



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

NOW: Flexwerknemers (en flexwerkgevers) tussen wal en schip en de TOFA-regeling

Zwemmer, J.P.H.; Van der Beek, Juliette

Publication date

2020

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H., & Van der Beek, J. (2020). NOW: Flexwerknemers (en flexwerkgevers) tussen wal en schip en de TOFA-regeling. *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context*, 2020(3), 1-5.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

NOW: Flexwerknemers (en flexwerkgevers) tussen wal en schip en de TOFA-regeling

mr. J.W.M. van der Beek en mr. dr. J.P.H. Zwemmer¹

1. Inleiding

Met de NOW-regeling zijn vanaf maart 2020 de loonkosten gesubsidieerd van werknemers in dienst van werkgevers die te kampen hadden met een omzetverlies van 20% of meer. Baanbehoud is het voornaamste doel van de NOW-regeling. Voor uitzendkrachten bood dit in veel gevallen geen soelaas. Doordat hun arbeidsovereenkomsten gemakkelijk konden worden beëindigd, verloren zij als eersten in grote getalen hun baan en vingen daarmee (met de oproepkrachten en zzp'ers) de eerste klap op van de economische gevolgen van de COVID-19-pandemie. De uitzendbureaus waarbij zij in dienst waren, hadden vaak geen andere keuze dan ontslag omdat gebruikmaking van de NOW-regeling is gekoppeld aan omzetverlies op ondernemingsniveau en de opdrachtgevers bij wie zij werkzaam waren alleen loonkostensubsidie konden vragen voor de eigen werknemers. Om die laatste reden konden ook payrollbedrijven veelal geen beroep doen op de NOW-regeling. Ondanks de oproep van de regering aan werkgevers, waaronder ook de opdrachtgevers van de payroll- en uitzendwerkgevers, verantwoordelijkheid te nemen voor flexwerknemers en hun loon zoveel mogelijk door te betalen, werden met name de arbeidsovereenkomsten van uitzendkrachten in de eerste maanden van de COVID-19-pandemie meteen beëindigd.² Datzelfde lot trof andere werknemers op wie – net als bij uitzendkrachten – een flexibeler arbeidsrechtelijk regime van toepassing is (zoals oproepkrachten). De NOW-regeling leidde daarmee voor flexwerknemers niet tot het hiermee

beoogde baanbehoud. Uiteindelijk heeft de regering daarom in mei 2020 besloten tot het creëren van een aparte overbruggingsregeling voor het door deze flexwerknemers geleden inkomensverlies, de Tijdelijke overbruggingsregeling voor flexibele arbeidskrachten (TOFA-regeling).³ Flexwerknemers konden voor het door hen geleden inkomensverlies over de maanden maart, april en mei 2020 een beroep doen op de TOFA-regeling.

In deze bijdrage worden de knelpunten bij de toepassing van de NOW-regeling bij uitzending en payrollregeling en de achtergrond en effectiviteit van de TOFA-regeling besproken. Geconstateerd wordt dat de COVID-19-pandemie en de ongelijke wijze waarop overheidssteun als gevolg van contractvorm van de werknemer verdeeld werd, nog eens duidelijk heeft gemaakt dat sprake is van een tweedeling op de arbeidsmarkt. In adviezen uit het begin van dit jaar van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid en van de Commissie Regulering van Werk wordt hierover ook al de noodklok geluid en wordt gepleit voor een ingrijpende hervorming van de regulering van werk. De COVID-19-pandemie en de ongelijke wijze waarop hierbij overheidssteun afhankelijk van contractvorm verdeeld werd, maakt nog eens duidelijk dat hier op korte termijn werk van moet worden gemaakt.

2. Uitgangspunt NOW-regeling: werkgever is eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer werkzaam is

De regering heeft aan het begin van de COVID-19-pandemie met de NOW-regeling een steunmaatregel in het leven geroepen die voorziet in een tegemoetkoming in (ten hoogste 90%) van de loonkosten voor werkgevers die als gevolg daarvan kampen met een omzetverlies van ten minste 20%. Doel van de NOW-regeling is om het voor werkgevers die met een dergelijk omzetverlies te kampen hebben mogelijk te maken hun werknemers zoveel mogelijk in dienst te houden voor de uren die zij werkten voordat

1. Juliette van der Beek is advocaat bij DLA Piper. Johan Zwemmer is advocaat bij DLA Piper, universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en was lid van de Commissie Regulering van Werk.

2. In augustus 2020 berichtte het Centraal Bureau voor de Statistiek dat in het tweede kwartaal van 2020 1,7 miljoen werknemers een flexibele arbeidsrelatie hadden en dat dit er 272.000 minder waren dan in het tweede kwartaal van 2019. Van het eerste op het tweede kwartaal van 2020 daalde het aantal flexwerknemers met 148.000. Deze daling betrof grotendeels flexwerknemers die minder dan een half jaar in dienst waren. Vooral het aantal uitzendkrachten nam relatief veel af, met 74.000 (<https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2020/33/272-duizend-flexwerknemers-minder-in-tweede-kwartaal-2020>).

3. *Stcrt.* 11 juni 2020, 31395.

sprake was van die terugval in omzet.⁴ De regering benadrukte in haar informatiebrief over de NOW-regeling in maart 2020 dat ook payroll- en uitzendwerkgevers een beroep op de NOW-regeling konden doen en dat dan voor hen dezelfde voorwaarden golden als voor reguliere werkgevers. Daarbij riep de regering werkgevers, waaronder ook de opdrachtgevers van de payroll- en uitzendwerkgevers, op verantwoordelijkheid te nemen voor flexwerknemers en hun loon zoveel mogelijk door te betalen.⁵ Een oproep dus; dit vormde geen voorwaarde voor gebruikmaking van de NOW-regeling.⁶ Al vrij snel na de inwerkingtreding van de NOW-regeling werd duidelijk dat payroll- en uitzendwerkgevers geen (volledig) beroep konden doen op de NOW-regeling omdat gebruikmaking hiervan is gekoppeld aan omzetverlies op ondernemingsniveau en de opdrachtgever alleen loonkostensubsidie kan vragen voor de eigen werknemers.

Uitzendbureaus en payrollbedrijven stellen hun werknemers ter beschikking aan opdrachtgevers om onder toezicht en leiding van die opdrachtgevers – dus in de onderneming van de opdrachtgever – arbeid te verrichten. Gebruikmaking van de NOW-regeling werd gekoppeld aan omzetverlies op ondernemingsniveau (of binnen de groep). De werkgever die voldoet aan het omzetverliescriterium kan de loonkostensubsidie aanvragen voor de bij hem in dienst zijnde werknemers. Voor het loon van ingeleende uitzend- en payrollwerknemers krijgt hij geen loonkostensubsidie. Omdat de NOW-regeling de werkgever verplicht de loonsom van zijn werknemers zoveel mogelijk gelijk te houden tijdens de loonkostensubsidieperiode, zal hij dan de inzet van uitzend- en payrollwerknemers in zijn onderneming het eerste beëindigen. Uitzend- en payrollwerknemers worden voor de NOW-regeling meegerekend in de loonsom van het uitzendbureau of payrollbedrijf waarbij zij in dienst zijn. Uitzendbureaus en payrollbedrijven kunnen op grond van de NOW-regeling loonkostensubsidie aanvragen voor deze (en hun andere) werknemers wanneer hun totale omzetverlies 20% of meer is en zij hun totale loonsom zoveel mogelijk gelijk houden tijdens de loonkostensubsidieperiode. Dat is echter niet of niet volledig mogelijk in situaties waarin uitzendbureaus of payrollbedrijven werknemers ter beschikking stellen aan opdrachtgevers die verschillend worden geraakt door de COVID-19-pandemie (en die dus soms wel en soms niet de inzet van deze werknemers beëindigen) en/of opdrachtgevers de

facturen van de uitzendbureaus of payrollbedrijven veel later of uiteindelijk niet betalen.⁷

Het bovenstaande kan worden geïllustreerd aan de hand van de volgende situaties:

Het is bekend dat in de horeca veel gebruik wordt gemaakt van uitzendkrachten. De horeca is tevens een van de sectoren die meteen het zwaarste werden geraakt door de in maart 2020 ingestelde ‘intelligente lockdown’, toen zij veelal de deuren moesten sluiten. Restaurant en café-eigenaren die een combinatie van uitzendkrachten en eigen werknemers in dienst hebben, kregen alleen de loonkosten van de eigen werknemers vergoed. Door de NOW-berekening van de loonsom op ondernemingsniveau, vielen de werknemers die deze restaurant en café-eigenaren inleenden onder de loonsom van het uitzendbureau en ontvingen zij voor hen geen loonkostensubsidie. Vanwege de gedwongen sluiting was het onmogelijk deze uitzendkrachten te blijven betalen en werden de inleenovereenkomsten met het uitzendbureau meteen beëindigd. Het uitzendbureau kon de uitzendkrachten vaak niet (op korte termijn) bij een andere opdrachtgever plaatsen. Als het uitzendbureau ook uitzendkrachten ter beschikking stelde aan supermarkten en pakketbezorgingsbedrijven en daardoor een omzetverlies van minder dan 20% leed, kon geen aanspraak worden gemaakt op loonkostensubsidie op grond van de NOW-regeling. Voor de voormelde uitzendkrachten betekende dit dat hun arbeidsovereenkomsten per direct werden beëindigd en zij een beroep moesten doen op een WW-uitkering of bijstand.

Ook een onderneming die alle werknemers inleent van een payrollbedrijf en de deuren moest sluiten (bijvoorbeeld een sportschool of een evenementenbedrijf) en op grond van omzetverlies in aanmerking komt voor de NOW-regeling, ontvangt voor hen geen loonkostensubsidie. De werknemers zijn immers in dienst van het payrollbedrijf en vallen dus niet onder de loonsom van de onderneming. Op grond van de opdrachtovereenkomst met het payrollbedrijf kan de onderneming deze payrollovereenkomsten misschien niet per direct beëindigen waardoor het payrollbedrijf het loon van deze werknemers moet blijven doorbetalen. Als de onderneming de facturen van het payrollbedrijf dan echter niet betaalt en/of het payrollbedrijf ook werknemers ter beschikking stelt aan niet geraakte opdrachtgevers zoals supermarkten en pakketbezorgingsbedrijven, heeft dit te kampen met een omzetverlies van minder dan 20% en kan geen aanspraak worden gemaakt op loonkostensubsidie op grond van de NOW-regeling. Het payrollbedrijf zal dan over (moeten) gaan tot ontslag van deze payrollwerknemers en nadat hun arbeidsovereenkomsten zijn geëindigd, zullen zij een beroep moeten doen op een WW-uitkering of bijstand.

4. Zie *Kamerstukken II 2019/20, 35420*, nr. 8.

5. Zie *Kamerstukken II 2019/20, 35420*, nr. 8, p. 4.

6. In de brief wordt meegedeeld dat was gesproken over de mogelijkheid om het aanhouden van personeel met een flexibel contract als voorwaarde toe te voegen aan de regeling. Daartoe was echter niet overgegaan omdat het toevoegen van deze voorwaarde complex was (onder andere omdat dan vragen zouden ontstaan als hoe voor deze groep de hoogte van de loonsom moest worden berekend en wat daarvan de arbeidsrechtelijke gevolgen zouden zijn).

7. Zie over dat laatste Rb. Gelderland zp Arnhem (vzr.) 30 juli 2020, *JAR 2020/232*, m.nt. Helstone.

In haar brief van 14 april 2020 riep de Stichting van de Arbeid (Star) de Minister van SZW op de NOW-regeling aan te passen zodat deze beter toegankelijk zou zijn voor uitzendbureaus.⁸ De Star wijst er in haar brief op dat de NOW-regeling te weinig rekening houdt met de allocatiefunctie van uitzendbureaus. Doordat het omzetverlies op ondernemingsniveau wordt bepaald, komen uitzendbureaus niet in aanmerking voor loonkostensubsidie wanneer zij ook actief zijn in een andere sector en daar nog wel steeds uitzendkrachten ter beschikking kunnen stellen. Als een uitzendbureau nieuwe uitzendkrachten bemiddelt, hoeft geen sprake te zijn van omzetverlies terwijl er voor de teruggestuurde uitzendkrachten geen werk meer is en deze niet doorbetaald kunnen worden. Deze brief is echter voor de regering geen aanleiding geweest om de NOW-regeling toegankelijker te maken voor uitzendbureaus.

3. Totstandkoming van de TOFA-regeling

Uitzend- en oproepkrachten (veelal jongeren) die hun werk verloren door de COVID-19-pandemie kwamen in veel gevallen niet in aanmerking voor een WW-uitkering omdat zij bijvoorbeeld als werknemer en als ondernemer tegelijk werkten en daardoor niet aan het uren criterium voldeden of omdat zij niet lang genoeg aaneensluitend werkzaam waren om te voldoen aan de referte-eis.⁹ Het gegeven dat op deze manier vooral zij geraakt werden door de COVID-19-pandemie terwijl het inkomensverlies van gewone werknemers beperkt bleef omdat hun werkgever hun salarissen kon blijven doorbetalen met gebruikmaking van de NOW-regeling, stond op gespannen voet met het doel van de NOW-regeling (baanbehoud) en het feit dat deze loonkostensubsidie uit de algemene middelen wordt gefinancierd.

In de Tweede Kamer is aandacht gevraagd voor de positie van deze flexwerknemers onder de NOW-regeling. Zo werd de minister van SZW in de op 14 april 2020 door Gijs van Dijk c.s. ingediende motie aangespoord te komen tot een regeling voor die getroffen flexwerknemers.¹⁰ De regering heeft hieraan gehoor gegeven en in de Kamerbrief van 20 mei 2020 werd de TOFA-regeling gepresenteerd door de Minister van SZW.¹¹ Doel van de TOFA-regeling was een vangnet te bieden aan flexwerknemers die door de (maatregelen rondom de) COVID-19-pandemie substantieel inkomensverlies hadden geleden in de maanden maart, april en mei 2020, maar geen aanspraak konden maken op een socialezekerheidsuitkering of op bijstand, en onvoldoende middelen van bestaan hadden om rond te komen.

Om in aanmerking te komen voor de TOFA-regeling moest de flexwerknemer aan de volgende voorwaarden voldoen. In februari 2020 moest de flexwerknemer minimaal € 400¹² aan loon uit dienstbetrekking hebben ontvangen en in maart 2020 minimaal € 1. Vervolgens moest in april 2020 minimaal de helft van dat in februari genoten inkomen verloren zijn (maar mocht er niet meer dan € 550 verdiend zijn). Daarnaast mocht de flexwerknemer geen andere vorm van uitkering hebben genoten en moest, als gevolg van het inkomensverlies, een tegemoetkoming als bijdrage in de gebruikelijke kosten van het levensonderhoud nodig zijn. De flexwerknemer die aan de vereisten voldeed, kwam in aanmerking voor een uitkering van in totaal € 1.650 bruto voor de maanden maart, april en mei (een bedrag van € 550 bruto per maand). Voor de berekening van het bedrag werd, blijkens de Kamerbrief, aangesloten bij het brutoloon dat de gemiddelde oproepkracht per maand verdient. De TOFA-regeling gaat uit van een tegemoetkoming van 70% van dat gemiddelde bedrag. Flexwerknemers die in aanmerking kwamen voor de TOFA-regeling waren met name uitzend- en oproepkrachten.¹³ In de Kamerbrief benadrukt de minister meermaals dat de regeling niet waterdicht is. Er is gekozen voor een vaste tegemoetkoming omdat een gerichte, loongerelateerde uitkering vanwege de tijdsperiode en de capaciteit van uitvoeringsorganisaties niet haalbaar was. De regeling kent zodoende enkele grote nadelen: 'Zo zal iedere ontvanger hetzelfde bedrag moeten krijgen, waardoor de tegemoetkoming hoger kan zijn dan het inkomen(sverlies) dat de ontvanger had. Het maakt de regeling bovendien minder gericht en daardoor niet voor iedereen passend. Daarnaast zijn er, zoals bij elke eenvoudige, generieke regeling, risico's op misbruik.'¹⁴

4. Effectiviteit van de TOFA-regeling

Na invoering van de regeling zijn er aanvullend op de in de Kamerbrief opgemerkte nadelen meer haken en ogen naar voren gekomen.¹⁵ Zo bleek bijvoorbeeld dat uitzendkrachten bij wie het vakantiegeld in april werd uitgekeerd (maar die verder wel voldeden aan de criteria van de TOFA-regeling) in eerste instantie van het UWV geen uitkering toegewezen kregen. Ook aan flexwerknemers die in maart betaald werden voor hun werkzaamheden in februari 2020 werd door het UWV geen uitkering toegekend,

8. <https://www.stvda.nl/-/media/stvda/downloads/publicaties/2020/noodpakket-flexarbeid.pdf>.

9. Kamerstukken II 2019/20, 35430, nr. 15.

10. Kamerstukken II 2019/20, 35430, nr. 15.

11. Kamerstukken II 2019/20, 35420, nr. 40.

12. Naar aanleiding van de motie-Asscher/Van Weyenberg, waarin werd opgeroepen het drempelbedrag te verlagen omdat veel flexwerkers waaronder studenten anders niet voor de regeling in aanmerking zouden komen, heeft de minister het oorspronkelijke drempelbedrag verlaagd van € 500 naar € 400 (Kamerstukken II 2019/20, 35074, nr. 3).

13. Zie *Stcrt.* 11 juni 2020, 31395, p. 5.

14. Kamerstukken II 2019/20, 35420, nr. 40.

15. Zo blijkt uit Kamervragen van 30 juni 2020 van de PvdA over werknemers die buiten het vangnet vallen (2019-2020Z12686).

ook al vielen deze werknemers verder wel onder het toepassingsbereik van de TOFA-regeling.

Bovenstaande problemen kunnen ook worden teruggezien in de cijfers. De aanvraagperiode (welke werd verlengd van 22 juli 2020 tot 27 juli 2020 omdat de hoeveelheid aanvragen lager uitviel dan verwacht¹⁶ is gesloten op 27 juli 2020. Op 27 augustus 2020 was de stand als volgt: van de circa 24.000 ingediende aanvragen waren ongeveer 11.000 aanvragen toegekend.¹⁷ 13.000 aanvragen waren afgewezen, voornamelijk omdat het inkomen dat de aanvrager in april ontving hoger was dan € 550 (28%) of omdat het ontvangen inkomen in februari lager was dan € 400 (27,7%). Het totaal uitgekeerde bedrag is € 17,4 miljoen, dit ligt aanzienlijk lager dan het door het kabinet begrote bedrag van € 200 miljoen (dit staat gelijk aan circa 120.000 uitkeringen).

5. COVID-19-pandemie legt tweedeling op arbeidsmarkt bloot

Omdat het omzetverliescriterium in de NOW-regeling is gekoppeld aan de omzet van de werkgever (of groep) waarbij de werknemer in dienst is, kan in beperktere mate een beroep worden gedaan op loonkostensubsidie voor uitzend- of payrollwerknemers die hun werk verloren als gevolg van de COVID-19-pandemie. Nu sprake is van een noodregeling, en het voor deze situatie creëren van een omzetverliescriterium per inlener de regeling complex en misbruikgevoelig zou maken, is hiermee geen rekening gehouden. Dit leidde wel tot een benadeling van uitzendbureaus en payrollbedrijven en daarmee de bij hen in dienst zijnde werknemers. Dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst met de onderneming waarin zij werkzaam zijn, gaat voor uitzendkrachten al ten koste van ontslagbescherming en een deel van de in die onderneming of sector van de inlener gebruikelijke arbeidsvoorwaarden – dit is slechts voor een deel geregeld in de Waadi en de Cao voor Uitzendkrachten – en voor zowel uitzendkrachten als payrollwerknemers ten koste van andere verplichtingen die de inlenerde onderneming als directe werkgever jegens hen zou hebben gehad (denk aan de verplichting tot tewerkstelling, deelname in een bedrijfstakpensioenfonds, re-integratie bij arbeidsongeschiktheid etc.). Ook in de COVID-19-pandemie vingen zij nu de eerste klap. De uitkering van € 550 over de maanden maart, april en mei 2020 op grond van de TOFA-regeling steekt bleek af tegen de met de NOW-regeling gesubsidieerde volledige loondoorbetaling van werknemers met een vast contract. Dit temeer nu het hier veelal gaat om de financieel kwetsbaarste werknemers, jongeren en werknemers met een minder sterke

arbeidsmarktpositie.¹⁸ De uitzendbureaus waarbij zij in dienst waren, hadden vaak geen andere keuze dan ontslag omdat gebruikmaking van de NOW-regeling is gekoppeld aan omzetverlies op ondernemingsniveau en dat criterium niet aansluit bij een bedrijfsmodel waarbij werknemers worden uitgeleend aan verschillende opdrachtgevers. Ook veel payrollbedrijven konden om die reden een beperkter beroep doen op de NOW-regeling.

Deze benadeling van uitzendbureaus en payrollbedrijven en daarmee de bij hen in dienst zijnde uitzendkrachten en payrollwerknemers is moeilijk te rechtvaardigen nu titel 7.10 BW mogelijk maakt dat werknemers op vrijwel onbegrensde wijze – qua duur en qua type werk – ter beschikking kunnen worden gesteld aan inlenende ondernemingen. Dat gebeurt ook op grote schaal. Het gegeven dat voor het in aanmerking komen voor loonkostensubsidie op grond van de NOW-regeling het type arbeidsovereenkomst relevant is, staat ook op gespannen voet met het doel van deze steunmaatregel (baanbehoud) en legt in een bredere context het grote verschil in werknemersbescherming afhankelijk van het type arbeidscontract bloot. De criteria van de NOW-regeling zullen niet meer worden veranderd en een nieuwe ruimhartiger TOFA-regeling zal er ook niet komen, maar de ongelijke wijze waarop deze overheidssteun als gevolg van contractvorm verdeeld werd, is naar onze mening wel reden voor het hoog op de agenda zetten van een evenwichtiger regulering van werk.¹⁹ Al in januari 2020 – vlak voor de uitbraak van de COVID-19-pandemie – werd in rapporten van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid ('Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht')²⁰ en van de Commissie Regulering van Werk ('In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk')²¹ de noodklok geluid over de kloof tussen 'vast' en 'flex' en de daardoor ontstane oneerlijkheid op de arbeidsmarkt. Specifiek ten aanzien van arbeidsrechtelijke

16. <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/07/10/tegemootkomingsregeling-flexwerkers-twee-weken-langer-open.>

17. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/09/07/kamerbrief-monitoring-arbeidsmarkt-en-beroep-noodpakket>.

18. Van de hoogopgeleide werknemers heeft 16% een flexcontract (zelfstandigen buiten beschouwing gelaten), van de laagopgeleiden 40%: 'De coronacrisis is een "onvoorstelbare gamechanger" voor de arbeidsmarkt', *NRC* 8 mei 2020.

19. Dat bleek onlangs ook weer naar aanleiding van het besluit van het kabinet zorgpersoneel een bonus van € 1.000 euro netto te geven als dank voor hun inzet tijdens de COVID-19-pandemie (de Subsidieregeling bonus zorgprofessionals COVID-19, *Stcrt.* 2020/48058). Daar bleek al snel dat zorginstellingen deze bonus alleen zouden aanvragen voor eigen werknemers maar niet voor flexibel personeel – uitzendkrachten en zzp'ers – omdat zij de regeling niet uniform uitvoerbaar en zeer bewerkelijk achtten. Zie 'Zorginstellingen doen geen aanvraag coronabonus voor flexkrachten', het *Financieel Dagblad* 23 oktober 2020.

20. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, 'Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht', *wrr-Rapport 102*, Den Haag 15 januari 2020.

21. 'In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk', Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk 23 januari 2020, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 29544, 970.

driehoeksrelaties adviseerde de Commissie Regulering van Werk om de mogelijkheid tot het ter beschikking stellen van werknemers zowel in duur²² als naar type werk in te perken. Zij neemt als uitgangspunt – in de vorm van een ‘rechtsvermoeden werkgeverschap’ – dat de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin of waarvoor de arbeid feitelijk wordt verricht de werkgever is. Van een uitzendovereenkomst kan alleen nog sprake zijn als de werknemer tijdelijk werk verricht dat niet of moeilijk voorzienbaar is op basis van een arbeidsovereenkomst met een werkgever die in dat kader een

actieve allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Daarbij pleit zij ook voor invoering van een hoger wettelijk minimumloon voor uitzendkrachten of een door uitzendkrachten te ontvangen flextoeslag als compensatie voor de grotere risico's (inkomens- en andere onzekerheden) die zij dragen. In oproepovereenkomsten dient volgens de Commissie minimaal per kwartaal een vast aantal arbeidsuren te worden afgesproken met een gespreide loonbetaling over deze periode. Tegenover deze inperking van arbeidsrechtelijke driehoeksrelaties en flexcontracten staat het advies van de Commissie de ‘interne wendbaarheid’ binnen de arbeidsovereenkomst te vergroten door de werkgever de mogelijkheid te geven – onder voorwaarden en tot een zekere grens – eenzijdig de arbeidsurenomvang, werktijden en functie van de werknemer en de locatie waar wordt gewerkt te kunnen wijzigen indien bedrijfseconomische omstandigheden daartoe aanleiding geven.²³ Met dit advies beoogt de Commissie een eerlijkere en duidelijkere regulering van werk en een meer gelijkwaardige behandeling van flexibele arbeid. De COVID-19-pandemie en de ongelijke wijze waarop overheidssteun als gevolg van contractvorm verdeeld werd, heeft nog eens duidelijk gemaakt dat op korte termijn werk moet worden gemaakt van dit advies.

22. Daar moet sowieso naar worden gekeken naar aanleiding van HvJ EU 14 oktober 2020, zaak C 681/18, ECLI:EU:C:2020:823. In deze uitspraak overweegt het Hof van Justitie EU in r.o. 51 onder verwijzing naar overweging 15 in de Uitzendrichtlijn dat deze richtlijn ook tot doel heeft de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen. Deze doelstelling komt naar het oordeel van het Hof van Justitie met name tot uiting in artikel 6 lid 1 en 2 van de Uitzendrichtlijn (betreffende respectievelijk de verplichting van de inlenende onderneming uitzendkrachten in te lichten over interne vacatures en het verbod op belemmeringen voor uitzendkrachten om in dienst te treden bij de inlenende onderneming). In r.o. 60 overweegt het Hof van Justitie dat de Uitzendrichtlijn “ook tot doel heeft dat de lidstaten ervoor zorgen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming voor een uitzendkracht geen permanente situatie wordt.” Daarbij wijst het Hof van Justitie erop dat uit de in artikel 3 van de Uitzendrichtlijn opgenomen definities van uitzendbureau, uitzendkracht, inlenende onderneming en opdracht volgt dat de duur van de terbeschikkingstelling aan de inlenende onderneming naar haar aard tijdelijk is. Vervolgens overweegt het Hof van Justitie in r.o. 62 wederom verwijzend naar overweging 15 en artikel 6 lid 1 en 2 van de Uitzendrichtlijn dat “vaste arbeidsverhoudingen, de algemene vorm van arbeidsverhouding zijn, en dat de uitzendkrachten moeten worden ingelicht over de vacatures in de inlenende onderneming opdat zij dezelfde kansen op een vaste baan hebben als de overige werknemers van die onderneming.” Gelet hierop verzet artikel 5 lid 5 eerste volzin van de Uitzendrichtlijn zich er naar het oordeel van het Hof van Justitie tegen “dat een lidstaat geen enkele maatregel neemt om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen, en dat een nationale regeling in geen enkele maatregel voorziet die voorkomt dat aan dezelfde uitzendkracht achtereenvolgende opdrachten bij dezelfde inlenende onderneming worden toevertrouwd om de bepalingen van richtlijn 2008/104 in haar geheel te omzeilen.” Gesteld zou kunnen worden dat deze maatregelen in Nederland zijn opgenomen in artikel 7:691 BW en in de Waadi. Echter, de Nederlandse regulering van de uitzendovereenkomst maakt wel mogelijk dat uitzendkrachten op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met het uitzendbureau permanent en exclusief aan dezelfde opdrachtgever ter beschikking kunnen worden gesteld. Is dit op grond van voormelde overwegingen van het Hof van Justitie in strijd met de Uitzendrichtlijn? En is dat dan niet het geval wanneer de uitzendkracht met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met het uitzendbureau achtereenvolgens aan verschillende opdrachtgevers ter beschikking wordt gesteld? In overweging 15 in de Uitzendrichtlijn wordt immers ook overwogen dat “voor werknemers die aan het uitzendbureau gebonden zijn door een overeenkomst voor onbepaalde tijd [...], gelet op de specifieke bescherming die de aard van hun arbeidsovereenkomst biedt, in de mogelijkheid [dient] te worden voorzien om af te wijken van de regels die in de inlenende onderneming gelden.” Dat is in artikel 5 lid 2 van de Uitzendrichtlijn gebeurd ten aanzien van het gelijke beloningsvoorschrift; het belangrijkste voorschrift in de Uitzendrichtlijn. Tot slot is ook nog de vraag of de Nederlandse regeling van de payrollovereenkomst verenigbaar is met bovenstaande overwegingen van het Hof van Justitie. Hierbij is op grond van artikel 7:692 BW sprake van een bijzondere uitzendovereenkomst waarbij het uitgangspunt is dat de werknemer permanent en exclusief ter beschikking wordt gesteld aan dezelfde opdrachtgever, maar waarbij het verlichte arbeidsrechtelijke regime bij uitzending niet van toepassing is. Of moet worden aangenomen dat daarom bij payrolling geen sprake is van uitzending in de zin van de Uitzendrichtlijn omdat hier geen sprake is van tijdelijke terbeschikkingstelling in de zin van artikel 3 van de Uitzendrichtlijn?

23. Zie hierover nader: J.P.H. Zwemmer, ‘De drie rijbanen van de Commissie Borstlap’, TAC 2020/1.