

Gevolgen van een avv-loze periode voor de ongebonden werkgever

Een algemeenverbindendverklaring heeft in beginsel geen nawerking. Als een ongebonden uitzendorganisatie (dus: niet ABU-lid) er echter voor heeft gekozen om de ABU-CAO in de individuele arbeidsovereenkomst met de uitzendkracht van toepassing te verklaren, zal hij de verplichtingen voortvloeiend uit de cao op basis van de individuele arbeidsovereenkomst moeten blijven nakomen. Dit geldt alleen voor die bepalingen die zich naar hun aard lenen voor het opnemen in de arbeidsovereenkomst. Denk hierbij aan de loontabellen, kostenvergoedingen et cetera.

In deze notitie wordt uiteengezet op welke vlakken er mogelijk problemen zouden kunnen rijzen voor ongebonden uitzendondernemingen door de onderbreking in avv. Zo zal ingegaan worden op de mogelijke gevolgen voor:

- het minimumloon;
- afwijken van driekwart dwingend recht (in het bijzonder het periode- en ketensysteem);
- de opzegtermijn;
- de maximale duur van het uitzendbeding.

Minimumlonen

Voor een reguliere werkgever geldt het wettelijk minimumloon ('WML') als ondergrens voor het loon dat hij aan zijn werknemers dient uit te keren. Voor uitzendwerkgevers geldt er nog een aanvullende bepaling: het loonverhoudingsvoorschrift van artikel 8 van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (WAADI).

Artikel 8 WAADI bepaalt het volgende:

- "1. De ter beschikking gestelde arbeidskracht heeft recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die welke gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt:*
- a. met betrekking tot het loon en overige vergoedingen;*
 - b. op grond van een collectieve arbeidsovereenkomst of andere niet wettelijke bepalingen van algemene strekking die van kracht zijn binnen de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, met betrekking tot de arbeidstijden, daaronder begrepen overwerk, rusttijden, arbeid in nachtdienst, pauzes, de duur van vakantie en het werken op feestdagen.*
- 2. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing met betrekking tot:*
- a. de voorschriften ter bescherming van zwangere werknemers, van werknemers die een borstkind voeden, kinderen en jeugdige werknemers en ter bevordering van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen; en*
 - b. 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 een collectieve arbeidsovereenkomst of andere niet wettelijke bepalingen van algemene strekking die van kracht zijn binnen de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt.*
- 3. Bij collectieve arbeidsovereenkomst kan worden afgeweken van het eerste en tweede lid, mits:*
- a. indien de periode gedurende welke wordt afgeweken in duur is beperkt, die overeenkomst voorziet in een regeling op grond waarvan misbruik door elkaar opvolgende perioden van terbeschikkingstelling wordt voorkomen; en*
 - b. indien het een collectieve overeenkomst betreft die van toepassing is op de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, 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 de arbeidsvoorwaarden, genoemd in het eerste lid, die voor deze arbeidskrachten bij die overeenkomst zijn voorgeschreven."*

De hoofdregel van artikel 8 WAADI is dus dat een uitzendwerknemer recht heeft op hetzelfde loon als de werknemer die dezelfde arbeid verricht bij de inlener. Als er een CAO voor *Uitzendkrachten* van toepassing is, geldt krachtens lid 2 (van artikel 8 WAADI) die cao in plaats van de hoofdregel. Voor alle

uitzendwerkgevers die niet direct gebonden zijn aan een cao, geldt dat lid 2 niet langer van toepassing is wanneer er geen uitzend-cao avv verklaard is. Hierdoor treedt de hoofdregel weer in werking. Het is hierbij niet van belang of een uitzend-cao in de individuele arbeidsovereenkomst van toepassing is verklaard. De ongebonden werkgever is dus, vanaf het moment dat de avv-verklaring afloopt, aan de werknemers hetzelfde loon en overige vergoedingen verschuldigd als worden toegekend aan werknemers die direct bij de inlener in dienst zijn.

Afwijkingen van driekwart dwingend recht

Het arbeidsrecht kent veel bepalingen van driekwart dwingend recht. Dit houdt in dat afwijking van die wettelijke bepalingen mogelijk is bij cao, ook ten nadele van de werknemer. De ABU-CAO maakt voor een aantal bepalingen gebruik van deze mogelijkheid.

Van driekwart dwingend recht mag niet bij individuele arbeidsovereenkomst afgeweken worden. Bepalingen die afwijken van driekwart dwingend recht werken niet na. Nu de cao niet langer rechtstreeks op deze werkgever van toepassing is, is er geen sprake meer van afwijking bij cao. Het van toepassing verklaren van de cao in de individuele arbeidsovereenkomst, zorgt ervoor dat deze bepalingen onderdeel worden van die individuele arbeidsovereenkomst. Voor de bepalingen die afwijken van driekwart dwingend recht is dat niet voldoende, omdat er sprake moet zijn van een geldige cao-afpraak over de afwijking. De afwijking van driekwart dwingend verliest daardoor voor deze bepalingen aan kracht.

Hieronder zullen een aantal belangrijke afwijkingen besproken worden.

Het periode- en ketensysteem

In de ABU-CAO wordt afgeweken van artikel 7:668a BW, het zogenaamde “periode- en ketensysteem”.

Artikel 668a bepaalt:

“1. Vanaf de dag dat tussen dezelfde partijen:

- a. arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd en een periode van 24 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden, geldt met ingang van die dag de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd;*
- b. meer dan drie voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van ten hoogste zes maanden, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.*
- 2. Lid 1 is van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn.*
- 3. Lid 1, onderdeel a, is niet van toepassing op een arbeidsovereenkomst aangegaan voor ten hoogste drie maanden die onmiddellijk volgt op een tussen dezelfde partijen aangegane arbeidsovereenkomst voor 24 maanden of langer.*
- 4. De termijn van opzegging wordt berekend vanaf het tijdstip van totstandkoming van de eerste arbeidsovereenkomst als bedoeld onder a of b van lid 1.*
- 5. Bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan de periode van 24 maanden, bedoeld in lid 1, onderdeel a, worden verlengd tot ten hoogste 48 maanden en kan het aantal van drie, bedoeld in lid 1, onderdeel b, worden verhoogd naar ten hoogste zes, indien:*
 - a. het betreft een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 690; of*

- b. uit die overeenkomst of regeling blijkt dat voor bij die overeenkomst of regeling te bepalen functies of functiegroepen de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze verlenging of verhoging vereist.
6. Bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan van lid 2 worden afgeweken ten nadele van de werknemer.
 7. Bij schriftelijke overeenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan ten nadele van de bestuurder van een rechtspersoon worden afgeweken van de periode, bedoeld in lid 1, onderdeel a.
 8. Bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan dit artikel buiten toepassing worden verklaard voor bepaalde functies in een bedrijfstak indien Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bij ministeriële regeling deze functies heeft aangewezen, omdat het voor die functies in die bedrijfstak bestendig gebruik is en vanwege de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering en van die functies noodzakelijk is de arbeid uitsluitend te verrichten op grond van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, niet zijnde uitzendovereenkomsten als bedoeld in artikel 690. Bij die regeling kunnen nadere voorwaarden worden gesteld aan het buiten toepassing verklaren, bedoeld in de eerste zin.
 9. Bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan voor daarin aangewezen arbeidsovereenkomsten die uitsluitend of overwegend zijn aangegaan omwille van de educatie van de werknemer dit artikel geheel of gedeeltelijk niet van toepassing worden verklaard.
 10. Dit artikel is niet van toepassing op arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan in verband met een beroepsbegeleidende leerweg als bedoeld in artikel 7.2.2. van de Wet educatie en beroepsonderwijs.
 11. Dit artikel is niet van toepassing op een arbeidsovereenkomst met een werknemer die de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, indien de gemiddelde omvang van de door hem verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen.”

Voor uitzendovereenkomsten geldt dat krachtens artikel 7:691 lid 1 BW de werking van deze bepaling wordt uitgesteld met 26 gewerkte weken. De uitzendonderneming heeft dus meer flexibiliteit dan een reguliere onderneming. In de ABU-CAO zijn deze wettelijke bepalingen “verbouwd” tot het fasensysteem: 78 gewerkte weken in fase A, daarna zes overeenkomsten voor bepaalde tijd voor de maximale gezamenlijke duur van vier jaar en tot slot fase C: de overeenkomst voor onbepaalde tijd.

Zodra de ABU-CAO niet langer algemeen verbindend verklaard is, gelden de wettelijke bepalingen van rechtswege onverkort voor de ongebonden werkgevers. Dit kan verstrekkende gevolgen hebben. Immers, in fase A wordt geen beperking gesteld aan het aantal arbeidsovereenkomsten, slechts de duur van de periode die wordt gewerkt is relevant. Gedurende fase A is het zelfs waarschijnlijk dat vele contracten op elkaar volgen, als het uitzendbeding van toepassing is. In dat geval zal iedere keer dat een werknemer ziek wordt, zijn arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigen. Als de werknemer zijn werkzaamheden hervat, geldt een nieuwe arbeidsovereenkomst. In fase A is dit niet relevant, maar als door het aflopen van avv het hierboven geciteerde artikel 7:668a BW wordt toegepast, ontstaat na twee overeenkomsten voor bepaalde tijd een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Zo kan het voorkomen dat onbedoeld een werknemer werkzaam is op basis van een overeenkomst van onbepaalde tijd.

Ook fase B heeft ruimere termijnen dan bovengenoemd wetsartikel, te weten: zes contracten voor bepaalde tijd voor de maximale gezamenlijke duur van vier jaar. Wanneer de avv verlopen is, is art. 7:668a BW van rechtswege van toepassing. De arbeidsovereenkomst van de werknemer die op dat moment werkzaam is en, ofwel meer dan drie contracten voor bepaalde tijd heeft gehad, ofwel gedurende meer dan twee jaar contracten voor bepaalde tijd heeft gehad, wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. (Voor de volledigheid moet hier wel opgemerkt worden

dat een uitzendonderneming volgens de wet 26 weken gebruik mag maken van het uitzendbeding - zie hieronder - en dat gedurende die 26 weken de keten van art. 7:668a BW nog niet gaat lopen.)

De opzegtermijn

Voorts dient te worden opgemerkt dat in de ABU-CAO tevens wordt afgeweken van de wettelijke bepalingen omtrent de opzegtermijn bij onbepaalde tijd (7:672 BW) en bepaalde tijd (7:667 lid 1 en 3 BW). Bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben werkgever en werknemer ingevolge de cao beiden een opzegtermijn van één maand, tenzij schriftelijk anders overeengekomen. Voor beiden geldt altijd dezelfde opzegtermijn. De wet (artikel 7:672 BW) bepaalt echter dat de opzegtermijn voor de werkgever afhankelijk is van de duur van de arbeidsovereenkomst met de werknemer. Indien die vijf jaar of langer heeft geduurd, zal de opzegtermijn van de werkgever langer dan één maand zijn, terwijl die van de werknemer altijd één maand blijft.

Met betrekking tot de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is in het Burgerlijk Wetboek bepaald dat deze niet tussentijds beëindigd mag worden, tenzij schriftelijk anders is overeengekomen. In de cao is nu juist het tegenovergestelde bepaald: een contract voor bepaalde tijd mag in alle gevallen tussentijds beëindigd worden, tenzij uitdrukkelijk is overeengekomen dat dit niet is toegestaan. Vooral in het geval dat een ongebonden werkgever een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussentijds wil kunnen beëindigen, kan dit gevolgen voor hem hebben. Ingevolge de ge-avvde cao was het immers niet noodzakelijk hiertoe een bepaling in de individuele arbeidsovereenkomst op te nemen, maar krachtens het Burgerlijk Wetboek juist wel. De mogelijkheid van tussentijdse beëindiging kan op deze manier voor deze werkgever wegvallen.

Het uitzendbeding

Eenzelfde omkering is in de ABU-CAO gehanteerd met betrekking tot het uitzendbeding:

Artikel 7:691 leden 2 en 3 luiden als volgt:

- “2. In de uitzendovereenkomst kan schriftelijk worden bedongen dat die overeenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever aan de derde als bedoeld in artikel 690 op verzoek van die derde ten einde komt. Indien een beding als bedoeld in de vorige volzin in de uitzendovereenkomst is opgenomen, kan de werknemer die overeenkomst onverwijld opzeggen en is op de werkgever artikel 668, leden 1, 2, 3 en 4, onderdeel a, niet van toepassing.*
- 3. Een beding als bedoeld in lid 2 verliest zijn kracht indien de werknemer in meer dan 26 weken arbeid voor de werkgever heeft verricht. Na het verstrijken van deze termijn vervalt de bevoegdheid van de werknemer tot opzegging als bedoeld in lid 2.”*

In de ABU-CAO is opgenomen dat het uitzendbeding gedurende heel fase A geldt, tenzij dit schriftelijk is uitgesloten. Fase A duurt 78 weken en biedt derhalve de mogelijkheid om - in plaats van 26 weken - gedurende 78 weken het uitzendbeding te hanteren. Afloop van de avv kan dus tot gevolg hebben dat een overeenkomst niet langer van rechtswege eindigt op het moment dat de terbeschikkingstelling op verzoek van de opdrachtgever eindigt.

Dit overzicht pretendeert geen volledigheid, noch kunnen aan dit overzicht enige rechten worden ontleend.