



> Retouradres Postbus 90801 2509 LV Den Haag

Europese Commissie
DG Werkgelegenheid, Sociale Zaken en Inclusie
B-1049 Brussel
België

Postbus 90801
2509 LV Den Haag
Anna van Hannoverstraat 4
T 070 333 44 44
F 070 333 40 33
www.rijksoverheid.nl

Contactpersoon

Datum **- 5 DEC 2011**
Betreft Rapportage heroverweging

Onze referentie
AV/AR/2011/21970

Bijlagen
Rapportage heroverweging
overheid (format)
Rapportage heroverweging
Stichting van de Arbeid

Geachte heer, mevrouw,

Hierbij stel ik de Europese Commissie in kennis van de resultaten van de heroverweging op de inzet van uitzendarbeid in de Nederlandse wet- en regelgeving, praktijk en cao's.

Artikel 4 van de Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid (hierna: richtlijn) verplicht de lidstaten tot deze heroverweging. Beperkingen van en een verbod op de inzet van uitzendkrachten kunnen volgens de richtlijn 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 de veiligheid op het werk of de noodzaak de goede werking van de arbeidsmarkt te garanderen en misbruik te voorkomen.

Het voorgaande geldt onverminderd de nationale voorschriften inzake de registratie, afgifte van vergunningen, certificering, financiële waarborgen of het toezicht op uitzendbureaus.

De Nederlandse overheid heeft de beperkingen en verbodsbepalingen in de wet- en regelgeving en praktijk geïnventariseerd en beoordeeld of deze beperkingen al dan niet gerechtvaardigd zijn. De Nederlandse overheid heeft twee beperkingen aangetroffen in haar wet- en regelgeving, die beiden naar haar oordeel gerechtvaardigd zijn. In de bijlagen treft u aan de rapportage van de overheid conform het door Europese Commissie verstrekte format.

De heroverweging van beperkingen en verbodsbepalingen in cao's wordt conform het derde lid van artikel 4 van de richtlijn uitgevoerd door de Nederlandse sociale partners. Sociale partners in de Stichting van de Arbeid hebben op centraal niveau geïnventariseerd welke categorieën cao-bepalingen mogelijk te kwalificeren zijn als verbodsbepaling dan wel als (potentiële) beperking. Vervolgens heeft de Stichting zich gebogen over de vraag welke van de als zodanig gekwalificeerde categorieën cao-bepalingen op voorhand en in algemene zin gerechtvaardigd zijn. De inventarisatie heeft niet voor alle categorieën cao-bepalingen tot een gelijkkluidend oordeel van werkgevers en werknemers geleid. Ten aanzien van


categorieën cao-bepalingen die door de werkgevers en werknemers als (mogelijke) beperking zijn aangemerkt en die niet op voorhand als gerechtvaardigd zijn of kunnen worden beoordeeld, zal de Stichting van de Arbeid decentrale cao-partijen verzoeken om in het eerstkomende cao-overleg het al dan niet gerechtvaardigd zijn van deze cao-bepalingen te heroverwegen en zij zal voorstellen doen hoe in dat geval te handelen. In de bijlagen treft u de rapportage van de Stichting van de Arbeid.

Datum

5 DEC 2011
Onze referentie
AV/AR/2011/21970

De heroverweging in de publieke sector is nog niet afgerond. Dat zal spoedig gebeuren. Zodra dat het geval is, zal ik de Europese Commissie in kennis stellen van de uitkomsten.

Hoogachtend,
de Minister van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,



H.G.J. Kamp

Bijlage 1

Rapportage overheid

Template of the report
on the
results of the review of restrictions or prohibitions – Article 4(5)
(Format verstrekt door de Europese Commissie)

Measure N° 1

1. Nature of the measure (legislative, regulatory, administrative, set by way of collective agreement, etc.):

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) betreft een Algemene Maatregel van Bestuur (administrative measure) en wijzigt het Reglement rijbewijzen.

2. Description of the measure:

In verband met de vergrijzing verwachten vervoersbedrijven ten aanzien van het openbaar vervoer en het besloten busvervoer een grote uitstroom van buschauffeurs terwijl de instroom daarvan beperkt blijft. De groep chauffeurs die op het punt staat de sector te verlaten is jaarlijks minstens het vijfvoudige van de groep die instroomt. Een structureel tekort aan buschauffeurs in relatie met de vergrijzing is de afgelopen jaren zowel door de vakbonden als door de transportbranche aan de orde gesteld.

Een van de onderdelen van deze wijziging 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).

3. Reviewed by:

Overheid (centraal niveau).

4. Not justified (please specify whether the measure has been lifted, modified or what future steps are envisaged):

n.v.t.

5. Justified on grounds of general interest (please specify why you consider a given measure is justified and necessary to pursue the public policy objectives indicated below):

In het Tijdelijk besluit buschauffeurs is gekozen voor een arbeidsovereenkomst. Het experiment beoogt het tekort aan buschauffeurs op te heffen. Om de continuïteit van het aanbod van buschauffeurs in de sector te waarborgen is het van belang om vervoerders en chauffeurs middels een arbeidsovereenkomst direct aan elkaar te binden. Een arbeidsovereenkomst is daarnaast van belang om te

voorkomen dat de jonge buschauffeurs zich kunnen onttrekken aan de gestelde maatregelen binnen het experiment. Het toezicht van de vervoerder op de bestuurder is sterker gewaarborgd wanneer er een directe binding is met de vervoerder.

6. Comments (please specify whether the measure has been maintained, modified or lifted, what future or further steps are envisaged, whether you consider that it falls under Article 4(4), etc.):

Het gaat in dit geval om een experiment. De duur van het experiment is zes jaar. Bestuurders worden gemonitord onder meer aan de hand van een begeleidingstraject. Daarnaast vindt een evaluatie plaats van het experiment. Uiterlijk zes maanden voor de beëindiging van dit experiment wordt aan de beide kamers der Staten-Generaal een verslag verzonden over de doeltreffendheid en de effecten ervan alsmede een standpunt inzake de voortzetting anders dan als experiment.

Measure N° 2

1. Nature of the measure (legislative, regulatory, administrative, set by way of collective agreement, etc.):

Wet- en regelgeving: artikel 25 van het Uitvoeringsbesluit Wet op de Jeugdzorg.

2. Description of the measure:

Volgens artikel 25, eerste lid zijn medewerkers die belast zijn met de uitvoering van de taken, bedoeld in artikel 5, eerste lid, van de Wet op de jeugdzorg (hierna: wet), voogdijwerkers, gezinsvoogdijwerkers, jeugdreclasseringswerkers en medewerkers die taken uitvoeren van een advies- en meldpunt kindermishandeling, alsmede medewerkers die belast zijn met de uitvoering van de taken, bedoeld in artikel 10, eerste lid, onder f tot en met j, van de wet, werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst met de stichting of op basis van een detacheringsovereenkomst tussen hun werkgever en de stichting.

Artikel 25, tweede lid bepaalt dat in afwijking van het eerste lid een medewerker anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst of detacheringsovereenkomst bij de stichting werkzaam kan zijn:

- a) indien hij zodanige gespecialiseerd is dat een arbeidsovereenkomst of een detacheringsovereenkomst een doelmatige werkwijze van de stichting belemmert;
- b) ten behoeve van een tijdelijke functievervulling.

3. Reviewed by:

Overheid (centraal niveau).

4. Not justified (please specify whether the measure has been lifted, modified or what future steps are envisaged):

n.v.t.

5. Justified on grounds of general interest (please specify why you consider a given measure is justified and necessary to pursue the public policy objectives indicated below):

Dit artikel stelt regels over de aard van de dienstbetrekking. Het uitgangspunt is neergelegd in het eerste lid, namelijk dat medewerkers van de stichting, die 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 betrokken werkgever. De stichting is een stichting die het bureau Jeugdzorg in stand houdt.

Deze regel wordt gesteld met het oog op de continuïteit, aanspreekbaarheid en sturing van de stichting. Voor een verantwoorde uitvoering van de taak, bedoeld in artikel 5, eerste lid, van de wet, 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 uitzonderingen op de hoofdregel neergelegd. Op een tweetal gronden mag een medewerker anderszins bij de stichting werkzaam zijn, namelijk 1) indien een medewerker zodanig gespecialiseerd is dat een arbeidsovereenkomst of een detacheringsovereenkomst een doelmatige uitvoering van taken door de stichting belemmert of 2) ten behoeve van een tijdelijke functievervulling. Deze uitzonderingsgronden zijn opgenomen om een flexibele bedrijfsvoering mogelijk te maken. Daarmee is er sprake van een zodanige uitzonderingsvrijheid dat dit artikel in de praktijk niet snel tot beperking op de inzet van uitzendarbeid zal leiden.

6. Comments (please specify whether the measure has been maintained, modified or lifted, what future or further steps are envisaged, whether you consider that it falls under Article 4(4), etc.):

n.v.t.



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

Richtlijn 2008/104/EG - uitzendrichtlijn

1. De uitzendrichtlijn

De Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid is op 6 december 2008 van kracht geworden. Het doel van deze richtlijn is verwoord in artikel 2: *„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 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.”*¹

Belangrijke bepalingen om dit doel nader in te vullen, zijn - conform de volgorde van de richtlijn - verwoord in de heroverweging van verbodsbepalingen en beperkingen met betrekking tot de inzet van uitzendkrachten (artikel 4), het beginsel van gelijke behandeling (artikel 5), de toegang tot werk, collectieve voorzieningen en beroepsopleiding bij uitzender en/of inlenend bedrijf (artikel 7) en de informatie van de werknemersvertegenwoordigers met betrekking tot de inzet van uitzendkrachten in de inlenende onderneming (artikel 8). In de overwegingen is neergelegd waarom deze richtlijn tot stand is gekomen, wat ermee beoogd wordt en waar rekening mee gehouden moet worden.

De lidstaten dienen uiterlijk 5 december 2011 de richtlijn geïmplementeerd te hebben. Uiterlijk 5 december 2013 onderwerpt de Europese Commissie (EC) de toepassing van de richtlijn aan een evaluatie teneinde zo nodig de vereiste wijzigingen voor te stellen (artikel 12).

Ten behoeve van de implementatie van de Uitzendrichtlijn heeft de EC in september 2009 een adviescommissie bestaande uit onder meer nationale deskundigen op dit onderwerp van de 27 lidstaten ingesteld, de Expert Group. Deze adviescommissie heeft in augustus 2011 haar bevindingen neergelegd in haar eindverslag: *Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work*. In dit rapport wordt onder meer verwezen naar de geschiedenis van de totstandkoming van de richtlijn.

De Stichting van de Arbeid is vanwege de bepalingen in artikel 4 door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) in een brief d.d. 5 juli 2011² om medewerking gevraagd aan de uitvoering van artikel 4 door beperkingen en verbodsbepalingen in cao's te heroverwegen. De tekst van dit artikel luidt:

¹ De tekst van de richtlijn is als bijlage opgenomen.

² Brief minister Kamp van SZW aan de Stichting van de Arbeid d.d. 5 juli 2011.

“ 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 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 verbod op de inzet van uitzendkrachten 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.”*

De Stichting geeft er zich rekenschap van dat de Uitzendrichtlijn gebaseerd is op artikel 137, lid 2 van het Europees Verdrag wat betekent dat dit een sociale richtlijn is. De preambule van de richtlijn stelt (overweging 1 en 2) dat de Uitzendrichtlijn met name tot doel heeft de volledige naleving van het Handvest van de Grondrechten van de EU te bevorderen. Dit Handvest bepaalt in artikel 7 onder meer *“dat de verwezenlijking van de interne markt moet leiden tot een verbetering van de levensstandaard en de arbeidsvoorwaarden van de werkenden in de EU. Dit proces wordt verwezenlijkt door onderlinge opwaartse aanpassing van die voorwaarden, met name betreffende arbeidsvormen zoals arbeid voor een bepaalde duur, deeltijdarbeid, uitzendarbeid en seizoenarbeid”*.

De verplichting om eventuele beperkingen of een verbod op het inzetten van uitzendkrachten te heroverwegen, is dan ook met name gemotiveerd vanuit de achterliggende gedachte dat door de verbetering van de bescherming van uitzendkrachten, zoals met de richtlijn wordt beoogd, diverse beperkingen, die zijn voortgekomen uit zorgen over de bescherming van uitzendkrachten, niet meer nodig zijn.

De richtlijn beziet - zoals ook in de preambule is aangegeven (zie overwegingen 8, 9 en 11) - uitzendarbeid echter ook in het bredere kader van de doelstellingen van de Lissabonstrategie, waaronder versterking van het Europees sociaal model, ten aanzien van de gemeenschappelijke beginselen van ‘flexicurity’ waarmee een evenwicht wordt geschaapen tussen flexibiliteit en zekerheid³ op de arbeidsmarkt en ten aanzien van de behoeften van werknemers om werk en privéleven te combineren waardoor tevens een bijdrage wordt geleverd aan het scheppen van banen en tot deelname aan en inpassing op de arbeidsmarkt. Vanuit dit perspectief hebben sociale partners in de Stichting van de Arbeid de heroverweging van categorieën cao-bepalingen bezien.

³ In Nederland heeft de Stichting van de Arbeid in 1996 het akkoord *Flexibiliteit en Zekerheid* gesloten waarop de latere ‘Flexwet’ is gebaseerd.

2. Procedure en kader

De Stichting van de Arbeid heeft ter beantwoording van het verzoek van de minister van SZW in het kader van de richtlijn geïnventariseerd welke categorieën cao-bepalingen te kwalificeren zijn als verbodsbepaling dan wel als (potentieel) beperkend ten aanzien van de inzet van uitzendarbeid in de zin van artikel 4 van de richtlijn.

Omdat de richtlijn in artikel 4 spreekt van verboden of beperkingen met betrekking tot de 'inzet van uitzendkrachten' ('*the use of temporary agency work*'⁴) heeft de Stichting niet iedere cao-bepaling die op enigerlei wijze betrekking heeft op uitzendwerk of uitzendkrachten in de heroverweging betrokken.

De Stichting heeft ervoor gekozen om de inventarisatie te doen aan de hand van een aantal categorieën cao-bepalingen omdat anders dit onderzoek niet in deze beperkte tijd kon geschieden. Er zijn in Nederland immers meer dan 900 cao's. Deze inventarisatie is, vanwege het ontbreken van data gegenereerd door de overheid, geschied aan de hand van onderzoek van de ABU⁵ naar uitzendgerelateerde bepalingen in inleen-cao's in 2009 en 2011⁶.

Vervolgens heeft de Stichting de categorieën cao-bepalingen gekwalificeerd die mogelijk als een verbodsbepaling of beperking op de inzet van uitzendkrachten kunnen worden beschouwd. Daarna heeft zij zich gebogen over de vraag welke van de als zodanig gekwalificeerde categorieën cao-bepalingen op voorhand en in algemene zin gerechtvaardigd zijn. Tot slot heeft de Stichting bezien welke categorieën cao-bepalingen, die als (potentiële) beperkingen of verbodsbepalingen in de zin van de richtlijn kunnen worden beschouwd, heroverwogen dienen te worden conform artikel 4 van de richtlijn.

De Stichting van de Arbeid is voornemens decentrale cao-partijen te verzoeken om in het eerstkomende cao-overleg het al dan niet gerechtvaardigd zijn van deze cao-bepalingen te heroverwegen en doet voorstellen over hoe in dat geval te handelen.

De Stichting wijst erop dat deze reactie uitdrukkelijk niet gezien kan worden als haar reactie op de gehele richtlijn. Zij heeft, op verzoek van de minister van SZW, slechts gereageerd op één onderdeel van de Uitzendrichtlijn, namelijk artikel 4. Hierin is bepaald dat de lidstaten beperkingen van en een verbod op de inzet van uitzendarbeid uiterlijk op 5 december 2011 dienen te heroverwegen om na te gaan of deze bepalingen nog steeds gerechtvaardigd zijn. Indien de beperkingen en verbodsbepalingen in cao's zijn vervat, mag de heroverweging worden verricht door de sociale partners die de betrokken overeenkomst hebben gesloten.

De Stichting van de Arbeid heeft als overlegorgaan van sociale partners op nationaal niveau op zich genomen om dit proces van decentrale cao-partijen te faciliteren door een analyse te maken van de categorieën cao-bepalingen en deze van een beoordelingskader te voorzien.

⁴ Engelse tekst, de originele tekst die rechtsgeldigheid heeft.

⁵ ABU is sinds 1961 branchevereniging voor uitzendondernemingen.

⁶ Voor het benoemen en beoordelen is gebruik gemaakt van onderzoek van de ABU naar uitzendgerelateerde bepalingen in inleen-cao's. Het betreft *CAO Onderzoek 2009* en *CAO onderzoek 2011*.

De minister van SZW is in het kader van de richtlijn verantwoordelijk voor de heroverweging en voor het rapporteren aan de EC over de resultaten van de heroverweging uiterlijk op 5 december 2011.

3. *Beoordelingskader*

De Stichting heeft - met inachtneming van de rapportage van de Expert Group⁷ - voor de beoordeling of een cao-bepaling als beperking van of verbod op de inzet van uitzendkrachten moet worden beschouwd niet alleen gekeken naar het expliciete doel van de cao-bepaling maar ook naar het effect ervan. Voor de vraag wat beoogd is met de richtlijn heeft de Stichting niet alleen gekeken naar de richtlijn zelf maar ook naar de preambule⁸. De implementatie van de richtlijn dient immers in overeenstemming met het gehele Europese recht - zowel de Verdragsbeginselen als toepasselijke verordeningen en richtlijnen - te geschieden⁹.

Essentieel hierbij is dat sociale partners bij het wegen van een mogelijke beperking van of een verbod op de inzet van uitzendarbeid zich rekenschap hebben gegeven van de driehoeksverhouding tussen opdrachtgever/inlener, uitzendonderneming en uitzendkracht. De cao-bepalingen zijn bekeken vanuit het perspectief van het uitzendbedrijf, de uitzendkracht en het inlenende bedrijf. Indien één of meerdere van voornoemde partijen als gevolg van een cao-bepaling een beperking van of verbod op de inzet van uitzendkrachten ondervinden, dan heeft de Stichting de betreffende categorie opgenomen in de lijst van cao-bepalingen die mogelijk als een beperking moeten worden aangemerkt in de zin van de richtlijn en daarom een heroverweging behoeven.

De inventarisatie heeft plaatsgevonden in de wetenschap dat de EC, blijkend uit het Report Expert Group, voorstander is van een heroverweging waarbij alle beperkingen en verboden zijn benoemd, ook als deze op voorhand al mogelijk uitgesloten kunnen worden van een heroverweging omdat zij gerechtvaardigd zijn op grond van artikel 4 lid 4 van de Uitzendrichtlijn.

De Stichting van de Arbeid heeft zich na de inventarisatie gebogen over de vraag of en in hoeverre op voorhand en in algemene zin uitspraken gedaan kunnen worden of categorieën cao-bepalingen die gekwalificeerd zijn onder de noemer beperking of verbod al dan niet gerechtvaardigd (kunnen) zijn. Zoals eerder is opgemerkt, is de verplichting om eventuele beperkingen of verbodsbepalingen op de inzet van uitzendkrachten te heroverwegen immers met name gemotiveerd vanuit de achterliggende gedachte dat door de richtlijn diverse cao-bepalingen, die zijn afgesproken ter bescherming van uitzendkrachten, niet meer nodig zijn. Daarbij wijst de Stichting erop dat dergelijke bepalingen eveneens moeten worden gezien in het perspectief van de richtlijn van stimulering van de

⁷ Report Expert Group.

⁸ In dit verband meldt overweging 22 van de Uitzendrichtlijn bijvoorbeeld: "Deze richtlijn moet worden toegepast met inachtneming van de bepalingen van het Verdrag inzake het vrij verrichten van diensten en de vrijheid van vestiging en onverminderd 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."

⁹ Dit volgt uit (i) de Uitzendrichtlijn zelf, (ii) rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, (iii) Explanatory memorandum of proposal COM (2002) 149 final bij het voorstellen van de Uitzendrichtlijn (Memorandum), (iiii) Report Expert Group.

arbeidsmarkt en flexibele arbeidsvormen.

De Stichting merkt in dit kader op dat er ook cao-bepalingen zijn die weliswaar een beperkend effect hebben op de inzet van uitzendkrachten maar die dit juist ook beogen om redenen die volgen uit de doelstellingen en bepalingen van de richtlijn. Diverse cao-bepalingen zijn juist een voorwaarde voor het goed kunnen functioneren van het uitzendwezen.

De inventarisatie heeft niet voor alle categorieën cao-bepalingen tot een gelijkkluidend oordeel van werkgevers en werknemers met betrekking tot de noodzaak van heroverweging danwel rechtvaardiging geleid.

Ingevolge artikel 4, lid 1 van de richtlijn kunnen beperkingen van en een verbod op de inzet van uitzendkrachten uitsluitend worden gerechtvaardigd met redenen van algemeen belang, die *met name* verband houden met:

- o de bescherming van uitzendkrachten;
- o de eisen ten aanzien van gezondheid en veiligheid op het werk;
- o de noodzaak de goede werking van de arbeidsmarkt te garanderen;
- o het voorkomen van misbruik.

Hieraan is in de format van de EC nog toegevoegd:

- o andere nog te specificeren redenen (van algemeen belang).

De Stichting zal decentrale cao-partijen in dit kader wijzen op de gezamenlijke verklaring d.d. 28 mei 2008 van de Europese vertegenwoordigers van sociale partners in de uitzendbranche - aan werknemerszijde UNI-Europa en aan werkgeverszijde Euro-CIETT - waarin zij hebben aangegeven van oordeel te zijn dat beperkingen en verboden met betrekking tot uitzendwerk 'proportionate, non-discriminatory and objective'¹⁰ moeten zijn. Zij zal decentrale cao-partijen verzoeken hiermee rekening te houden bij de heroverweging van beperkende cao-bepalingen.

4. *Vervolg*

Categorieën cao-bepalingen die door de Stichting van de Arbeid niet als beperking in de zin van de richtlijn worden beschouwd of die op voorhand als gerechtvaardigd beoordeeld zijn, hoeven niet op decentraal niveau door decentrale cao-partijen heroverwogen te worden.

Ten aanzien van categorieën cao-bepalingen die als beperking zijn aangemerkt en die niet op voorhand als gerechtvaardigd beoordeeld zijn of kunnen worden, zal de Stichting decentrale cao-partijen verzoeken om in het eerstkomende cao-overleg te bezien of in hun cao sprake is van dergelijke cao-bepalingen. Indien hiervan sprake is, dan zullen cao-partijen worden verzocht om aan te geven of, en zo ja op welke gronden, zij dergelijke bepalingen wel of niet gerechtvaardigd achten. De Stichting van de Arbeid zal tevens erop wijzen dat men bij ontbreken van een valide rechtvaardigingsgrond geacht wordt de cao-bepalingen op te heffen of aan te passen. Ook zal de Stichting decentrale

¹⁰ Deze termen staan voor proportioneel (proportionate), niet discriminerend (non-discriminatory) en objectief (objective).

cao-partijen verzoeken de uitkomsten van een eventuele heroverweging terug te rapporteren aan de Stichting zodat zij op haar beurt hierover de minister van SZW kan informeren.

De Stichting van de Arbeid zal decentrale partijen bij deze rapportage verzoeken om in ieder geval de volgende gegevens te leveren:

- een beschrijving van de cao-bepaling die als beperking wordt beschouwd;
- de opvatting van cao-partijen over het al dan niet gerechtvaardigd zijn van de beperking;
- indien cao-partijen van oordeel zijn dat de cao-bepaling niet (langer) gerechtvaardigd is: aangeven of de beperking is opgeheven, aangepast of wat de toekomstige stappen zullen zijn;
- indien cao-partijen van oordeel zijn dat de cao-bepaling wel gerechtvaardigd is: graag specificeren aan de hand van welke reden(en) van algemeen belang de beperking gerechtvaardigd wordt geacht.

De Stichting van de Arbeid zal decentrale cao-partijen verzoeken om zo mogelijk uiterlijk 31 oktober 2012 de rapportage te leveren. De Stichting heeft het voornemen op basis van deze rapportages de decentrale heroverwegingen vervolgens te evalueren en hierover te rapporteren aan de minister van SZW.

De Stichting van de Arbeid zal zich nog buigen over de vraag of het gewenst is om decentrale cao-partijen naast deze brief nog specifieke criteria en/of aanbevelingen aan te reiken ten behoeve van deze activiteit.

De Stichting zal in haar verzoek aan decentrale cao-partijen erop wijzen dat de richtlijn uitdrukkelijk de autonomie van sociale partners respecteert met betrekking tot collectieve onderhandelingen¹¹.

5. De categorieën cao-bepalingen nader beschouwd

Hieronder volgen de categorieën cao-bepalingen die de Stichting heeft beoordeeld op hun mogelijk beperkende dan wel verbodskarakter. Vervolgens heeft de Stichting aangegeven of en zo ja in welke gevallen de betreffende cao-bepaling(en) heroverwogen moet(en) worden om na te gaan of deze al dan niet gerechtvaardigd is (zijn). Uit onderstaande blijkt dat de beoordeling van deze categorieën niet altijd tot een eensluidende opvatting van werkgevers en werknemers heeft geleid.

De Stichting van de Arbeid heeft vastgesteld dat de volgende categorieën cao-bepalingen, hetzij een beperking dan wel verbod zijn, hetzij, afhankelijk van inhoud of vormgeving, mogelijk een beperking dan wel verbod op de inzet van uitzendkrachten kunnen inhouden in de zin van de richtlijn:

- o Maximering (aantal/percentage);
- o Maximering (periode of duur van de opdracht);

¹¹ Preambule, overweging 19. Ook uit het *Report Expert Group* blijkt dat de Commissie niet van plan is om te interveniëren in de autonomie van sociale partners als het gaat om het bepalen van welke beperkingen wel of niet gerechtvaardigd zijn.

- Cao-bepalingen op grond waarvan uitzendkrachten geen werkzaamheden mogen verrichten ‘welke naar hun aard’ door de werknemers van de inlener plegen 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 or;
- Bepalingen die verplichten tot afdracht aan een sociaal fond

De Stichting van de Arbeid is in ieder geval van mening dat bepalingen met betrekking tot de NEN (4400)/SNA/certificering in overeenstemming zijn met artikel 4, lid 4 van de richtlijn en daarom geen verdere rechtvaardiging behoeven.

Werkgevers en werknemers in de Stichting van de Arbeid verschillen van mening over de vraag of de volgende categorieën cao-bepalingen, afhankelijk van de inhoud of vormgeving, mogelijk als een beperking dan wel verbod op de inzet van uitzendkrachten beschouwd kunnen worden in de zin van de richtlijn:

- Werkingssfeer;
- Beloning en andere arbeidsvoorwaarden;
- Vergewisplicht in verband met beloning;
- Aanpassing ketenbepaling.

De Stichting c.q. de werkgevers en werknemers bespreken hieronder de diverse categorieën cao-bepalingen en geven daarbij aan of en zo ja op welke gronden zij van oordeel zijn dat al dan niet sprake is van een (mogelijke) beperking in de zin van de richtlijn.

De Stichting van de Arbeid zal decentrale cao-partijen verzoeken om deze cao-bepalingen waar nodig te heroverwegen en haar overwegingen en conclusies hierbij te betrekken.

- ***Werkings sfeer***

Wat betreft de werkingssfeer zijn er drie varianten te onderscheiden van uitzendgerelateerde bepalingen in de cao van de inlener. Dit betreft de volgende varianten:

- de uitzendonderneming en haar activiteiten en/of de uitzendkracht en zijn werkzaamheden worden integraal onder de werkingssfeer van de inleen-cao geschaard;
- de zogenoemde ‘spiegelbeeldbepaling’, waarbij de werkingssfeer van de uitzend-cao en van de inleen-cao optimaal op elkaar zijn afgestemd (gebaseerd op het Stichtingsadvies van 2001);
- de niet optimaal afgestemde spiegelbeeldbepaling.

Werkgevers geven aan dat zij de variant waarbij uitzendondernemingen danwel uitzendkrachten integraal onder de werkingssfeer van de inleen-cao vallen, kwalificeren als beperkend. Werkgevers wijzen op de allocatieve, administratieve, financieel-economische gevolgen van dergelijke afspraken en het beperkende effect daarvan op de inzet van uitzendkrachten.

Deze beperking is niet op voorhand gerechtvaardigd op grond van artikel 4, lid 4. Zij zien ook geen rechtvaardiging van dergelijke afspraken in de redenen van algemeen belang in artikel 4, lid 1 van de Uitzendrichtlijn.

Werkgevers menen dat deze beperkingen de toets van proportionaliteit, non-discriminatie en objectiviteit niet kunnen doorstaan. Werkgevers achten minder verstrekkende middelen voorhanden. Ook staat de 'opbrengst' van de maatregel in geen verhouding tot de administratieve lasten voor de uitzendonderneming, is sprake van inbreuk op de werkgeversrol van de uitzendonderneming en van inbreuk op de onderhandelingsvrijheid van partijen bij de uitzend-cao. Zij verwijzen hierbij onder meer naar de aanbeveling van de Stichting van de Arbeid van 2001¹² die gericht is aan alle cao-partijen en waarin regels worden aanbevolen omtrent de afbakening van werkingsferen tussen uitzend-cao's en inleen-cao's. Deze aanbeveling is nog immer van kracht en daarmee heeft de Stichting de autonomie van sociale partners willen inkaderen. Werkgevers zijn daarom van mening dat dergelijke afspraken door decentrale cao-partijen heroverwogen dienen te worden.

Werknemers zijn van oordeel dat dit soort kwesties, die betrekking hebben op nationale arbeidsverhoudingen en cao-praktijken, buiten het bereik van artikel 4 vallen. Zoals ook in overweging 19 van de preambule bij de Uitzendrichtlijn is vermeld, doet deze richtlijn "geen afbreuk aan de autonomie van sociale partners, noch aan de betrekkingen tussen sociale partners, waaronder het recht om over cao's te onderhandelen en deze te sluiten overeenkomstig de nationale wetgeving en praktijken met inachtneming van het geldende Gemeenschapsrecht". Het staat nationale cao-partijen vrij om te bepalen wie onder de door hen afgesloten cao vallen. Of daarbij overlap plaatsvindt en hoe dit is op te lossen, is en blijft een kwestie van sociale partners op nationaal niveau.

- ***Beloning en andere arbeidsvoorwaarden***

Artikel 5 van de richtlijn bevat als leidend beginsel het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot "*essentiële arbeidsvoorwaarden*", waaronder beloning. Hiervan kan worden afgeweken bij cao "*met inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten*".

De, vaak primaire, beloningsafspraken in cao's zijn in de inventarisatie van de ABU bezien op de vraag in hoeverre deze bepalingen overeenkomen met het Stichtingsadvies van 2004¹³. Dit Stichtingsadvies doet aanbevelingen omtrent de regeling van arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten en beoogt daarmee tevens een afbakening te geven ten aanzien van de verhouding tussen artikel 8, lid 2 (uitzend-cao's) en lid 3 (inleen-cao's) WAADI. Hierdoor is het mogelijk om tijdens de eerste 26 weken uitzenden via dezelfde uitzendonderneming en bij dezelfde opdrachtgever de uitzend-cao toe te passen en na deze 26 weken de overgang naar de inleningsbeloning te regelen.

De twee meest voorkomende afwijkingen van het Stichtingsadvies betreffen bepalingen die de inleningsbeloning naar voren halen of oprekken.

¹² Stichting van de Arbeid, *Arbeidsvoorwaarden van uitzendwerknemers. De verhoudingen tussen uitzend-CAO's en CAO's van inlenende bedrijven*, 17 oktober 2001.

¹³ Stichting van de Arbeid, *Aanbeveling inzake de regeling van arbeidsvoorwaarden van uitzendwerkers*, 1 april 2004.

Werkgevers bezien afspraken over ‘beloning en andere arbeidsvoorwaarden’ in samenhang met bovengenoemd Stichtingsadvies. Cao-afspraken omtrent de beloning van uitzendkrachten kunnen een beperkend effect hebben op de inzet van uitzendkrachten maar deze afspraken zijn op grond van artikel 5 in beginsel te rechtvaardigen. Dat geldt naar de mening van werkgevers niet als dergelijke cao-afspraken afwijken van de eerder genoemde aanbeveling van de Stichting. Daarvan is sprake indien de inlenersbeloning eerder dan na 26 gewerkte weken van toepassing is verklaard of als de inlenersbeloning is uitgebreid ten opzichte van hetgeen de Stichting heeft aanbevolen en in de ABU-CAO voor Uitzendkrachten 2009 - 2014 is overeengekomen. Werkgevers wijzen op de administratieve effecten van dergelijke afspraken en wijzen in het bijzonder op het beperkende effect op de allocatieve rol van de uitzendonderneming voor uitzendkrachten en daarmee toegang tot de arbeidsmarkt.

Werkgevers zien geen rechtvaardiging van dergelijke afspraken in de redenen van algemeen belang van artikel 4, lid 1 van de Uitzendrichtlijn. Dergelijke afspraken doorstaan naar de mening van werkgevers evenmin de toets op proportionaliteit en objectiviteit van de maatregel. Werkgevers achten minder verstrekkende middelen voorhanden. Ook staat de ‘opbrengst’ van de maatregel in geen verhouding tot de administratieve lasten voor de uitzendonderneming, is het een inbreuk op de werkgeversrol van de uitzendonderneming en op de onderhandelingsvrijheid van partijen bij de uitzend-cao. Werkgevers zijn daarom van mening dat dergelijke afspraken door decentrale cao-partijen heroverwogen dienen te worden.

Werknemers zijn van opvatting dat afspraken die expliciet de doelstelling van de richtlijn nastreven, namelijk gelijke behandeling ten aanzien van onder andere de beloning, per definitie niet als beperking in de zin van de Uitzendrichtlijn kunnen worden beschouwd. Het feit dat in Nederland tussen sociale partners in het kader van de ordening van de nationale arbeidsverhoudingen afspraken zijn gemaakt over hoe verschillende cao’s, die bepalingen over de beloning van uitzendkrachten bevatten, zich tot elkaar dienen te verhouden, is geen kwestie die de Europese Unie regardeert in het kader van de implementatie van deze richtlijn.

Ingevolge de richtlijn mag immers van het voorschrift van gelijke beloning ‘bij cao’ worden afgeweken maar de richtlijn laat volstrekt open of dit een op de inlener dan wel uitzender van toepassing zijnde cao is (danwel beide).

- ***Vergewisplicht in verband met beloning***

Onder deze categorie cao-bepalingen vallen bepalingen die voorschrijven dat de inlener zich ervan moet vergewissen dat de uitzendkracht conform de cao van de inlener beloond wordt of de verplichting dat in de opdrachtovereenkomst met de uitzendorganisatie wordt opgenomen dat de cao van de inlener wordt nageleefd.

De Stichting stelt vast dat deze categorie cao-bepalingen een grote samenhang heeft met de categorie beloningsbepalingen.

Werkgevers bezien dergelijke afspraken in samenhang met de categorie beloningsbepalingen. Zij stellen vast dat dergelijke cao-bepalingen in combinatie met de beloningsbepalingen een beperkend effect hebben op de inzet van uitzendkrachten als gevolg van de

administratieve en financieel-economische effecten ter nakoming van de vergewisplicht voor de opdrachtgever en de uitzendonderneming. Dit is eens te meer het geval als de vergewisplicht gepaard gaat met een aansprakelijkheidsstelling van de opdrachtgever voor naleving van de beloningsafspraken. Werkgevers zien, mede gezien de vereiste proportionaliteit en objectiviteit, op voorhand geen rechtvaardiging voor dergelijke afspraken. Werkgevers zijn daarom van mening dat dergelijke afspraken door decentrale cao-partijen heroverwogen dienen te worden.

Werknemers beschouwen deze categorie bepalingen niet als beperkingen. Zij bezien deze categorie bepalingen als afspraken over handhaving van de cao. Handhaving van de cao is een taak van partijen bij die cao. Een 'vergewisplicht' ten aanzien van bijvoorbeeld de bepaling dat aan de uitzendkracht het loon van de inleen-cao toekomt, waarmee in feite - via een omweg - gelijke beloning in de zin van de richtlijn wordt bereikt, moet dan ook volgens werknemers in het verlengde worden gezien van het hierboven gestelde inzake beloning en behoeft volgens werknemers dan ook geen heroverweging, noch rechtvaardiging.

- **Maximering (aantal/percentage)**

Onder deze categorie vallen cao-bepalingen die een maximering beogen van de uitzendkrachten in een bedrijf of sector in een aantal/percentage.

De Stichting van de Arbeid stelt vast dat dergelijke bepalingen beperkingen van de inzet van uitzendkrachten beogen en dus beperkingen zijn in de zin van de Uitzendrichtlijn. De Stichting zal decentrale cao-partijen verzoeken te komen tot de noodzakelijke heroverweging.

Werkgevers beschouwen deze beperkingen als niet-gerechtvaardigd omdat dergelijke cao-bepalingen niet de uitzendkrachten maar de werknemers die reeds in dienst zijn van het inlenende bedrijf bescherming bieden. Werkgevers zien geen rechtvaardiging voor dergelijke afspraken in de redenen van algemeen belang van artikel 4, lid 1. De beperking biedt geen bescherming aan de uitzendkracht, maar benadeelt deze juist. De beperking ziet niet toe op de eisen ten aanzien van de gezondheid en veiligheid op het werk. Verder is niet op enigerlei wijze aannemelijk dat deze beperking noodzakelijk is om de goede werking van de arbeidsmarkt te garanderen of om misbruik te voorkomen. Daarbij wijzen werkgevers erop dat uitzendkrachten juist meer zekerheid middels uitzendovereenkomsten voor langere bepaalde of onbepaalde tijd kan worden geboden indien er geen beperkingen voor plaatsingen bij opdrachtgevers zijn. Dergelijke afspraken doorstaan naar de mening van werkgevers ook nimmer de toets op proportionaliteit, non-discriminatie en objectiviteit.

Werknemers zijn van opvatting dat bij dergelijke bepalingen een toelichting van decentrale partijen nodig is om te weten of de cao-bepaling al dan niet gerechtvaardigd is op gronden van algemeen belang, zoals in artikel 4 benoemd. Met name de noodzaak de goede werking van de arbeidsmarkt te garanderen en misbruik te voorkomen, kunnen dergelijke afspraken rechtvaardigen. In sommige gevallen kunnen ook argumenten van veiligheid en gezondheid een rol spelen.

Hierbij moet naar de opvatting van werknemers ook worden betrokken dat de Uitzendrichtlijn blijkens de preambule uitdrukkelijk erkent dat arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd de algemene vorm van arbeidsverhouding zijn zodat cao-afspraken die beogen te waarborgen dat deze werkelijkheid in een bedrijf of sector niet teveel wordt uitgehold - door te werken met grote aantallen tijdelijke werknemers waaronder uitzendkrachten - ook in het licht van de doelstellingen van de richtlijn gerechtvaardigd kunnen zijn. Decentrale cao-partijen moet worden gevraagd om te bezien waarom de afspraak is gemaakt en of deze op een of meer van de in artikel 4 genoemde gronden van algemeen belang gerechtvaardigd kan worden.

- ***Maximering (periode of duur van de opdracht)***

Onder deze categorie vallen cao-bepalingen die een maximering van de uitzendkrachten in een periode/voor de duur van de opdracht vaststellen of cao-bepalingen op grond waarvan een onderneming pas na ommekomst van een bepaalde termijn uitzendkrachten mag inzetten.

De Stichting van de Arbeid stelt vast dat dergelijke bepalingen beperkingen op de inzet van uitzendkrachten beogen en dus beperkingen zijn in de zin van de richtlijn. De Stichting zal decentrale cao-partijen verzoeken te komen tot de noodzakelijke heroverweging.

Werkgevers beschouwen dergelijke afspraken als ongerechtvaardigde beperking op de inzet van uitzendkrachten. In de praktijk leidt een dergelijke cao-afpraak ertoe dat uitzendkrachten binnen de voorgeschreven periode moeten stoppen met hun werkzaamheden bij de opdrachtgever.

Hier gelden dezelfde overwegingen als voornoemd bij de maximering van het aantal uitzendkrachten. Ook indien deze maatregel wordt voorzien van de verplichting om de uitzendkracht na ommekomst van een bepaalde periode in dienst te nemen, kan niet zonder meer worden aangenomen dat de maatregel daarmee gerechtvaardigd is. Zo is het doel slechts in zoverre legitiem dat de uitzendkracht uitzicht wordt geboden op een dienstverband bij de opdrachtgever. Echter, de uitzendkracht wordt geen keuze geboden om via de uitzendonderneming werkzaam te blijven bij de opdrachtgever - bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst voor langere bepaalde of onbepaalde tijd -. De beperkte duur van opdrachten belemmert uitzendondernemingen om dergelijke arbeidsovereenkomsten aan te bieden. Ook wordt het werkgeverschap van de uitzendonderneming zo onnodig ondergraven. Tenslotte zijn naar de mening van werkgevers minder vergaande maatregelen denkbaar die opdrachtgevers stimuleren bewust met de inzet van uitzendkrachten om te gaan.

Werknemers zijn van mening dat deze categorie cao-bepalingen beperkingen zijn die om een rechtvaardiging door decentrale partijen vragen. Zij verwijzen verder naar hetgeen hierboven (maximering van aantal uitzendkrachten) gesteld is. Verder willen zij erop wijzen dat in artikel 6 van de richtlijn uitdrukkelijk geregeld is dat uitzendkrachten moeten kunnen doorstromen naar banen bij de inlener en dat hen daarbij geen enkele belemmering in de weg mag worden gelegd. Cao-afspraken die dit doel nastreven, zijn daarom naar hun opvatting in lijn met de doelstellingen van de Uitzendrichtlijn en daar-

mee in beginsel gerechtvaardigd.

- ***Opleiding***

In deze categorie vallen cao-bepalingen over scholing/opleiding voor uitzendkrachten.

Deze categorie cao-bepalingen moet worden gezien in verhouding tot artikel 6 van de richtlijn dat regelt dat uitzendkrachten toegang moeten hebben tot opleidingen binnen de uitzendbureaus maar ook dat de toegang tot opleidingsmogelijkheden voor uitzendkrachten bij de inlener moet verbeteren.

Opleidingsbepalingen die kwalificeren maar tevens als een selectiecriteria werken, kunnen echter een beperkend effect hebben op de inzet van uitzendkrachten. Dit kan in bepaalde omstandigheden een niet-gerechtvaardigd karakter hebben.

De Stichting van de Arbeid concludeert dat, om te kunnen vaststellen of dergelijke cao-bepalingen een beperkend en vervolgens eventueel een niet gerechtvaardigd karakter hebben, decentrale cao-partijen de afgesproken toetsings- en selectiecriteria nader onder de loep dienen te nemen. Het is vervolgens aan decentrale partijen om te bezien of en zo ja welke cao-bepalingen in dit kader in aanmerking komen voor heroverweging.

- ***Voorwaarden voor inschakeling***

Deze categorie cao-bepalingen komt in vele varianten voor; van heel algemeen tot zeer concreet, bijvoorbeeld alleen bij piek en ziek of activiteiten van kennelijk tijdelijke aard, cao-bepalingen die voorschrijven dat vacatures bij de inlener eerst opgevuld dienen te worden door eigen werknemers, cao-bepalingen op grond waarvan het inschakelen van uitzendkrachten tot het minimum moet worden beperkt

De Stichting stelt vast dat deze categorie cao-bepalingen een beperkend karakter kan hebben op de inzet van uitzendkrachten. Dit kan een niet-gerechtvaardigd karakter hebben.

Om dit te kunnen vaststellen, dienen decentrale cao-partijen de afgesproken voorwaarden voor inschakeling nader onder de loep te nemen. Het is vervolgens aan decentrale partijen om te bezien welke cao-bepalingen als een beperking moeten worden aangemerkt en welke cao-bepalingen in dit kader wel of niet gerechtvaardigd zijn.

- ***NEN (4400)/SNA/certificering***

Onder deze categorie vallen de cao-bepalingen die ofwel verplichten ofwel aanbevelen om van een NEN-gecertificeerd of een SNA- of een anders gecertificeerd uitzendbureau gebruik te maken.

De Stichting stelt vast dat deze categorie cao-bepalingen een beperkend karakter hebben. Dit beperkende karakter is echter bewust beoogd om de kwaliteit van uitzendwerk te bevorderen (doelstelling richtlijn) en misbruik te voorkomen. Bovendien vallen dit soort afspraken onder artikel 4, lid 4 van de richtlijn, op grond waarvan regelingen of afspraken inzake onder andere certificering expliciet zijn toegestaan en dus geen verdere

rechtvaardiging nodig is. Sociale partners op nationaal niveau zijn het hierover eens. Deze bepalingen behoeven daarom naar het oordeel van de Stichting van de Arbeid geen verdere decentrale rechtvaardiging.

- *Vraag naar vergunning, NEN-plus of andere vorm van erkenning/bonafide uitzendorganisatie*

Deze categorie betreft cao-bepalingen die verplichten of aanbevelen om gebruik te maken van erkende/bonafide uitzendorganisaties.

De Stichting stelt vast dat deze categorie cao-bepalingen, afhankelijk van de precieze invulling, hetzij onder artikel 4, lid 4 valt en daarom in beginsel gerechtvaardigd is, hetzij een beperkend karakter kan hebben dat om rechtvaardiging vraagt. Of sprake is van een gerechtvaardigde beperking is aan het decentraal overleg.

Om dit te kunnen vaststellen, dienen decentrale cao-partijen (sectorale) erkenningsregelingen van bonafide uitzendorganisaties nader onder loep te nemen. De rechtvaardigingsgrond voor dergelijke regelingen kan zijn: het voorkomen van misbruik.

De Stichting verzoekt, gelet op de diversiteit van dergelijke regelingen, decentrale partijen haar te informeren over het bestaan van dergelijke regelingen en de uitkomst van de heroverweging omtrent het al dan niet gerechtvaardigd zijn daarvan.

De Stichting merkt hierbij op dat in een aantal cao's nog verwezen wordt naar de uitzendvergunning die al met ingang van 1 juli 1998 is vervallen.

- *Vakkrachten*

Deze categorie betreft cao-bepalingen in de cao die van toepassing is op de inlener, die regelen dat op vakkrachten de beloningsbepalingen van de inleen-cao moeten worden toegepast in plaats van de uitzend-cao. Hierdoor wordt met betrekking tot vakkrachten gelijke beloning met werknemers in het inlenende bedrijf geregeld.

In de ABU-cao is, in overeenstemming met de aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid van 2004¹⁴, afgesproken dat een vakkrachtenmelding het mogelijk maakt voor een opdrachtgever om de beloning¹⁵ conform de cao van de inlener eerder van toepassing te verklaren voor vakkrachten - in termen van bepaalde diploma's of kwalificaties - indien dit door de cao-partijen aan de Beloningscommissie CAO Uitzendkrachten van de ABU-cao wordt gemeld. Na aanmelding en aanvaarding door de cao-partijen bij de ABU-cao wordt deze afspraak door uitzendbedrijven vanaf dag één toegepast. Het aantal gemelde bepalingen is zeer beperkt; cao-partijen vergeten dit veelal te melden.

De Stichting stelt vast dat 'vakkrachtenmeldingen' onderdeel zijn van de beloningsafspraken en gelijke beloning van inleende vakkrachten beogen ten opzichte van eigen werknemers van het inlenende bedrijf.

Werkgevers beschouwen dergelijke afspraken als beperkend maar deze zijn op grond van artikel 5 van de uitzendrichtlijn in beginsel te rechtvaardigen. Werkgevers bezien

¹⁴ Stichting van de Arbeid, *Aanbeveling inzake de regeling van arbeidsvoorwaarden van uitzendwerkers*, 1 april 2004.

¹⁵ Beloningsbepalingen uit de inleen-cao kunnen enkel worden aangemeld indien en voorzover ze zijn samengesteld uit niet meer dan zes beloningselementen van de inlenersbeloning zoals bedoeld in art. 19, lid 5 van de ABU-cao.

dergelijke afspraken in samenhang met het Stichtingsadvies van 2004 en stellen dat in geval deze cao-afspraken niet voldoen aan het advies van de Stichting er sprake is van een niet-gerechtigde beperking. Volledigheidshalve verwijzen werkgevers verder naar de argumentatie onder 'beloning en andere arbeidsvoorwaarden'.

Werknemers geven aan dat voor de toetsing aan het kader van de richtlijn niet relevant is of en zo ja welke afspraken partijen in de Stichting van de Arbeid gemaakt hebben over de precieze afbakening tussen inleen- en uitzend-cao. De Uitzendrichtlijn regelt slechts dat er een verplichting is tot gelijke behandeling met betrekking tot de essentiële arbeidsvoorwaarden, waaronder beloning, waarvan bij cao (iedere cao, dus zowel inleens als uitzend-cao) kan worden afgeweken.

Cao-afspraken die beogen gelijke beloning te (her)bevestigen, kunnen volgens de werknemersorganisaties niet als beperkingen worden beschouwd omdat zij in overeenstemming zijn met de doelstelling van de richtlijn.

- *Aanpassing ketenbepaling*

Deze categorie van cao-bepalingen heeft betrekking op de wijze waarop in de cao opeenvolgende periodes worden geteld om vast te stellen of sprake is van een opvolgend werkgeverschap. In 2009 bevatten 70 van de 274 cao's (26%) een uitzendgerelateerde aanpassing van de ketenbepaling¹⁶. De reden waarom de ketenbepaling is aangepast, is veelal gelegen in de huidige praktijk waarin bij ziekte het dienstverband (met uitzendbeding) met de uitzendkracht wordt beëindigd vanwege de bepaling 'ziek is einde opdracht, is einde arbeidsovereenkomst'.

Als de werknemer na ziekte een nieuwe opdracht krijgt, is in beginsel sprake van een nieuwe schakel in de keten. Door aanpassing van de ketenbepaling wordt dit effect teniet gedaan.

De werkgevers geven aan dat deze afspraken een beperkend effect voor een uitzendkracht kunnen hebben omdat bij indiensttreding bij de inleener alsnog eerst een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt aangeboden in plaats van direct een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd waar de uitzendkracht anders - op grond van het aantal schakels in de keten en het opvolgend werkgeverschap - aanspraak op zou kunnen maken.

Zij beoordelen echter deze categorie als gerechtvaardigd vanwege de vergroting van de kans op doorstroom van de uitzendkracht naar indiensttreding bij de opdrachtgever en omdat dit de goede werking van de arbeidsmarkt vergroot.

De werknemers wijzen erop dat dergelijke cao-bepalingen niet passen bij tekst en doelstelling van artikel 6 (met name lid 1 en 2) van de richtlijn, dat uitdrukkelijk beoogt

¹⁶ Een van de meest voorkomende voorwaarden is de bepaling dat de voorgaande uitzendovereenkomsten als één in de keten tellen wanneer de onderbreking het gevolg is van ziekte. In cao's komt een dergelijke bepaling vaak terug als: "...indien en voorzover die periode uitsluitend onderbroken is als gevolg van de arbeidsongeschiktheid van de uitzendkracht en een daarmee samenhangende beëindiging van de arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau, voor wat betreft hetgeen in artikel 66alid 1 BW is bepaald."

doorstroming van uitzendkrachten naar een vaste baan bij de inlener te bevorderen en alle belemmeringen daartoe weg te nemen, en daarom in beginsel niet-gerechtvaardigd zijn.

- *Vakbonden en/of or*

Deze categorie heeft betrekking op cao-bepalingen die voorschrijven dat de or of vakbonden al dan niet vooraf geïnformeerd worden of geraadpleegd over het beleid met betrekking tot de inzet van uitzendkrachten of het aantal in te zetten uitzendkrachten.

De Stichting van de Arbeid beschouwt bepalingen die betrekking hebben op de informatieverstrekking aan de or en het overleg tussen werkgever en or over de inzet van uitzendkrachten, gezien artikel 8 van de richtlijn en gezien de bepalingen in de WOR¹⁷ op dit punt, in zijn algemeenheid niet als beperkend.

Artikel 8 van de Uitzendrichtlijn bepaalt dat *“onverminderd de strengere en/of meer specifieke nationale en communautaire bepalingen inzake informatie en raadpleging en in het bijzonder Richtlijn 2002/14/EG (...) moet de inlenende onderneming, wanneer zij aan de (...) vertegenwoordigingsorganen van werknemers informatie verstrekt over de arbeidssituatie in de onderneming, passende informatie verstrekken over de inzet van uitzendkrachten in de onderneming.”*

Werkgevers beschouwen cao-bepalingen die voorschrijven dat de werkgever verplicht is om voorafgaand aan de inlening hierover overleg te voeren met de or en/of vakbond, dan wel expliciet toestemming te vragen aan de or en/of vakbond als beperkend en niet-gerechtvaardigd. Bijvoorbeeld ingeval een uitzendkracht niet eerder kan worden ingeschakeld dan nadat er overleg heeft plaatsgevonden of toestemming is gegeven.

Anders dan bij bepalingen die de opdrachtgever verplichten tot informatie over de inzet van uitzendkrachten achteraf of het algemene voornemen vooraf, is een rechtvaardigingsgrond niet eenvoudig te geven. Werkgevers zien geen rechtvaardigingsgrond in de redenen van algemeen belang in artikel 4, lid 1. Naar de mening van werkgevers doorstaat een dergelijke afspraak ook niet de toets op proportionaliteit en objectiviteit.

Werknemers wijzen erop dat de tekst van artikel 8 van de richtlijn uitdrukkelijk een minimumniveau van verplichtingen inhoudt en uitdrukkelijk verwijst naar mogelijk verdergaande verplichtingen op grond van het nationale en communautaire recht. Zij beschouwen de door werkgevers genoemde bepalingen, in ieder geval als het gaat om groepsgewijze inlening, niet als beperkingen in de zin van de richtlijn. Immers, onze wetgeving kent al een dergelijke verplichting die in de praktijk nauwelijks tot enige ophef leidt. Op grond van artikel 25, g WOR wordt de or door de ondernemer in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over elk door hem voorgenomen besluit tot het groepsgewijze werven of inlenen van arbeidskrachten. Deze bepalingen behoeven naar hun mening daarom geen decentrale rechtvaardiging. Waar sprake is van cao-bepalingen die per specifieke in te lenen uitzendkracht telkens toestemming vooraf vereisen, is niet op voorhand uit te sluiten dat hiervan in de praktijk een zodanig beperkend effect uitgaat dat dit mogelijk-

¹⁷ WOR, artikel 25: *“De ondernemingsraad wordt door de ondernemer in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over elk door hem voorgenomen besluit tot: Lid g: het groepsgewijze werven of inlenen van arbeidskrachten”*.

kerwijs niet in verhouding staat tot het belang van het voldoende tot zijn recht laten komen van het informatie- en/of adviesrecht van de or. Het is aan decentrale partijen om in dit geval deze bepalingen te heroverwegen en te bezien of zij gerechtvaardigd zijn op gronden van algemeen belang zoals genoemd in artikel 4 van de richtlijn, met inachtneming van de nationale en communautaire bepalingen inzake informatie en raadpleging van werknemers, dan wel aanpassing behoeven.

Werknemers willen er op wijzen dat de or de informatie omtrent het aantal door uitzendbureaus ter beschikking gestelde werknemers nodig heeft voor de uitoefening van haar taken. Zo bepaalt de WOR in artikel 1: *“Voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde worden onder in de onderneming werkzame personen mede verstaan: a. degenen die in het kader van werkzaamheden van de onderneming daarin ten minste 24 maanden werkzaam zijn krachtens een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 690 van Titel 7:10 van het Burgerlijk Wetboek.* Ook in het kader van het instemmingsrecht op grond van artikel 27 WOR, met name ten aanzien van onderdeel e. - een regeling op het gebied van het aanstellings-, ontslag- of bevorderingsbeleid -, geldt dat deze informatie voor de or onontbeerlijk is om zijn taken in de onderneming te vervullen. Mocht de or, dan wel de ondernemer, deze bepalingen op een onjuiste wijze interpreteren, dan kan de andere partij de zaak uiteraard steeds aan de rechter voorleggen.

- ***Resterende bepalingen***

- Bepalingen die verplichten tot afdracht aan een sociaal fonds.*

In Nederland bevatten zowel inleen- als uitzend-cao's veelal bepalingen die verplichten tot afdracht aan een sociaal fonds van de desbetreffende sector met betrekking tot onderwerpen die deels ook in de Uitzendrichtlijn geregeld zijn, zoals scholing. Afdrachten aan sociale fondsen zijn onmiskenbaar kostenverhogend. Gelijke behandeling van ondernemingen op dit punt is belangrijk om concurrentievoor- of concurrentienadelen te voorkomen en het draagvlak onder deze fondsen te behouden.

De Stichting stelt vast dat, afhankelijk van inhoud en vormgeving, dergelijke bepalingen een beperking kunnen zijn in de zin van de richtlijn.

De Stichting stelt echter ook vast dat fondsbepalingen op het terrein van arbeidsmarkt, opleiding en ontwikkeling in lijn zijn met de doelstellingen van de richtlijn (zie met name artikel 6).

De Stichting constateert dat dergelijke fondsbepalingen als zodanig in beginsel geen beperking zijn van de inzet van uitzendkrachten, en dus ook geen rechtvaardiging behoeven, indien en voor zover sprake is van gelijke behandeling van inleener en uitzender. Van gelijke behandeling is sprake indien en voorzover:

1. uitzendondernemingen en inleenondernemingen op gelijke wijze worden geacht bij te dragen aan het desbetreffende fonds;
2. uitzendondernemingen en/of uitzendkrachten op gelijke voet als inleenondernemingen en/of hun werknemers gebruik kunnen maken van c.q. voordeel kunnen hebben van de regeling of het fonds waaraan wordt afgedragen.

Er is volgens de Stichting echter sprake van een beperking, indien sprake is van samenloop van fondsbepalingen, in die zin dat de uitzender zowel op grond van de inleen-cao moet bijdragen aan het sociaal fonds van de inlener, als op grond van de uitzend-cao verplicht is bij te dragen aan het sociaal fonds van de uitlener. In dergelijke gevallen zullen decentrale partijen de desbetreffende bepaling(en) moeten heroverwegen en duidelijk moeten aangeven wat zij met hun fondsbepalingen beogen en op welke gronden zij van oordeel zijn dat al dan niet gerechtvaardigd is dat de uitzender (ook) bijdraagt aan het fonds van de inlener. Indien en voor zover het om fondsen met vergelijkbare doelstellingen en een vergelijkbaar niveau aan voorzieningen gaat, is een dergelijke dubbele afdracht in beginsel niet gerechtvaardigd. Ook is naar de opvatting van de Stichting sprake van een niet-gerechtvaardigde beperking indien de uitzender dient bij te dragen aan het sociaal fonds van de inlenende werkgever maar de uitzender c.q. de uitzendkracht hieraan geen trekkingsrechten kan ontnemen. Immers, een dergelijke bepaling kan moeilijk gemotiveerd worden op gronden van algemeen belang waaronder bijvoorbeeld de bescherming van uitzendkrachten.

□ *Geen proeftijd*

Dit betreft de categorie cao-afspraken dat werknemers die al via een uitzendbureau bij de inlener werken en vervolgens daar in dienst komen geen proeftijd meer hoeven te doorlopen.

De Stichting stelt vast dat deze categorie bepalingen geen beperking is maar eerder een soort bepaling die geheel past in de doelstellingen van de richtlijn, zoals blijkt uit onder andere artikel 6.

Cao-bepalingen op grond waarvan uitzendkrachten geen werkzaamheden mogen verrichten "welke naar hun aard" door de werknemers van de inlener plegen te worden verricht

De Stichting van de Arbeid stelt vast dat dergelijke cao-bepalingen als beperkend kunnen worden beschouwd.

Werkgevers stellen vast dat dergelijke bepalingen neigen naar verbodsbepalingen qua het effect dat ervan uitgaat op de inzet van uitzendkrachten. Er kan in ieder geval gesproken worden van een sterk beperkende werking waarbij uitzendkrachten worden uitgesloten. Op voorhand kan hier geen rechtvaardigingsgrond worden aangenomen. Uitzendkrachten worden niet beschermd door deze bepalingen, maar juist ernstig benadeeld. Veilig en gezond werken wordt reeds gewaarborgd door de arbeidsomstandighedenwet- en regelgeving, de voor de onderneming van de opdrachtgever opgestelde RIE en de arbocatalogi die voor een desbetreffende sector zijn opgesteld.

Werkgevers zien geen rechtvaardiging van dergelijke afspraken in de redenen van algemeen belang in artikel 4, lid 1 van de Uitzendrichtlijn. Dergelijke afspraken doorstaan naar de mening van werkgevers evenmin de toets op proportionaliteit en objectiviteit.

Werknemers zijn van opvatting dat dit soort bepalingen inderdaad de inzet van uitzendkrachten kunnen beperken. Het is aan decentrale partijen om duidelijk te maken wat zij precies met deze afspraken beogen, vervolgens de afspraken te heroverwegen en te bezien of en zo ja op welke gronden van algemeen belang zoals in artikel 4 van de richtlijn genoemd deze bepalingen gerechtvaardigd zijn.