Factsheet

28 maart 2012 – C. Smeets

Gevolgen van een AVV-loze periode voor de ongebonden werkgever

Een algemeen verbindend verklaring 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 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. Degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt is aan deze arbeidskrachten loon en overige vergoedingen 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 plaats vindt.

2. Het eerste lid is niet van toepassing, indien in een collectieve arbeidsovereenkomst, van toepassing op de onderneming die de arbeidskracht ter beschikking stelt, of bij of krachtens wet is bepaald, welk loon en overige vergoedingen degene, die arbeidskrachten ter beschikking stelt, aan die arbeidskrachten verschuldigd is.

3. Het eerste lid is eveneens niet van toepassing, indien op de onderneming bij welke de ter beschikkingstelling plaats vindt, een collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing is, die bepalingen bevat op grond waarvan de werkgever zich ervan moet verzekeren dat aan arbeidskrachten die aan zijn onderneming ter beschikking zijn gesteld loon en overige vergoedingen worden betaald overeenkomstig de bepalingen van die collectieve arbeidsovereenkomst."

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 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

Algemene Bond Uitzendondernemingen
Postbus 144 | Singaporestraat 74 | Telefoon 020 - 655 82 55 | Internet: www.abu.nl
1170 AC Badhoevedorp | Lijnden | Fax 020 - 655 82 44 | E-mail: info@abu.nl | ABN AMRO 544047745

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, waardoor deze bepalingen kracht verliezen.

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 niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden, geldt met ingang van die dag de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd;
b. meer dan 3 voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan 3 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 ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn.
3. Lid 1, onderdeel a en laatste zinsnede, is niet van toepassing op een arbeidsovereenkomst aangegaan voor niet meer dan 3 maanden die onmiddellijk volgt op een tussen dezelfde partijen aangegane arbeidsovereenkomst voor 36 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. Van de leden 1 tot en met 4 kan slechts bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan worden afgeweken ten nadele van de werknemer.”

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 8 overeenkomsten voor bepaalde tijd voor de maximale gezamenlijke duur van 2 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 <u>het aantal</u> arbeidsovereenkomsten, slechts <u>de duur</u> 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 de hierboven geciteerde artikel 7:668a BW wordt toegepast, ontstaat na 3 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: 8 contracten voor bepaalde tijd voor de maximale gezamenlijke duur van 2 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 3 contracten voor bepaalde tijd heeft gehad, ofwel gedurende meer dan 3 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 5 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 bepaalt 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-AVV'de 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.

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.