister van SZW als bijlage is toegevoegd aan de rapportage, als bedoeld in artikel 4, niet een heroverweging als bedoeld in artikel 4 van de richtlijn. Een dergelijke overweging is, op zijn vroegst, in november 2012 te verwachten. In het verzoek van de minister heeft de STAR van 5 juli tot 15 november 2011 de tijd gekregen om de bedoelde heroverweging uit te voeren. Uit de analyse van de STAR is te herleiden dat deze heroverweging niet in deze beperkte tijd kon geschieden en heeft daarom een andere werkwijze toegepast. Wellicht had de minister de STAR meer tijd moeten geven voor de uitvoering van zijn verzoek. De 'echte' heroverweging volgt echter pas eind 2012.

Bij deze rapportage verzoekt de STAR namelijk de decentrale cao-partijen om bepaalde gegevens te leveren. Aan hen wordt verzocht om de uitkomsten van een eventuele heroverweging terug te rapporteren aan de Stichting. In geval van een heroverweging verzoekt de STAR de decentrale cao-partijen om aanvullende gegevens. Deze aanvullende gegevens zijn exact dezelfde als waar de Europese Commissie in het door haar verstrekte format om verzoekt. De STAR wil eerst de door decentrale cao-partijen verstrekte heroverwegingen evalueren en vervolgens hierover een rapport uitbrengen aan de minister van SZW. De STAR gaat de decentrale cao-partijen verzoeken om uiterlijk 31 oktober 2012 de rapportage te leveren.[239]

Helaas is analyse van de STAR minder overzichtelijk dan door de toelichting op de procedure wordt voorgespiegeld. Nadat de Stichting een inventarisatie aan de hand van een aantal categorieën cao-bepalingen heeft uitgevoerd, heeft de Stichting de categorieën cao-bepalingen gekwalificeerd die mogelijk als een verbodsbepaling of beperking op de inzet van uitzendkrachten kunnen worden beschouwd. De inventarisatie zelf is niet in deze analyse opgenomen. Vervolgens geeft de Stichting een antwoord op de vraag welke van de als zodanig gekwalificeerde categorieën cao-bepalingen op voorhand en in algemene zin gerechtvaardigd zijn. Ten slotte geeft de Stichting een oordeel welke categorieën cao-bepalingen, die als (potentiële) beperkingen of verbodsbepalingen in de zin van de richtlijn kunnen worden beschouwd, heroverwogen dienen te worden volgens artikel 4. [240]

Het startpunt van de analyse is de inventarisatie van welke categorieën cao-bepalingen te kwalificeren zijn als een verbodsbepaling of (potentieel) beperkend zijn ten aanzien van de inzet van uitzendarbeid in de zin van artikel 4 van de richtlijn. De Stichting heeft haar heroverweging beperkt tot de cao-bepalingen

[236] STAR 2011, p. 3.
[237] Expert Group 2011, p. 35.
[238] Expert Group 2011, p. 30.
[239] STAR 2011, p. 4-6.
[240] STAR 2011, p. 3-6.

die betrekking hebben op de inzet van uitzendkrachten. De Stichting wijst erop dat bepaalde cao-bepalingen die een beperkend effect hebben op de inzet van uitzendkrachten dit juist beogen om redenen die volgen uit de doelstellingen van de richtlijn. Deze bepalingen zijn een voorwaarde voor het goed kunnen functioneren van het uitzendwezen.[241] Volgens de Stichting hoeven categorieën cao-bepalingen die door haar niet als beperking in de zin van de richtlijn worden beschouwd of die op voorhand als gerechtvaardigd zijn beoordeeld, niet op decentraal niveau door de decentrale cao-partners heroverwogen te worden. Dit is in overeenstemming met het voornemen van de Europese Commissie. De Commissie is niet van plan te interveniëren in de vaststelling van welke beperkingen al dan niet gerechtvaardigd zijn.[242]

Volgens de STAR zijn de volgende categorieën cao-bepalingen, afhankelijk van inhoud of vormgeving, mogelijk een beperking of verbod op de inzet van uitzendkrachten in de zin van de richtlijn: 'maximering (aantal/percentage)', 'maximering (periode of duur van de opdracht)', 'cao-bepalingen op grond waarvan uitzendkrachten geen werkzaamheden mogen verrichten 'welke naar hun aard' door de werknemers van de inlener dienen te worden verricht', 'voorwaarden voor inschakeling', 'opleiding', 'NEN (4400)/SNA/certificering', 'vraag naar vergunning of andere vorm van erkenning/bonafide uitzendorganisatie/NEN-plus', 'informatie aan/instemming van vakbonden en/of ondernemingsraad' en 'bepalingen die verplichten tot afdracht aan een sociaal fonds'.

De werkgevers en werknemers hebben geen overeenstemming kunnen bereiken over de vraag of de volgende categorieën cao-bepalingen, afhankelijk van de inhoud of vormgeving, mogelijk als een beperking of verbod op de inzet van uitzendkrachten beschouwd kunnen worden in de zin van artikel 4 van de Uitzendrichtlijn: 'werkingssfeer', 'beloning en andere arbeidsvoorwaarden', 'vergewisplicht in verband met beloning', 'vakkrachten', 'informatie aan/instemming van vakbonden en/of ondernemingsraad' en 'aanpassing van de ketenbepaling'. De STAR zet de standpunten van de werkgevers en de werknemers uiteen en geeft hierbij de gronden waarop hun oordeel is gebaseerd van het al dan niet van sprake zijn van een (mogelijke) beperking in de zin van de richtlijn.

Vervolgens is beoordeeld welke van de als zodanig gekwalificeerde categorieën cao-bepalingen op voorhand en in algemene zin gerechtvaardigd zijn. Alleen de categorie 'NEN (4400)/SNA/certificering' is op voorhand, dus op grond van artikel 4 lid 4, gerechtvaardigd. Artikel 4 lid 4 van de richtlijn staat dergelijke regelingen of afspraken expliciet toe, daarom is verdere rechtvaardiging van deze categorie niet nodig.[243] De categorie 'vraag naar vergunning, NEN-plus of andere vorm van erkenning/bonafide uitzendorganisatie' kan, afhankelijk van de precieze invulling, gerechtvaardigd zijn op voorhand. Om dit te kunnen vaststellen dienen de decentrale cao-partijen volgens de Stichting (sectorale) erkenningsregelingen van bonafide uitzendorganisaties te bestuderen. In de analyse zijn geen categorieën cao-bepalingen opgenomen die in algemene zin, dus op grond van artikel 4 lid 1, die volgens de partijen in de STAR gerechtvaardigd zijn.

Over de volgende categorieën cao-bepalingen konden de werkgevers en werknemers geen overeenstemming bereiken op de vraag of deze categorieën in algemene zin gerechtvaardigd zijn: 'maximering (aantal/percentage)' en 'maximering (periode of duur van de opdracht)'.

Met betrekking tot de volgende categorieën cao-bepalingen dienen de bepalingen nader bestudeerd te worden door de decentrale cao-partijen om vast te kunnen stellen of deze bepalingen beperkend en

[241] STAR 2011, p. 5.
[242] Expert Group 2011, p. 32.
[243] STAR 2011, p. 12 en 13.

vervolgens eventueel een niet gerechtvaardigd karakter hebben: 'opleiding', 'voorwaarden voor inschakeling' en, afhankelijk van inhoud en vormgeving, 'bepalingen die verplichten tot afdracht aan een sociaal fonds', en 'cao-bepalingen op grond waarvan uitzendkrachten geen werkzaamheden mogen verrichten 'welke naar hun aard' door de werknemers van de inlener dienen te worden verricht'. Het is nog onzeker of een dergelijke bestudering nodig is voor de categorie 'Vraag naar vergunning/ NEN-plus of andere vorm van erkenning/bonafide uitzendorganisatie'.

Opvallend aan de analyse van de STAR is dat tussen de werkgevers en werknemers op zeer veel punten geen gemeenschappelijk standpunt is bereikt. Ook opvallend is dat in de analyse in het geheel geen categorieën cao-bepalingen zijn opgenomen die in algemene zin gerechtvaardigd zijn. De Stichting was voornemens aan te geven welke categorieën cao-bepalingen, volgens haar heroverwogen dienen te worden door de decentrale cao-partijen. De Stichting wilde hierbij deze partijen voorstellen doen over hoe gehandeld moet worden bij de heroverweging. Naar mijn mening is het van groot belang dat de werkgevers en werknemers in de STAR eerst tot een gezamenlijk standpunt inzake de categorieën komen voordat zij voorstellen aan de decentrale cao-partijen willen doen. De STAR gaat zich nog over de vraag buigen over de vraag of het gewenst is om de decentrale cao-partijen naast een brief nog specifieke criteria en/of aanbevelingen aan te reiken ten behoeve van de heroverwegingen. De STAR zal de decentrale cao-partijen erop wijzen dat in overweging 19 van de richtlijn is opgenomen dat deze richtlijn geen afbreuk doet aan de autonomie van de sociale partners met betrekking tot collectieve onderhandelingen.

De STAR is voornemens om ten aanzien van categorieën cao-bepalingen die door haar als beperking zijn aangemerkt en die door haar niet op voorhand als gerechtvaardigd beoordeeld zijn of kunnen worden, de decentrale cao-partijen te verzoeken om in het eerstvolgende cao-overleg te bezien, met andere woorden: te heroverwegen[244], of in hun cao sprake is van dergelijke cao-bepalingen. Indien hiervan sprake is, verzoekt de STAR de cao-partijen om aan te geven of, en zo ja: op welke gronden, zij dergelijke bepalingen wel of niet gerechtvaardigd achten. De STAR is voornemens de decentrale cao-partijen erop te wijzen dat bij het ontbreken van een valide rechtvaardigingsgrond de cao-partijen geacht zouden worden de cao-bepalingen op te heffen of aan te passen. Naar mijn mening dient de STAR hierbij ook te vermelden dat de opheffing of aanpassing van beperkingen of verbodsbepalingen niet is verplicht. Er is voor de lidstaten een plicht tot heroverweging. Er bestaat geen plicht tot opheffing of aanpassing van beperkingen of verbodsbepalingen die niet gerechtvaardigd kunnen worden met redenen van algemeen belang.[245]

De analyse van de Stichting kan naar mijn mening slechts worden beschouwd als een hulpmiddel voor de decentrale cao-partijen en niet als een volwaardige heroverweging. De decentrale cao-partijen zullen de werkelijke heroverweging moeten gaan uitvoeren. Dit betekent, los gezien van de door het ministerie van SZW uitgevoerde heroverweging van beperkingen en verbodsbepalingen in de Nederlandse wet- en regelgeving, dat de door de minister van SZW aan de Europese Commissie verstrekte heroverweging van de beperkingen en verbodsbepalingen niet volledig is. Aan deze plicht wordt dus niet voldaan. De minister van SZW is verantwoordelijk voor de heroverweging en voor het tijdig rapporteren hiervan aan de Europese Commissie. [246]

In het hiernavolgende zal de heroverweging van beperkingen en verbodsbepalingen in de Nederlandse wet- en regelgeving die is uitgevoerd door het ministerie van SZW worden besproken. In haar rapportage

[244] Op pagina 6 van haar analyse gebruikt de STAR hiervoor het woord 'heroverwegingen'.
[245] Expert Group 2011, p. 31.
[246] STAR 2011, p. 3 en 4.

stelt het ministerie van SZW dat het twee beperkingen heeft aangetroffen, die beiden naar haar oordeel zijn gerechtvaardigd. Beide beperkingen zijn overwogen door de overheid op centraal niveau. Opvallend bij deze heroverweging is dat, hoewel de Commissie in haar format verzoekt om de specifieke reden of redenen van algemeen belang in de heroverweging te specificeren, en de minister van SZW de sociale partners in zijn brief de STAR hetzelfde verzoekt, het ministerie zelf bij haar motivering van de rechtvaardiging niet de specifieke reden of redenen van algemeen belang zoals opgenomen in artikel 4 lid 1 Uitzendrichtlijn specificeert. Het ministerie motiveert wel waarom de beperkingen volgens haar gerechtvaardigd zijn, maar geeft bij deze motivering niet aan welke specifieke reden of redenen van algemeen belang van toepassing is. Ook ontbreekt in de rapportage een antwoord op het verzoek dat in het format is opgenomen om aan te geven of de beperking of verbodsbepaling onder artikel 4 lid 4 van de richtlijn zou vallen, ook dit verzoek wordt door het ministerie niet beantwoord.

Bij de heroverweging die door het ministerie van SZW is uitgevoerd is eerst geïnventariseerd of er beperkingen en verbodsbepalingen in de Nederlandse wet- en regelgeving, cao's en praktijk bestaan. Vervolgens zou zijn aangegeven of deze beperkingen en verbodsbepalingen al dan niet gerechtvaardigd zijn met redenen van algemeen belang.

De eerste beperking betreft het besluit van 7 september 2010, houdende wijziging van het Reglement rijbewijzen in verband met de invoering van een experiment met de verlaging van de leeftijdseisen voor buschauffeurs (Tijdelijk besluit buschauffeurs) en wijzigt het Reglement rijbewijzen. Het karakter van de eerste beperking betreft een Algemene Maatregel van Bestuur. Het ministerie beschrijft dat de beperking noodzakelijk is wegens een structureel tekort aan buschauffeurs. Dit tekort wordt veroorzaakt een grote uitstroom van chauffeurs door de vergrijzing. De instroom van chauffeurs is momenteel te klein. Een van de onderdelen van de wijziging in het Reglement rijbewijzen betreft het dienstverband met de vervoerder. In dit besluit is gekozen voor een arbeidsovereenkomst met een busvervoerder, niet zijnde een uitleenovereenkomst (artikel 173b onderdeel e van het Reglement rijbewijzen). De beperking is volgens het ministerie gerechtvaardigd op grond van redenen van algemeen belang. De motivatie van het ministerie kan gesplitst worden in drie onderdelen. Het eerste motief betreft dat in het Tijdelijk besluit buschauffeurs gekozen is voor een arbeidsovereenkomst. Het experiment heeft ten doel het tekort aan buschauffeurs op te heffen. Ter waarborging van de continuïteit van het aanbod van buschauffeurs in deze sector is het van belang om vervoerders en buschauffeurs door middel van een arbeidsovereenkomst direct aan elkaar te binden. Mogelijk is de reden voor deze motivatie de noodzaak om de goede werking van de arbeidsmarkt te garanderen, omdat met deze maatregel getracht wordt de continuïteit van werknemers in deze sector te waarborgen. Het tweede motief luidt dat het ook van belang is dat een arbeidsovereenkomst kan voorkomen dat jonge buschauffeurs zich kunnen onttrekken aan de gestelde maatregelen binnen het experiment. Mogelijk is de reden voor deze maatregel dat hiermee misbruik kan worden voorkomen, omdat met deze maatregel wordt geprobeerd te voorkomen dat werknemers zich kunnen onttrekken aan bepaalde gestelde maatregelen. Het derde motief is dat het toezicht van de vervoerder op de bestuurder sterker is gewaarborgd wanneer er een directe binding is met de vervoerder. Ook bij deze motivering heeft het ministerie de reden van algemeen belang niet gespecificeerd. Tot slot merkt het ministerie op dat het bij deze beperking gaat om een experiment met de duur van zes jaar. Gedurende dit experiment zullen de bestuurders worden gemonitord, onder meer aan de hand van een begeleidingstraject. Ook zal het experiment worden geëvalueerd. Uiterlijk zes maanden voor afloop van dit experiment zal aan beide kamers van de Staten-Generaal verslag worden gedaan over de doeltreffendheid en de effecten. In dit verslag zal een standpunt zijn opgenomen inzake de voortzetting anders dan als experiment. Het ministerie stelt dus de beoordeling of de beperking zal blijven gehandhaafd, aangepast of opgeheven maximaal tot zes maanden voor afloop van het experiment uit.

De tweede beperking betreft artikel 25 van het Uitvoeringsbesluit Wet op de Jeugdzorg. Het karakter van deze beperking is een beperking in de wet- en regelgeving. Het ministerie geeft de volgende omschrijving van deze beperking. In artikel 25 lid 1 van het Uitvoeringsbesluit Wet op de Jeugdzorg staat dat bepaalde door deze wet gespecificeerde medewerkers die belast zijn met bepaalde door deze wet gespecificeerde taken werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst met de stichting of op basis van een detacheringsovereenkomst tussen hun werkgever en de stichting. In het tweede lid van dit artikel is bepaald dat in afwijking van het eerste lid een medewerker anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst of detacheringsovereenkomst bij de stichting werkzaam kan zijn in bepaalde situaties. Dit kan indien hij zodanige gespecialiseerd is dat een arbeidsovereenkomst of een detacheringsovereenkomst een doelmatige werkwijze van de stichting belemmert, of ten behoeve van een tijdelijke functievervulling. Het ministerie geeft de volgende motivering voor de beperking. Dit artikel stelt eisen aan de aard van de dienstbetrekking. Het uitgangspunt bij een dienstbetrekking is dat medewerkers van de stichting die de daar bedoelde taken uitoefenen, werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst met de stichting of op basis van een detacheringsovereenkomst tussen de stichting en de werkgever. Deze beperking wordt gesteld met het oog op de continuïteit, aanspreekbaarheid en sturing van de stichting. Voor een verantwoorde uitvoering van haar taak is het noodzakelijk dat het bureau Jeugdzorg beschikt over medewerkers met deskundigheid over de beoordeling en aanpak van psychiatrische problemen van jeugdigen. In het tweede lid zijn de uitzondering op de hoofdregel opgenomen. Een medewerker mag anderszins bij de stichting werkzaam zijn op grond van twee gronden. Indien deze medewerker zodanig gespecialiseerd is dat een arbeidsovereenkomst of een detacheringsovereenkomst een doelmatige uitvoering van de taken door de stichting belemmert of ten behoeve van een tijdelijke functievervulling. Deze uitzonderingsregels hebben ten doel een flexibele bedrijfsvoering mogelijk te maken. Volgens het ministerie is er sprake van een zodanige uitzonderingsvrijheid dat dit artikel in de praktijk niet snel tot beperking op de inzet van uitzendarbeid zou leiden. Naar mijn mening is deze laatste opmerking van het ministerie irrelevant voor de heroverweging. Van belang is slechts dat beperkingen van en een verbod op de inzet van uitzendkrachten uitsluitend gerechtvaardigd kunnen worden met redenen van algemeen belang. Het ministerie geeft geen opmerkingen op de vraag of de beperking gehandhaafd blijft, wordt aangepast of opgeheven. Hetzelfde geldt voor de vragen welke verdere toekomstige stappen worden overwogen en of het ministerie van mening is dat de beperking onder artikel 4 lid 4 van de richtlijn valt. [247]

Een beperking in de Nederlandse wet- en regelgeving die is uitgesloten van de heroverwegingsverplichting van artikel 4 van de richtlijn is het onderkruipersverbod van artikel 10 Waadi. Het Europese recht kent geen onderkruipersverbod. [248] Voorafgaand aan de totstandkoming van de Uitzendrichtlijn geeft het Economisch en Sociaal Comité in haar advies aan dat overeenkomstig artikel 137 lid 5[249] VEG (het huidige artikel 153 lid 5 Wv) het onmogelijk is de lidstaten via een richtlijn formeel te verbieden om werknemers die betrokken zijn bij een collectief conflict, met name stakingen, te vervangen door uitzendkrachten. Dit lid vermeldt expliciet dat de bepalingen van dit artikel niet van toepassing zijn op het stakingsrecht. Het Comité benadrukt dat bepaalde uitzendbureaus vrijwillig geen uitzendkrachten ter beschikking stellen om werknemers die betrokken zijn bij een collectieve actie te vervangen. Het Comité geeft als voorbeeld de Gedragscode van de Internationale Vereniging van Uitzendbureaus (CIETT),

[247] *Kamerstukken II* 2011-2012, 32895, nr. 6, p. 1 en 2 met de bijlage: 'Rapportage heroverweging overheid', p. 1-3.
[248] Van den Bergh & Grapperhaus 2011, p. 7 (Kluwer Online Research).
[249] In het advies wordt (per abuis) verwezen naar lid 6 van dit artikel.

en dat bepaalde lidstaten dit verbod hebben opgenomen in hun nationale wetgeving. Volgens het Comité zouden alle uitzendbureaus en inlenende ondernemingen zich aan deze regel moeten houden.[250]

Met betrekking tot het onderkruipersverbod bestonden bij de onderhandelingen tussen de sociale partners voorafgaand aan de totstandkoming van de Uitzendrichtlijn al grote meningsverschillen.[251] Hoewel de Europese wetgever overeenkomstig artikel 153 lid 5 Wv niet bevoegd is op het terrein van stakingen, is toch in overweging 20 van de preambule van de richtlijn opgenomen dat nationale wetgeving of gebruiken die de vervanging van stakende werknemers door uitzendkrachten verbieden uitgezonderd zijn van de bepalingen van deze richtlijn met betrekking tot de beperkingen van of een verbod op het inzetten van uitzendkrachten. Deze overweging is aan de preambule toegevoegd bij de vaststelling van het gemeenschappelijk standpunt van de Uitzendrichtlijn.[252] Het ministerie van SZW heeft terecht artikel 10 Waadi niet in haar rapportage over de heroverweging van beperkingen en verbodsbepalingen in het kader van artikel 4 van de Uitzendrichtlijn opgenomen.

Momenteel is een wetsvoorstel aanhangig bij de Tweede Kamer die de Waadi wijzigt in verband met de invoering van een registratieplicht voor intermediairs die arbeidskrachten ter beschikking stellen (Wet registratieplicht intermediairs die arbeidskrachten ter beschikking stellen).[253] Deze wijziging van de Waadi maakt onderdeel uit van een pakket maatregelen, met als doel malafiditeit in de uitzendbranche terug te dringen. De maatregelen in dit pakket versterken elkaar en, volgens de memorie van toelichting, kunnen deze maatregelen alleen gezamenlijk tot het beoogde resultaat leiden. Dit wetsvoorstel bevat een uitwerking van de volgende twee elementen van het pakket. Het eerste element is 'de registratieplicht': in het voorstel is de invoering van een bestuurlijke boete opgenomen. Deze boete zal worden opgelegd aan de inlener die zaken doet met een niet als uitzendonderneming in het Handelsregister geregistreerde onderneming. Het tweede element betreft een specifieke informatieverplichting. Het voorstel is om de rijksbelastingdienst en de arbeidsinspectie te verplichten om informatie over malafide uitzendondernemingen door te geven aan erkende certificerende instellingen die zijn belast met de certificering van ondernemingen binnen de uitzendbranche. De AI zal informatie gaan verstrekken aan de Stichting Naleving Cao voor Uitzendkrachten (SNCU). Deze stichting zal hierdoor eenvoudiger kunnen controleren op de naleving van cao-bepalingen.

Zoals is aangegeven doet de toezichthouder aan betrokken partijen mededeling over de uitkomsten van het onderzoek. Momenteel is een nieuw artikel 15 opgenomen in het wetsvoorstel 'Wet registratieplicht intermediairs die arbeidskrachten ter beschikking stellen'. In de toelichting van het wetsvoorstel is aangegeven dat het in de praktijk problematisch is gebleken dat artikel 15 in het midden laat wat onder 'het doen van een mededeling' moet worden verstaan. Deze mededeling biedt onvoldoende aanknopingspunten om langs civielrechtelijke weg een overtreder aan te spreken (in de toelichting ligt de focus van deze mededeling op het onderkruipersverbod van artikel 10). De praktijk vraagt om een nadere invulling van het begrip 'mededeling'. Voorgesteld wordt dat wanneer er een melding wordt gedaan wegens de overtreding van de bepalingen van de hoofdstukken 2 en 3 de toezichthouder een verslag zal opstellen. Bij ministeriële regeling zullen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de inhoud van

[250] PbEG C61/127.
[251] Vaes & Vandenbrande 2009, p. 11.
[252] Com 2008/569 definitief, p. 3.
[253] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 872, nr. 2.

het verslag.[254] Indien aan een werkgever een boete wordt opgelegd zullen de daarvoor in aanmerking komende organisaties van werknemers en werkgevers daarvan in kennis gesteld worden.[255]

Daarnaast bevat dit wetsvoorstel een wijziging die geheel los staat van het pakket van maatregelen. Met deze wijziging wordt met de introductie van het nieuwe artikel 15 Waadi verduidelijkt op welke wijze de AI aan partijen mededeling doet indien na onderzoek een overtreding van een van de bepalingen van de hoofdstukken 2 of 3 van de Waadi is gebleken. De praktijk vraagt om een nadere invulling van het begrip 'mededeling'. Deze verduidelijking is in dit wetsvoorstel meegenomen, omdat het wetsvoorstel ook een wijziging van de Waadi betreft.[256] De huidige wettekst laat in het midden wat onder 'het doen van een mededeling' moet worden verstaan. In de praktijk is gebleken dat de enkele mededeling onvoldoende aanknopingspunten biedt om via de civielrechtelijke weg een werkgever die een bepaling van de hoofdstukken 2 of 3 heeft overtreden, bijvoorbeeld het onderkruipersverbod van artikel 10 Waadi, aan te spreken. Het voorstel is dat wanneer er een melding wordt gedaan in verband met de overtreding van de bepalingen van hoofdstuk 2 en 3 Waadi de arbeidsinspectie een verslag opstelt. Nadere regels ten aanzien van de inhoud van dit verslag zullen bij ministeriële regeling worden gesteld.[257]

Met dit voorstel worden de volgende wijzigingen in de Waadi voorgesteld. Aan artikel 1 lid 1 wordt de definitie van het begrip 'erkende certificerende instelling' toegevoegd. Daarnaast wordt aan dit artikel een lid toegevoegd. Dit lid bepaalt dat voor de toepassing van artikel 14b een ruimer begrip van 'ter beschikking stelling van arbeidskrachten' moet worden gebruikt. In hoofdstuk 3, dat betrekking heeft op de ter beschikking stelling van arbeidskrachten, wordt met het nieuwe artikel 7a een verbod opgenomen op ter beschikkingstelling zonder registratie. Daarnaast wordt in dit hoofdstuk met het nieuwe artikel 7b de verplichting aan degene die arbeidsbemiddeling verricht of arbeidskrachten ter beschikking stelt om bepaalde voorschriften na te leven. Naar mijn mening zou het duidelijker zijn geweest indien een nieuw artikel in hoofdstuk 2 zou zijn opgenomen dat specifiek betrekking heeft op arbeidsbemiddeling. In hoofdstuk 4 worden drie artikelen ingevoerd. Artikel 14a bevat een regeling tot een verplichte, kosteloze en op eigen beweging verstrekking van alle gegevens en inlichtingen door de andere diensten die belast zijn met de uitvoering van wettelijke taken aan de arbeidsinspectie die vereist zijn voor het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens de Waadi. Daarnaast zijn in dit artikel bepalingen opgenomen betreffende de gegevensverstrekking door de arbeidsinspectie aan andere bestuursorganen. Artikel 14b bevat de regelingen inzake de gegevensverstrekking aan erkende certificerende instellingen. Artikel 14c geeft regelt de inbeslagnemingsbevoegdheid van de toezichthouder. Het huidige artikel 15 wordt vervangen. Het nieuwe artikel 15 gaat het onderzoek op het terrein van ter beschikking stellen van arbeidskrachten en arbeidsbemiddeling regelen. Hoofdstuk 5 krijgt een nieuwe naam en gaat de bestuursrechtelijke handhaving van de registratieplicht regelen. Hiervoor wordt in hoofdstuk 5, in aanvulling op de Algemene wet bestuursrecht, 6 nieuwe artikelen opgenomen.[258] Ferouge en Franssen zijn van mening dat de inlichtingenplicht in het nieuwe artikel 20 Waadi overbodig is, omdat op grond van artikel 5:16 AWB de inspectie al de bevoegdheid heeft om inlichtingen te vorderen. Aan deze vordering moet medewerking worden verleend op grond van artikel 5:20 lid 1 AWB.[259]

Door dit wetsvoorstel wordt in de Nederlandse wet- en regelgeving een registratieplicht geïntroduceerd. Artikel 4 lid 4 bepaalt dat de heroverwegingsplicht van de leden 1, 2 en 3 van dit artikel gelden,

[254] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 872, nr. 3, p. 13.
[255] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 872, nr. 2, p. 4.
[256] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 872, nr. 3, p. 1-3.
[257] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 872, nr. 3, p. 13.
[258] *Kamerstukken II* 32 872, nr. 2, p. 1-6. *Kamerstukken II* 32 872, nr. 3, p. 18-21.
[259] Ferouge & Franssen 2012, p. 72.

onverminderd de nationale voorschriften inzake de registratie, afgifte van vergunningen, certificering, financiële waarborgen of het toezicht op uitzendbureaus. Voorschriften die onder een van deze genoemde categorieën vallen, zijn uitgezonderd van de heroverwegingsplicht van de richtlijn. Deze beperkingen, die gerelateerd zijn aan de toegang tot de markt en de uitoefening van de activiteiten van uitzendbureaus, zijn de enige beperkingen die niet heroverwogen hoeven te worden. De Expert Group benadrukt dat, ongeacht de uitzondering van de heroverwegingsplicht van artikel 4 lid 4 van de richtlijn, de artikelen 49 en 56 Wv de lidstaten opleggen om de vrijheid van vestiging en de vrijheid van diensten te respecteren. Dit betekent dat de nationale regels die de toegang of uitoefening van uitzendarbeid onderwerpen aan een autorisatie stelsel, zoals de verplichting voor de uitzendonderneming om zich te registeren of de eis van een vergunning of certificering voordat de uitzendonderneming haar activiteiten kan uitoefenen, moet voldoende proportioneel en noodzakelijk zijn. Deze eisen volgen uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

De stelling dat de registratieplicht zal leiden tot minder fraude wordt betwist. Zo is enkele jaren geleden het eigen keurmerk van de uitzendbranche geïntroduceerd: de NEN 4400-certificering. Bonafide uitzendbureaus konden een dergelijke certificering krijgen als zij konden aantonen dat zij de arbeidsrechtelijke en fiscale regelgeving niet overtraden. Een NEN-norm is een vrijwillige afspraak tussen belanghebbende partijen. Deze normen zijn geen wetten maar 'best practices'.[260] Echter, deze certificering heeft niet geleid tot verbetering: het maakt bijna geen verschil of een uitzendbureau NEN-gecertificeerd is wat betreft de kans dat zij zich aan de regels houdt. Bij 21% van de inspecties bij gecertificeerde uitzendbureaus werd in 2010 een overtreding geconstateerd tegenover 23% bij uitzendbureaus zonder certificatie.[261] Ferouge en Franssen stellen dat dit mogelijk ook gaat gelden voor ondernemingen die geregistreerd staan.[262]

De afdeling advisering van de Raad van State heeft enkele opmerkingen gemaakt op dit wetsvoorstel. Alleen de opmerkingen met betrekking tot (artikel 4 lid 4 van) de Uitzendrichtlijn zullen hierna worden besproken. Dit lid laat ruimte beperkingen aan het vrij verkeer te stellen als het gaat om de registratie van uitzendbureaus. Een dergelijke beperking dient echter wel voldoende proportioneel en noodzakelijk te zijn. De beperking van het vrije verkeer kan alleen worden gerechtvaardigd met een dwingende reden van algemeen belang, bijvoorbeeld de bescherming van werknemers en de controle op de naleving hiervan. Een mogelijke rechtvaardiging kan volgens de afdeling worden gevonden in het belang van het tegengaan van fraude en illegaliteit in de uitzendbranche. Hierbij merkt de afdeling op dat een registratieplicht een lichtere maatregel is dan een vergunning.[263]

De registratieverplichting zoals opgenomen in het wetsvoorstel geen verbodsbepaling is in de zin van artikel 4 lid 1 van de Uitzendrichtlijn.[264] Het verbod, om arbeidskrachten ter beschikking te stellen anders dan door middel van een onderneming of rechtspersoon die in het handelsregister is ingeschreven, is op voorhand gerechtvaardigd op grond van artikel 4 lid 4 van de Uitzendrichtlijn. Hoewel de heroverwegingsverplichting niet van toepassing is op beperkende maatregelen die vallen onder artikel 4 lid 4 Uitzendrichtlijn, is de Europese Commissie voorstander van het idee dat de Commissie, in het belang van de duidelijkheid en volledigheid van de gegevens, ook met betrekking tot dergelijke maatregelen in kennis wordt gesteld. Hoewel Nederland juridisch gezien niet verplicht is de Commissie te zijner tijd te informeren wanneer de registratieverplichting in de Nederlandse wet- en regelgeving is opgenomen, zou

[260] www.nen.nl/web/Normen-ontwikkelen/Wat-is-een-norm.htm (geraadpleegd op 24 mei 2012).
[261] *Kamerstukken II* 2011-2012, 29 407, nr. 132, p. 9.
[262] Ferouge & Franssen 2012, p. 69-71.
[263] *Kamerstukken II* 32 872, nr. 4, p. 5.
[264] Zie ook: Com 2008/569 definitief, p. 4.

Nederland, in het belang van de duidelijkheid en volledigheid van de gegevens, de Commissie in kennis kunnen stellen van deze verbodsbepaling.[265]

Nederland is op grond van lid 5 van artikel 4 verplicht om de Commissie uiterlijk op 5 december 2011 in kennis te stellen van de resultaten van de heroverweging van alle beperkingen en verbodsbepalingen in wet- en regelgeving en cao's. Het feit dat de heroverweging in de publieke sector nog niet op 5 december 2011 was afgerond en dat de heroverweging van alle beperkingen en verbodsbepalingen in de cao's in het geheel nog moet plaatsvinden, heeft geen consequenties voor de implementatie van de richtlijn, omdat deze heroverwegingsplicht geen deel uitmaakt van de implementatie hiervan. De omzetting van de richtlijn en de heroverweging van verbodsbepalingen en beperkingen zijn twee van elkaar gescheiden exercities. Bepalingen met betrekking tot de implementatie zijn opgenomen in artikel 11 van de richtlijn, bepalingen met betrekking tot de heroverweging zijn specifiek opgenomen in artikel 4 van de richtlijn.[266]

Hoofdstuk 2: Arbeidsvoorwaarden

Artikel 5: Het beginsel van gelijke behandeling

1. 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.
Bij de toepassing van de vorige alinea moeten de in de inlenende onderneming geldende regels betreffende:
a) de bescherming van zwangere vrouwen en zogende moeders en van kinderen en jongeren, alsmede
b) de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en maatregelen ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid in acht worden genomen, ongeacht of deze regels bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve overeenkomsten en/of andere bepalingen van algemene strekking zijn vastgesteld.
2. Ten aanzien van de bezoldiging kunnen de lidstaten, na raadpleging van de sociale partners, bepalen dat van het in lid 1 vastgestelde beginsel kan worden afgeweken wanneer de uitzendkrachten die door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan het uitzendbureau zijn gebonden, ook worden vergoed tijdens de periode tussen de uitvoering van twee opdrachten.
3. De lidstaten kunnen, na raadpleging van de sociale partners, hun de mogelijkheid bieden om op het passende niveau en onverminderd de door de lidstaten vastgestelde voorwaarden, collectieve overeenkomsten voort te zetten of te sluiten die, met inachtneming van de algemene bescherming van de uitzendkrachten, regelingen inzake de arbeidsvoorwaarden voor uitzendkrachten bevatten welke kunnen afwijken van de in lid 1 vastgestelde regelingen.
4. Mits aan uitzendkrachten een adequaat niveau van bescherming wordt geboden, kunnen de lidstaten waar geen wettelijk systeem bestaat om collectieve overeenkomsten algemeen toepasselijk te verklaren of geen wettelijk of praktisch systeem voor de uitbreiding van de bepalingen ervan tot alle soortgelijke ondernemingen in een bepaalde sector of in een bepaald geografisch gebied, na raadpleging van de sociale partners op nationaal niveau en op basis van een door hen gesloten overeenkomst, regelgevingen treffen inzake de essentiële arbeidsvoorwaarden die afwijken van het in lid 1 vastgestelde beginsel. Deze regelingen kunnen een periode voor het in aanmerking komen voor gelijke behandeling omvatten.
De in dit lid bedoelde regelingen zijn in overeenstemming met de Gemeenschapswetgeving en zijn in toereikende mate nauwkeurig en toegankelijk om de betrokken sectoren en ondernemingen in de gelegenheid te stellen hun verplichtingen in kaart te brengen en daaraan te voldoen. De lidstaten specificeren overeenkomstig artikel 3, lid 2, met name of de aanvullende ondernemings- en sectorale regelingen op het gebied van de sociale zekerheid, inclusief pensioenen, loondoorbetaling bij ziekte

[265] Expert Group 2011, p. 34.
[266] Expert Group 2011, p. 35.

en financiële participatie, opgenomen zijn in de in lid 1 genoemde essentiële arbeidsvoorwaarden. Deze regelingen laten eveneens de overeenkomsten op nationaal, regionaal, plaatselijk of sectoraal niveau die voor de werknemers niet minder gunstig zijn, onverlet.
5. De lidstaten nemen passende maatregelen, overeenkomstig de nationale wetgeving en/of praktijk, met het oog op voorkoming van misbruik bij de toepassing van dit artikel, met name voorkoming van achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van deze richtlijn te omzeilen. Zij stellen de Commissie van dergelijke maatregelen in kennis.

In de eerste alinea van lid 1 van artikel 5 is het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de essentiële arbeidsvoorwaarden ten aanzien van uitzendkrachten neergelegd. Voor de duur van hun opdracht bij de inlenende onderneming, moeten de essentiële arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten ten minste dezelfde zijn als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door de inlenende onderneming voor dezelfde functie in dienst waren genomen. In haar rapport stelt de Expert Group dat artikel 153 lid 5 Wv bepaalt dat de bepalingen van dit artikel niet van toepassing zijn op de bezoldiging. Deze bepaling van het Werkingsverdrag belemmert de Europese wetgever niet om het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot bezoldiging ten behoeve van uitzendkrachten vast te stellen.

In de Nederlandse wetgeving zal gelijk blijven dat de 'vergelijkbare werknemer' de werknemer is die werkzaam is in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. De tweedeling in de essentiële arbeidsvoorwaarden in artikel 3 lid 1 onderdeel f van de Uitzendrichtlijn is ook terug te vinden in het nieuwe artikel 8 lid 1 Waadi. Volgens de transponeringstabel in de memorie van toelichting zou implementatie van artikel 3 van de richtlijn niet nodig zijn.[267] Naar mijn mening is dit onjuist: artikel 3 lid 1 onderdeel f, vooral het eerste gedeelte, zal worden geïmplementeerd met het nieuwe artikel 8 lid 1 Waadi. Het leidende beginsel voor de implementatie van artikel 3 lid 1 onderdeel f moet volgens de Expert Group zijn dat de uitzendkracht ten minste dezelfde aanspraken heeft als die welke voor hen zouden gelden als hij rechtstreeks door de genoemde onderneming voor dezelfde functie in dienst was genomen. ´De in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve arbeidsovereenkomsten en/of andere in de inlenende vigerende bindende bepalingen van algemene strekking vastgelegde arbeidsvoorwaarden' in artikel 3 lid 1 onderdeel f zijn voorbeelden waarin de essentiële arbeidsvoorwaarden worden vastgesteld.[268] De regeling met betrekking tot het loon, in artikel 8 lid 1 onder a, houdt geen verandering in met de bekende loonverhoudingsnorm. De essentiële arbeidsvoorwaarden, met uitzondering van loon, zullen worden geregeld in 'cao's of andere niet wettelijke bepalingen van algemene strekking [die] van kracht zijn binnen de inlenende onderneming'. De motivering hiervoor is dat in de relevante Nederlandse wetgeving geen onderscheid wordt gemaakt tussen uitzendkrachten en andere werknemers. Met deze wetswijziging wordt de gelijke behandelingsnorm voor ter beschikking gestelde arbeidskrachten met betrekking tot de overige essentiële arbeidsvoorwaarden die op basis van cao of andere niet wettelijke bepalingen van algemene strekking van kracht zijn binnen de inlenende onderneming geïmplementeerd.[269] Deze gelijke behandelingsnorm is opgenomen in het nieuwe artikel 8 lid 1 onderdeel b Waadi. De eerste alinea van artikel 5 lid 1 van de richtlijn is hiermee juist geïmplementeerd.

De tweede alinea van lid 1 van artikel 5 bepaalt dat bij de toepassing van de eerste alinea, de in de inlenende onderneming geldende regels betreffende bepaalde beschermingsvoorschriften en maatregelen ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie in acht moeten worden genomen, ongeacht of deze regels bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve overeenkomsten

[267] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3, p. 10.
[268] Expert Group 2011, p. 17.
[269] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3, p. 5.

en/of andere bepalingen van algemene strekking zijn vastgesteld. In de relevante Nederlandse regelgeving wordt geen onderscheid gemaakt tussen uitzendkrachten en andere werknemers. De implementatie is vereist van een gelijke behandelingsnorm voor ter beschikking gestelde arbeidskrachten met betrekking tot de in lid 1 onder a en b opgenomen regels en maatregelen van artikel 5, die op basis van cao's of andere niet wettelijke bepalingen van algemene strekking binnen de inlenende onderneming van kracht zijn. Deze gelijke behandelingsnorm is opgenomen in het nieuwe artikel 8 lid 2 Waadi. De tweede alinea van artikel 5 lid 1 van de richtlijn wordt juist geïmplementeerd.

In beginsel geeft het tweede lid van artikel 5 de lidstaten de mogelijkheid om af te wijken van het beginsel van gelijke behandeling wat betreft loon, indien een uitzendkracht die voor onbepaalde tijd bij het uitzendbureau in dienst is ook wordt vergoed tijdens de periode tussen de uitvoering van twee opdrachten. Deze afwijkingsmogelijkheid wordt pas geopend na raadpleging van de sociale partners. Nederland kan geen gebruik maken van de mogelijkheid die dit lid biedt door het in artikel 9 lid 2 van de richtlijn opgenomen verslechteringsverbod. Dit lid bepaalt dat de uitvoering van deze richtlijn geen rechtvaardiging mag vormen voor een verlaging van het algemene beschermingsniveau van de werknemers op de onder deze richtlijn vallende gebieden. Voor uitzendkrachten die door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan het uitzendbureau zijn gebonden geldt het beginsel van gelijke behandeling wat betreft loon van artikel 8 lid 1 Waadi. Afwijken hiervan is alleen bij cao mogelijk. Bij fase C van de ABU-cao ontstaat een uitzendovereenkomst aangegaan voor onbepaalde tijd. In beginsel behouden deze uitzendkrachten op grond van artikel 7:628 BW recht op loon tijdens de periode tussen de uitvoering van twee opdrachten.[270] Op grond van het voorafgaande kan Nederland artikel 5 lid 2 niet implementeren. Met de wetswijziging wordt dan ook dit lid terecht niet geïmplementeerd.

Het derde lid van artikel 5 bepaalt dat een lidstaat de sociale partners, na raadpleging van deze sociale partners, de mogelijkheid kan bieden om op het passende niveau en onverminderd de door de lidstaten vastgestelde voorwaarden cao's voort te zetten of af te sluiten die, met inachtneming van de algemene bescherming van de uitzendkrachten, regelingen inzake de arbeidsvoorwaarden voor uitzendkrachten bevatten die kunnen afwijken van de vastgestelde regelingen van artikel 5 lid 1. Dit lid moet worden gelezen in samenhang met overweging 16 van de preambule van de richtlijn. Hierin staat dat de lidstaten de sociale partners kunnen toestaan de arbeidsvoorwaarden te definiëren, op de voorwaarde dat het algemene beschermingsniveau voor uitzendkrachten wordt geëerbiedigd. Hiermee wordt geprobeerd om op flexibele wijze met de diversiteit van de arbeidsmarkten en de arbeidsverhoudingen om te gaan. De Expert Group geeft hierbij de toelichting dat dit lid de lidstaten toestaat om de omzetting van de richtlijn aan de sociale partners mag worden overgelaten. Artikel 5 lid 3 dient in samenhang met artikel 11 lid 1 gelezen te worden. De sociale partners mogen, door middel van een overeenkomst, de vereiste bepalingen in werking doen treden voor de implementatie van de richtlijn. Artikel 5 lid 3 opent de mogelijkheid dat door de sociale partners wordt afgeweken van de essentiële arbeidsvoorwaarden in overeenkomsten. Daarnaast opent dit lid de mogelijkheid om de richtlijn door de sociale partners gedeeltelijk of zelfs in het geheel om te laten zetten. Een dergelijke mogelijkheid is expliciet erkend door het Europese Hof van Justitie. Indien gedeeltelijke of gehele omzetting aan de sociale partners wordt overgelaten, dient de lidstaat er zorg voor te dragen dat de sociale partners via overeenkomsten de vereiste bepalingen in werking doen treden. Hierbij dient de lidstaat alle nodige maatregelen te treffen zodat de sociale partners voor de op grond van deze richtlijn vereiste resultaten kunnen instaan.

In de formulering van dit lid ligt besloten dat de afwijkingsmogelijkheden van het beginsel van gelijke behandeling beperkt zijn. Zo moet het niveau van de collectieve overeenkomsten die door de sociale

[270] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3, p. 6.

partners worden voortgezet of afgesloten 'passend' zijn. Het is onduidelijk wat precies wordt bedoeld met 'passend niveau'. Al in haar advies drong het Economisch en Sociaal Comité aan dat in dit lid niet voldoende duidelijk wordt gesteld wat hieronder wordt verstaan: het niveau van arbeidsvoorwaarden of type cao? De juiste interpretatie wordt nu overgelaten aan het Hof van Justitie of het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.[271]

Daarnaast moeten, indien gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid of mogelijkheden van artikel 5 lid 3, tegenwicht biedende beschermingselementen in de collectieve overeenkomsten aanwezig zijn met inachtneming van de algemene bescherming van de uitzendkrachten. De Expert Group geeft hierbij een mogelijkheid als voorbeeld. Zo kunnen de sociale partners een lagere bezoldiging overeenkomen, in ruil voor betere opleidingsmogelijkheden tijdens de periode tussen de uitvoering van twee opdrachten. Echter, dergelijke overeenkomsten mogen niet slechts beperkt blijven tot bijvoorbeeld de vaststelling van een lager niveau van bezoldiging, in dat geval zijn tegenwicht biedende bepalingen ten gunste van uitzendkrachten vereist.[272]

In de wetswijziging wordt gebruik gemaakt van de afwijkingsmogelijkheid van artikel 5 lid 3. Dit lid wordt geïmplementeerd door het nieuwe artikel 8 lid 3 Waadi. Afwijking van de leden 1 en 2 van het nieuwe artikel 8 is toegestaan bij cao, onder een aantal voorwaarden. Deze voorwaarden zullen worden besproken bij de behandeling van artikel 5 lid 5. Nederland biedt de sociale partners de mogelijkheid om, met inachtneming van de door de Nederland vastgestelde voorwaarden, cao's voort te zetten of af te sluiten waarbij wordt afgeweken van het gelijke behandelingsbeginsel. De regering motiveert dat deze mogelijkheid aan de sociale partners wordt gegeven, omdat het hen in staat stelt afspraken op maat te maken. Daarnaast past dit binnen het huidige stelsel, waarin op grond van het huidige artikel 8 Waadi al mogelijk is om bij cao van de inlener en van de uitlener af te wijken van het gelijke loonbeginsel.

Dat de sociale partners hiervoor door Nederland worden geraadpleegd is in Nederland gebruikelijk. De vraag of de sociale partners door Nederland op het passende niveau de mogelijkheid wordt geboden kan nu niet worden beantwoord. Een interpretatie hiervan zal moeten worden gegeven door het Hof van Justitie of het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Een dergelijke cao moet de algemene bescherming van de uitzendkrachten in acht nemen. De mogelijkheid tot afwijking is beperkt tot wat bovenwettelijk is geregeld. Afwijking van dwingendrechtelijke wettelijke voorschriften die de mogelijkheid tot afwijking zelf niet kennen is niet mogelijk. Daarmee is, volgens de regering, het algemene beschermingsniveau van uitzendkrachten gewaarborgd.[273] Artikel 5 lid 3 van de richtlijn wordt op een juiste manier geïmplementeerd.

Het vierde lid van artikel 5 biedt lidstaten, waar geen wettelijk systeem bestaat om cao's algemeen toepasselijk te verklaren, de mogelijkheid regelgeving vast te stellen inzake de essentiële arbeidsvoorwaarden die afwijkt van het in lid 1 vastgestelde beginsel, op voorwaarde dat aan uitzendkrachten een adequaat niveau van bescherming wordt geboden. Dit lid kan niet worden geïmplementeerd door Nederland, omdat in Nederland een wettelijk systeem bestaat om cao's algemeen toepasselijk te verklaren. Met de wetswijziging wordt dan ook dit lid terecht niet geïmplementeerd.

Het vijfde lid van artikel 5 bepaalt dat de lidstaten passende maatregelen moeten nemen, overeenkomstig de nationale wetgeving en/of praktijk. Dit lid is van toepassing op het gehele artikel, met inbegrip van alle afwijkingsmogelijkheden van de leden 2 tot en met 4. De consequenties van dit lid zijn afhankelijk van de

[271] C61/128. Hermans & Houwerzijl 2009, p. 3.
[272] Expert Group, p. 24.
[273] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3 p. 13. *Kamerstukken II* 2011-2012 nr. 5, p. 4 en 6.

situatie in de lidstaat en de afwijkingsmogelijkheden die in deze lidstaat worden toegepast. Deze maatregelen moeten het voorkomen van misbruik bij de toepassing van artikel 5 beogen, met name maatregelen ter voorkoming van achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van deze richtlijn te omzeilen. De lidstaten dienen ten minste de Commissie van dergelijke maatregelen in kennis te stellen.

Artikel 5 lid 5 Uitzendrichtlijn zal grotendeels worden geïmplementeerd door het nieuwe artikel 8 lid 3 Waadi. In lid 3 van artikel 8 zijn voorwaarden opgenomen voor afwijking bij cao. Lid 3 onderdeel a bepaalt dat bij cao kan worden afgeweken van het eerste en tweede lid, mits de periode gedurende welke wordt afgeweken in duur is beperkt. Bovendien moet die overeenkomst voorzien in een regeling op grond waarvan misbruik door elkaar opvolgende perioden van terbeschikkingstelling wordt voorkomen. De afwijkingsmogelijkheid is beperkt tot wat bovenwettelijk is geregeld. De regering meent dat het aan de sociale partners zelf is om nadere invulling te geven aan de regeling bij cao op grond waarvan misbruik door elkaar opvolgende perioden van terbeschikkingstelling wordt voorkomen. De regering verplicht de sociale partners om de antimisbruikbepaling in te vullen. De regering zal twee jaar na inwerkingtreding bezien op welke wijze aan deze antimisbruikbepaling invulling zal zijn gegeven.[274] Echter, op dit moment bevat de huidige ABU-cao niet deze vereiste antimisbruikbepaling. Hierdoor heeft Nederland nog niet de passende maatregelen genomen met het oog op voorkoming van misbruik van de mogelijkheid tot afwijking van het beginsel van gelijke behandeling. Door het ontbreken van deze antimisbruikbepaling is artikel 5 lid 5 Uitzendrichtlijn niet juist geïmplementeerd. De tweede zin van lid 5 verplicht Nederland om de Commissie van dergelijke antimisbruikbepalingen in kennis te stellen. Nederland kan gezien het voorafgaande uiteraard niet aan de verplichting die de tweede zin van lid 5 oplegt voldoen.

Los van deze onjuiste implementatie kan het ontbreken van deze antimisbruikbepaling in de ABU-cao grote gevolgen hebben. Op dit moment voldoet de ABU-cao niet aan de voorwaarden van artikel 8 lid 3 Waadi om af te wijken van de gelijke behandelingsnorm van artikel 8 lid 1 Waadi. Op dit moment zijn de bepalingen in de ABU-cao die gebruik maken van de afwijkingsmogelijkheid van artikel 8 lid 3 Waadi in strijd met een dwingendrechtelijk wettelijk voorschrift en zijn hierdoor nietig op grond van artikel 40 lid 2 BW. Nietigheid heeft als resultaat dat de desbetreffende afspraak niet bestaat.[275]

Naast het feit dat de ABU-cao geen antimisbruikbepaling bevat wordt ook niet voldaan aan de tweede eis van artikel 8 lid 3. Afwijkingen van de gelijke behandelingsnorm zijn slechts toegestaan indien de periode gedurende welke wordt afgeweken in duur is beperkt. In de ABU-cao is sprake van in duur beperkte afwijking met betrekking tot het loon. Nadat de uitzendkracht 26 weken voor dezelfde uitzendonderneming heeft gewerkt ten behoeve van dezelfde opdrachtgever ontvangt deze uitzendkracht de beloning van de werknemer die werkzaam is in een gelijke of gelijkwaardige functie in dienst van de inlenende onderneming.[276] Ook de afwijkingen met betrekking tot overuren en nachtarbeid zijn in duur beperkt: indien de uitzendonderneming artikel 19 lid 5 ABU-cao op de uitzendkracht toepast, wordt ook de overwerktoeslag en de toeslag voor nachtarbeid toegepast die overeenkomst met de bij de opdrachtgever in gelijke omstandigheden geldende factor.[277] In de ABU-cao wordt niet afgeweken met betrekking tot pauzes: de pauzes van uitzendkrachten zullen gelijk zijn als die bij de werkgever geldende pauzes op grond van de wet en/of cao.[278] De regelingen met betrekking tot de arbeidstijd en rusttijden in de ABU-cao is in strijd met artikel 8 lid 3 Waadi, omdat voor uitzendkrachten een afwijkend

[274] *Kamerstukken II* 2011-2012, 32 895, nr. 5 p. 7.
[275] Van Drongelen & Fase 2009, p. 27 en 28.
[276] Artikel 19 lid 5 onderdeel b ABU-cao.
[277] Artikel 25 lid 2 en 26 lid 2 ABU-cao.
[278] Artikel 34 lid 2 ABU-cao.

arbeidspatroon kan worden overeengekomen welke niet in duur is beperkt.[279] De afwijkende regelingen inzake de vakantie en feestdagen zijn in het geheel niet in duur beperkt en zijn hierdoor in strijd met artikel 8 lid 3 Waadi.[280]

Tot slot is in artikel 8 lid 3 onderdeel b de bepaling opgenomen dat bij cao van de inlener bepaalt kan worden dat een werkgever zich ervan moet verzekeren dat de aan zijn onderneming ter beschikking gestelde werknemers hun werkzaamheden verrichten tegen de arbeidsvoorwaarden, als bedoeld in het nieuwe artikel 8 lid 1, die voor deze werknemers bij die overeenkomst zijn voorgeschreven.[281]

Artikel 6: Toegang tot werk, collectieve voorzieningen en beroepsopleiding

1. De uitzendkrachten worden ingelicht over de vacatures in de inlenende onderneming opdat zij dezelfde kansen op een vaste baan hebben als de overige werknemers van die onderneming. Dergelijke informatie kan worden verstrekt door middel van een algemene aankondiging op een geschikte plaats in de onderneming waarvoor en onder toezicht waarvan de uitzendkrachten tijdelijk werken.
2. De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat eventuele bepalingen die het sluiten van een arbeidsovereenkomst of het tot stand komen van een arbeidsverhouding tussen de inlenende onderneming en de uitzendkracht na afloop van zijn uitzendopdracht verbieden of verhinderen, nietig zijn of nietig kunnen worden verklaard.
Dit lid laat regelingen volgens welke uitzendondernemingen een redelijke vergoeding ontvangen voor aan de inlenende onderneming verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, aanwerving en opleiding van uitzendkrachten onverlet.
3. De uitzendbureaus rekenen de werknemers geen honoraria aan voor opdrachten in een inlenende onderneming of voor het sluiten van een arbeidsovereenkomst of het aangaan van een arbeidsverhouding met de inlenende onderneming na hun uitzendopdracht in de betrokken inlenende onderneming.
4. Onverminderd artikel 5, lid 1, hebben uitzendkrachten toegang tot de bedrijfsvoorzieningen of diensten in de inlenende onderneming, met name kantines, kinderopvang- en vervoerfaciliteiten, onder dezelfde voorwaarden als de werknemers die rechtstreeks door deze onderneming zijn aangesteld, tenzij het verschil in behandeling om objectieve redenen gerechtvaardigd is.
5. De lidstaten nemen de nodige maatregelen of bevorderen de dialoog tussen de sociale partners overeenkomstig hun tradities en nationale praktijken, met als doel:
a) de toegang van uitzendkrachten tot opleiding in de uitzendbureaus en tot kinderopvangvoorzieningen te verbeteren, ook tijdens de perioden tussen de opdrachten, teneinde hun loopbaan verder te ontwikkelen en hun inzetbaarheid te verbeteren;
b) de toegang van uitzendkrachten tot de opleidingsmogelijkheden voor de werknemers van de inlenende ondernemingen waar ze worden ingezet, te verbeteren.

Artikel 6 legt de lidstaten verplichtingen op inzake de toegang tot werk, collectieve voorzieningen en beroepsopleiding. In haar memorie van toelichting op haar eerste richtlijnvoorstel stelt de Commissie dat de wetgeving die in de lidstaten van toepassing is zeer vaak voorziet in de toegang tot de sociale dienstverlening van de inlenende onderneming.[282] Deze bewering lijkt niet voor Nederland op te gaan: artikel 6 van de richtlijn zal worden geïmplementeerd door middel van 3 nieuwe artikelen in de Nederlandse wetgeving. De eerste zin van eerste lid van artikel 6 bepaalt dat uitzendkrachten moeten worden ingelicht over de vacatures in de inlenende onderneming, zodat zij dezelfde kansen op een vast dienstverband hebben als de overige werknemers van die onderneming. De Expert Group geeft aan dat de ruimst mogelijke interpretatie aan deze verplichting dient te worden gegeven. De inlichting over

[279] Artikel 34 lid 1 ABU-cao.
[280] Artikel 35 en 38 ABU-cao.
[281] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3, p. 13.
[282] Com 2002/149 definitief, p. 5.

vacatures in de inlenende onderneming moeten worden verstrekt aan alle uitzendkrachten, ongeacht of zij in aanmerking komen voor een specifieke vacature en ongeacht of zij een contract voor bepaalde of onbepaalde tijd hebben.[283] Deze zin zal worden geïmplementeerd door het nieuwe artikel 8b Waadi. Dit artikel legt de inlener op om ervoor te zorgen dat binnen zijn onderneming ontstane vacatures tijdig en duidelijk ter kennis worden gebracht aan de hem ter beschikking gestelde uitzendkrachten, opdat zij dezelfde kansen op een vast dienstverband hebben als de werknemers van die onderneming. De inlener heeft deze verplichting gekregen, omdat hij de aangewezen persoon is die deze informatie over vacatures binnen zijn onderneming kan verstrekken. Uit de nota naar aanleiding van het verslag wordt de eerste zin van artikel 6 lid 1 niet juist geïmplementeerd. In deze nota motiveert de regering dat tijdens de inleenperiode de inlener er zorg voor dient te dragen dat de bij hem ter beschikking gestelde arbeidskrachten geïnformeerd worden over vacatures voor onbepaalde tijd binnen zijn onderneming. Naar mijn mening kan het juist zijn dat deze verplichting niet meer geldt na afloop van de inleenperiode, de richtlijn legt geen vacaturemeldingsplicht na afloop van de ter beschikking stelling op. Naar mijn mening is het onjuist dat de vacaturemeldingsplicht niet geldt voor vacatures voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.[284] De Expert Group geeft aan dat de interpretatie van deze verplichting zo ruim mogelijk dient te zijn. De Expert Group maakt hierbij geen onderscheid tussen vacatures voor bepaalde en voor onbepaalde tijd. Vacatures voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zouden daarom ook onder deze verplichting moeten vallen. Hiermee zou het doel van deze verplichting beter worden gediend: deze meldingsplicht is bedoeld om uitzendkrachten dezelfde kansen te bieden op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als de andere werknemers van de inlener. De eerste zin van artikel 6 lid 1 is niet juist geïmplementeerd. De tweede zin van het eerste lid van artikel 6 bepaalt dat de verstrekking van dergelijke informatie door middel van een algemene aankondiging op een algemene plaats kan plaatsvinden in de onderneming waarvoor en onder toezicht waarvan de uitzendkrachten tijdelijk werken. In de memorie van toelichting stelt de regering dat vacatures kenbaar kunnen worden gemaakt door een algemene aankondiging op een geschikte plaats bij de inlenende onderneming, hierbij is als voorbeeld gegeven dat deze aankondiging via intranet dat binnen de onderneming wordt gebruikt kan plaatsvinden. De termen ‘duidelijk’ en ‘tijdig’ sluiten aan bij de omschrijving van de vacaturemelding voor werknemers met een contract voor bepaalde tijd in artikel 7:657 BW.[285] De tweede zin van artikel 6 lid 1 is juist geïmplementeerd.

De eerste alinea van het tweede lid van artikel 6 legt de lidstaten de plicht op om de nodige maatregelen te treffen zodat eventuele bepalingen die het sluiten van een arbeidsovereenkomst of het tot stand komen van een arbeidsovereenkomst tussen de inlener en de uitzendkracht na afloop van zijn uitzendkracht verbieden of verhinderen, nietig zijn of nietig kunnen worden verklaard. De eerste alinea van het tweede lid van artikel 6 zal worden geïmplementeerd met het nieuwe artikel 9a Waadi. Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat de uitlener geen belemmeringen in de weg legt voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst na afloop van de terbeschikkingstelling tussen de ter beschikking gestelde arbeidskracht en de inlener. Het tweede lid van artikel 9a bepaalt dat elk beding in strijd met het eerste lid nietig is, tenzij een bepaald beding van toepassing is. De tweede alinea van het tweede lid van artikel 6 laat regelingen volgens welke uitzendondernemingen een redelijke vergoeding ontvangen voor aan de inlenende onderneming verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, aanwerving en opleiding van uitzendkrachten onverlet. Deze tweede alinea zal worden geïmplementeerd met lid 2 van artikel 9a Waadi waarin is opgenomen dat een beding, op grond waarvan de inlener een redelijke vergoeding is verschuldigd aan de uitlener voor de door deze verleende diensten in verband met de

[283] Expert Group 2011, p. 38 en 39.
[284] *Kamerstukken II* 2011-2012, 32 895, nr. 5, p. 7.
[285] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3, p. 7 en 13.

terbeschikkingstelling, werving of opleiding van de desbetreffende arbeidskracht, niet nietig is. Met artikel 9a wordt opnieuw een wettelijke regeling van het belemmeringsverbod opgenomen. In de rechtspraak wordt aangenomen dat dit verbod nog wel bestaat. Met de komst van de Waadi is het wettelijk belemmeringsverbod komen te vervallen, omdat uitzendkrachten op grond van het algemene overeenkomstenrecht onredelijke bedingen door de rechter kunnen laten vernietigen. De rechter kan op grond van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW een verbod als een onredelijk beding aanmerken en dit beding vernietigen. De rechter kan ook op grond van het goed werkgever- en werknemerschap van artikel 7:611BW een beding dat de indiensttreding bij de inlener belemmert ongedaan maken. De reden voor de opname van een wettelijke regeling van het belemmeringsverbod is dat de richtlijn voorschrijft dat elk beding dat de indiensttreding bij een inlener belemmert verboden moet zijn, deze plicht geldt zowel voor redelijke als voor onredelijke bedingen. Een beding is uitsluitend toegestaan indien deze de inlener een redelijke vergoeding aan de uitlener oplegt voor werving, terbeschikkingstelling of opleiding van de desbetreffende arbeidskracht.[286] Artikel 6 lid 2 is juist geïmplementeerd. Het derde lid van artikel 6 bepaalt dat de uitzendbureaus de werknemers geen honoraria rekenen voor opdrachten bij een inlener of voor het sluiten van een arbeidsovereenkomst of het aangaan van een arbeidsverhouding met de inlener na de uitzendopdracht in de betrokken inlenende onderneming. Implementatie van dit lid is niet nodig. Artikel 9 Waadi verbiedt al dat bij het ter beschikking stellen van arbeidskrachten een tegenprestatie voor de ter beschikking stelling van de arbeidskracht wordt bedongen.

Het vierde lid van artikel 6 bepaalt dat, onverminderd artikel 5 lid 1, uitzendkrachten toegang moeten hebben tot de bedrijfsvoorzieningen of diensten in de inlenende onderneming. Hierbij wordt met name genoemd kantines, kinderopvang- en vervoersfaciliteiten. In de toelichting op het eerste Commissievoorstel was dit ruimer vermeld: de uitzendkracht zou toegang moeten hebben tot de 'sociale dienstverlening' van de inlenende onderneming.[287] Dit zijn slechts voorbeelden en vormen geen uitputtende lijst van bedrijfsvoorzieningen of diensten. De Commissie stelt dat het opstellen van gedetailleerde omzettingsmaatregelen voor deze bepaling niet eenvoudig is. Ter vermijding van potentiële problemen zou een algemene regeling aan te bevelen zijn. Uitzendkrachten dienen deze toegang onder dezelfde voorwaarden te hebben als de werknemers die rechtstreeks door de inlener zijn aangesteld. Een verschil in behandeling kan alleen om objectieve redenen gerechtvaardigd worden. De Commissie verklaart dat niet eenvoudig een verschil in behandeling zal kunnen worden gerechtvaardigd. Zo kan de weigering van de toegang tot kantines niet objectief worden gerechtvaardigd, ongeacht de duur van de opdracht, ervan uitgaande dat de kantines toegankelijk zijn voor alle categorieën van werknemers die direct door de inlener zijn aangenomen. Met betrekking tot de vervoersfaciliteiten, zou een verschil in behandeling alleen objectief gerechtvaardigd kunnen worden indien slechts een bepaalde categorie van werknemers aanspraak kan maken op deze faciliteiten. Met betrekking tot de kinderopvangfaciliteiten kan een verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd worden, indien slechts een beperkt aantal plaatsen beschikbaar is en deze faciliteit ontoereikend is om te voldoen aan de behoeften van het eigen personeel van de onderneming. Echter, gelijke behandeling tot deze collectieve voorzieningen van de inlenende onderneming dient de hoofdregel te zijn. De Commissie benadrukt dat onder Europees recht economische redenen, bijvoorbeeld de kosten van collectieve voorzieningen, nooit kunnen worden dienen als een objectieve rechtvaardiging voor een verschil in behandeling. Welke bijzondere omstandigheden als rechtvaardiging kunnen dienen voor een verschil in behandeling zal in praktijk van geval tot geval moeten worden bepaald.[288] Dit lid zal worden geïmplementeerd met het nieuwe artikel 8a

[286] *Kamerstukken II* 2011-2012, 32 895, nr. 5, p. 8.
[287] Com 2002/149 definitief, p. 16.
[288] Expert Group 2011, p. 39 en 40.

Waadi. Dit artikel bepaalt dat de inlener ervoor dient te zorgen dat de aan hem ter beschikking gestelde arbeidskrachten gelijke toegang hebben tot de bedrijfsvoorzieningen of diensten in zijn onderneming, met name kantines, kinderopvang- en vervoersfaciliteiten, als de werknemers die in dienst van de inlener werkzaam zijn in gelijke of gelijkwaardige functies, tenzij het verschil om objectieve redenen gerechtvaardigd. De regering heeft ervoor gekozen om de term 'gelijke of gelijkwaardige functies' te gebruiken. De reden hiervoor is dat deze omschrijving binnen de Waadi al jaren zonder problemen in de praktijk wordt toegepast. De gelijke toegang tot de bedrijfsvoorzieningen of diensten kan om objectieve redenen worden onthouden. Een voorbeeld hiervan zijn wachtlijsten in de kinderopvangfaciliteiten die verhinderen dat aan deze verplichting kan worden voldaan.[289] Artikel 6 lid 4 is met het nieuwe artikel 8a Waadi naar mijn mening niet juist geïmplementeerd. Artikel 6 lid 4 bepaalt dat, onverminderd artikel 5 lid 1, uitzendkrachten toegang moeten hebben tot 'de' bedrijfsvoorzieningen of diensten in de inlenende onderneming. De specifiek genoemde bedrijfsvoorzieningen zijn slechts voorbeelden en vormen geen uitputtende lijst van bedrijfsvoorzieningen of diensten. De regering lijkt artikel 6 lid 4 te implementeren alsof deze lijst wel uitputtend is. In de memorie van toelichting is opgenomen dat een wettelijke regeling wordt getroffen voor toegang tot de in de richtlijn 'genoemde' bedrijfsvoorzieningen of diensten.[290]

Het vijfde lid van artikel 6 legt de lidstaten op dat zij de nodige maatregelen nemen of de dialoog bevorderen tussen de sociale partners overeenkomstig hun tradities en nationale praktijken met als doel de toegang van uitzendkrachten te verbeteren tot de opleiding en kinderopvangfaciliteiten, ook tijdens de perioden tussen de opdrachten, om hun loopbaan verder te ontwikkelen en hun inzetbaarheid te verbeteren. Daarnaast moet de toegang van uitzendkrachten tot de opleidingsmogelijkheden voor de werknemers van de inlenende onderneming waar ze worden ingezet worden verbeterd. De verplichtingen van artikel 6 lid 5 leggen aan de lidstaten geen bepaald te bereiken resultaat op. Echter, in beginsel zou aan uitzendkrachten de toegang tot opleidingsfaciliteiten niet moeten worden geweigerd. De Commissie verklaart dat het de voorkeur heeft dat de nationale of sectorale sociale partners door middel van collectieve overeenkomsten de toegang van uitzendkrachten tot de opleidingsfaciliteiten te verbeteren.[291] In het kader van dit lid van de richtlijn wordt in het eerste kwartaal van 2012 aan de STAR verzocht het overleg te starten over de toegang tot opleiding, kinderopvangvoorzieningen en opleidingsmogelijkheden als genoemd in de onderdelen a en b van artikel 6 lid 5 van de richtlijn. De regering zal de Tweede Kamer informeren over de uitkomsten van dit overleg.[292] Nederland voldoet aan de verplichting die artikel 6 lid 5 oplegt door de dialoog tussen de sociale partners overeenkomstig de nationale tradities en praktijken te bevorderen.

Artikel 7: Vertegenwoordiging van de uitzendkrachten

1. In het uitzendbureau worden de uitzendkrachten, onder door de lidstaten vastgestelde voorwaarden, meegeteld bij de berekening van de drempel waarboven de vertegenwoordigingsorganen van de werknemers waarin het Gemeenschaps- en nationaal recht of collectieve overeenkomsten voorzien, moeten worden opgericht.
2. De lidstaten kunnen, onder de voorwaarden die zij vaststellen, bepalen dat deze uitzendkrachten in de inlenende onderneming worden meegeteld voor de berekening van de drempel waarboven de werknemersvertegenwoordigende organisaties waarin het Gemeenschaps- en nationaal recht of collectieve overeenkomsten voorzien, mogen worden opgericht, op dezelfde wijze als werknemers die rechtstreeks door de inlenende onderneming voor dezelfde duur zijn of zouden zijn aangesteld.

[289] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3, p. 13.
[290] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3, p. 8.
[291] Expert Group 2011, p. 40.
[292] *Kamerstukken II* 2011-2012, 32 895, nr. 5, p. 9.

3. De lidstaten die gebruikmaken van de in lid 2 geboden mogelijkheid, zijn niet verplicht de bepalingen van lid 1 toe te passen.

Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat, onder de door de lidstaten vastgestelde voorwaarden, de uitzendkrachten in de uitlenende onderneming moeten worden meegeteld bij de berekening van de drempel waarboven de vertegenwoordigingsorganen van de werknemers waarin het Gemeenschaps- en nationaal recht of collectieve overeenkomsten voorzien, moeten worden opgericht. Het tweede lid van dit artikel opent de mogelijkheid dat de lidstaten, onder de door hen vastgestelde voorwaarden, kunnen bepalen dat de uitzendkrachten in de inlenende onderneming worden meegeteld in de inlenende onderneming bij de berekening van de drempel waarboven de vertegenwoordigingsorganen van de werknemers in die onderneming moeten worden opgericht. De uitzendkrachten moeten in dat geval op gelijke wijze worden meegeteld als werknemers die rechtstreeks door de inlener voor dezelfde duur zijn of zouden zijn aangesteld. Implementatie van de leden 1 en 2 is niet nodig. Uitzendkrachten kunnen vanaf de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid medezeggenschapsrechten hebben in de uitzendonderneming en in de onderneming waar zij feitelijk werkzaam zijn, op voorwaarde dat zij langer dan 24 maanden in die onderneming gewerkt hebben op basis van een uitzendovereenkomst (artikel 1 lid 3 sub b WOR). De uitzendkracht kan vanaf de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid nu dubbele medezeggenschapsrechten verkrijgen: bij zowel de uitzendonderneming als de inleenonderneming. De uitzendkracht krijgt, indien hij gedurende ten minste zes maanden werkzaam is geweest, een actief kiesrecht bij de uitzendonderneming. Voor het passief kiesrecht geldt dat de uitzendkracht minimaal een jaar bij de uitzendonderneming werkzaam moet zijn geweest. Deze termijnvereisten voor actief en passief kiesrecht zijn opgenomen in artikel 6 WOR. Voor medezeggenschap bij de inleenonderneming moet de uitzendkracht ten minste 24 maanden onafgebroken werkzaam zijn geweest bij dezelfde inlener. Vanaf dat moment wordt de uitzendkracht tot de in de onderneming werkzame personen gerekend. Voor uitzendkrachten ontstaat daardoor, zowel bij de uitzendonderneming als bij de inleenonderneming, kiesrechten 24 maanden nadat hij in de onderneming met zijn werkzaamheden begon, althans voor zover in het reglement van de ondernemingsraad niet wordt afgeweken van de in de WOR gestelde diensttermijnen.[293] Lid 3 bepaalt dat de lidstaten die gebruik maken van de mogelijkheid die wordt geboden in lid 2, niet verplicht zijn de bepalingen van lid 1 toe te passen. Nederland kan geen gebruik maken van de mogelijkheid die dit lid biedt door artikel 9 lid 2 van de richtlijn, het verslechteringsverbod. Dit lid bepaalt dat de uitvoering van deze richtlijn geen rechtvaardiging mag vormen voor een verlaging van het algemene beschermingsniveau van de werknemers op de onder deze richtlijn vallende gebieden. Op grond van het voorafgaande kan Nederland artikel 7 lid 3 niet implementeren. Met de wetswijziging wordt dan ook dit lid terecht niet geïmplementeerd.

Artikel 8: Informatie van de werknemersvertegenwoordigers

Onverminderd de strengere en/of meer specifieke nationale en communautaire bepalingen inzake informatie en raadpleging en in het bijzonder Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap (1) moet de inlenende onderneming, wanneer zij aan de overeenkomstig het Gemeenschaps- en nationaal recht ingestelde vertegenwoordigingsorganen van de werknemers informatie verstrekt over de arbeidssituatie in de onderneming, passende informatie verstrekken over de inzet van uitzendkrachten in de onderneming.

Dit artikel bepaalt dat wanneer de inlenende onderneming de, overeenkomstig het Gemeenschaps- en nationaal recht ingestelde, vertegenwoordigingsorganen van de werknemers informatie verstrekt over de

[293] Van Drongelen & Jellinghaus 2008, p. 86.

arbeidssituatie in de onderneming, deze passende informatie moet verstrekken over de inzet van uitzendkrachten in deze onderneming. Deze plicht geldt onverminderd de strengere en/of meer specifieke nationale bepalingen en communautaire bepalingen met betrekking tot informatie en raadpleging. Deze bepaling dient gelezen te worden in samenhang met artikel 4 lid 2 onderdeel b van richtlijn 2002/14/EG.[294]De doelstelling van deze richtlijn is de vaststelling van een algemeen kader van minimumvoorschriften met betrekking tot het recht van werknemers van ondernemingen of vestigingen in de Gemeenschap op informatie en raadpleging (artikel 1 lid 1 Richtlijn 2002/14/EG). Artikel 4 lid 1 van deze richtlijn bepaalt dat de lidstaten overeenkomstig dit artikel in nadere regelingen dienen vast te stellen hoe het recht op informatie en raadpleging op het passende niveau wordt uitgevoerd. De lidstaten dienen daarbij rekening te houden met de beginselen van artikel 1 en laten vigerende bepalingen die voor de werknemers gunstiger zijn onverlet. Lid 2 onderdeel b van dit artikel 4 bepaalt dat, onder informatie en raadpleging onder meer moet worden verstaan de informatie en raadpleging over de situatie, de structuur en de waarschijnlijke ontwikkeling van de werkgelegenheid binnen de onderneming of vestiging evenals over eventuele geplande anticiperende maatregelen met name in geval van bedreiging van de werkgelegenheid. De informatie die aan de vertegenwoordigingsorganen van de werknemers wordt verstrekt dient substantieel te zijn en de effectiviteit van artikel 8 te verzekeren.[295] Artikel 8 zal worden geïmplementeerd met de toevoeging van een derde lid aan artikel 31b WOR. In het eerste lid van artikel 31b WOR is bepaald dat de ondernemer ten minste eenmaal per jaar aan de ondernemingsraad schriftelijk algemene gegevens verstrekt over onder meer aantallen en verschillende groepen van de in de onderneming werkzame personen. Dit artikel zal met lid 3 worden aangevuld met de verplichting informatie te verstrekken over de inzet van uitzendkrachten in de onderneming. [296]

In paragraaf 5.2 is al naar voren gekomen dat de bepaling van artikel 31b lid 3 WOR overbodig is. Lid 3 verplicht de ondernemer om minstens jaarlijks aan de OR schriftelijk algemene gegevens te verstrekken inzake de op grond van een arbeidsovereenkomst in de onderneming werkzame personen. Deze verplichting bestond al op grond van lid 1. Verder verplicht lid 3 de ondernemer mondeling of schriftelijk mededeling te doen ten aanzien van de te verwachten ontwikkelingen wat betreft het aantal op basis van een uitzendovereenkomst werkzame personen in het komende jaar. Deze verplichting bestond al op grond van lid 2. Met de invoeging van artikel 31b lid 3 aan de WOR blijft de rechtspositie van de uitzendkracht gelijk. Ondanks het feit dat de bepaling van artikel 31b lid 3 WOR overbodig is, is artikel 8 juist geïmplementeerd.

Hoofdstuk 3: Slotbepalingen

Artikel 9: Minimumeisen

1. Deze richtlijn doet geen afbreuk aan het recht van de lidstaten om voor de werknemers gunstiger wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen toe te passen of in te voeren of om collectieve overeenkomsten of akkoorden tussen de sociale partners te bevorderen of mogelijk te maken die gunstiger zijn voor de werknemers.

2. De uitvoering van deze richtlijn mag onder geen beding een rechtvaardiging vormen voor een verlaging van het algemene beschermingsniveau van de werknemers op de onder deze richtlijn vallende gebieden. Dit doet geen afbreuk aan de rechten van de lidstaten en/of de sociale partners om in het licht van de ontwikkelingen andersluidende wettelijke, bestuursrechtelijke en contractuele bepalingen vast te stellen dan die welke op het tijdstip van de goedkeuring van deze richtlijn van kracht zijn, mits de hand wordt gehouden aan de minimumeisen van deze richtlijn.

[294] *PbEG* L80/32.
[295] Expert Group 2011, p. 42.
[296] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3, p. 9 en 14.

De artikelen 9, 10 en 11 bevatten standaardclausules met betrekking tot de slotbepalingen.[297] Implementatie van deze artikelen zou niet nodig zijn.[298] Deze artikelen zijn echter voor de implementatie van belang, omdat hierin regels over de uitvoering en naleving van de richtlijn zijn opgenomen. Artikel 9 bevat bepalingen met betrekking tot de minimumeisen voor de uitvoering van de richtlijn. Het eerste lid bepaalt dat de lidstaten onverminderd het recht blijven behouden om voor de werknemers gunstiger wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen toe te passen of in te voeren. Daarnaast blijven de lidstaten onverminderd het recht behouden om cao's of akkoorden tussen de sociale partners te bevorderen of mogelijk te maken die gunstiger zijn voor de werknemers. De nationale wetgever kan de methode van minimumharmonisatie in de Uitzendrichtlijn herkennen. Zo is deze methode te herkennen aan de rechtsgrondslag. De rechtsgrondslag van de Uitzendrichtlijn is artikel 137 lid 2 VEG. Europese sociale wetgeving met dit artikel als rechtsbasis bevat een expliciete minimumclausule, zoals artikel 9 van de Uitzendrichtlijn.[299] Omdat artikel 9 lid 1 de lidstaten de bevoegdheid geeft om, als zij dat willen, in nationale implementatiewetgeving voor een beschermingsniveau te kiezen dat hoger ligt dan het Europese niveau, bevat deze richtlijn minimumharmonisatie. Ook uit overweging 23 van de preambule van de richtlijn kan de methode van minimumharmonisatie worden herkend. Hierin is opgenomen dat met deze richtlijn minimumvoorschriften zullen worden ingevoerd die in de hele Europese Gemeenschap gelden.[300] De achterliggende gedachte van minimumharmonisatie is dat in de Europese regelgeving alleen een ondergrens word gesteld aan het te beschermen niveau. Aan de nationale wetgever is de beleidsvrijheid gegeven om met betrekking tot de nationale implementatiewetgeving strengere en meer beschermende nationale wetgeving vast te stellen dan de Europese regeling bepaalt. De lidstaten hebben de beleidsvrijheid om wel of niet te kiezen voor een hoger nationaal beschermingsniveau.[301] Met de wetswijziging is niet gekozen voor een hoger nationaal beschermingsniveau. In overeenstemming met de aanwijzingen voor de regelgeving zal met deze wetswijziging de richtlijn '*zonder nationale kop, dus kaal*' worden geïmplementeerd. Hiermee wordt bedoeld dat niet meer wordt geregeld dan wat de richtlijn voorschrijft. De vraag of de huidige bepalingen van de Waadi en de WOR de werknemers meer bescherming bieden is niet relevant, omdat lid 2 van artikel 9 bepaalt dat de uitvoering van deze richtlijn onder geen beding een rechtvaardiging mag vormen voor een verlaging van het algemene beschermingsniveau van de werknemers op de onder deze richtlijn vallende gebieden.[302]Deze bepaling houdt het 'verslechteringsverbod' of 'non-regressieclausule' in. Een richtlijn met artikel 137 VEG als rechtsbasis mag expliciet geen verlaging van het bestaande beschermingsniveau met zich meebrengen.[303] In dit lid is verder opgenomen dat de lidstaten en de sociale partners onverminderd het recht blijven behouden om andersluidende wettelijke, bestuursrechtelijke en contractuele bepalingen vast te stellen, dan die welke op het tijdstip van de goedkeuring van de Uitzendrichtlijn van kracht zijn. De toepassing van dit recht heeft als voorwaarde dat de minimumeisen van deze richtlijn zullen worden nageleefd. Door het verslechteringsverbod kan Nederland bij de implementatie van deze richtlijn geen gebruik maken van de mogelijkheden die artikel 5 lid 2 en artikel 7 lid 3 bieden.

Artikel 10: Sancties

1. De lidstaten treffen passende maatregelen voor het geval deze richtlijn door uitzendbureaus of inlenende ondernemingen niet wordt nageleefd. In het bijzonder zorgen zij ervoor dat er passende

[297] Com 2002/149 definitief, p. 16.
[298] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3, p. 9.
[299] Hofhuis 2006, p. 89 en 90.
[300] L327/11.
[301] Hofhuis 2006, p. 2, 5 en 6.
[302] *Kamerstukken II* 2011-2012, 32 895, nr. 5, p. 11.
[303] Hofhuis 2006, p. 90 en 102.

administratieve of gerechtelijke procedures voorhanden zijn om de uit deze richtlijn voortvloeiende verplichtingen te doen naleven.
2. De lidstaten stellen de sancties vast die van toepassing zijn op schendingen van de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen en treffen alle maatregelen die nodig zijn om de daadwerkelijke toepassing van die sancties te garanderen. Deze sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. De lidstaten stellen de Commissie uiterlijk op 5 december 2011 van deze bepalingen in kennis en delen haar alle latere wijzigingen van deze bepalingen tijdig mee. Zij zien er in het bijzonder op toe dat de werknemers en/of hun vertegenwoordigers over gepaste procedures beschikken voor de uitvoering van de verplichtingen waarin deze richtlijn voorziet.

Het eerste lid van dit artikel verplicht de lidstaten om passende maatregelen te treffen indien deze richtlijn door uitzendbureaus of inlenende ondernemingen wordt overtreden. Nederland dient ervoor te zorgen dat er passende administratieve of gerechtelijke procedures voorhanden zijn om de uit deze richtlijn voortvloeiende verplichtingen te doen naleven. Het tweede lid bepaalt dat lidstaten sancties dienen vast te stellen op schendingen van de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen. De lidstaten dienen alle maatregelen te treffen die nodig zijn om de daadwerkelijke toepassing van die sancties te garanderen. Vereist is dat deze sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. Op uiterlijk 5 december 2011 moeten de lidstaten de EC van deze bepalingen in kennis gesteld hebben. Implementatie van artikel 10 is volgens Nederland niet nodig, omdat een uitzendkracht voldoende mogelijkheden zou hebben om zijn recht te halen bij de rechter. Betoogd zou kunnen worden dat Nederland niet ervoor zorgt dat er passende administratieve of gerechtelijke procedures voorhanden zijn om de uit deze richtlijn voortvloeiende verplichtingen te doen naleven. De uitzendkracht kan de Commissie Gelijke behandeling om een oordeel vragen als hij van mening is dat er sprake is van verboden onderscheid op grond van geslacht, ras, godsdienst, of levensovertuiging, handicap, leeftijd of hetero- of homoseksuele gerichtheid. Indien de Waadi wordt overtreden kan de uitzendkracht aan de AI verzoeken een onderzoek te doen.[304] Een oordeel van de Commissie Gelijke Behandeling of een onderzoek van de AI is slechts de start van de handhaving: de uitzendkracht zal zelf via de civielrechtelijke weg een overtreder moeten aanspreken. Het huidige wetsvoorstel inzake de registratieplicht zal de uitzendkracht een beetje helpen. De huidige mededeling van de AI die onvoldoende aanknopingspunten biedt om langs civielrechtelijke weg een overtreder aan te spreken zal worden vervangen door een meer doeltreffende mededeling. Ondanks deze wetswijziging blijft het naar mijn mening problematisch voor uitzendkrachten om handhaving van rechten en plichten via de rechter af te dwingen. De huidige gerechtelijke procedures zijn voor overtreders onvoldoende afschrikkend. De (financiële) belangen van een uitzendkracht zullen niet opwegen tegen de procesrisico's en de proceskosten.[305] Hierdoor zullen uitzendkrachten weinig tot geen procedures starten. Ook zijn de huidige procedures door deze hoge barrières niet evenredig. Overtredende uitzendbureaus en inlenende ondernemingen zijn zich waarschijnlijk bewust van deze belemmeringen om de naleving van de rechten en plichten van uitzendkrachten af te dwingen. Handhaving langs de civielrechtelijke weg heeft daarom onvoldoende afschrikkende werking. Hoewel artikel 10 behoort tot de standaardclausules van richtlijnen[306] en dat uitzendkrachten gelijke toegang tot de civiele rechter hebben als andere werknemers, heeft Nederland gezien het voorafgaande naar mijn mening artikel 10 niet juist geïmplementeerd.

In maart 2012 is het wetsvoorstel 'Wet aanpassing handhaving en sanctiebeleid SZW wetgeving' ingediend bij de Tweede Kamer voor de schriftelijke behandeling.[307] Volgens de memorie van toelichting

[304] *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895 nr. 3, p. 9 en 10.
[305] Jacobs 2007, p. 126 en 127.
[306] Com 2002/149 definitief, p. 16.
[307] *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 207, nr. 2.

moeten nieuwe stappen worden gezet om de naleving van de regelgeving door burgers en bedrijven in het SZW-domein te verbeteren. Het handhavingsbeleid dient volgens de regering te worden verstevigd en het sanctieregime zal moeten worden aangescherpt.[308] Met dit wetsvoorstel wil de regering de bestuursrechtelijke afdoening bij een aantal arbeidswetten bevorderen. De reden hiervoor is dat deze afdoeningswijze sneller duidelijkheid zal geven over de consequenties van overtredingen dan het strafrecht.[309] Met dit wetsvoorstel zal de Waadi ongewijzigd blijven.

Artikel 11: Uitvoering

1. De lidstaten dienen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vast te stellen en bekend te maken om uiterlijk op 5 december 2011 aan deze richtlijn te voldoen, of dragen er zorg voor dat de sociale partners via overeenkomsten de nodige bepalingen in werking doen treden, waarbij de lidstaten alle nodige maatregelen dienen te treffen opdat de sociale partners te allen tijde voor de op grond van deze richtlijn vereiste resultaten kunnen instaan. Zij stellen de Commissie daarvan onverwijld in kennis.
2. Wanneer de lidstaten die bepalingen aannemen, wordt in de bepalingen zelf of bij de officiële bekendmaking daarvan naar deze richtlijn verwezen. De regels voor de verwijzing worden vastgesteld door de lidstaten.

Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen dienen vast te stellen en bekend te maken om uiterlijk op 5 december 2011 aan deze richtlijn te voldoen, of er zorg voor te dragen dat de sociale partners via overeenkomsten de nodige bepalingen in werking doen treden. Nederland heeft gebruik gemaakt van deze mogelijkheid om de sociale partners via overeenkomsten bepalingen in werking te doen treden. Nederland dient hierbij alle nodige maatregelen te treffen om ervoor te zorgen dat de sociale partners voor de op grond van deze richtlijn vereiste resultaten kunnen instaan. Het tweede lid bepaalt dat wanneer de lidstaten die bepalingen aannemen, in de bepalingen zelf of bij de officiële bekendmaking daarvan naar de Uitzendrichtlijn verwijzen. Nederland heeft op 19 april 2012 de Waadi en de WOR gewijzigd. In de bekendmaking van deze wijziging wordt uitdrukkelijk naar de Uitzendrichtlijn verwezen.[310] Deze wijziging is met ingang van 27 april 2012 in werking getreden.[311] Nederland heeft lid 1 van dit artikel geschonden, omdat het niet op tijd deze richtlijn heeft geïmplementeerd. De EC is al een infractieprocedure gestart.[312] Waarschijnlijk zal de ingebrekestelling wegens niet tijdige implementatie door de Commissie worden geseponeerd, omdat Nederland binnen 8 maanden de richtlijn heeft geïmplementeerd. Naar mijn mening heeft Nederland enkele artikelen van de Uitzendrichtlijn niet juist geïmplementeerd. Als Nederland na een procedure van minimaal 8 en maximaal 18 maanden de richtlijn niet volledig heeft geïmplementeerd, zou een procedure bij het Hof van Justitie kunnen volgen. In deze procedure kan de EC het Hof verzoeken om een boete op te leggen. De hoogte van deze mogelijke boete is afhankelijk van de mate waarin niet is voldaan aan de richtlijn.[313]

Artikel 12: Evaluatie door de Commissie

Uiterlijk op 5 december 2013 onderwerpt de Commissie, in overleg met de lidstaten en de sociale partners op communautair niveau, de toepassing van deze richtlijn aan een evaluatie, teneinde zo nodig de vereiste wijzigingen voor te stellen.

Implementatie van dit artikel is niet nodig.

[308] *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 207, nr. 3, p. 2-3.
[309] *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 207, nr. 3, p. 18-19.
[310] Stb. 2012, 173.
[311] *Stb*. 2012, 174.
[312] *Kamerstukken II* 2011-2012, 21 109, nr. 205, p. 6.
[313] *Kamerstukken II* 2011-2012, 32 895, nr. 5, p. 10.

Artikel 13: Inwerkingtreding
Deze richtlijn treedt in werking op de dag volgende op die van haar bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie.

In dit artikel is de wijze van inwerkingtreding omschreven. Implementatie van dit artikel is niet nodig. Op 5 december 2008 is deze richtlijn bekend gemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie. De richtlijn trad op 6 december in werking.

Artikel 14: Addressaten
Deze richtlijn is gericht tot de lidstaten.

Dit artikel bepaalt dat de richtlijn is gericht tot de lidstaten. Implementatie van dit artikel is niet nodig. Deze slotbepaling heeft een standaardkarakter, richtlijnen richten zich in de eerste instantie tot de lidstaten. Echter, na afloop van de implementatietermijn die is vastgesteld in artikel 11 lid 1, kunnen bepalingen van de Uitzendrichtlijn rechtstreekse werking hebben, omdat Nederland in gebreke is gebleven om binnen de bepaalde tijd aan de richtlijn te voldoen. De rechtstreekse werking moet van bepaling tot bepaling worden vastgesteld. Hierbij is beslissend of deze bepaling zich naar inhoud, aard, strekking en bewoordingen leent voor rechtstreekse werking. Het is niet volledig zeker of deze richtlijn horizontale werking in het rechtsverkeer tussen particuliere personen heeft. Richtlijnen worden nog niet rechtstreeks bindend tussen particulieren geacht. De nationale rechter zal wel het recht tussen particulieren zo toepassen dat het in overeenstemming is met de doelstellingen en bewoordingen van het Europees recht. Daarnaast kunnen particulieren een schadevergoeding van een lidstaat vorderen wanneer zij aantoonbare schade hebben geleden doordat de lidstaat in gebreke is gebleven om een richtlijn om te zetten.[314]

6.4 Tussenconclusie

Nederland probeert met de wetswijziging aan de implementatieverplichting van de Uitzendrichtlijn te voldoen. De artikelen 2, 9, 11, 12, 13 en 14 behoeven op zichzelf geen implementatie. In artikel 2 is het doel van de richtlijn vastgelegd. Artikel 9 bevat bepalingen met betrekking tot de minimumeisen voor de uitvoering van de richtlijn en een non-regressieclausule. Artikel 11 bevat regels met betrekking tot de uitvoering van de Uitzendrichtlijn. In artikel 12 is een bepaling inzake de evaluatie van de toepassing van de richtlijn opgenomen. In artikel 13 is de wijze van inwerkingtreding van de richtlijn bepaald. Artikel 14 bepaalt dat de richtlijn is gericht tot de lidstaten.

Daarnaast was op grond van de al bestaande wet- en regelgeving was implementatie van de artikelen 1, 3, 6 lid 3 en 7 niet nodig. Artikel 1 Uitzendrichtlijn bepaalt het toepassingsgebied van de richtlijn. Implementatie van dit artikel is niet nodig, omdat de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW in overeenstemming is met de leden 1 en 2. In Nederland is geen sprake van openbare uitzendbureaus als bedoeld in lid 2. Van de mogelijkheden van lid 3 is geen gebruik gemaakt, omdat in Nederland niet is voorzien in een specifiek openbaar of door de overheid ondersteund opleidings-, inpassings- of herscholingsprogramma. Artikel 3 Uitzendrichtlijn definieert enkele begrippen. De Uitzendrichtlijn laat de exacte definiëring van het begrip ‘werknemer’ aan de lidstaten over. Implementatie van de begrippen ‘uitzendbureau’, ‘uitzendkracht’, ‘inlenende onderneming’ en ‘opdracht’ is niet nodig, omdat de Nederlandse wetgeving aansluit op de definities van deze begrippen in de richtlijn. Met betrekking tot het begrip ‘essentiële arbeidsvoorwaarden’ is geen implementatie nodig, omdat in de

[314] Jacobs 2007, p. 336 en 337.

Nederlandse wetgeving geen onderscheid wordt gemaakt tussen uitzendkrachten en andere werknemers. Implementatie van artikel 6 lid 3 was niet nodig, omdat in artikel 9 Waadi al is verboden dat bij het ter beschikking stellen van arbeidskrachten een tegenprestatie voor de ter beschikking stelling van de arbeidskracht wordt bedongen. Implementatie van de leden 1 en 2 van artikel 7 Uitzendrichtlijn is niet nodig, omdat uitzendkrachten vanaf de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid medezeggenschapsrechten kunnen hebben in de uitzendonderneming en in de onderneming waar zij feitelijk werkzaam zijn. Nederland maakt terecht geen van de mogelijkheid die lid 3 biedt gezien het verslechteringsverbod van artikel 9 lid 2 Uitzendrichtlijn.

De implementatie van artikel 8 Uitzendrichtlijn is overbodig. De verplichte informatieverstrekking en mededeling waren al opgenomen in de WOR. Het nieuwe lid 3 verplicht de ondernemer om minstens jaarlijks aan de OR schriftelijk algemene gegevens te verstrekken inzake de op grond van een arbeidsovereenkomst in de onderneming werkzame personen. Deze verplichting bestond al op grond van lid 1. Verder verplicht lid 3 de ondernemer mondeling of schriftelijk mededeling te doen ten aanzien van de te verwachten ontwikkelingen wat betreft het aantal op basis van een uitzendovereenkomst werkzame personen in het komende jaar. Deze verplichting bestond al op grond van lid 2. Met de invoeging van artikel 31b lid 3 aan de WOR blijft de rechtspositie van de uitzendkracht gelijk.

Naar mijn mening is artikel 10 van de richtlijn onterecht niet door Nederland geïmplementeerd. Een van de verplichtingen van dit artikel is dat Nederland ervoor dient te zorgen dat er passende administratieve of gerechtelijke procedures voorhanden zijn om de uit deze richtlijn voortvloeiende verplichtingen te doen naleven. Ondanks de te verwachten verbetering van de mededeling van de AI die met het wetsvoorstel inzake de registratieplicht zal worden ingevoerd, blijft het naar mijn mening problematisch voor uitzendkrachten om handhaving van rechten en plichten via de rechter af te dwingen. De huidige gerechtelijke procedures zijn voor overtreders onvoldoende afschrikkend. De (financiële) belangen van een uitzendkracht zullen niet opwegen tegen de procesrisico's en de proceskosten. Hierdoor zullen uitzendkrachten weinig tot geen procedures starten. Ook zijn de huidige procedures door deze hoge barrières niet evenredig. Overtredende uitzendbureaus en inlenende ondernemingen zijn zich waarschijnlijk bewust van deze belemmeringen om de naleving van de rechten en plichten van uitzendkrachten af te dwingen. Handhaving langs de civielrechtelijke weg heeft daarom onvoldoende afschrikkende werking. Hoewel artikel 10 behoort tot de standaardclausules van richtlijnen[315] en dat uitzendkrachten gelijke toegang tot de civiele rechter hebben als andere werknemers, heeft Nederland gezien het voorafgaande naar mijn mening artikel 10 niet juist geïmplementeerd.

Artikel 5 lid 2 kan niet door Nederland worden geïmplementeerd. In beginsel biedt dit lid de mogelijkheid om af te wijken van het beginsel van gelijke behandeling wat betreft loon, indien een uitzendkracht die voor onbepaalde tijd bij het uitzendbureau in dienst is ook wordt vergoed tijdens de periode tussen de uitvoering van twee opdrachten. Voor uitzendkrachten die voor onbepaalde tijd in dienst zijn gold het gelijk loonvoorschrift als bedoeld in het oude artikel 8 lid 1 Waadi. Deze uitzendkrachten behielden al op grond van artikel 7:628 BW recht op loon tussen de uitvoering van twee opdrachten. Op grond van het verslechteringsverbod van artikel 9 lid 2 Uitzendrichtlijn kan Nederland artikel 5 lid 2 niet implementeren. Met de wetswijziging wordt dit lid terecht niet geïmplementeerd. Ook lid 4 van artikel 5 kan niet door Nederland worden geïmplementeerd, omdat in Nederland een wettelijk systeem bestaat om cao's algemeen toepasselijk te verklaren.

Nederland heeft artikel 5 lid 1 door het opnemen van het gelijke behandelingsbeginsel in de leden 1 en 2 van artikel 8 Waadi juist geïmplementeerd. Nederland maakt in grote mate gebruik van de

[315] Com 2002/149 definitief, p. 16.

afwijkingsmogelijkheid van artikel 5 lid 3. Dit lid is geïmplementeerd met artikel 8 lid 3 Waadi. Afwijking van de leden 1 en 2 van het nieuwe artikel 8 is toegestaan bij cao, onder een aantal voorwaarden. Nederland biedt de sociale partners de mogelijkheid om, met inachtneming van de door de Nederland vastgestelde voorwaarden, cao's voort te zetten of af te sluiten waarbij wordt afgeweken van het gelijke behandelingsbeginsel. De regering motiveert dat deze mogelijkheid aan de sociale partners wordt gegeven, omdat het hen in staat stelt afspraken op maat te maken. Daarnaast past dit binnen het huidige stelsel, waarin op grond van het huidige artikel 8 Waadi al mogelijk is om bij cao van de inlener en van de uitlener af te wijken van het gelijke loonbeginsel. De implementatiewijze van artikel 5 lid 3 Uitzendrichtlijn is niet in strijd met de implementatieverplichting.

Nederland heeft artikel 5 lid 5 niet juist geïmplementeerd. Dit lid zal grotendeels worden geïmplementeerd door artikel 8 lid 3 Waadi. In dit lid zijn de voorwaarden opgenomen voor afwijking bij cao van de leden 1 en 2. Artikel 8 lid 3 onderdeel a bepaalt dat bij cao kan worden afgeweken van het eerste en tweede lid, mits de periode gedurende welke wordt afgeweken in duur is beperkt. Bovendien moet die overeenkomst voorzien in een regeling op grond waarvan misbruik door elkaar opvolgende perioden van terbeschikkingstelling wordt voorkomen. De cao-partijen zijn door artikel 8 lid 3 onderdeel a Waadi verplicht maatregelen te treffen om misbruik van elkaar opvolgende opdrachten tegen te gaan. Echter, op dit moment bevat de huidige ABU-cao niet deze vereiste antimisbruikbepaling. Nederland heeft momenteel niet de passende maatregelen genomen met het oog op voorkoming van misbruik van de mogelijkheid tot afwijking van het beginsel van gelijke behandeling. De tweede zin van lid 5 verplicht Nederland om de Commissie van dergelijke antimisbruikbepalingen in kennis te stellen. Nederland kan gezien het voorafgaande uiteraard niet aan de verplichting die de tweede zin van lid 5 oplegt voldoen.

Naast het feit dat de ABU-cao geen antimisbruikbepaling bevat wordt ook niet voldaan aan de tweede eis van artikel 8 lid 3. Afwijkingen van de gelijke behandelingsnorm zijn slechts toegestaan indien de periode gedurende welke wordt afgeweken in duur is beperkt. In de ABU-cao is sprake van in duur beperkte afwijking met betrekking tot het loon, overuren en nachtarbeid. In de ABU-cao wordt niet afgeweken met betrekking tot pauzes. De regelingen met betrekking tot de arbeidstijd en rusttijden in de ABU-cao is in strijd met artikel 8 lid 3 Waadi, omdat voor uitzendkrachten een afwijkend arbeidspatroon kan worden overeengekomen welke niet in duur is beperkt.[316] De afwijkende regelingen inzake de vakantie en feestdagen zijn in het geheel niet in duur beperkt en zijn hierdoor in strijd met artikel 8 lid 3 Waadi. Nederland heeft op grond van het voorafgaande artikel 5 lid 5 niet juist geïmplementeerd.

Nederland heeft artikel 6 lid 1 niet juist geïmplementeerd. De vacaturemeldingsplicht van lid 1 is geïmplementeerd met artikel 8b Waadi. De regering motiveert dat tijdens de inleenperiode de inlener er zorg voor dient te dragen dat de bij hem ter beschikking gestelde arbeidskrachten geïnformeerd worden over vacatures voor onbepaalde tijd binnen zijn onderneming. Het is echter onjuist dat de vacaturemeldingsplicht in de Waadi niet van toepassing is voor vacatures voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De Expert Group geeft aan dat de interpretatie van deze verplichting zo ruim mogelijk dient te zijn. De Expert Group maakt hierbij geen onderscheid tussen vacatures voor bepaalde en voor onbepaalde tijd. Vacatures voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zouden daarom ook onder deze verplichting moeten vallen.

Nederland heeft de heroverwegingsplicht van artikel 4 niet juist uitgevoerd. Het feit dat de heroverweging in de publieke sector nog steeds niet is afgerond en dat de heroverweging van alle beperkingen en verbodsbepalingen in de cao's nog in het geheel moet plaatsvinden, heeft geen consequenties voor de

[316] Artikel 34 lid 1 ABU-cao.

implementatie van de richtlijn, omdat deze heroverwegingsplicht geen deel uitmaakt van de implementatie van de Uitzendrichtlijn.

Nederland heeft artikel 5 lid 1 door het opnemen van het gelijke behandelingsbeginsel in de leden 1 en 2 van artikel 8 Waadi juist geïmplementeerd. Ook is artikel 6 lid 2 met het belemmeringsverbod van artikel 9a Waadi juist geïmplementeerd. Hiermee is een wettelijke regeling van het belemmeringsverbod heringevoerd. Artikel 6 lid 4 is met de invoering van artikel 8a Waadi juist geïmplementeerd. De gelijke toegang tot de kantines, kinderopvang- en vervoersfaciliteiten is nu gegarandeerd, tenzij het verschil in behandeling om objectieve redenen is gerechtvaardigd. Nederland voldoet aan de verplichting die artikel 6 lid 5 oplegt door de dialoog tussen de sociale partners overeenkomstig de nationale tradities en praktijken te bevorderen.

7 Conclusie

7.1 De gewijzigde rechtspositie van uitzendkrachten

De totstandkoming van de Uitzendrichtlijn was een zeer langdurig en moeizaam proces dat vaak vastliep en ook vaak dreigde te mislukken. Herhaaldelijk liepen de onderhandelingen tussen de betrokken partijen vast wat herhaaldelijk verholpen werd met nieuwe compromissen met betrekking tot de inhoud van het richtlijnvoorstel. Deze compromissen waren noodzakelijk om überhaupt tot de vaststelling van een richtlijn met betrekking tot uitzendwerk te kunnen komen. De eerste conclusie van deze scriptie luidt dat naar mijn mening de Uitzendrichtlijn een doorgeschoten compromis is. Deze richtlijn resulteert niet in een verbetering van de rechtspositie van uitzendkrachten in Nederland, omdat de richtlijn aan lidstaten te weinig dwingende verplichtingen oplegt om de rechtspositie van uitzendkrachten te verbeteren. Door de ruime afwijkingsmogelijkheden die deze richtlijn biedt is de regel (gelijke behandeling voor uitzendkrachten) de uitzondering gebleven. Het lijkt erop dat Nederland de rechtspositie van uitzendkrachten zo minimaal mogelijk wil verbeteren zonder in strijd met de richtlijn te handelen. In de memorie van toelichting van de wetswijziging is opgenomen dat artikel 2 van de richtlijn geen implementatie behoeft. Natuurlijk mag deze zin alleen in haar context worden gelezen en is bedoeld dat de huidige wetgeving op dit punt al zou voldoen aan dit voorschrift van de Uitzendrichtlijn, maar het lijkt verdedigbaar dat de implementatie door Nederland niet tot doel had de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en ook niet tot doel had de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren door de naleving van het beginsel van gelijke behandeling ten aan zien van uitzendkrachten. De invoering van de gelijke behandelingsnorm met betrekking tot de limitatief in de richtlijn opgesomde essentiële arbeidsvoorwaarden zal geen verbetering van de rechtspositie van arbeidskrachten tot gevolg hebben. Door de ruime afwijkingsmogelijkheid die dit artikel biedt zal de Nederlandse praktijk om bij cao uitzendkrachten ongelijk te behandelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden ongewijzigd blijven bestaan. Ook lijkt dit artikel de rechtspositie van bepaalde kwetsbare groepen uitzendkrachten te verbeteren, gelijke behandeling van mannen en vrouwen te bevorderen en de bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras, godsdienst of levensovertuiging, handicap, leeftijd of hetero- of homoseksuele gerichtheid te verbeteren. Toch is de verbetering van de rechtspositie slechts schijn, omdat in de relevante wetgeving geen onderscheid wordt gemaakt tussen uitzendkrachten en andere werknemers. De gelijke toegang tot bedrijfsvoorzieningen of diensten in de inlenende onderneming, het nieuwe artikel 8a, zal de rechtspositie van uitzendkrachten niet verbeteren. Uitzendkrachten hadden waarschijnlijk al gelijke toegang tot de kantine. De gelijke toegang tot kinderopvangfaciliteiten wijzigt ook niet omdat na de introductie van de verplichte werkgeversbijdrage in de Wet Kinderopvang het (deels) op eigen kosten aanbieden van kinderopvang niet of nauwelijks voorkomt. Ook de gelijke toegang tot vervoersfaciliteiten zal geen verschil inhouden voor de uitzendkracht. De vacaturemelding, het nieuwe artikel 8b, zal de rechtspositie van uitzendkrachten slechts zeer beperkt verbeteren, omdat dit artikel de inlener slechts verplicht om vacatures te melden. De herinvoering van een wettelijke regeling van het belemmeringsverbod, artikel 9a, zal de rechtspositie van uitzendkrachten beperkt verbeteren. Met het nieuwe artikel 9a lid 1 zal het directe belemmeringsbeding verboden worden. Dit zal in de praktijk weinig betekenis hebben, gezien het feit dat een verbod op indiensttreding in de uitzendbranche weinig voorkomt. Artikel 9a lid 2 staat het indirecte belemmeringsbeding onder specifieke voorwaarden toe. De feitelijke positie van de uitzendkracht blijft met dit lid min of meer gelijk. Dit lid lijkt sterk op de in de uitzendbranche zeer gebruikelijke vergoedingsclausule welke een vergoeding inhoudt voor de verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling en werving van de uitzendkracht. Deze vergoeding mag niet in strijd zijn met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, het nieuwe artikel sluit hierop aan. Tot slot heeft de toevoeging van de verplichte gegevensverstrekking inzake uitzendkrachten van lid 3 aan artikel 31b WOR geen consequenties voor de rechtspositie van uitzendkrachten. Lid 3 verplicht de ondernemer om minstens jaarlijks aan de OR schriftelijk algemene gegevens te verstrekken inzake de op

grond van een arbeidsovereenkomst in de onderneming werkzame personen. Deze verplichting bestond al op grond van lid 1. Verder verplicht lid 3 de ondernemer mondeling of schriftelijk mededeling te doen ten aanzien van de te verwachten ontwikkelingen wat betreft het aantal op basis van een uitzendovereenkomst werkzame personen in het komende jaar. Deze verplichting bestond al op grond van lid 2. Met de invoeging van artikel 31b lid 3 aan de WOR blijft de rechtspositie van de uitzendkracht gelijk.

7.2 De implementatieverplichting

Op 6 december 2008 trad Richtlijn 2008/104/EG (de Uitzendrichtlijn) in werking. De implementatietermijn voor de Uitzendrichtlijn was op 5 december 2011 verlopen. De implementatie van deze richtlijn was op 27 april 2012 voltooid. Het veelvuldige overleg met de sociale partners in het voortraject voorafgaand aan de indiening bij het parlement was de reden waarom er vertraging was opgetreden bij de implementatie van deze richtlijn. De richtlijn is niet op tijd geïmplementeerd door Nederland. In het hiernavolgende zal alleen een inhoudelijke beoordeling van de implementatie van de Uitzendrichtlijn worden gegeven. De tweede conclusie van deze scriptie luidt dat Nederland met deze wetswijziging niet volledig aan de implementatieverplichting voldoet.

De implementatie van de Uitzendrichtlijn betekende voor Nederland slechts een klein aantal wijzigingen in de Waadi en de WOR. Dit is een gevolg van het feit dat de Nederlandse regelgeving voor uitzendarbeid model heeft gestaan voor de richtlijn. Een groot aantal artikelen van de richtlijn behoefden op zichzelf geen implementatie, namelijk de artikelen 2, 9, 11, 12, 13 en 14. Daarnaast was op grond van de al bestaande Nederlandse wet- en regelgeving implementatie van de artikelen 1, 3, 6 lid 3 en 7 niet nodig. Artikel 9 lid 2 verbood Nederland op grond van het verslechteringsverbod om gebruik te maken van de mogelijkheden die artikel 7 lid 3 en artikel 5 lid 2 bieden.

Voor Nederland restte slechts een klein aantal artikelen waarvoor implementatie nodig was. De volgende kritiekpunten kunnen op de implementatie worden gegeven. Nederland stelt dat de in de richtlijn opgesomde essentiële voorwaarden een limitatieve opsomming is. Deze stelling is onjuist: deze lijst is niet uitputtend: lidstaten mogen het beginsel van gelijke behandeling ook op andere arbeidsvoorwaarden toepassen. Ook artikel 9 lid 1 van de richtlijn benadrukt dat lidstaten de vrijheid hebben om voor de werknemers gunstiger wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen toe te passen of in te voeren of om cao's of akkoorden tussen de sociale partners te bevorderen of mogelijk te maken die gunstiger zijn voor de werknemers. Nederland lijkt bij de implementatie van richtlijnen per definitie te kiezen voor het laagst mogelijke nationale beschermingsniveau. Zo is bij de implementatie van deze richtlijn niets meer geregeld dan wat de richtlijn voorschrijft. Nederland heeft artikel 5 lid 1 en artikel 6 lid 2,4 en 5 Uitzendrichtlijn op een juiste wijze geïmplementeerd.

Naar mijn mening heeft Nederland artikel 5 lid 5 niet juist geïmplementeerd. Nederland heeft geen passende maatregelen genomen met het oog op voorkoming van misbruik bij de toepassing van dit artikel en laat dit over aan de sociale partners. Nederland heeft een afwachtende houding aangenomen: de regering zal pas twee jaar na inwerkingtreding van de wetswijziging bezien op welke wijze door de cao-partijen aan deze antimisbruikbepaling invulling zal zijn gegeven. Op dit moment zijn in Nederland door de sociale partners geen passende maatregelen genomen met het oog op voorkoming van misbruik bij de toepassing van artikel 5 Uitzendrichtlijn. Daarnaast wordt niet voldaan aan de eis dat afwijkingen van de gelijke behandelingsnorm slechts zijn toegestaan indien de periode gedurende welke wordt afgeweken in duur is beperkt. De regelingen met betrekking tot de arbeidstijd, rusttijden, vakantie en feestdagen in de ABU-cao zijn (mogelijk) niet in duur beperkt.

Ook is artikel 6 lid 1 niet juist geïmplementeerd. De vacaturemeldingsplicht dient niet uitsluitend te gelden voor vacatures voor onbepaalde tijd binnen de onderneming van de inlener, omdat de interpretatie van deze verplichting zo ruim mogelijk dient te zijn. Vacatures voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zouden daarom ook onder deze verplichting moeten vallen.

Daarnaast is artikel 6 lid 4 niet juist geïmplementeerd. Artikel 6 lid 4 bepaalt dat, onverminderd artikel 5 lid 1, uitzendkrachten toegang moeten hebben tot 'de' bedrijfsvoorzieningen of diensten in de inlenende onderneming. De specifiek genoemde bedrijfsvoorzieningen zijn slechts voorbeelden en vormen geen uitputtende lijst van bedrijfsvoorzieningen of diensten. De regering lijkt artikel 6 lid 4 zo te implementeren dat deze lijst wel uitputtend is. In de memorie van toelichting is opgenomen dat een wettelijke regeling wordt getroffen voor toegang tot de 'genoemde' bedrijfsvoorzieningen of diensten. Deze zienswijze is naar mijn mening te beperkt en zou ruimer moeten zijn.

Nederland heeft artikel 10 lid 1 onterecht niet geïmplementeerd. Hoewel dit artikel tot de standaardclausules van richtlijnen behoort en dat uitzendkrachten gelijke toegang tot de rechter hebben als andere werknemers, is het naar mijn mening problematisch voor uitzendkrachten om handhaving van rechten en plichten via de rechter af te dwingen. Door onevenredig hoge barrières zullen uitzendkrachten weinig tot geen procedures starten tegen overtredende uitzendbureaus en inlenende ondernemingen. Handhaving die slechts via de civielrechtelijke weg plaatsvindt, heeft onvoldoende afschrikkende werking. Nederland handelt in strijd met de plicht om ervoor te zorgen dat er passende administratieve of gerechtelijke procedures voorhanden zijn om de uit deze richtlijn voortvloeiende verplichtingen te doen naleven.

Tot slot is naar mijn mening de implementatie van artikel 8 overbodig, omdat de verplichte informatieverstrekking en mededeling al waren opgenomen in de WOR.

7.3 Is een verbetering van de rechtspositie van uitzendkrachten op dit moment wenselijk?

De implementatie van de Uitzendrichtlijn door Nederland resulteert niet in een verbetering van de rechtspositie van uitzendkrachten. Is dit onverstandig? Naar mijn mening niet. De Europese en Nederlandse arbeidsmarkt was ten tijde van de indiening van het eerste en gewijzigde richtlijnvoorstel door de EC in 2002 totaal verschillend vergeleken met de huidige arbeidsmarkt. Op basis van een studie van het CIETT, de Internationale Vereniging van Uitzendbureaus, kende het aandeel van het uitzendwerk in 2002 al 10 jaar een onafgebroken groei waarbij het jaarlijkse groeipercentage meestal 10% bedroeg.[317] De huidige economische ontwikkelingen staan in groot contrast met die van 2002. Momenteel, 10 jaar later, komen er steeds minder vacatures beschikbaar[318] en stijgt de werkloosheid herhaaldelijk.[319] In het algemeen is het beeld dat deze werkloosheid sterker zou zijn gestegen als de 'flexibele schil' van (onder meer) uitzendkrachten niet een belangrijk deel van de terugval in werkgelegenheid zou hebben opgevangen.[320] De timing van de EC om tijdens een recessie een richtlijn door de lidstaten te laten implementeren die de rechtspositie van uitzendkrachten moet verbeteren pakt zeer ongunstig uit. Het CPB stelt terecht in haar notitie van 20 april 2012 dat beleid dat is gericht op verhoging van de

[317] Com 2002 149 definitief, p. 2-3.
[318] Persbericht CBS 15 mei 2012: http://www.cbs.nl/NR/rdonlyres/5D8EC9FD-C5CC-43A7-88A3-948DF48DAD56/0/pb12n033.pdf (geraadpleegd op 24 mei 2012).
[319] Persbericht CBS 24 mei 2012: http://www.cbs.nl/NR/rdonlyres/3056E1DB-1F75-4091-B54C-8607F3F0558C/0/pb12n035.pdf
[320] Vermeulen e.a. 2012, p. 1.

bescherming van werkzame personen met een flexibele arbeidsrelatie deze arbeidsrelaties minder aantrekkelijk zal maken voor werkgevers. Een verhoging van de bescherming van werknemers met een flexibele arbeidsrelatie zal leiden tot een afname van deze arbeidsrelaties op de arbeidsmarkt. Bovendien is volgens het CPB een evenredige toename van het aandeel vaste arbeidsrelaties niet waarschijnlijk.[321] Het zou dan ook zeer onverstandig zijn om op dit moment met een tunnelvisie een gelijke behandelingsnorm voor ter beschikking gestelde arbeidskrachten met werknemers in de inlenende onderneming met betrekking tot de essentiële arbeidsvoorwaarden te introduceren. In de toekomst, op een moment dat de arbeidsmarkt het toestaat, zou Nederland de rechtspositie van uitzendkrachten daadwerkelijk moeten verbeteren, zonder gebruik te maken van (bijna) elke afwijkingsmogelijkheid die deze richtlijn biedt. Op dit moment is een slechtere rechtspositie voor uitzendkrachten in het belang van de uitzendkrachten zelf.

[321] CPB Notitie 20 april 2012, Rondetafelgesprek over Flexibiliteit en Zekerheid. Op verzoek van de Vaste Commissie van SZW: http://www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/cpb-notitie-20apr2012-rondetafelgesprek-over-flexibiliteit-en-zekerheid.pdf (geraadpleegd op 24 mei 2012).

Literatuurlijst

Boeken

Bakels/Asscher-Vonk & Bouwens 2009
H.L. Bakels/I.P. Asscher-Vonk & W.H.A.C.M. Bouwens, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Van den Brink 2004
A. van den Brink, *Regelgeving in Nederland ter implementatie van EU-recht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2004.

Van der Burg 2008
F.H. van der Burg, *Europees gemeenschapsrecht in de Nederlandse rechtsorde*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.

Van Drongelen & Fase 2005
J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *De Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (WAADI)*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2005.

Van Drongelen & Fase 2009
J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1. De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009.

Van Drongelen & Fase 2011
J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1. De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011.

Van Drongelen & Jellinghaus 2008
J. van Drongelen & S.F.H. Jellinghaus, *Collectief arbeidsrecht 1. Wet op de ondernemingsraden*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2008.

Van Drongelen e.a. 2009
J. van Drongelen e.a., *Individueel arbeidsrecht 2. Bijzondere bedingen. Aansprakelijkheid. Gelijke behandeling. Overgang van de onderneming*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009.

Van Drongelen 2011
J. van Drongelen, *'Een nieuwe Arbeidsinspectie: tussen behoud en vernieuwing'*, in: W. Plessen, J. van Drongelen & F. Hendrickx (red.), *Sociaal Recht: tussen behoud en vernieuwing*. *Liber amicorum voor prof. dr. Antoine Jacobs'*, Zutphen: Uitgeverij Paris: 2011.

Eijsbouts e.a. 2010
W.T. Eijsbouts e.a. (red.), *Europees Recht – Algemeen Deel. Sinds het Verdrag van Lissabon*, Groningen: Europa Law Publishing 2010.

Grapperhaus & Jansen 1999
F.B.J. Grapperhaus & M. Jansen, *De uitzendovereenkomst,* Deventer: Kluwer 1999.

Grapperhaus 2010/2011
F.B.J. Grapperhaus, *'Bijzondere bepalingen ter zake van de uitzendovereenkomst'/'Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs'/'Commentaar op artikel 9 Waadi'/'Commentaar op artikel 10 Waadi'*, in: P.F. van der Heijden, J.M. van Slooten & E. Verhulp, *Arbeidsrecht. De tekst van Titel 7.10 BW en andere relevante regelgeving met betrekking tot het arbeidsrecht, voorzien van commentaar (Tekst & Commentaar)*, Deventer: Kluwer 2010/ Kluwer Online Research: 2010/2011.

Hafkenscheid 2011
B.J. Hafkenscheid, *Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs* (Lexplicatie: 5.32a), Deventer: Kluwer/ Kluwer Online Research 2011.

Hofhuis 2006
Y. Hofhuis, *Minimumharmonisatie in het Europees recht* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2006.

Houwerzijl 2005
M.S. Houwerzijl, *De detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van richtlijn 96/71/EG* (proefschrift), Tilburg: Universiteit van Tilburg 2005.

Jacobs 2005
A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Jacobs 2007
A.T.J.M. Jacobs, *Sociaal Recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007.

Jacobs, Massuger & Plessen 2009
A.T.J.M. Jacobs, P.M.M. Massuger & W.G.M. Plessen, *Monografieën BW. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2009.
Van het Kaar 2011
R.H. van het Kaar, 'Ondernemingsraad artikel 31b. Sociale informatie' in: P.F. van der Heijden e.a., *Ondernemingsraad*, Deventer: Kluwer Online Research 2011.
Pennings 2007
F.J.L. Pennings, *Nederlands arbeidsrecht in een international context*, Deventer: Kluwer 2007.
Pijnacker Hordijk 2011
E.H. Pijnacker Hordijk, ´Europese Unie´ in: H.J. Snijders (red.), *Modellen voor de rechtspraktijk*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Online Research 2011.
Plessen 2007
W. Plessen, 'Een essentiële fase in het uitzendrecht', in: A. Jacobs & F. Pennings (red.), *Een inspirerende Fase in het sociaal recht. Liber amicorum voor prof. mr. Wil Fase*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007.
Plessen & Massuger 2011
W.G.M. Plessen & P.M.M. Massuger, *Arbeidsovereenkomstenrecht en sociaalzekerheidsrecht*, Houten: Noordhoff Uitgevers Groningen 2011.
Rymkevitch 2008
O. Rymkevitch, 'Prospects for the regulation of temporary agency work at the EU level' in: R. Blanpain & M. Tiraboschi (red.), *The global labour market: from globalization to flexicurity*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008.
Sprengers 2011
L.C.J. Sprengers, 'Uitleg bij: Wet op de Ondernemingsraden, aanhef', in: P.F. van der Heijden, J.M. van Slooten & E. Verhulp, *Arbeidsrecht. De tekst van Titel 7.10 BW en andere relevante regelgeving met betrekking tot het arbeidsrecht, voorzien van commentaar (Tekst & Commentaar)*, Deventer: Kluwer 2010/ Kluwer Online Research: 2010/2011.

Artikelen
Van den Aardweg e.a. 2009
W. van den Aardweg, 'De praktijk van het wetgeven', *AA* 2009, p. 257-261.
Beltzer 2003
R.M. Beltzer, 'Viereneenhalf jaar flexibiliteit en zekerheid: de Waadi geëvalueerd', *Rechtshulp* 2003, p. 29-33.
Van den Bergh & Grapperhaus 2011
J.M. van den Bergh & F.B.J. Grapperhaus, 'Het onderkruipersverbod in het Nederlandse recht', *TRA* 2011, 46.
Bouman & Van der Pijl 2001
A.M.J. Bouman & J. van der Pijl, 'Het belemmeringsverbod is niet meer van deze tijd', *AR* 2001, 40.
Ferouge & Franssen 2012
R.S. Ferouge & E.J.A. Franssen, 'Inlenersaansprakelijkheid verder uitgebreid door registratieplicht in nieuwe WAADI', *TAP* 2-2012, p. 69-74.
De Graaf 2008
H. de Graaf, 'Pensioenopbouw in uitzendarbeid', *AR* 2008, 52.
Grapperhaus 1998
F.B.J. Grapperhaus, 'De uitzendkracht', *AR* 1998, 50.
Grapperhaus 2000
F.B.J. Grapperhaus, 'Beperkingen aan de vrijheid van arbeidskeuze van de uitzendwerknemer uit artikel 7:691 BW', *Ondernemingsrecht* 2000, p. 426.
Grapperhaus 2010
F.B.J. Grapperhaus, 'A twist of the equality logic: The directive on working conditions for temporary agency workers and Dutch law', *ELLJ* 2010, p. 406-413.
Van Haelst 2005
M.A. van Haelst, 'ABU-cao en de knelpunten van de loonverhoudingsnorm', *AR* 2005, 52.
Hennevelt, Louisse & Bijveld 2011

M. Hennevelt, M. Louisse & W. Bijveld, 'Nederland en gelijke bezoldiging: in lijn met de Uitzendrichtlijn?', *TRA* 2011, 58.
Hermans & Houwerzijl 2009
K.H. Hermans & M.S. Houwerzijl, 'Verbeterde positie uitzendkracht en uitzendarbeid', *TRA* 2009, 60.
Hoogeveen 2007
E.M. Hoogeveen, 'De inlener en het werkgeverschap', *ArA* 2007-3.
Van Houte e.a. 2004
Y.A.E. van Houte e.a., 'De nieuwe uitzend-cao: betere flex en zeker?!', SMA 2002, p. 186-191.
Joris & Van der Jeught 2010
T. Joris & S. van der Jeught, 'Tien jaar financiële sancties in de Europese inbreukprocedure ex artikel 260 lid 2 VWEU. Tijd voor een stand van zaken', *SEW* 2010, p. 432-446.
Van der Kolk & Kreulen 2010
A. van der Kolk & M. Kreulen, 'Van besmet werk, stakingsbrekers, onderkruipers en de (lachende?) derde', *AR* 2010, 39.
Passchier 2002
C.E. Passchier, 'Loon naar werkgever of loon naar werkvloer', *SMA* 2002, p. 7-41.
Van Peijpe 2011
T. van Peijpe, 'EU en de ruimte voor een nationaal werknemersbegrip', *TRA* 2011, 34.
Ruizeveld 2003
M.D. Ruizeveld, 'De uitleg van het concurrentiebeding, het belemmeringsverbod en het boetebeding', *AR* 2003, 47.
Tanja & Van Lent 2008
M. Tanja & C.M.E.P. van Lent, 'De contradictio in terminis van de loonverhoudingsnorm', *AR* 2008, 11.
De Vroe 1998
L.J. de Vroe, 'Geen obstakels bij indienstneming uitzendkracht', *AR* 1998, 41.
De Vroe 2000
L.J. de Vroe, 'De onbelemmerde uitzendkracht', *AR* 2000, 5.
Zappala 2003
L. Zappala, 'The temporary agency workers' directive: an impossible political agreement?', *Industrial Law Journal* 2003/4.

Internationale regelgeving

- IAO-Verdrag nr. 181 betreffende particuliere bureaus voor arbeidsbemiddeling (*Trb.* 1998, 159).

Europese regelgeving

- Kaderrichtlijn 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk (*PbEG* L183/1).
- Richtlijn 91/383/EEG van de Raad van 25 juni 1991 ter aanvulling van de maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van de werknemers met arbeidsbetrekkingen voor bepaalde tijd of uitzendarbeidbetrekkingen (*PbEG* L206/19).
- Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (*PbEG* L18/1).
- Richtlijn 1999/70 EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (*PbEG* L175/43).
- Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap (*PbEG* L80/29).
- Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten (COM 2002/149 definitief).

- Gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten (COM 2002/701 definitief).
- Advies van het Economisch en Sociaal Comité over het „Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten" van 19 september 2002 (C 61/124).
- Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (*PbEG* L327/9).
- Standpunt van het Europees Parlement in eerste lezing vastgesteld op 21 november 2002 met het oog op de aanneming de Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende uitzendwerk (*PbEG* 2004 C25E/368).
- Gemeenschappelijk standpunt met het oog op de aanneming van de Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende uitzendarbeid door de Raad vastgesteld op 15 september 2008 (*PbEG* C254E/36).
- Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement inzake het gemeenschappelijk standpunt van de Raad met het oog op de aanneming van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende uitzendarbeid van 15 september 2008 (COM 2008/569 definitief).
- Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (*PbEU* 2008 L327/9).
- Mededeling van de Commissie. Uitvoering van artikel 260, lid 3, van het VW (*PbEG* 2011 C12/1).

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1996-1997, 25 263, nr. 3.
Kamerstukken II 1996-1997, 25 263, nr. 5.
Kamerstukken II 1996-1997, 25 264, nr. 3.
Kamerstukken I 1996-1997, 25 264, nr. 133b
Kamerstukken II 1997-1998, 25 264, nr. 7.
Kamerstukken II 1998-1999, 26 601, nr. 1/262.
Kamerstukken II 2001-2002, 28 465, nr. 3.
Kamerstukken II 2004-2005, 29 818, nr. 3.
Kamerstukken II 2004-2005, 29 983, nr. 3.
Kamerstukken II 2005-2006, 30 532, nr. 3.
Kamerstukken II 2010-2011, 32 872, nr. 2-4 & 7.
Kamerstukken II 2010-2011, 32 895, nr. 1-3.
Kamerstukken II 2011-2012, 32 895, nr. 4-6.
Kamerstukken II 2011-2012, 21 109, nr. 205.
Kamerstukken II 2011-2012, 29 407, nr. 132.
Kamerstukken II 2011-2012, 33 207, nr. 2-3.
Handelingen 2011-2012, 58-6-24.

Collectieve arbeidsovereenkomsten

Algemene Bond van Uitzendondernemingen, 'CAO voor Uitzendkrachten 2009 – 2014. Versie november 2011'.

Jurisprudentie

HR 10 januari 1986, *NJ* 1986, 476.
Rb. Amsterdam 13 december 2000, *JAR* 2001/17.
Hof Amsterdam 8 maart 2001, JAR 2001/66.
HR 4 april 2003, *JAR* 2003/107.
Hof Amsterdam 24 januari 2008, *RAR* 2008/77.

Overig

ABU Gedragsregels voor uitzendondernemingen 2011
ABU Gedragsregels voor uitzendondernemingen 2011, Badhoevedorp: ABU 2011.

Bot & Nicolaï 2005
B.R. Bot & A. Nicolaï, *Staat van de Europese Unie 2005–2006*, 2005, zie: http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2009/06/19/staat-van-de-europese-unie-2006.html (geraadpleegd op 14 mei 2012).
Brief minister Kamp van SZW aan de Stichting van de Arbeid d.d. 5 juli 2011
http://www.stvda.nl/~/media/Files/Stvda/Parlementaire%20Informatie/arbeidsvoorwaarden/20110705_minSZW.ashx (geraadpleegd op 14 mei 2012).
Expert Group Report 2011
Expert Group Report, *Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work*, Europese Commissie 2011.
***Instroomonderzoek feiten en cijfers over uitzendkrachten* 2009**
Instroomonderzoek feiten en cijfers over uitzendkrachten, Badhoevedorp: ABU 2009.
Jaarplan 2012 Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Jaarplan 2012 Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2011.
Persbericht Commissie IP/03/796
Persbericht van de Europese Commissie, 'Anna Diamantopoulou 'very dissapointed' about Council's failure to find political agreement on temporary agency workers' directive', IP/03/796, 3 juni 2003.
***SER-advies Arbeidsbemiddeling en TBA* 1994**
SER-advies Arbeidsbemiddeling en TBA, mei 1994, adviesnr. 1994/07.
***SER-advies Wetsvoorstel herziening concurrentiebeding* 2006**
SER-advies Wetsvoorstel herziening concurrentiebeding maart 2006, adviesnr. 2006/02.
Smeets 2012
C. Smeets, 'Gevolgen van een AVV-loze periode voor de ongebonden werkgever', *Website ABU* 28 maart 2012 http://www.abu.nl/cms/streambin.aspx?requestid=0A30C87F-2DFB-4F6A-AE25-C859EE7FBFFF (geraadpleegd op 14 mei 2012).
Stb. 2012, 173
Wet van 19 april 2012 tot wijziging van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs en de Wet op de ondernemingsraden in verband met implementatie van de Richtlijn 2008/104/EG van het Europese Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid.
Stb. 2012, 174
Besluit van 23 april 2012 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 19 april 2012 tot wijziging van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs en de Wet op de ondernemingsraden in verband met de implementatie van de Richtlijn 2008/104/EG van het Europese Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (PbEU 2008 L327) (Stb. 173).
Stcrt. 2003, nr. 251, p. 23
Verplichtstelling deelneming in bedrijfstakpensioenfonds, Stcrt. 2003.
Stcrt. 2010, 13489
Besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 24 augustus 2010, AV/SDA/2010/14871, tot wijziging van de beleidsregel Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen (AVV) in verband met onder meer de inwerkingtreding van de Wet elektronische bekendmaking.
Stcrt. 2011, 6602
Regeling van de minister-president, minister van Algemene Zaken van 1 april 2011, nr. 3102255, houdende vaststelling van de negende wijziging van de Aanwijzingen voor de regelgeving
STAR 2001
Aanbeveling van de Stichting van de Arbeid met betrekking tot 'Arbeidsvoorwaarden van uitzendwerkers', oktober 2001, publicatienr. 10/01.
STAR 2011
Analyse van de Stichting van de Arbeid ten behoeve van de heroverweging met betrekking tot beperkingen en verbodsbepalingen op de inzet van uitzendarbeid in cao's, december 2011.
Vaes & Vandenbrande 2009
T. Vaes & T. Vandenbrande, *Implementing the new temporary agency work directive*, Leuven: Hoger instituut voor de arbeid 2009.

Vermeulen e.a. 2012
H. Vermeulen, *Arbeidsmarkttransities van uitzendkrachten in de periode 2007-2010*, Nijmegen: ITS, Radboud Universiteit 2012.
Voermans e.a. 2005
W. Voermans e.a., *De omzetting van Europese richtlijnen: Instrumenten, technieken en processen in zes lidstaten vergeleken*, Leiden: WODC, Universiteit Leiden 2005.
Website ABU (geraadpleegd op 14 mei 2012)
http://www.abu.nl/abu/organisatie
http://www.abu.nl/nieuwsberichten/website/abu-cao-voor-uitzendkrachten-verlengd
Website CBS (geraadpleegd op 24 mei 2012)
http://www.cbs.nl/NR/rdonlyres/5D8EC9FD-C5CC-43A7-88A3-948DF48DAD56/0/pb12n033.pdf
http://www.cbs.nl/NR/rdonlyres/3056E1DB-1F75-4091-B54C-8607F3F0558C/0/pb12n035.pdf
Website CPB (geraadpleegd op 24 mei 2012)
http://www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/cpb-notitie-20apr2012-rondetafelgesprek-over-flexibiliteit-en-zekerheid.pdf
Website Eerste Kamer (geraadpleegd op 14 mei 2012)
http://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/32872_wet_registratieplicht
Website IAO (geraadpleegd op 14 mei 2012)
http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifce.pl?C181
http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm
Website ministerie van Buitenlandse Zaken (geraadpleegd op 14 mei 2012)
http://www.minbuza.nl/ecer/eu-essentieel/implementatie.html
http://www.minbuza.nl/ecer/eu-essentieel/inbreukprocedures.html
Website NBBU (geraadpleegd op 14 mei 2012)
https://www.nbbu.nl/pagina/over-nbbu
Website NEN (geraadpleegd op 24 mei 2012)
www.nen.nl/web/Normen-ontwikkelen/Wat-is-een-norm.htm
Website SNCU (geraadpleegd op 14 mei 2012)
http://www.sncu.nl/Upload/Download/20120321155853211.pdf
Website Werk.nl (geraadpleegd op 14 mei 2012)
https://www.werk.nl/pucs/groups/public/documents/document/ptl137467.pdf