

Vergaderjaar 2010–2011

32 895

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

Nr. 3

Het advies van de Afdeling van de Raad van State wordt niet openbaar gemaakt, omdat het zonder meer instemmend luidt / uitsluitend opmerkingen van redactionele aard bevat (artikel 26, vijfde lid, van de Wet op de Raad van State)

MEMORIE VAN TOELICHTING¹

1. ALGEMEEN

Op 19 november 2008 is Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende uitzendarbeid (*PbEU* 2008, L 327) tot stand gekomen. De richtlijn bepaalt in artikel 11 dat de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen dienen vast te stellen en bekend te maken om uiterlijk 5 december 2011 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. In onderdeel B van het algemeen deel van deze toelichting is de transponeringstabel opgenomen.

In de preambule van de richtlijn wordt overwogen dat deze richtlijn de grondrechten eerbiedigt en de beginselen naleeft die worden erkend door het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (*PB C* 303 van 14/12/2007, p. 1). De richtlijn heeft met name tot doel de volledige naleving te waarborgen van artikel 31 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat bepaalt 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. Voorts wordt overwogen dat het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden in punt 7 onder meer bepaalt dat de verwezenlijking 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 verwezenlijkt door onderlinge opwaartse aanpassing van die voorwaarden, met name betreffende arbeidsvormen zoals arbeid voor een bepaalde duur, deeltijdarbeid, uitzendarbeid en seizoenarbeid.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

In de preambule wordt verder overwogen dat in maart 2005 de Europese Raad het onontbeerlijk heeft geacht dat een nieuwe impuls aan de strategie van Lissabon wordt gegeven en dat de prioriteiten groei en

werkgelegenheid weer centraal komen te staan. De Raad heeft de geïntegreerde richtsnoeren voor groei en werkgelegenheid 2005–2008 goedgekeurd, waarin onder meer wordt gestreefd naar bevordering van flexibiliteit in combinatie met arbeidszekerheid en vermindering van de segmentering van de arbeidsmarkt, met inachtneming van de rol van de sociale partners. Overeenkomstig de mededeling van de Commissie betreffende de Sociale Agenda voor de periode tot 2010, was de Europese Raad van oordeel dat nieuwe vormen van arbeidsorganisatie en een grotere verscheidenheid aan arbeidscontractuele regelingen die een betere combinatie van flexibiliteit en zekerheid bieden, zouden bijdragen tot het aanpassingsvermogen. Voorts heeft de Europese Raad in december 2007 het akkoord over de gemeenschappelijke beginselen van flexibiliteit en zekerheid onderschreven waarmee een evenwicht wordt geschapen tussen flexibiliteit en zekerheid op de arbeidsmarkt en werknemers en werkgevers worden geholpen om de kansen te benutten die de mondialisering biedt.

In de preambule wordt ook overwogen dat uitzendarbeid niet alleen beantwoordt aan de behoefte van de ondernemingen aan flexibiliteit, maar ook aan de behoefte van de werknemers om werk en privéleven te combineren. Aldus draagt het tevens bij tot het scheppen van banen en tot de deelname aan en de inpassing op de arbeidsmarkt. De richtlijn stelt een beschermingskader vast voor uitzendkrachten dat niet-discriminerend, transparant en evenredig is, en de diversiteit van de arbeidsmarkten en de arbeidsverhoudingen eerbiedigt.

A. Inhoud van de richtlijn

De richtlijn heeft tot doel de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren. Dit gebeurt door de naleving van het in artikel 5 van de richtlijn vervatte beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van uitzendkrachten te waarborgen, en uitzendbureaus als werkgever te erkennen. Daarbij dient rekening te worden gehouden 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. Hieronder zullen de verschillende artikelen worden besproken. Daarbij zal worden aangegeven of implementatie noodzakelijk is en zo ja, op welke wijze.

Artikel 1 (Toepassingsgebied)

Artikel 1, 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 genoemde ondernemingen tijdelijk te werken. 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. Het derde lid biedt de lidstaten – na raadpleging van de sociale partners – de mogelijkheid om deze richtlijn niet van toepassing te laten zijn 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.

Artikel 1 behoeft geen implementatie. Artikel 7:690 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) definieert de uitzendovereenkomst als de arbeidsovereenkomst, waarbij de werknemer door de werkgever in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de

werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van die derde. Een belangrijk kenmerk van de uitzendovereenkomst is dat de terbeschikkingstelling plaatsvindt in de uitoefening van beroep of het bedrijf. Dit geldt voor zowel private als openbare uitzendbureaus. Nederland kent geen openbare uitzendbureaus. Op dit moment is in Nederland niet voorzien in een specifiek openbaar of door de overheid ondersteund opleidings-, inpassings- of herscholingsprogramma. Van de mogelijkheid in lid 3 om de richtlijn niet van toepassing te laten zijn op een dergelijke regeling wordt daarom nu geen gebruik gemaakt.

Artikel 2 (Doel)

In dit artikel is het doel van de richtlijn vastgelegd. Dit artikel behoeft geen implementatie.

Artikel 3 (Definities)

Dit artikel bevat de definities van de begrippen «werknemer», «uitzendbureau», «uitzendkracht», «inlenende onderneming», «opdracht» en «essentiële arbeidsvoorwaarden».

- a) De «werknemer» wordt omschreven als iedere persoon die in de betrokken lidstaat krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer.
- b) Het «uitzendbureau» wordt omschreven 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.
- c) De «uitzendkracht» wordt omschreven als 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 die onderneming tijdelijk te werken.
- d) De «inlenende onderneming» wordt omschreven als iedere natuurlijke of rechtspersoon voor wie en onder wiens toezicht en leiding een uitzendkracht tijdelijk werkt.
- e) De «opdracht» wordt omschreven 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.
- f) De «essentiële arbeidsvoorwaarden» worden in de richtlijn omschreven als de in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve arbeidsovereenkomsten (hierna 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, de bezoldiging.

Artikel 3 a t/m e behoeft geen implementatie. De definities onder a tot en met e sluiten aan bij de definities van de «uitzendovereenkomst» in artikel 7:690 BW en van het «ter beschikking stellen» in artikel 1, eerste lid, onder c, van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: WAADI).

Artikel 7:690 BW definieert de uitzendovereenkomst als de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. Als de overeenkomst voldoet aan de definitie van arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW dan is de regeling van de

arbeidsovereenkomst in titel 7:10 van toepassing, behoudens voor zover anders is bepaald. Met werkgever is het uitzendbureau bedoeld. De inlenende onderneming is de derde aan wie de uitzendkracht ter beschikking wordt gesteld. De terbeschikkingstelling van de uitzendkracht is gebaseerd op een tussen de uitzendwerkgever en de derde gesloten overeenkomst van opdracht. De definitie van een overeenkomst van opdracht is opgenomen in artikel 7:400 lid 1 BW. In artikel 1, eerste lid, onder c, van de WAADI is verder het ter beschikking stellen van arbeidskrachten gedefinieerd 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.

Wat de essentiële arbeidsvoorwaarden betreft, geldt dat in de Nederlandse wetgeving geen onderscheid wordt gemaakt tussen uitzendkrachten en andere werknemers. In Nederland bestaat echter geen gelijke behandelingsnorm voor ter beschikking gestelde arbeidskrachten (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 algemene strekking van kracht zijn binnen de inlenende onderneming. Bij artikel 5 wordt hier nader op ingegaan.

Artikel 4 (Heroverweging van verbodsbepalingen en beperkingen)

Dit artikel moet worden gezien in de algemene context van de richtlijn waarbij een balans wordt beoogd tussen de bescherming van uitzendkrachten enerzijds en de noodzaak om een geschikt kader te creëren voor het gebruikmaken van uitzendwerk teneinde bij te dragen tot het scheppen van werkgelegenheid en het ontwikkelen van flexibele arbeidsvormen anderzijds.

Artikel 4 verplicht de lidstaten tot een heroverweging van verbodsbepalingen en beperkingen in wet- en regelgeving en cao's. 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. Indien beperkingen en verbodsbepalingen in cao's zijn opgenomen, mag de heroverweging op grond van het derde lid worden verricht door de sociale partners die de betrokken overeenkomst hebben gesloten. Het voorgaande geldt onverminderd de nationale voorschriften inzake de registratie, afgifte van vergunningen, certificering, financiële waarborgen of het toezicht op uitzendbureaus.

De overheid zal verbodsbepalingen en beperkingen in haar wet- en regelgeving heroverwegen. Daarnaast wordt de sociale partners in de Stichting van de Arbeid gevraagd beperkingen en verbodsbepalingen in hun cao's te heroverwegen. Het is aan sociale partners om te bezien of dergelijke cao-bepalingen in het licht van de richtlijn gerechtvaardigd zijn. De Europese Commissie zal conform de richtlijn uiterlijk 5 december 2011 in kennis worden gesteld van de uitkomsten van de heroverweging van verbodsbepalingen en beperkingen in de Nederlandse wet- en regelgeving en cao's.

Artikel 5 (Het beginsel van gelijke behandeling)

In artikel 5 is het beginsel van gelijke behandeling neergelegd. Het eerste lid bepaalt dat de essentiële arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten voor de duur van hun opdracht bij de inlenende onderneming dezelfde zijn als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks

door de genoemde onderneming voor dezelfde functie in dienst waren genomen. Voorts moeten de in de inlenende onderneming geldende regels betreffende:

- a) de bescherming van zwangere vrouwen en zogende moeders en van kinderen en jongeren;
- 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.

Het tweede lid biedt de lidstaten – na raadpleging van de sociale partners – de mogelijkheid af te wijken van het in het eerste lid vastgestelde beginsel wat betreft loon wanneer de voor onbepaalde tijd bij het uitzendbureau in dienst zijnde uitzendkracht ook wordt vergoed tijdens de periode tussen de uitvoering van twee opdrachten.

Op grond van het derde lid kunnen de lidstaten sociale partners de mogelijkheid bieden om op passend 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, arbeidsvoorwaardelijke regelingen voor uitzendkrachten bevatten die kunnen afwijken van de in het eerste lid vastgestelde regelingen.

Het vierde lid 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 het eerste lid vastgestelde beginsel, mits aan uitzendkrachten een adequaat niveau van bescherming wordt geboden.

Het vijfde lid bepaalt dat de lidstaten passende maatregelen nemen, overeenkomstig de nationale wetgeving en/of praktijk, met het oog op voorkoming van misbruik bij de toepassing van artikel 5, met name voorkoming van achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van deze richtlijn te omzeilen. De lidstaten stellen de Europese Commissie van dergelijke maatregelen in kennis.

Het eerste en vijfde lid behoeven implementatie. Wat betreft het eerste lid geldt dat in de relevante Nederlandse wetgeving (de Arbeidstijdenwet, de Arbeidsomstandighedenwet, de vakantieregeling in het BW, de verlofvormen in de Wet arbeid en zorg en de gelijke behandelingsvoorschriften in 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 handicap of chronische ziekte) geen onderscheid wordt gemaakt tussen uitzendkrachten en andere werknemers. In Nederland bestaat echter geen gelijke behandelingsnorm voor ter beschikking gestelde arbeidskrachten (met werknemers in de inlenende onderneming) met betrekking tot de in lid 1 genoemde essentiële arbeidsvoorwaarden (met uitzondering van loon) en de in lid 1 onder a en b genoemde regels of maatregelen, die op basis van cao's of andere niet wettelijke bepalingen van algemene strekking van kracht zijn binnen de inlenende onderneming. Daarom acht de regering het aangewezen om artikel 8 WAADI te wijzigen.

In artikel 8, eerste lid, WAADI is nu het zogenoemde «loonverhoudingsvoorschrift» opgenomen. Dit houdt in dat degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt aan deze arbeidskrachten loon en overige vergoedingen

is verschuldigd overeenkomstig het loon en de overige vergoedingen die worden toegekend aan werknemers, werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming bij welke de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Hiervan kan bij cao van de uitlener en van de inlener worden afgeweken.

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

Bij cao kan van de gelijke behandelingsnorm worden afgeweken, mits – als de afwijking in duur is beperkt – bij die cao is voorzien in een regeling op grond waarvan misbruik door elkaar opvolgende perioden van terbeschikkingstelling wordt voorkomen (zoals door de richtlijn in artikel 5, lid 5, is voorgeschreven). De regering meent dat het aan sociale partners zelf is om hier nadere invulling aan te geven. Het ligt daarbij voor de hand te voorzien in een samentelregeling voor opvolgende perioden van terbeschikkingstelling zoals de zogenoemde ABU-cao die nu ook al kent. De regering heeft zich voorgenomen om te evalueren op welke wijze hier invulling aan wordt gegeven.

Omdat al voorzien wordt in de mogelijkheid om bij cao af te wijken van het gelijke behandelingsvoorschrift, is er geen aanleiding om gebruik te maken van de mogelijkheid die artikel 5, lid 2, biedt om bij wet te regelen dat het gelijk loonvoorschrift niet van toepassing is op uitzendkrachten die op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in dienst zijn van het uitzendbureau. De regering meent dat als dat wenselijk wordt gevonden, hierover bij cao afspraken kunnen worden gemaakt, zoals dat in Nederland te doen gebruikelijk is. Verder wordt opgemerkt dat het wel gebruik maken van de mogelijkheid om dit bij wet te regelen op gespannen voet staat met het voorschrift uit de richtlijn dat de implementatie hiervan onder geen beding een rechtvaardiging mag vormen voor een verlaging van het algemene beschermingsniveau van de werknemers op de onder de richtlijn vallende gebieden (artikel 9 van de richtlijn). Voor uitzendkrachten die voor onbepaalde tijd in dienst zijn van het uitzendbureau geldt nu het gelijk loonvoorschrift als bedoeld in artikel 8, lid 1, van de WAADI. Net als voor andere uitzendkrachten geldt ook voor hen dat hier alleen bij cao van kan worden afgeweken. Verder geldt voor deze uitzendkrachten op grond van artikel 7:628 BW dat zij (in de regel) recht houden op loon in perioden waarin zij niet worden uitgezonden. In zoverre houdt de mogelijkheid die de richtlijn biedt voor hen ook geen verbetering in ten opzichte van de huidige situatie.

Artikel 6 (Toegang tot werk, collectieve voorzieningen en beroepsopleiding)

In artikel 6 is de toegang tot werk, collectieve voorzieningen en beroepsopleiding geregeld. Het eerste lid bepaalt dat uitzendkrachten worden ingelicht over de vacatures in de inlenende onderneming zodat zij dezelfde kansen op een vaste baan hebben als de overige werknemers van die onderneming.

Het tweede lid bepaalt dat de lidstaten de nodige maatregelen nemen zodat 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 laat onverlet dat uitzendbureaus een redelijke vergoeding kunnen ontvangen voor aan de inlenende onderneming verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, werving en opleiding van uitzendkrachten. Volgens het derde lid mogen uitzendbureaus de werknemers geen honoraria rekenen voor opdrachten in een inlenende onderneming of het aangaan van een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met de inlenende onderneming na hun uitzendopdracht in de inlenende onderneming.

Het vierde lid bepaalt dat uitzendkrachten toegang hebben 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.

Het vijfde lid bepaalt dat de lidstaten de nodige maatregelen nemen of de dialoog bevorderen 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;
- b) de toegang van uitzendkrachten tot de opleidingsmogelijkheden voor de inlenende ondernemingen te verbeteren.

Het eerste, tweede en vierde lid behoeven implementatie. Wat betreft het eerste lid wordt wettelijk geregeld dat de inlener er zorg voor dient te dragen dat de ter beschikking gestelde uitzendkrachten geïnformeerd worden over vacatures voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd binnen zijn onderneming. De verplichting tot het melden van vacatures is bedoeld om uitzendkrachten dezelfde kansen te geven op een vaste baan als de andere werknemers van de inlener. Deze verplichting strekt er niet toe dat de inlener ook verplicht is om de uitzendkracht die bij hem solliciteert in dienst te nemen noch belet deze meldingsplicht 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. Sterker nog: de regels van het Ontslagbesluit verplichten hem daartoe. Een werknemer kan niet worden ontslagen als herplaatsing binnen de onderneming mogelijk is en voorts geldt als (in beginsel) in acht te nemen uitgangspunt dat een werkgever eerst de arbeidsrelatie met uitzendkrachten dient te beëindigen alvorens aan het ontslag van de eigen werknemers kan worden toegekomen.

Vacatures kunnen kenbaar worden gemaakt door een algemene aankondiging op een geschikte plaats bij de inlenende onderneming, zoals bijvoorbeeld op het intranet dat binnen de onderneming gebruikt wordt.

Het tweede lid ziet op het zogenoemde «belemmeringsverbod» en bepaalt dat de lidstaten de nodige maatregelen nemen zodat 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. Tot 1 juli 1998 was het belemmeringsverbod wettelijk geregeld. Hoewel het thans niet meer wettelijk geregeld is, wordt in de rechtspraak aangenomen dat het verbod nog wel bestaat.

De rechter kan op grond van artikel 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid) een verbod als een onredelijk bezwarend beding aanmerken en het beding vernietigen. Ook artikel 7:611 BW (goed werkgever- en werknemerschap) biedt een handvat voor de uitzendkracht om een beding dat de indiensttreding bij de inlener belemmert ongedaan te maken. Voor een uitzendkracht en voor een uitzendwerkgever zal het echter niet altijd duidelijk zijn wat op grond van redelijkheid en billijkheid en van goed werkgever- en werknemerschap verlangd kan worden, terwijl de richtlijn op dit punt om duidelijkheid vraagt. De richtlijn verplicht de lidstaten erin te voorzien dat elk beding dat de indiensttreding bij de inlener belemmert, nietig is of nietig kan worden verklaard. De enig toegestane uitzondering is een beding op grond waarvan een inlener een redelijke vergoeding verschuldigd is aan het uitzendbureau voor de door deze verleende diensten in verband met werving, terbeschikkingstelling of opleiding van de ter beschikking gestelde arbeidskracht, als die bij de inlener in dienst treedt.

Gelet hierop is het noodzakelijk het belemmeringsverbod wederom wettelijk te regelen. Daar komt bij dat de richtlijn – met zowel het belemmeringsverbod als de verplichte vacaturemelding bij de inlener – beoogt dat ter beschikking gestelde uitzendkrachten dezelfde kansen worden gegeven op een vaste baan bij de inlener als de werknemers in die onderneming.

Het bovenstaande laat regelingen waarbij uitzendbureaus een redelijke vergoeding vragen voor aan de inlener verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, werving en opleiding van uitzendkrachten onverlet. Hierbij geldt volgens lid 3 wel dat de uitzendbureaus de werknemers geen honoraria mogen rekenen voor opdrachten in of het aangaan van een arbeidsovereenkomst met de inlenende onderneming na hun uitzendopdracht. Dit laatste is al afdoende in artikel 9 WAADI geregeld, waarin is bepaald dat bij de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten geen tegenprestatie wordt bedongen van de arbeidskracht die ter beschikking wordt gesteld.

Wat betreft lid 4 geldt het volgende. Om ervoor te zorgen dat uitzendkrachten toegang tot genoemde bedrijfsvoorzieningen of diensten in de inlenende onderneming hebben, wordt hiervoor een wettelijke regeling getroffen in een nieuw artikel 8a WAADI.

Het vijfde lid behoeft geen implementatie. In de Stichting van de Arbeid en de Sociaal-Economische Raad wordt de dialoog overeenkomstig onze tradities en nationale praktijk gevoerd. In het kader van deze richtlijn zal aan de Stichting van de Arbeid worden verzocht het overleg te starten over de onder a en b van lid 5 genoemde punten. Dit brengt geen (wijziging van) wet- en regelgeving met zich mee.

Artikel 7 (Vertegenwoordiging van de uitzendkrachten)

Artikel 7 gaat over de vertegenwoordiging van uitzendkrachten. Het eerste lid bepaalt dat de uitzendkrachten in het uitzendbureau worden meegeteld bij de berekening van de drempel waarboven de vertegenwoordigingsorganen van de werknemers, waarin het gemeenschaps- en nationaal recht of cao's voorzien, moeten worden opgericht. Het tweede lid geeft lidstaten de mogelijkheid om uitzendkrachten ook mee te tellen in de inlenende onderneming bij de berekening van de drempel waarboven de vertegenwoordigingsorganen van de werknemers in die onderneming moeten worden opgericht. De uitzendkrachten worden op dezelfde wijze meegeteld als werknemers die rechtstreeks door de inlenende onderneming voor dezelfde duur zijn of zouden zijn aangesteld. Volgens het derde lid zijn de lidstaten die gebruik maken van de in het

tweede lid geboden mogelijkheid, niet verplicht de bepalingen van het eerste lid toe te passen.

Dit artikel behoeft geen implementatie. Artikel 1, derde lid, onderdeel b, van de Wet op de ondernemingsraden (hierna: WOR) bepaalt dat uitzendkrachten door de uitzendbureaus meegeteld dienen te worden bij de bepaling van het aantal werknemers voor de verplichte instelling van een ondernemingsraad of een personeelsvertegenwoordiging. Personen die langer dan zes maanden in dienst zijn, hebben kiesrecht en personen die langer dan een jaar in dienst zijn, kunnen zich verkiesbaar stellen. Dit geldt ook voor uitzendkrachten. Indien een uitzendkracht langer dan 24 maanden voor dezelfde inlener werkt, dan krijgt hij ook medezeggenschapsrechten in de inlenende onderneming.

Artikel 8 (Informatie van de werknemersvertegenwoordigers)

Artikel 8 bepaalt dat de inlenende onderneming, wanneer zij aan werknemersvertegenwoordigers informatie verstrekt over de arbeidssituatie in de onderneming, passende informatie verstrekt over de inzet van uitzendkrachten in de onderneming.

Dit artikel behoeft implementatie. Het voorschrift in artikel 31b, eerste lid, van de WOR, waarin bepaald is dat de ondernemer ten minste eenmaal per jaar aan de ondernemingsraad schriftelijk algemene gegevens verstrekt over onder meer aantallen en verschillende groepen van in de onderneming werkzame personen, wordt daartoe aangevuld met de verplichting informatie te verstrekken over de inzet van uitzendkrachten in de onderneming.

Artikel 9 (Minimumeisen)

Dit artikel houdt regels in met betrekking tot de uitvoering van de richtlijn. Dit artikel behoeft geen implementatie. Volgens het eerste lid kunnen de lidstaten gunstiger wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen toepassen of invoeren en cao's en akkoorden tussen de sociale partners bevorderen of mogelijk maken die gunstiger zijn voor de werknemers. Het tweede lid bepaalt dat de uitvoering van de richtlijn onder geen beding een rechtvaardiging mag vormen voor een verlaging van het algemene beschermingsniveau van de werknemers wat betreft de onder deze richtlijn vallende gebieden. Voorts dient de hand te worden gehouden aan de minimumeisen van de richtlijn bij het vaststellen van andere wettelijke, bestuursrechtelijke en contractuele bepalingen dan die welke op het tijdstip na goedkeuring van deze richtlijn van kracht zijn.

Artikel 10 (Sancties)

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 administratieve of gerechtelijke procedures voorhanden zijn om de uit deze richtlijn voortvloeiende verplichtingen te doen naleven. 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.

Dit artikel behoeft geen implementatie. Op grond van artikel 15 van de WAADI kan de uitzendkracht een klacht indienen over het mogelijk overtreden van de normen in de WAADI. Als de Arbeidsinspectie heeft vastgesteld dat de WAADI is overtreden, dan heeft de uitzendkracht een sterkere positie als hij een civiele procedure opstart. 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. Het Nederlandse rechtstelsel geeft de uitzendkracht, net als iedere werknemer, toegang tot de civiele rechter, waardoor de uitzendkracht voldoende mogelijkheden heeft om zijn recht te halen.

Artikel 11 (Uitvoering)

Artikel 11 houdt eveneens regels in met betrekking tot de uitvoering van de richtlijn. Dit artikel verplicht de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vast te stellen en bekend te maken zodat zij uiterlijk 5 december 2011 aan deze richtlijn 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. Dit artikel behoeft geen implementatie.

Artikel 12 (Evaluatie door de Commissie)

Dit artikel bepaalt dat de Europese Commissie, in overleg met de lidstaten en de sociale partners op communautair niveau, de toepassing van de richtlijn uiterlijk 5 december 2013 aan een evaluatie onderwerpt, teneinde zo nodig de vereiste wijzigingen voor te stellen. Dit artikel behoeft geen implementatie.

Artikel 13 (Inwerkingtreding) en artikel 14 (Adressanten)

In artikel 13 is de wijze van inwerkingtreding van de richtlijn omschreven. Artikel 14 bepaalt dat de richtlijn is gericht tot de lidstaten. Deze artikelen behoeven geen implementatie.

B. Transponeringstabel

Bepaling Richtlijn 2008/104/EG	Bepaling in implementatieregeling of in bestaande regelgeving; toelichting indien niet geïmplementeerd of uit zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving Beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van beleidsruimte
Artikel 1: onderwerp en toepassingsgebied Artikel 2: doel Artikel 3: definities Artikel 4: heroverweging van verbodsbepalingen en beperkingen	Geen implementatie nodig Geen implementatie nodig Geen implementatie nodig De overheid zal verbodsbepalingen en beperkingen in haar wet- en regelgeving heroverwegen. Daarnaast worden de sociale partners in de Stichting van de Arbeid gevraagd beperkingen en verbodsbepalingen in hun cao's te heroverwegen.		
Artikel 5: gelijke behandeling	Artikel 8 WAADI	Voorkomen misbruik	Op grond van de wet worden partijen bij een CAO verplicht maatregelen te treffen om misbruik van elkaar opvolgende opdrachten tegen te gaan.
Artikel 6: Toegang tot werk, collectieve voorzieningen en beroepsopleiding Artikel 7: Vertegenwoordiging van de uitzendkrachten Artikel 8: Informatie van de werknemersvertegenwoordigers	Artikelen 8a, Artikel 8b en 9 WAADI Geen implementatie nodig Artikel 31b, eerste lid, van de WOR		

Bepaling Richtlijn 2008/104/EG	Bepaling in implementatieregeling of in bestaande regeling; toelichting indien niet geïmplementeerd of uit zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving Beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van beleidsruimte
Artikel 9: Minimumeisen	Geen implementatie nodig.		
Artikel 10: Sancties	Geen implementatie nodig Is geregeld in artikel 15 WAADI		
Artikel 11: Uitvoering	Geen implementatie nodig		
Artikel 12: Inwerkingtreding	Geen implementatie nodig		
Artikel 13: Adressanten	Geen implementatie nodig		

C. Financiële effecten

In deze paragraaf worden de kosten voor het bedrijfsleven en de administratieve lasten toegelicht. Het wetsvoorstel heeft in principe betrekking op alle uitzendwerkgevers en inlenende ondernemingen, maar heeft vooral effect op bedrijven in de uitzendsector en/of sectoren die relatief veel gebruik maken van uitzendkrachten. De invoering van enkele wettelijke bepalingen kunnen kosten voor het bedrijfsleven met zich meebrengen. Voorbeelden van bepalingen die nu niet altijd van toepassing hoeven te zijn op uitzendkrachten en dus mogelijk kosten voor de inlenende onderneming met zich mee kunnen brengen, zijn de gelijke toegang voor uitzendkrachten bij de inlener tot de bedrijfsvoorzieningen of diensten (met name kantines, kinderopvang- en vervoersfaciliteiten) in de inlenende onderneming en het melden van vacatures voor arbeids-overeenkomsten voor onbepaalde tijd binnen de inlenende onderneming.

Naar de aard van de bedrijfsvoorziening of dienst brengt gelijke toegang tot kantines en ook het melden van vacatures (bijvoorbeeld op intranet) relatief geringe kosten met zich mee. Gelijke toegang tot kinderopvang kan potentieel kosten met zich meebrengen voor inlenende ondernemingen, die (gedeeltelijk) op eigen kosten kinderopvang aanbieden. Na de introductie van de verplichte werkgeversbijdrage in de Wet Kinderopvang komt het (gedeeltelijk) op eigen kosten aanbieden van kinderopvang nu niet of nauwelijks voor. Wat betreft de vervoersfaciliteiten geldt dat op grond van de (algemeen verbindend verklaarde) uitzend-cao nu ook al voor uitzendkrachten dezelfde reiskostenvergoeding kan gelden als voor werknemers – werkzaam in een gelijke of gelijkwaardige functie – in dienst van de inlener. Gelet hierop zullen de kosten voor bedrijven en/of sectoren vermoedelijk beperkt zijn.

Een nauwkeurige berekening van de omvang van de kosten voor bedrijven en/of sectoren die invoering van de wettelijke bepalingen met zich meebrengt, valt nauwelijks te maken. In de eerste plaats is niet bekend in welke gevallen een verschil in behandeling – tussen uitzendkrachten en werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de inlener – bij de toegang van genoemde bedrijfsvoorzieningen en diensten objectief gerechtvaardigd is. In de tweede plaats kunnen regelingen inzake kantines, kinderopvang- en vervoersfaciliteiten per sector en/of per bedrijf verschillen. In de verschillende sectoren zou in de cao kunnen worden gekeken wat daarover is geregeld, maar daarmee is nog niet in kaart gebracht welke bedrijfsvoorzieningen en diensten in iedere inlenende onderneming afzonderlijk worden aangeboden. Ook is niet exact bekend hoeveel uitzendkrachten bij iedere inlenende onderneming werkzaam zijn.

Voorts is met het wetsvoorstel geen informatieverplichting voor bedrijven jegens de overheid gemoeid. Er is dus geen sprake van toe- of afname van administratieve lasten voor het bedrijfsleven.

2. ARTIKELSGEWIJS

Artikel 1, onderdeel A

In het nieuwe artikel 8 van de WAADI is het beginsel van gelijke behandeling op het gebied van arbeidsvoorwaarden opgenomen. Voor de ter beschikking gestelde arbeidskrachten dienen voor de duur van hun terbeschikkingstelling aan de inlenende onderneming, ten minste dezelfde essentiële arbeidsvoorwaarden en voorschriften en maatregelen, zoals genoemd in artikel 5, lid 1, van de richtlijn, te gelden als die voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door de inlenende onderneming in dienst waren genomen.

In het huidige artikel 8, eerste lid, is het zogenoemde loonverhoudingsvoorschrift opgenomen. Op grond van dat voorschrift dat nu wordt opgenomen in het eerste lid, onderdeel a, is degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt, aan deze arbeidskrachten loon en overige vergoedingen verschuldigd overeenkomstig het loon en de overige vergoedingen die worden toegekend aan de werknemers die werkzaam zijn in gelijke of gelijkwaardige functies in de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Met loon wordt in dit artikel bedoeld op loonbetaling in dezelfde schaal als die van toepassing is op gelijke of gelijkwaardige functies in de inlenende onderneming. Loon is niets anders dan de tegenprestatie voor de bedongen arbeid en omvat mede het loon over bijvoorbeeld overuren, voor het werken op feestdagen en het loon over vakantiedagen. Met overige vergoedingen wordt bedoeld: de vergoedingen voor reizen, reiskosten, 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.

In artikel 8, eerste lid, onder b, wordt de gelijke behandelingsnorm uitgebreid naar arbeidsvoorwaarden met betrekking tot de duur van de vakantie, het al dan niet werken op feestdagen, de te werken tijd, de in acht te nemen rusttijden, het wel of niet verrichten van nachtarbeid (en zo ja, de beperkingen die daarvoor gelden), de in acht te nemen pauzes en het al dan niet moeten draaien van overuren (en zo ja, de hoeveelheid overuren).

In het tweede lid wordt geregeld dat voorschriften ter bescherming van zwangere en borstvoeding gevende werknemers, kinderen en jeugdige werknemers en ter bevordering van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en de maatregelen ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras, godsdienst of levensovertuiging, handicap, leeftijd of hetero- of homoseksuele gerichtheid, die gelden op grond van cao of andere niet wettelijke bepalingen van algemene strekking binnen de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, ook van toepassing zijn op de in die onderneming ter beschikking gestelde arbeidskrachten. Datzelfde geldt uiteraard voor de wettelijke regelingen die hierop betrekking hebben. Dat volgt al uit die regelingen zelf en hoeft hier dus niet te worden geregeld.

Artikel 8, derde lid, onderdeel a, schept de mogelijkheid om bij cao van de uitlener of van de inlener af te wijken van de voorschriften in het eerste en tweede lid. Die mogelijkheid is op grond van de richtlijn in duur onbeperkt. Het is aan sociale partners zelf om te bepalen hoe hier mee om te gaan. Als zij besluiten tot een in duur beperkte afwijking, dan schrijft

het derde lid, onderdeel a, voor, dat de cao moet voorzien in een regeling op grond waarvan misbruik door elkaar opvolgende perioden van terbeschikkingstelling wordt voorkomen (zoals door de richtlijn in artikel 5, lid 5, is voorgeschreven). Zoals in het algemene deel van de toelichting is opgemerkt, is het aan sociale partners zelf om hier nadere invulling aan te geven. Het ligt daarbij voor de hand te voorzien in een samentelregeling voor opvolgende perioden van terbeschikkingstelling zoals de zogenoemde ABU-cao die nu ook al kent.

Artikel 8, derde lid, onderdeel b, heeft dezelfde strekking als het huidige derde lid van artikel 8 WAADI en schrijft voor dat bij de cao van de inlener kan worden afgeweken als die overeenkomst bepalingen bevat op grond waarvan een werkgever zich ervan moet verzekeren dat de aan zijn onderneming ter beschikking gestelde arbeidskrachten, de arbeid verrichten tegen arbeidsvoorwaarden (als bedoeld in artikel 8 eerste lid) die voor deze arbeidskrachten bij die overeenkomst zijn voorgeschreven.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de mogelijkheid tot afwijking zich beperkt tot wat bovenwettelijk geregeld is in de regelingen genoemd in het eerste en tweede lid van artikel 8. Afwijking van wettelijke voorschriften die de mogelijkheid tot afwijking zelf niet kennen (bijvoorbeeld met betrekking tot gelijke behandelingsvoorschriften) is dus niet mogelijk.

Verder wordt opgemerkt dat de richtlijn voorschrijft dat afwijking mogelijk is met inachtneming van de algemene bescherming van de uitzendkrachten. Dat laatste is in Nederland gewaarborgd omdat de wettelijke regelingen met betrekking tot de onderwerpen die in het eerste lid, onderdeel b, en het tweede lid zijn genoemd ook nu al van toepassing zijn op uitzendkrachten.

Artikel 1, onderdeel B

In artikel 6 lid 4 van de richtlijn is bepaald dat uitzendkrachten in de inlenende onderneming toegang hebben tot bedrijfsvoorzieningen of diensten, met name kantines, kinderopvang- en vervoersfaciliteiten, onder dezelfde voorwaarden als werknemers die rechtstreeks bij deze onderneming in dienst zijn. Het nieuwe artikel 8a van de WAADI geeft invulling aan deze verplichting uit de richtlijn door het voorschrift dat uitzendkrachten toegang hebben tot deze bedrijfsvoorzieningen of diensten, als ware zij zelf bij de inlenende onderneming in dienst. Met het gebruik van de term gelijke of gelijkwaardige functies, is er voor gekozen om dezelfde omschrijving als in artikel 8 van de WAADI te gebruiken. Deze omschrijving wordt binnen de WAADI al jaren toegepast en heeft in de praktijk nooit tot problemen geleid. Er kunnen objectieve redenen zijn om niet aan deze verplichting te kunnen voldoen. Daarbij kan worden gedacht aan wachtlijsten in de kinderopvangsfaciliteiten die tot gevolg hebben dat niet aan de verplichting kan worden voldaan.

In het nieuwe artikel 8b van de WAADI wordt de verplichting voor de inlener neergelegd om de bij hem ter beschikking gestelde uitzendkrachten duidelijk en tijdig in te lichten over de vacatures in zijn onderneming opdat zij dezelfde kansen hebben op een vaste baan op basis van een arbeidsovereenkomst als de werknemers van die onderneming. Deze verplichting rust op de inlener omdat hij degene is die deze informatie over vacatures binnen zijn onderneming kan verstrekken. Door het gebruik van de termen «duidelijk en tijdig» is ervoor gekozen om aan te sluiten bij de omschrijving van de vacaturemelding voor werknemers met een tijdelijk contract in artikel 7:657 BW. Informatie over vacatures 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. Dit kan bijvoorbeeld geschieden door gebruikmaking van het media-instrument intranet.

Artikel I, onderdeel C

Het in het eerste lid van het nieuwe artikel 9a van de WAADI neergelegde directe en indirecte «belemmeringsverbod» houdt in dat de uitlener geen belemmeringen in de weg mag leggen voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst met de inlener na afloop van de terbeschikkingstelling. Dit verbod waarborgt dat de uitlener op geen enkele wijze beperkingen zal stellen aan de vrije keuze van arbeid van de ter beschikking gestelde arbeidskracht om bij de inlener in dienst te treden. Een beding met een dergelijke strekking is nietig. In afwijking van het eerste lid van artikel 9a van de WAADI mag degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt een redelijke vergoeding in rekening brengen aan de inlenende onderneming, voor de door de uitlener verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling en de werving, selectie en opleiding van de ter beschikking gestelde arbeidskracht. De redelijkheid van een dergelijke vergoeding kan worden beoordeeld aan de hand van wat in de markt gebruikelijk is, de kosten die zijn gemaakt en de duur van de terbeschikkingstelling. Als de terbeschikkingstelling bijvoorbeeld lang heeft geduurd, zullen de inkomsten daaruit groter zijn (en de kosten voor een groter deel zijn terugverdiend). Het ligt in de rede dat bij de bepaling van de hoogte van een vergoeding hier rekening mee wordt gehouden.

Artikel II

Op basis van het derde lid van artikel 31b van de Wet op de ondernemingsraden verstrekt de ondernemer ten behoeve van de algemene zaken van de onderneming, ten minste één maal per jaar aan de ondernemingsraad schriftelijk algemene gegevens inzake de op grond van een uitzendovereenkomst in de onderneming werkzame personen en geeft daarbij aan welke ontwikkelingen verwacht worden ten aanzien van het aantal personen dat werkzaam zal zijn op basis van een uitzendovereenkomst in het komende jaar.

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
H. G. J. Kamp