

# Voorstel tot een verbeterde implementatie van de Europese Uitzendrichtlijn

## Een probleem voor detacheerders en gedetacheerden

In de Nederlandse juridische realiteit kennen we feitelijk twee soorten werkgever / werknemer - relaties. De eerste is een bilaterale relatie tussen een werkgever en een werknemer en de tweede betreft een driehoeksrelatie tussen een werkgever, een werknemer en een opdrachtgever. Anno 2022 worden alle driehoeks-arbeidsrelaties als uitzendovereenkomsten gekwalificeerd. Er wordt -in elk geval in de jurisprudentie<sup>1</sup>- geen onderscheid (meer) gemaakt tussen terbeschikkingstelling met een 'allocatiefunctie' (uitzenden als werving- en selectie-instrument), kortdurende terbeschikkingstelling als invulling voor 'ziek en piek' (traditioneel uitzenden) en niet-kortdurende terbeschikkingstelling als 'functieervulling' (detacheren). Uitzendbureaus en detacheerbedrijven worden zo met elkaar gelijkgesteld, terwijl gedetacheerden het risico van een flexibel werkverband (zoals bij uitzendkrachten) niet kennen. Het flexibiliteitsrisico wordt immers gedragen door hun werkgevers, de detacheerders.

Voor detacheerbedrijven levert dit een lastige spagaat op. Ondanks dat ze geen gebruik maken van de faciliteiten van art. 7:691 BW en daar ook geen behoefte aan hebben, zijn ze wel gehouden aan de regulering die vooral gericht is op het beschermen van werknemers waarop die faciliteiten van toepassing zijn, zoals de Waadi<sup>2</sup> en de uitzendcao<sup>3</sup>. Verderop in deze notitie behandelen we hoe deze ongewenste effecten kunnen worden weggenomen.

Gedetacheerde werknemers ondervinden concreet nadeel van de gelijkschakeling met uitzendkrachten omdat ze door de inlenersbeloning geconfronteerd worden met wisselende en onvoorspelbare arbeidsvoorwaarden en zodoende met een instabiele inkomenssituatie. Bovendien worden zo vergelijkbare werknemers van dezelfde werkgever(de detacheerder), ongelijk behandeld omdat het voeren van een eigen personeelsbeleid, met een evenwichtig geheel van onderling op elkaar afgestemde arbeidsvoorwaarden voor detacheerbedrijven zo onmogelijk wordt gemaakt. Daarnaast worden gedetacheerde werknemers benadeeld doordat hun werkgevers door de te strikte toepassing van het belemmeringsverbod ontmoedigd worden om te investeren in de ontwikkeling van de werknemer, wanneer deze investering niet of onvoldoende kan worden terugverdiend. Nu investeren detacheerders meer dan gemiddeld in de opleiding van hun werknemers en zeker in de huidige arbeidsmarkt zou die trend eerder verder gestimuleerd moeten worden dan afgeremd.

---

<sup>1</sup> Vooral HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, NJ 2017/370 m.nt. E. Verhulp, TRA 2017/8 m.nt. D.J. Buijs, JAR 2016/286 m.nt. E. Knipschild (*Stipp/Care 4 Care*), maar ook bijvoorbeeld HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757, NJ 2017/371 m.nt. E. Verhulp.

<sup>2</sup> Wet van 14 mei 1998, houdende regels voor de niet-openbare arbeidsbemiddeling en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs), Stb. 1998/306.

<sup>3</sup> CAO voor Uitzendkrachten. Hierna ook 'uitzendcao' of 'abu cao'. Als deze (zoals in het verleden) algemeen verbindend wordt verklaard, is de uitzendcao (ook) van toepassing op vrijwel alle detacheerbedrijven.

De 'one size fits all'-benadering van alle driehoeks-arbeidsrelaties, die door de wetgever sinds het begin van dit millennium wordt gehanteerd, past niet goed op detachering.

De VVDN heeft gewerkt aan een advies om tot een eenvoudige, uitvoerbare en handhaafbare resolutie te komen van deze juridische dysfunctie. We hebben ons onder meer laten inspireren door de veranderde regelgeving rond payrolling waarbij, door relatief kleine amendementen, de op zichzelf goede wetgeving beter aansluit bij de ontstane praktijk. Ons voorstel betreft een andere implementatieaanpak van de Europese Uitzendrichtlijn<sup>4</sup> en enkele kleine, aanvullende amendementen zodat de regelgeving beter aansluit bij, en recht doet aan de diensten van detacheerders en hun toegevoegde waarde voor de arbeidsmarkt als geheel, zonder dat dit enig nadeel oplevert voor een ander. De Europese Uitzendrichtlijn is in ons voorstel van aanpak het juridisch uitgangspunt in plaats van een procedurele sluitpost.

## Voorstel van aanpak

Hieronder wordt besproken hoe de belemmerende werking van de nu vigerende regels kan worden weggenomen, in vier delen.

### 1. WAADI

Zowel de inlenersbeloning als het belemmeringsverbod, beiden in het kader van de WAADI van toepassing op detacheerders en gedetacheerden, pakken voor detacheerders en gedetacheerden uit als verslechtingen in plaats van verbeteringen.

#### *a. Inlenersbeloning*

Illustratief voor de problemen waar detacheerbedrijven zich mee geconfronteerd zien, is de inlenersbeloning: hoewel zij het merendeel van de personeelsleden (die ze bij opdrachtgevers detacheren) in vaste dienst hebben, moeten zij op grond van art. 8 lid 1 Waadi en art. 16 van de uitzendcao steeds de arbeidsvoorwaarden van de inlener toepassen. Dat leidt tot steeds wisselende arbeidsvoorwaarden, afhankelijk van de arbeidsvoorwaarden van de toevallige inlener en geldend voor de duur van een detachering. Zo wordt het beoogde doel, t.w. gelijke behandeling, niet bereikt omdat de ongelijkheid verschuift van de opdrachtgever naar de detacheerder: door de inlenersbeloning worden werknemers van de detacheerder met een vergelijkbaar profiel, die vergelijkbare werkzaamheden verrichten bij verschillende opdrachtgevers, niet gelijk behandeld.

Artikel 8 WAADI (gelijke behandeling) is feitelijk de Nederlandse implementatie van art. 5 van de Europese Uitzendrichtlijn, waarvan lid 1 bepaalt dat voor uitzendkrachten gedurende een opdracht dezelfde essentiële arbeidsvoorwaarden gelden als wanneer zij door de inlenende onderneming in dezelfde functie in dienst waren genomen.

Die implementatie loopt echter uit de pas met de bedoeling van de Europese wetgever. In de preambule van de Uitzendrichtlijn wordt immers onder punt 15 gesteld dat *'[...] voor werknemers die aan het uitzendbureau gebonden zijn door een overeenkomst voor onbepaalde tijd [...] in de mogelijkheid [dient] te worden voorzien om af te wijken van de regels die in de inlenende onderneming gelden'*. Dit wordt mogelijk gemaakt door een afwijking van art. 5 lid 1 toe te staan

1. óf (art. 5 lid 2) als de werknemer in kwestie een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur heeft.

*De wetgever in Nederland heeft deze regel niet geïmplementeerd.*

---

<sup>4</sup> Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (PbEU L327/9), hierna ook 'de Europese richtlijn'.

2. óf (art. 5 lid 3) bij cao.

Nederland heeft deze uitzondering geïmplementeerd als art. 8 lid 4 van de Waadi. Dit artikel is echter een lege huls sinds de voorziening in de uitzendcao die voorzorg in een apart beloningsmodel voor werknemers met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur in 'fase C', is geschrapt.

Voor het vaste contract zijn de risico's die de WAADI beoogt af te dekken, niet bestaand. Bovendien compliceert het in veel gevallen de gelijke behandeling van werknemers binnen onze bedrijven en zelfs binnen onze sector. Inlenersbeloning is immers slechts een partiele implementatie van gelijke behandeling. Wij kiezen er zoals gezegd voor om de Europese richtlijn hierbij als leitmotif te nemen. De WAADI zou immers een implementatie van die richtlijn behoren te zijn voor NIET vaste arbeidsovereenkomsten. Zodra die Europese richtlijn volledig wordt geïmplementeerd en dit deel van de WAADI dus niet meer van toepassing is op vaste arbeidsovereenkomsten, is de juridische dysfunctie hieromtrent verholpen.

*b. Belemmeringsverbod*

Volgens art. 9a, lid 1 van de WAADI mag de werkgever in een driehoeks-arbeids-relatie na afloop van de terbeschikkingstelling 'niets in de weg leggen' aan totstandkoming van een arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en degene aan wie hij ter beschikking is gesteld. Dit artikellid is de Nederlandse implementatie van art. 6, lid 2 van de Europese Uitzendrichtlijn. Omdat volgens de toelichting van de Europese Commissie, het doel van dit artikel is om werknemers naar 'vast werk' te begeleiden, is er volgens de VvdN ook in dit geval sprake van een onvolledige implementatie. Een arbeidsovereenkomst *tussen de werknemer en degene aan wie hij ter beschikking is gesteld* is immers iets heel anders dan *een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur*.

Dit verbod leidt ertoe dat detacheerders als werkgevers ontmoedigd worden om te investeren in de ontwikkeling van hun werknemers omdat zij, als ze de gemaakte kosten niet of onvoldoende zouden kunnen doorberekenen.

De VvdN stelt dan ook voor om ook bij art. 9a een correctie toe te voegen voor de situatie waar de werknemer een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur<sup>5</sup> met de uitlener heeft gesloten.

## 2. Afd. 7.10.11 (art. 7:690 – 692a) BW

In art. 7:690 BW wordt de driehoeksarbeidsrelatie gedefinieerd 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 de derde'*.

Ongelukkigerwijze wordt dit in het artikel een 'uitzendovereenkomst' genoemd. De hierdoor ontstane problematiek is meer semantisch dan juridisch van aard en wordt door betrokkenen daarom vaak minder groot ingeschat dan deze in werkelijkheid is. Er is bijvoorbeeld in dit kader veel te doen over de frase *'onder toezicht en leiding van de derde'*, maar dat is geen onderscheidend criterium voor driehoeks-arbeidsrelaties ten opzichte van 'gewone' arbeidsrelaties.

De VvdN stelt zich op het standpunt dat afd. 7.10.11 BW zó moet worden aangepast dat detacheren niet meer onder de definitie van 'uitzenden' valt. Detachering is dan een 'gewone' arbeidsrelatie. Het advies van de commissie Borstlap wordt op dit punt ook wel zo uitgelegd.

---

<sup>5</sup> Niet zijnde een payroll- of oproepovereenkomst.

Dat kan relatief eenvoudig worden geïmplementeerd door, overeenkomstig een advies van Raad van State uit 1997<sup>6</sup>, zoals Zwemmer dat in verschillende publicaties formuleert, ‘*een nadere regeling in het leven te roepen voor het meer bestendige in- en uitleenen van personeel door (uitleen- of) detacheerbedrijven*’.

Zo’n nadere regeling is, in de vorm van art. 7:692 BW, eerder in het leven geroepen voor payrolling. Het lijkt voor de hand te liggen om daarbij aansluiting te zoeken. In het geval van payrolling wordt de toepasselijkheid van het ‘verlicht arbeidsrechtelijk regime’ van art 7:691 beperkt, als geen sprake is van een opdracht in het kader van ‘*het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt*’ en de werknemer in principe niet bij andere opdrachtgevers mag worden ingezet.

Bij detacheerders is ook geen sprake van ‘het samenbrengen van vraag en aanbod op de Arbeidsmarkt’. Detacheerders *zijn* immers het aanbod en *vervullen zelf* de vraag. Bovendien hebben detacheerders helemaal geen behoefte aan het ‘verlicht arbeidsrechtelijk regime’ van art 7:691 en maken daar dan ook geen gebruik van. Zoals BW 7:692 een relatief klein amendement is om de praktijk en regelgeving omtrent payrolling beter op elkaar te laten aansluiten, kan een extra artikel voor detachering op soortgelijke wijze dienstdoen.

Oneigenlijk gebruik van de nadere regeling kan onder meer worden voorkomen door deze aan te vullen met bepalingen waarmee (1) ‘op de wet heen contracteren’ (bijvoorbeeld door het gebruik van contracten ‘voor de duur van het project’ bij detachering) wordt verhinderd en (2) de werking van art. 7:669 lid 3 sub a (en eventueel sub g, h en i) wordt beperkt in de zin dat het einde van de opdracht daar niet aan ten grondslag mag worden gelegd.

#### *Verduidelijking terminologie*

Het komt de duidelijkheid ten goede als de term “uitzendovereenkomst” in art. 7:690 BW wordt vervangen door “driehoeks arbeidsrelatie”, waarmee ruimte ontstaat voor een onderscheid tussen de termen “uitzenden”, “detacheren”, “payrolling” en eventuele andere (huidige en toekomstige !) verschijningsvormen van de driehoeksarbeidsrelatie.

Ook is het vreemd te noemen dat er voor de in deze context zeer belangrijke begrippen “allocatiefunctie” en “leiding en toezicht” in het BW geen definitie wordt gegeven. De VvDN stelt voor om in afd. 7.10.11 van het BW ook definities op te nemen voor deze termen, waarmee het in de vorige alinea bedoelde onderscheid helder kan worden gemaakt.

### **3. Fiscale sectorindeling 52**

De sectorindeling is van invloed op de premies voor de WW-AWf (werkloosheid) en de zogenoemde “werkhervattingskas ZW en WGA” (arbeidsongeschiktheidsuitkeringen). De gedachte van de wetgever is hier dat ‘de vervuiler betaalt’: daar waar meer uitkeringssituaties worden veroorzaakt, is de premie ook hoger.

Detacheerders worden voor de premieheffing met alle andere driehoeks-arbeidsrelaties gekwalificeerd als ‘flex’ en ingedeeld in Sector 52, omdat wordt uitgegaan van een verhoogd risico op werkloosheid en arbeidsongeschiktheid, dat echter bij detacheerders niet bestaat.

Detacheerders leveren weliswaar flexibiliteit maar geen ‘flex’ en vormen eerder een lager risico dan gemiddeld omdat zij hun bestaansrecht ontlenen aan *het (langduriger) inzetten van hun werknemers op opdrachten bij opeenvolgende opdrachtgevers*. Detacheerders werken niet met onzekere

---

<sup>6</sup> Kamerstukken II 1996/97, 25263, B, p. 9.

arbeidsovereenkomsten en zetten zich tot het uiterste in om hun werknemers te ontwikkelen en aan het werk te houden. Dat is hun bestaansrecht en hun belang.

Het risico dat werknemers van detacheerders met overwegend arbeidsovereenkomsten van onbepaalde duur een beroep moeten doen op werkloosheids- of arbeidsongeschiktheidsuitkeringen is niet hoger wanneer zij onder toezicht en leiding van een opdrachtgever werken. Het is vergelijkbaar met dat van bijvoorbeeld consultants of werknemers in de zakelijke dienstverlening en vaak nog lager. We voegen ons fact sheet en onze position paper hierbij om de genoemde kenmerken van de diensten van de VVDN-leden te verduidelijken.

#### 4. CAO Uitzendkrachten

Als deze (zoals in het verleden) algemeen verbindend wordt verklaard, is de uitzendcao (ook) van toepassing op vrijwel alle detacheerbedrijven. In de uitzendcao worden werkgever en werknemer respectievelijk 'uitzendonderneming' en 'uitzendkracht' genoemd, hetgeen indicatief is voor het soort arbeidsrelatie dat de partijen bij deze cao ermee beogen te reguleren. Veel cao-bepalingen zijn voor detacheerbedrijven slecht passend. Dat de uitzendcao bovendien dan weer wél en dan weer níet algemeen verbindend wordt verklaard, maakt de situatie voor detacheerbedrijven zeer moeilijk werkbaar.

Inmiddels is een eigen CAO voor detacheerders en gedetacheerden ontworpen en is deze onderwerp van gesprek met sociale partners. Een eigen CAO wordt zodoende voor detacheerders en gedetacheerden een methode om de vigerende wet- en regelgeving voorlopig beter te laten aansluiten op de praktijk van detachering. Door toepassing van deze CAO kan een deel van de juridische dysfunctie tijdelijk worden weggenomen totdat een verbeterde implementatie van de Europese regelgeving met bijbehorende amendementen is ingevoerd.

In de CAO wordt daarnaast aangegeven hoe om te gaan met arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Op deze arbeidsovereenkomsten zijn de inlenersbeloning en het belemmeringsverbod van de WAADI sowieso van toepassing. Omdat in de praktijk vooral arbeidsovereenkomsten van bepaalde duur worden toegepast voorafgaand aan onbepaalde duur, kan in de CAO voor detacheerders een praktische en handhaafbare uitvoeringspraktijk worden afgesproken zodat het salaris van de betreffende medewerkers niet hoeft te fluctueren.

De VVDN zal natuurlijk ook bijdragen aan een constructieve implementatie van de verplichte certificering zoals in het MLT-advies van de SER verwoord.