Een handreiking voor flexibele arbeidsinzet in de gemeentelijke sector

Colofon
Deze juridische handreiking voor flexibele arbeidsinzet in de gemeentelijke sector is inhoudelijk vormgegeven door Capra Advocaten in opdracht van de VNG.

Met medewerking van de klankbordgroep uit de gemeentelijke sector.

Een handreiking voor flexibele arbeidsinzet in de gemeentelijke sector (februari 2024, versie 1)

Eindredactie
Team Arbeidszaken VNG

Vormgeving
Chris Koning (VNG)

Inhoudsopgave

Samenvatting **6**

1 Inleiding en doel handreiking **10**
1.1 Inleiding 10
1.2 Doelstelling handreiking 11
1.3 Leeswijzer 12
1.4 Disclaimer 13

2 Uitlenen van personeel aan en van andere gemeenten of publieke organisaties **14**
2.1 Inleiding 14
2.2 Collegiaal in- en uitlenen en detacheren: algemene kaders 14
2.2.1 Verschillende vormen van detacheren 14
2.2.2 Detacheringsovereenkomst 15
2.2.3 Waadi van toepassing ? 16
2.3 Detachering in het kader van re-integratie 16
2.3.1 Specifieke aandachtspunten bij detacheringsovereenkomst i.v.m. re-integratie 17
2.4 Detachering in het kader van loopbaanontwikkeling 17
2.4.1 Specifieke aandachtspunten bij detacheringsovereenkomst i.v.m. loopbaanontwikkeling 17
2.5 Bijzondere positie boa's en toezichthouders bij in- en uitleen tussen gemeenten 17
2.5.1 Individuele detacheringsovereenkomsten of algemene afspraken 18
2.5.2 Formele aanwijzing van toezichthouders en legitimatiebewijs 18
2.5.3 Reikwijdte van opsporingsbevoegdheid van boa's 18
2.6 Andere ambtenaren aangewezen bij aanwijzingsbesluit 19
2.7 Samenwerking tussen gemeenten bij inzet van medewerkers 19
2.7.1 Samenwerkingsovereenkomst 19
2.7.2 Samenwerking via gezamenlijk op te richten rechtspersoon 21
2.8 Fiscale aspecten detacheren van personeel tussen gemeenten en andere gelieerde organisaties: omzetbelasting en vennootschapsbelasting 22
2.8.1 Wel of geen btw-plicht 22
2.8.2 Vennootschapsbelasting 24

3 Tijdelijk personeel in dienst van de eigen gemeente **25**
3.1 Inleiding 25
3.2 Voor- en nadelen van het zelf in dienst nemen van tijdelijk personeel in vergelijking met inhuur 26
3.2.1 Voordelen van het zelf in dienst nemen van tijdelijk personeel 26
3.2.2 Nadelen van het zelf in dienst nemen van tijdelijk personeel 27
3.3 Tijdelijke arbeidsovereenkomsten, aflopend op een kalenderdatum 28
3.3.1 Wettelijk kader en ketenregeling 28
3.3.2 Keuze van de duur van het contract 28
3.3.3 Wel of geen proeftijd 29
3.3.4 Wel of geen tussentijds opzegbeding 29
3.4 Tijdelijke arbeidsovereenkomsten voor de duur van een 'project' 30
3.4.1 Wettelijk kader 30
3.4.2 Wanneer is een project-arbeidsovereenkomst mogelijk? 31
3.4.3 Combinatie met een maximale duur 32
3.4.4 Voorbeelden van situaties waarbij een project-arbeidsovereenkomst mogelijk is 32

3.4.5 Wel of geen proeftijd 33
3.4.6 Wel of geen tussentijds opzegbeding 33
3.5 Oproepovereenkomsten 33
3.5.1 Gaat de mogelijkheid van oproepovereenkomsten verdwijnen? 34
3.5.2 Wettelijk kader 34
3.5.3 Bepaling over oproepovereenkomst in de Cao Gemeenten 34
3.5.4 Nulurencontract of min-max-contract ? 35
3.5.5 Doorbetaling tijdens ziekte van de oproepkracht 35
3.5.6 Verlengingsaanbod 35
3.5.7 Risico's van oproepcontracten 36
3.6 Arbeidsovereenkomst met pensioengerechtigden 36
3.7 Stageovereenkomsten en verschil met arbeidsovereenkomst 37
3.7.1 Stageovereenkomst of arbeidsovereenkomst 37

4 Externe inhuur 39
4.1 Inleiding 39
4.2 Uitzenden 39
4.2.1 Uitzendovereenkomst 39
4.2.2 Uitzendbeding 41
4.2.3. Fasensysteem 41
4.3 Tussenkomst van derde partijen 42
4.3.1 Vormen van tussenkomst en vergoeding 43
4.3.2 Risicodrager(s) 43
4.4 Detachering 44
4.4.1 Detachering vanuit een derde partij 44
4.5 Zzp'ers 45
4.5.1 Wijze van contracteren, werkgeversgezag en schijnzelfstandigheid 46
4.5.2 Wet DBA, modelovereenkomsten en voorgestelde wetswijziging 49
4.6 Fiscale risico Wet DBA 51
4.6.1 Handhavingsmoratorium tot en met 2024 51
4.6.2 Risico vanaf het moment dat het handhavingsmoratorium vervalt 51
4.6.3 Gevolgen loonheffingen indien sprake is van een zzp-werknemer 53
4.6.4 Hoe om te gaan met de btw die op facturen in rekening zijn gebracht? 54
4.7 Inlenersbeloning 54
4.8 Overname ingehuurde krachten (belemmeringsverbod) 56
4.9 Opvolgend werkgeverschap 57
4.10 Payrolling 57
4.11 Toelatingsstelsel voor de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten 59

5 Overige aspecten 60
5.1 In welke gevallen hebben de Cao Gemeenten en Cao SGO invloed op flexibele arbeidskrachten? 60
5.2 Ambtenaarschap, VOG en afleggen ambtseed of -belofte 60
5.3 Sociale zekerheid: WW, Wet WIA, ZW 62
5.4 Medezeggenschap 62
5.4.1 Advies- en instemmingsrecht 62
5.4.2 Primaat van de politiek 63
5.4.3 In de onderneming werkzame personen 64
5.5 Aanbesteden 65
5.5.1 Inhuren van arbeidskrachten 65
5.5.2 Samenwerken tussen gemeenten en gemeentelijke organisaties 67
5.5.3 Incidentele detacheringen 70
5.6 Wet markt en overheid 70
5.7 Wet normering topinkomens 71
5.8 Aansprakelijkheid 72

5.8.1 Schade derden 72
5.8.2 Verhaalsrecht op arbeidskracht 72
5.8.3 (Letsel)schade inhuurkracht 73
8.5.4 Aansprakelijkheid voor achterstallige belastingen, premies en loon 73
5.9 Pensioen 73

6 Model detacheringsovereenkomst, versie december 2023 75
Detacheringsovereenkomst 75
Addendum I 83
Addendum II 86

Bijlage 1: Artikel Flexpool MBC voor handreiking VNG 87

Bijlage 2: Fryske Flekspool 91

Bijlage 3: Hand-out Juridisch kader Waadi 93

Samenvatting

In 2022 sprak de Algemene Ledenvergadering (ALV) van de VNG zich uit voor meer (collectieve) ondersteuning vanuit de VNG op de effecten van arbeidsmarktkrapte bij gemeenten. Het doel is onderlinge concurrentie te verminderen, samenwerken te stimuleren en te leren van elkaar. Deze juridische handreiking is het eerste concrete instrument van dit programma voor gemeenten en gemeentelijke organisaties.

De handreiking is geschreven voor medewerkers bij gemeenten en gemeentelijke organisaties die voornamelijk werkzaam zijn op het terrein van HR en arbeidsjuridische zaken. In hun werk vervullen zij een rol bij de wijze waarop de uitwisseling van medewerkers tussen gemeenten plaatsvindt. Van hen wordt ook verwacht dat zij een vinger aan de pols houden bij de inhuur vanuit externe partijen.

In deze handreiking is ook de uitkomst van de Cao Gemeenten en Cao Samenwerkende Gemeentelijk Organisaties (SGO) 2024-2025 meegenomen. Tijdens deze onderhandelingen zijn de toenemende mate van flexibilisering en de daaraan verbonden kosten en risico's onderwerp van gesprek geweest. Dit heeft er onder andere toe geleid dat de sector payrolling wil uitfaseren. Daarnaast is afgesproken dat de inspanningen van gemeentelijke werkgevers erop gericht zijn de kosten van inhuur terug te dringen. Om de inhuur terug te dringen spraken cao-partijen af dat gemeenten de mogelijkheden voor interne flexibiliteit beter kunnen benutten, waarbij samenwerking tussen gemeenten een belangrijke bijdrage kan leveren.

Organisatie overstijgende samenwerking

Gemeenten en gemeentelijke organisaties zullen nog meer dan voorheen naar vormen van samenwerking zoeken waarbij eigen personeel zonder juridische belemmeringen kan worden uitgewisseld. In dat kader ondersteunen de VNG en de WSGO hun leden met deze handreiking.

Deze handreiking geeft inzicht in de verschillende mogelijkheden van personele uitwisseling en samenwerking. We staan stil bij de individuele detachering tussen gemeenten onderling en gaan in op andere samenwerkingsvormen, met in het bijzonder arbeidspools. In dat geval richten de samenwerkende organisaties een pool op waarin medewerkers instromen die vanuit de pool bij de samenwerkingspartners worden geplaatst.

Verder brengen we de fiscale consequenties van onderlinge samenwerking onder de aandacht. Gemeenten en SGO-organisaties zijn aanbestedende diensten in het kader van de Aanbestedingswet 2012 en om die reden geeft de handreiking handvatten hoe daarmee om te gaan.
Juridisch gezien kan samenwerking op twee manieren plaatsvinden. Van beide vormen zijn twee voorbeelden als bijlagen in de handreiking opgenomen.

Interne flexibiliteit

Naast de samenwerking met andere gemeenten leest u in de handreiking welke mogelijkheden er zijn om uw eigen medewerkers op andere wijze flexibel in te zetten. We besteden ruim aandacht aan de mogelijke flexibele contractvormen binnen gemeenten en gemeentelijke organisaties. Hier komen de tijdelijke arbeidsovereenkomsten aan bod, waaronder ook de tijdelijke arbeidsovereenkomst voor de duur van een project.

Daarnaast is er aandacht voor de inzet van oproepkrachten. Met de wetswijzigingen ten aanzien van de oproepovereenkomsten is de positie van de oproepkracht de afgelopen jaren verbeterd en

wordt het nog sterker met het nu voorliggend wetvoorstel Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten. Met de cao-bepaling over oproepkrachten en de inhoud van het voornoemde wetsvoorstel neemt de flexibiliteit voor gemeenten op inzetbaarheid van de oproepkracht af.

Niet iedereen stopt met werken op het moment dat hij de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt. Werkgevers maken in toenemende mate gebruik van deze groep medewerkers. Hiermee blijft kennis en ervaring voor de organisatie beschikbaar. Daarnaast vindt er geen premieafdracht meer plaats voor sociale zekerheid en pensioen, hetgeen een kostenvoordeel oplevert voor de werkgever. In de handreiking gaan we hier verder op in.

We eindigen dit onderdeel van de handreiking met aandacht voor de arbeidsovereenkomst in het kader van de Beroeps Begeleidende Leerweg (BBL) en de stageovereenkomst. Hoewel bij een stage de nadruk ligt op het leren en minder op werken, kan een stagiaire bijvoorbeeld door onderzoek te doen een nuttige bijdrage leveren voor de organisatie. Bijkomend voordeel kan zijn dat een stagiaire met positieve ervaringen na de studie sneller zal reageren op een vacature binnen de gemeentelijke sector.

Externe flexibiliteit door inhuur

Bij de laatste cao-onderhalingen benadrukten de betrokken partijen het belang van een goede en verantwoorde balans tussen vaste en tijdelijke arbeidsrelaties en externe inhuur.
De praktijk laat zien dat de gemeentelijke sector niet zonder externe inhuur kan. In de handreiking brengen we eerst de externe inhuur aan de orde voordat we verder ingaan op het vinden van een balans. Er is aandacht voor de klassieke externe vormen van inhuur zoals detachering en uitzenden en er wordt stilgestaan bij het inhuren van zzp'ers.

De grote schaal waarop er in verschillende sectoren, ook buiten de overheid, gebruik wordt gemaakt van zzp'ers, heeft demissionair minister Van Gennip (SZW) doen besluiten het wetsvoorstel Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden ter consultatie voor te leggen. Naar het oordeel van de minister moet dit wetsvoorstel bijdragen aan het herstellen van de balans tussen het werken met zelfstandigen en vaste werknemers. Dit gebeurt door de regels voor het werken met werknemers en zelfstandigen te verduidelijken. De internetconsultatie leverde een grote hoeveelheid (kritische) reacties op.

Momenteel geldt een handhavingsmoratorium tot en met 2024. Dit houdt in dat als de Belastingdienst op dit moment zou oordelen dat de arbeidsrelatie een (fictieve) dienstbetrekking is, de gemeente geen naheffingsaanslag krijgt. Mits er geen sprake is van een evidente dienstbetrekking en schijnzelfstandigheid. In de handreiking wordt ruim aandacht besteed aan de fiscale risico's van de huidige Wet Deregulering beoordeling arbeidsrelaties (DBA). Hierbij komt eveneens aan de orde hoe de gemeente moet handelen wanneer de Belastingdienst vaststelt dat er sprake is van een (fictieve) dienstbetrekking. Ook hebben we het kort nog over payrolling, dit voor zover dat nog aan de orde is, gegeven de uitfasering zoals afgesproken in de cao 2024-2025.

Verder is er aandacht voor het opvolgend werkgeverschap. Het eerst inhuren van medewerkers die daarna in dienst komen van de gemeente kan leiden tot opvolgend werkgeverschap.

Overige aspecten

In de handreiking wijden we een apart hoofdstuk aan overige aspecten die te maken hebben met het onderling in- en uitlenen van personeel of externe inhuur. Denk aan de toepasbaarheid van de Cao Gemeenten en Cao SGO, de Werkloosheidswet en de Ziektewet/WIA, het afleggen van een ambtseed en de Verklaring omtrent gedrag (VOG). Ook staan we stil bij de vraag tot welke hoogte ingehuurde medewerkers kennis mogen nemen van vertrouwelijke informatie.
Het in- of uitlenen van werknemers kan gevolgen hebben voor de medezeggenschap binnen organisaties. Het groepsgewijze inhuren van medewerkers kan bijvoorbeeld adviesplichtig zijn, dit voor

zover het primaat van de politiek dit adviesrecht niet opzij zet. Ingeleende medewerkers krijgen op een bepaald moment passief en actief kiesrecht voor de ondernemingsraad.

Gemeenten en gemeentelijke organisaties zijn aanbestedende diensten en bij het uitwisselen van medewerkers tussen gemeenten als ook bij de externe inhuur kan het (Europees) aanbestedingsrecht een rol spelen. Publiek-publieke samenwerking vindt op steeds grotere schaal plaats en dan dringt zich de vraag op of deze vorm van samenwerking nog wel binnen het geldende (Europese) aanbestedingsrecht past. In de handreiking komen de mogelijkheden aan de orde waarmee het uit- en inlenen van medewerkers buiten het aanbestedingsrecht kan blijven.

Als inlenende organisatie kan men ook geconfronteerd worden met de Wet normering topinkomens (WNT) wanneer een topfunctionaris zonder dienstbetrekking bij een gemeente of gemeentelijke organisatie werkzaamheden komt verrichten. Hiervan is in ieder geval sprake wanneer de inhuurkracht bijvoorbeeld als (interim) gemeentesecretaris of griffier aan de slag gaat. Wanneer een, veelal grote gemeente, een duidelijke directiestructuur kent, kan de WNT op deze directeuren van toepassing zijn. Dit geldt evenzo voor directeuren van gemeentelijke organisaties. In de handreiking beschrijven we de toepassing van de WNT bij de inhuur van een medewerker die als topfunctionaris wordt aangemerkt.

Het onderling uitwisselen van medewerkers en het inhuren van externen verloopt meestal zonder problemen. Wanneer dit niet het geval is, kunnen geschillen ontstaan over wie aansprakelijk is voor de schade die dan ontstaat. We spreken hier dan over schade die veroorzaakt is door het handelen van de ingehuurde medewerker, maar ook de schade die de ingehuurde medewerker zelf lijdt tijdens de inhuur. De beide vormen van schade en wie daarvoor verantwoordelijk is, komt in de handreiking aan de orde.
We sluiten dit hoofdstuk af met een beschouwing over de pensioenrechtelijke aspecten die verbonden kunnen zijn aan de uitwisseling van personeel tussen gemeenten en bij inhuur van externen.

Detacheringsovereenkomst

In de handreiking is een concept voor een detacheringsovereenkomst opgenomen. Dit concept bevat een aantal optionele bepalingen, waaronder een drietal opties voor een detacheringsvergoeding, te weten een vergoeding gebaseerd op enkel de loonkosten, een variant met een commercieel tarief en een variant waarbij enkel onkosten in rekening worden gebracht. Bij deze detacheringsovereenkomst zijn twee addenda toegevoegd. Het eerste addendum ziet op een detachering in het kader van re-integratie tweede spoor. Het tweede addendum heeft betrekking op een detachering die gericht is op loopbaanontwikkeling c.q. een Van werk naar werk-traject.

Bijlagen

De handreiking bevat drie bijlagen. Ter inspiratie beschrijven we twee samenwerkingsvormen tussen decentrale overheden: Mobiliteitsbureau West-Brabant en Fryske Flekspool.
De derde bijlage is een hand-out waarin het juridisch kader van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) wordt geschetst. Hierbij is in het kort ook aandacht voor het wetsvoorstel Wet toelating terbeschikkingstelling van arbeidskrachten. Dit wetsvoorstel zal onder andere leiden tot wijziging van de Waadi.

Disclaimer

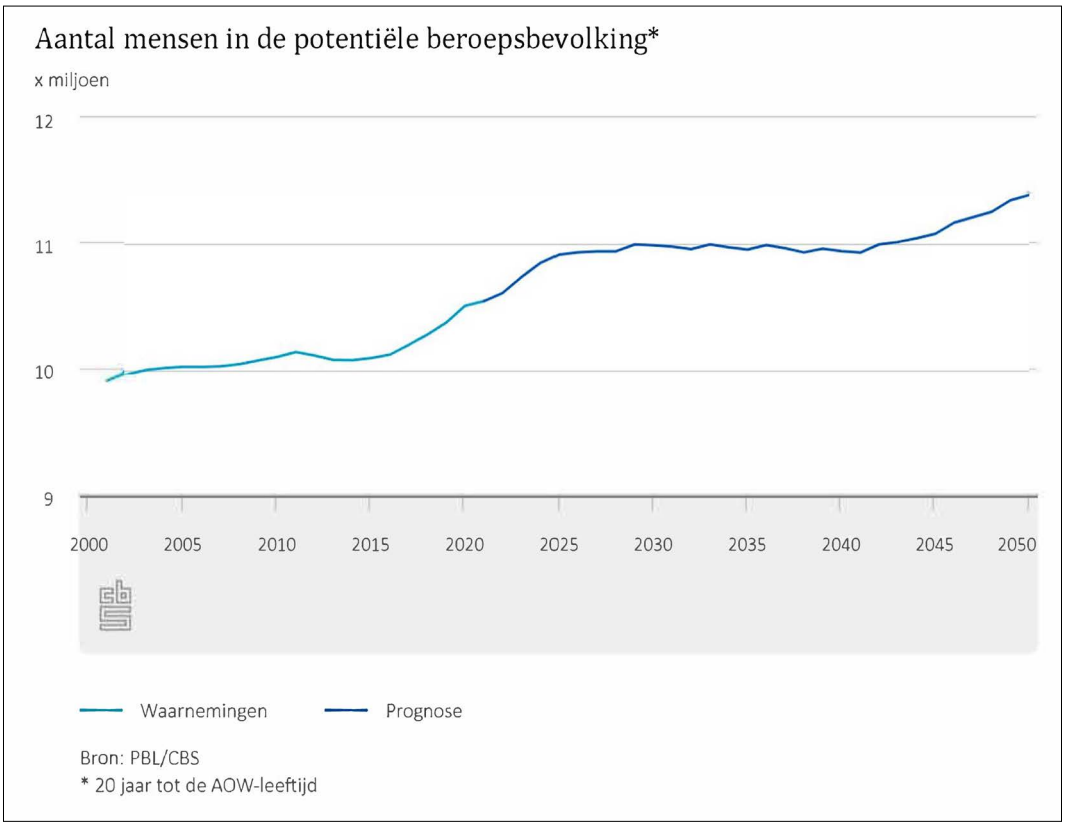
De ontwikkelingen op het gebied van wet- en regelging gaan snel. Om die reden is het van belang te vermelden dat de inhoud van deze handreiking is gebaseerd op wet- en regelgeving in 2023. Voor de gemeenten en gemeentelijke organisaties is het van belang te vermelden dat voor de handreiking is uitgegaan van de inhoud van de Cao-Gemeenten 2024-2025 en de Cao SGO 2024-2025. Hoewel de auteurs en uitgever deze handreiking met uiterste zorg hebben samengesteld, kunnen zij geen enkele aansprakelijkheid aanvaarden voor een eventuele onvolledigheid of

onjuistheid, dan wel voor de gevolgen daarvan. Aan de tekst van deze publicatie kunnen geen rechten worden ontleend.

1 Inleiding en doel handreiking

1.1 Inleiding

Krapte op de arbeidsmarkt is ook een feit voor de gemeentelijke sector. Als we kijken naar de demografische ontwikkeling van onze bevolking dan verandert de omvang en de samenstelling daarvan o.a. door vergrijzing en immigratie. De groep ouderen wordt steeds groter en de gemiddelde leeftijd steeds hoger. Uit onderstaand schema van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) en het Planbureau voor de Leefomgeving (PBL) stagneert de potentiële beroepsbevolking (zijnde alle personen van 20 jaar tot de AOW-gerechtigde leeftijd) tussen 2025 en 2040. Deze stijgt tot 2025 naar ruim 10,9 miljoen. Daarna blijft de omvang jarenlang min of meer stabiel. Naar verwachting neemt deze groep weer in omvang toe na 2040.



De gemeenten en gemeentelijke organisaties (WSGO-leden)[1] staan voor een groot aantal uitdagingen. Het klimaatbeleid, woningmarkt, kansenongelijkheid en bestaanszekerheid, opvang van vluchtelingen, energietransitie en de knelpunten in het sociaal domein zijn vooralsnog de grote maatschappelijke opgaven die door gemeenten moeten worden opgepakt.

Net als veel andere sectoren kent de gemeentelijke sector een hoog percentage openstaande vacatures. De krapte op de arbeidsmarkt is merkbaar, voornamelijk (maar zeker niet uitsluitend) op het fysieke domein en informatieveiligheid/ ICT is de schaarste groot. Ook speelt concurrentie een (steeds grotere) rol, medewerkers worden sneller benaderd door andere werkgevers. In een krappe arbeidsmarkt hebben medewerkers (nog) meer te kiezen en is sneller sprake van uitstroom.

1 Deze handreiking is geschreven voor gemeenten en gemeentelijke organisaties (WSGO-leden). Voor de leesbaarheid wordt verder in deze handreiking gesproken over gemeenten maar kunt u daar ook gemeentelijke organisaties lezen.

De grote opgaven van de gemeenten in combinatie met de krapte op de arbeidsmarkt, zet de gemeentelijke dienstverlening onder druk. De continuïteit en de kwaliteit van de primaire processen en dienstverlening kan hierdoor in gevaar komen. Actuele arbeidsmarktvraagstukken en het blijven investeren in toekomstig en huidig personeel zijn grote uitdagingen voor gemeenten. Kleinere gemeenten voelen dit vaak nog zwaarder dan grotere gemeenten.

Het voorgaande vertaalt zich deels in een hoge werkdruk, hetgeen bijdraagt aan een hoger verzuim dat van 5,8% in 2021 steeg naar 6,7% in 2022.[2] Meer dan negen op de tien gemeenten hebben aangegeven dat werkdruk een actueel HR-thema is.
Ondanks de krappe arbeidsmarkt zijn gemeenten in 2022 er in geslaagd het medewerkersbestand met 4% te laten groeien. De verhouding vast/flex bezetting bedroeg in 2022 77% versus 23%. Deze cijfers zijn afkomstig uit de Personeelsmonitor 2022. Om die reden wordt voor de definitiebepaling van vast en flex aangesloten bij hetgeen in de Personeelsmonitor onder beide termen wordt verstaan. Tot de vaste bezetting worden alle medewerkers geteld met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Medewerkers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden hier tot flex gerekend.[3]

Verder valt op dat gemeenten in 2022 17% van hun loonsom uitgaven aan externe inhuur. Gemeenten streven ernaar om externe inhuur terug te dringen. Maar het aandeel gemeenten dat daarna streeft, daalt. Het is wenselijk dat de sector gemeenten voorkomt dat ze geconfronteerd gaat worden met situaties zoals in de zorg en het onderwijs waar de balans tussen eigen medewerkers en inhuurkrachten teveel onder druk staat. Naast het feit dat inhuur duurder is dan een medewerker die op basis van een arbeidsovereenkomst bij de gemeente in dienst is, ontstaan er andere problemen. Bijvoorbeeld hoe houdt de gemeente zicht op de integriteit binnen de organisatie, mag een inhuurkracht kennisnemen van vertrouwelijke informatie en hoe wordt ingehuurde kennis behouden in de gemeente. Daarnaast is het verloop onder externen groter, dit heeft een impact op de uitvoeringskracht van gemeenten.

Tijdens de onderhandelingen voor de Cao Gemeenten en de Cao Samenwerkende Gemeentelijk Organisaties (SGO) zijn de toenemende mate van flexibilisering en de daaraan verbonden kosten en risico's onderwerp van gesprek geweest[4]. Dit heeft er o.a. toe geleid dat payrolling wordt uitgefaseerd en na 31 december 2027 zo goed als is afgebouwd binnen de gemeentelijke sector. Daarnaast is afgesproken dat de inspanningen van gemeentelijke werkgevers erop gericht zijn om de kosten van inhuur terug te dringen. Om de inhuur terug te dringen spraken cao-partijen af dat gemeenten de mogelijkheden voor interne flexibiliteit beter kunnen benutten, waarbij samenwerking tussen gemeenten een belangrijke bijdrage kan leveren. Gemeenten kunnen nauwer gaan samenwerken waarbij ze hun eigen medewerkers onderling uitwisselen.

Een nauwe samenwerking tussen gemeenten met betrekking tot inzet van de eigen medewerkers wil niet zeggen dat daarmee de externe inhuur voorbij is. Er zullen zich altijd situaties voordoen die inzet van externe inhuur noodzakelijk maakt, bijvoorbeeld bij 'piek en ziek'. En daarnaast kunnen er andere (dringende) situaties zich voordoen of noodzaken tot externe inhuur omdat bij gebreke daarvan dit leidt tot onuitvoerbare en voor burgers en bedrijven onwenselijke gevolgen. Cao-partijen hebben in het recente cao-akkoord aangegeven zich te realiseren dat organisaties gebruikmaken van inhuur voor werkzaamheden met bepaalde specialistische kenmerken en voor werkzaamheden van bepaalde duur.

1.2 Doelstelling handreiking

In 2022 heeft de Algemene Ledenvergadering (ALV) van de VNG zich uitgesproken voor meer (collectieve) ondersteuning vanuit de VNG op de effecten van arbeidsmarktkrapte door gemeenten. De VNG heeft dit opgepakt en dit heeft geresulteerd in een VNG-breed programma

2 De cijfers die in onderdeel 1.1. van deze inleiding worden genoemd, zijn afkomstig uit de Personeelsmonitor Gemeenten van A&O fonds Gemeenten 2022.
3 Deze definitie van 'vast en flex' is afkomstig uit Personeelsmonitor Gemeenten van A&O fonds Gemeenten 2022.
4 Onderhandelaarsakkoord van 10 november 2023 Cao Gemeenten en Cao SGO.

Arbeidsmarktkrapte. Het programma is meerjarig en loopt van 2024-2026. Het doel is om de onderlinge concurrentie te verminderen, samenwerken te stimuleren en te leren van elkaar. Deze handreiking is een eerste concreet instrument voortvloeiend uit dit programma.

Gemeenten en gemeentelijke organisaties zijn op zoek naar vormen van samenwerking waarbij eigen personeel zonder juridische belemmeringen kan worden uitgewisseld. In dat kader willen de VNG en de WSGO hun leden met deze handreiking ondersteunen bij een zo effectief mogelijke inzet van eigen personeel en wil het de sector gemeenten handvatten bieden om door samenwerking te komen tot uitwisseling van medewerkers tussen gemeenten en gemeentelijke organisaties onderling. Deze handreiking geeft inzicht in verschillende mogelijkheden van personele uitwisseling en samenwerking, de aandachtspunten daarbij en de arbeidsjuridische consequenties die daaraan verbonden zijn.

Daarnaast worden mogelijkheden aangereikt waarmee de interne flexibiliteit binnen de eigen organisatie vorm gegeven kan worden.

In de inleiding is aangegeven dat niet alle openstaande vacatures bij gemeenten kunnen worden ingevuld door onderling personeel uit te wisselen. Externe inhuur zal in zekere mate altijd nodig zijn voor o.a. piek, ziek en specialistische functies en/of gemeente overstijgende taken. Daarom zal in deze handreiking eveneens worden stilgestaan bij de vormen van externe inhuur.

De handreiking is geschreven voor medewerkers bij gemeenten en gemeentelijke organisaties die voornamelijk werkzaam zijn op het terrein van HR en arbeidsjuridische zaken. In hun werk kunnen zij betrokken worden bij de wijze waarop de uitwisseling van medewerkers tussen gemeenten vorm kan worden gegeven. Van hen wordt tevens verwacht dat zij een vinger aan de pols houden bij de inhuur vanuit externe partijen.

Het is een handreiking en geen handboek met gedetailleerde verwijzingen naar wetsartikelen, Kamerstukken en jurisprudentie.

1.3 Leeswijzer

Hoofdstuk 2 is gewijd aan de wijze waarop gemeenten onderling hun eigen medewerkers kunnen uitwisselen. De flexibele contractvormen tussen gemeenten, de intergemeentelijke in- en uitleen, staan centraal in hoofdstuk 2. De uitwisseling van personeel kan aan de orde zijn bij re-integratie en loopbaanontwikkeling, maar ook voor het inhuren van specifieke deskundigheid.

Daarnaast wordt ingegaan op de uitleen van de bijzondere opsporingsambtenaren (BOA's) tussen gemeenten die in dienst zijn bij gemeenten. Dit ziet met name op de status van de bevoegdheden van de BOA's bij in- en uitleen tussen gemeenten.

Aan het einde van hoofdstuk 2 worden de mogelijkheden tot samenwerken tussen gemeenten besproken. Hier wordt uitgebreid bij stilgestaan omdat, zo bleek uit de gevoerde gesprekken met het 'veld', de wens vanuit gemeenten om (meer gestructureerd) samen te werken groter wordt. Dit sluit ook aan bij de afspraak van de cao-partijen dat gemeenten zo veel mogelijk gaan samenwerken door onderling medewerkers uit te wisselen om zo de inhuur te verminderen. In dit hoofdstuk wordt tot slot aandacht besteed aan de fiscale aspecten van in- en uitleen tussen gemeentelijke organisaties.

In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de (mogelijke) flexibele contractvormen binnen gemeenten en gemeentelijke organisaties. Hier komen de tijdelijke arbeidsovereenkomsten aan bod, waaronder ook de tijdelijke arbeidsovereenkomst voor de duur van een project. Verder wordt stilgestaan bij de oproepovereenkomst en de arbeidsovereenkomst met werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd zijn gepasseerd. Tot slot van dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij de stageovereenkomst en de arbeidsovereenkomst in het kader van de Beroeps Begeleidende Leerweg (BBL).

In hoofdstuk 4 komen de verschillende vormen van externe inhuur aan de orde. Naast de klassieke externe vormen van inhuur zoals detachering en uitzending, wordt stilgestaan bij het inhuren van zzp'ers. De wijze waarop de inhuur contractueel kan worden vormgegeven komt aan bod en er wordt stilgestaan bij de aspecten voortkomende uit de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (DBA) en voorgenomen wetswijzigingen. Verder wordt payrolling besproken, voor zover dat nog aan de orde is, gegeven de uitfasering zoals afgesproken in de Cao 2024-2025. Tot slot is er aandacht voor opvolgend werkgeverschap.

In hoofdstuk 5 wordt stilgestaan bij een aantal aspecten die, los van hetgeen in de vorige hoofdstukken is behandeld, van invloed kunnen zijn op het onderling in- en uitlenen van personeel, als ook bij externe inhuur. Zo wordt aandacht besteed aan de toepasselijkheid van de Cao Gemeenten en Cao SGO, het ambtenaarschap, de Verklaring omtrent gedrag (VOG) en het afleggen van de ambtseed. Daarnaast zal worden ingegaan op aspecten van de Werkloosheidswet en de Ziektewet/WIA.

Het in- of uitlenen van werknemers kan gevolgen hebben voor de medezeggenschap binnen organisaties en bij inhuur gaat ook de werkgeversaansprakelijkheid een rol spelen. Bij het uitwisselen van medewerkers tussen gemeenten als ook bij de externe inhuur kan het (Europees) aanbestedingsrecht een rol spelen en om die reden wordt daarop ingegaan. Als inlenende organisatie kan men ook geconfronteerd worden met de Wet normering topinkomens (WNT) wanneer een topfunctionaris zonder dienstbetrekking bij een gemeente of gemeentelijke organisatie werkzaamheden komt verrichten.

Het onderling uitwisselen van medewerkers en het inhuren van externen verloopt meestal zonder problemen. Wanneer dit niet het geval is, kunnen geschillen ontstaan over wie aansprakelijk is voor de schade die kan ontstaan. Daarom wordt ook hier aandacht aan besteed. Tot slot wordt gekeken naar de pensioenrechtelijke aspecten die verbonden kunnen zijn aan de uitwisseling van personeel tussen gemeenten en bij inhuur van externen.

In hoofdstuk 6 is voor de onderlinge uitwisseling van personeel tussen gemeenten een "neutrale" model detacheringsovereenkomst opgenomen die kan worden aangevuld met onderdelen die zien op het onderwerp van detachering.

Tot slot zijn drie bijlagen aan deze handreiking toegevoegd. In deze bijlagen zijn twee voorbeelden van samenwerking opgenomen. In het geval van Mobiliteitsbureau West-Brabant is de samenwerking tussen gemeenten en gemeentelijke organisaties geïnstitutionaliseerd in de vorm van een gemeenschappelijke regeling. In het geval van de Fryske Flekspool wordt samengewerkt op basis van een samenwerkingsovereenkomst tussen decentrale overheidsorganisaties, zijnde twee gemeenten, een waterschap en de provincie.

Als derde bijlage is een hand-out toegevoegd waarin het juridisch kader van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) wordt geschetst. Hierbij zal in het kort ook aandacht zijn voor het wetsvoorstel Wet toelating terbeschikkingstelling van arbeidskrachten. Dit wetsvoorstel zal onder andere leiden tot wijziging van de Waadi.

1.4 Disclaimer

De inhoud van deze handreiking is gebaseerd op wet- en regelgeving in 2023 en voor de gemeenten en gemeentelijke organisaties is het van belang te vermelden dat voor de handreiking is uitgegaan van de inhoud van de Cao-Gemeenten 2024-2025 en de Cao SGO 2024-2025. Hoewel de auteurs en uitgever deze handreiking met uiterste zorg hebben samengesteld, kunnen zij geen enkele aansprakelijkheid aanvaarden voor een eventuele onvolledigheid of onjuistheid, dan wel voor de gevolgen daarvan. Aan de tekst van deze publicatie kunnen geen rechten worden ontleend.

2 Uitlenen van personeel aan en van andere gemeenten of publieke organisaties

2.1 Inleiding

In hoofdstuk 1 is verwezen naar de onderhandelingen voor de Cao Gemeenten en de Cao SGO. Daarbij is de afspraak gemaakt om de mogelijkheden voor interne flexibiliteit nog meer dan nu gebeurt te gaan benutten waarbij de samenwerking tussen gemeenten daaraan een belangrijke bijdrage kan leveren. Samenwerking tussen gemeenten maakt het mogelijk dat uitwisseling van medewerkers eenvoudiger wordt.

Gemeenten kunnen in de praktijk medewerkers hebben die voor andere gemeenten willen werken en omgekeerd kan een gemeente personeel lenen van 'buurgemeenten' of andere overheidsorganisaties. Dat kan **voordelen** hebben voor alle betrokken partijen:

- De uitlener kan er voordeel bij hebben dat een werknemer voor wie op enig moment niet voldoende passend werk is of die vanwege problemen op het werk of door ziekte niet kan werken bij de eigen werkgever, wordt uitgeleend aan een andere werkgever.
- De inlener bespaart kosten in vergelijking met bijvoorbeeld het inhuren van personeel bij een professionele uitlener.
- De betreffende medewerker kan werkervaring opdoen bij een andere werkgever, waar beide profijt van hebben.
- Doordat de ingeleende werknemer van een andere overheidsorganisatie afkomstig is, heeft deze ervaring met het werken binnen een overheidsorganisatie.
- De aantrekkelijkheid van het werk wordt voor sommige werknemers vergroot als de werknemer de mogelijkheid krijgt om afwisselend voor verschillende werkgevers te werken.

Deze voordelen maken dat gemeenten personeel uitwisselen, in verschillende vormen. Het kan een aantrekkelijke manier zijn om te voorzien in een behoefte aan tijdelijk personeel.

2.2 Collegiaal in- en uitlenen en detacheren: algemene kaders

Een werkgever kan een werknemer uitlenen aan een andere werkgever. Daarvoor wordt in de praktijk vaak de term 'detacheren' gebruikt. Het begrip 'detacheren' is geen wettelijk begrip en er is dus ook geen wettelijke definitie daarvan. In de praktijk wordt onder detacheren meestal verstaan: 'het uitlenen van een medewerker aan een derde partij' en zo wordt dit begrip hierna ook gebruikt. Dat betekent dat het collegiaal in- en uitlenen van personeel ook 'detacheren' genoemd kan worden. In de praktijk wordt daarvoor ook vaak en detacheringsovereenkomst gesloten.

2.2.1 Verschillende vormen van detacheren

In de praktijk wordt voor verschillende situaties de term 'detacheren' gebruikt:

1. Het collegiaal uitlenen van een werknemer aan een andere werkgever, zonder vergoeding.
2. Het collegiaal uitlenen van een werknemer aan een andere werkgever tegen een vergoeding (meestal ter hoogte van de loonkosten).
3. Het beroepsmatig uitlenen van een werknemer door een professioneel detacheringsbedrijf.
4. Het uitlenen van een medewerker aan een andere afdeling bij dezelfde werkgever.

In dit hoofdstuk gaat het alleen over detachering, zoals bedoeld bij punt 1. en 2.

Zie voor beroepsmatige detachering, zoals bedoeld bij punt 3: hoofdstuk 4, paragraaf 4.4.

Detachering, zoals bedoeld bij punt 4, komt in deze handreiking niet aan de orde. Als uit wordt gegaan van de hiervoor genoemde begripsomschrijving, waarin wordt gesproken over het 'uitlenen aan een derde partij' valt het intern uitlenen van een medewerker niet onder het begrip detacheren. In verschillende organisaties wordt de term detacheren echter ook gebruikt voor interne uitlening.

2.2.2 Detacheringsovereenkomst

Niet alleen bij beroepsmatige detachering maar ook bij collegiale uitlening, is het verstandig om een detacheringsovereenkomst op te stellen.

Twee of drie partijen ?

Een detacheringsovereenkomst wordt soms beschouwd als een overeenkomst tussen drie partijen: (1) de uitlener, (2) de inlener en (3) de te detacheren werknemer.

De positie van de te detacheren werknemer is echter een heel andere dan die van de uitlener en de inlener. De werknemer heeft over een belangrijk deel van de afspraken die worden gemaakt bij een detacheringsovereenkomst, zoals de detacheringsvergoeding, formeel 'niets te zeggen'. Daarom is de detacheringsovereenkomst ook te zien als een overeenkomst tussen twee partijen: de uitlener en de inlener, waarbij de werknemer een 'betrokken partij' is. Van belang is hoe dan ook dat de te detacheren medewerker bij de overeenkomst wordt betrokken. Dat kan ook door deze als 'belanghebbende' de overeenkomst mede te laten tekenen.

Toestemming van werknemer altijd nodig?

Zeker als de uitlenende werkgever, om wat voor reden dan ook, er belang bij heeft dat de werknemer wordt uitgeleend, is de vraag of het altijd noodzakelijk is dat die instemt met een detachering. Voor een hele korte periode is misschien verdedigbaar dat de werkgever een instructie kan geven om een klus bij een andere gemeente te gaan doen en dat de werknemer die instructie dan hoort te volgen (art. 7:660 BW). Als er voor een werknemer tijdelijk geen werk is of als deze tijdelijk niet kan werken bij de eigen werkgever, zou de uitlener ook kunnen stellen dat de werknemer op grond van 'goed werknemerschap' mee hoort te werken (art. 7:611 BW). Bij ziekte kan dat gelden op grond van de specifieke regels daarvoor (zie paragraaf 2.3). In de praktijk is een detachering echter meestal alleen mogelijk als de werknemer daarmee akkoord is. Dat is meestal ook een voorwaarde van de inlener. Die zit niet te wachten op een ongemotiveerde medewerker die gedwongen wordt gedetacheerd.

Van belang is dat de detachering ook uit een oogpunt van 'goed werkgeverschap' te verantwoorden is. De uitlening moet voor de werknemer redelijk zijn en ook moet rekening worden gehouden met (het verschil in) de reistijd en de werkdagen.

Aandachtspunten bij het opstellen van een detacheringsovereenkomst:

- Benoemen van de functie van de werknemer bij de uitlener
- Concreet beschrijven wat de aard en inhoud van het werk wordt bij de inlener
- Begin en einddatum van de detachering afspreken, al dan niet met mogelijkheid van verlenging
- Afspraken maken over mogelijkheden van tussentijdse beëindiging
- Afspraken maken over wel of geen vergoeding door de inlener en hoogte van vergoeding bepalen (gebruikelijk is vergoeding van loon en bijkomende kosten zonder winstopslag
- Afspraken maken over risico van ziekte en wie verantwoordelijk is voor begeleiding en re-integratie bij ziekte
- Afspraken maken over (vergoeding van) extra reiskosten door de werknemer
- Afspraken maken over (verslaglegging van) beoordelings- en functioneringsgesprekken
- Eventuele aanvullende afspraken over de arbeidsvoorwaarden van de werknemer ten tijde van de uitlening (zie hierna)

In Hoofdstuk 6 is een voorbeeld van een neutrale detacheringsovereenkomst opgenomen die kan worden aangepast al naar gelang het doel dat partijen met de detachering willen bereiken. Daarvoor zijn facultatieve bepalingen beschikbaar die aan de detacheringsovereenkomst toegevoegd kunnen worden.

2.2.3 Waadi van toepassing ?

Bij detachering is een belangrijke vraag of de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) en daarmee de 'inlenersbeloning' (art. 8 Waadi) van toepassing is.

Bij beroepsmatig uitlenen van een werknemer door een professioneel detacheringsbedrijf (punt 3. van de hiervoor genoemde vormen van detachering) is de Waadi van toepassing.

Bij collegiale uitlening tussen gemeenten is dat echter anders. Daarvoor zal meestal de uitzondering van toepassing zijn die is opgenomen in artikel 1, lid 3 sub c. van de Waadi. Daaruit blijkt dat onder het 'ter beschikking stellen van arbeidskrachten', zoals bedoeld in de Waadi **niet** valt:

"het bij wijze van hulpbetoon zonder winstoogmerk ter beschikking stellen van arbeidskrachten, die bij degene, die hen ter beschikking stelt, ten behoeve van arbeid in diens onderneming in dienst zijn"

Deze uitzondering zal meestal van toepassing zijn bij collegiale uitlening en zeker als het gaat om een uitlening tussen gemeenten, zal duidelijk zijn dat dit zonder winstoogmerk gebeurt.

De gedetacheerde werknemer heeft dus bij collegiale uitlening niet wettelijk het recht op dezelfde beloning als andere werknemers in dezelfde functie bij de inlener. Als de Cao Gemeenten ook bij de inlener van toepassing is, zal er op dat punt nauwelijks verschil zijn. Lokale arbeidsvoorwaarden (zoals bijvoorbeeld de reiskostenregeling) kunnen echter wel verschillen en ook kan het zo zijn dat het werk bij de inlener hoger is ingeschaald dan de functie van de werknemer bij de uitlener. Bepalend is dan dus wat daarover wordt afgesproken.

Praktische tips

- Ga bij collegiale uitlening na of er relevante verschillen zijn in de arbeidsvoorwaarden tussen inlener en uitlener.
- Bespreek dan met de betrokken partijen in hoeverre tijdens de detachering een wijziging van of aanvulling op de arbeidsvoorwaarden van de uitlener geldt.
- Bedenk dat zonder andersluidende afspraken alleen de arbeidsvoorwaarden van de uitlener van toepassing blijven, zonder verdere aanvulling.

2.3 Detachering in het kader van re-integratie

Een bijzondere vorm van detachering en collegiale uitlening is het detacheren van een werknemer in het kader van de re-integratie bij ziekte. Het gaat dan om een re-integratie in het tweede spoor.

Detachering kan in deze situatie voordelen hebben voor alle partijen:

- De zieke werknemer kan bij een andere werkgever eerst proberen hoe het werken daar gaat, zonder meteen een beslissing te hoeven nemen om daar in dienst te treden.
- De uitlenende werkgever voldoet aan de verplichtingen tot re-integratie.
- De inlenende werkgever biedt niet alleen hulp aan de uitlenende werkgever maar hij kan de ingeleende medewerker inzetten en zonder risico's uitproberen of deze bevalt.
- Als de inlenende werkgever na een periode van detachering besluit om de gedeeltelijk arbeidsongeschikte medewerker werknemer in dienst te nemen, kan de werkgever in aanmerking komen voor de no-riskpolis.

2.3.1 *Specifieke aandachtspunten bij detacheringsovereenkomst i.v.m. re-integratie*

De hiervoor genoemde algemene aandachtspunten kunnen ook in deze situatie gebruikt worden. Er zijn echter bij een detachering in het kader van een tweede spoor re-integratie een aantal bijzondere punten voor de werkgever om op te letten:

- maak afspraken over de duur en het einde van de detachering in relatie tot oordelen van de bedrijfsarts en/of UWV over de arbeidsongeschiktheid;
- spreek af wat er geldt als de mate van arbeidsongeschiktheid toe- of afneemt;
- maak goede afspraken over de vraag wie verantwoordelijk is voor de begeleiding in het kader van re-integratie wegens ziekte van de werknemer;
- maak afspraken over controles door de bedrijfsarts en de vraag met wie de rapportages van de bedrijfsarts gedeeld worden;
- spreek af wat er geldt als de werknemer volledig hersteld wordt verklaard voor het werk bij de uitlener, waarvoor deze eerder is uitgevallen;
- maak afspraken over de mogelijkheid van een aanbod van de inlener aan de werknemer om in dienst te treden bij de inlener.

2.4 Detachering in het kader van loopbaanontwikkeling

In hoofdstuk 8 van de Cao Gemeenten/SGO staan bepalingen over mobiliteitsbeleid en het ondersteunen door de werkgever van de loopbaanontwikkeling van werknemers. In het kader van deze artikelen kan loopbaanontwikkeling een specifieke reden zijn om een medewerker de gelegenheid te bieden om bij een andere werkgever ervaring op te doen.

Een werknemer die mogelijkheden heeft voor een detachering elders kan ook een beroep doen op deze artikelen. Zie bijvoorbeeld:

Artikel 8.4, lid 2: *De werknemer ontwikkelt zichzelf door scholing en het opdoen van werkervaring. Hij doet dat in het belang van de organisatie en van zichzelf.*

Artikel 8.5, lid 2: *De werkgever stelt een opleidingsplan voor de organisatie vast. Daarin staat (a) hoe de werkgever de interne en externe mobiliteit stimuleert.*

2.4.1 *Specifieke aandachtspunten bij detacheringsovereenkomst i.v.m. loopbaanontwikkeling*

De hiervoor genoemde algemene aandachtspunten voor een detacheringsovereenkomst kunnen ook in deze situatie gebruikt worden. Er zijn echter bij een detachering in het kader van loopbaanbeleid een aantal bijzondere punten om op te letten:

- maak niet alleen afspraken met een individuele werknemer over detachering in het kader van loopbaanontwikkeling maar ontwikkel zonodig beleid van de gemeente daarover;
- bepaal wat de (maximale) duur is van detachering in het kader van loopbaanontwikkeling;
- bepaal of detachering in het kader van loopbaanontwikkeling alleen mogelijk is als de inlener de loonkosten geheel of gedeeltelijk vergoedt of dat (ook) detachering zonder vergoeding mogelijk is;
- betrek de vraag of de detachering al dan niet tegen vergoeding plaatsvindt en de hoogte van de vergoeding ook bij de toegestane (maximale) duur van de detachering;
- bepaal in hoeverre een concreet resultaat van de medewerker verwacht wordt bij detachering in het kader van loopbaanontwikkeling en in hoeverre deze dus ook aanspreekbaar is op te bereiken resultaten;
- bedenk van tevoren of er een kans is dat de inlener tijdens of na afloop van de detachering een aanbod kan doen aan de werknemer om in dienst te treden bij de inlener. Maak zonodig afspraken met de inlener daarover. Spreek ook af in hoeverre in dat geval met de opzegtermijn omgegaan wordt.

2.5 Bijzondere positie boa's en toezichthouders bij in- en uitleen tussen gemeenten

Gemeenten werken op verschillende terreinen samen, waarbij er sprake kan zijn van afspraken over

gezamenlijk toezicht. Dat kan betekenen dat boa's of toezichthouders taken moeten uitoefenen voor verschillende gemeenten, terwijl ze maar bij één gemeente in dienst zijn op grond van een arbeidsovereenkomst.

Van belang is dat de betreffende toezichthouders of boa's in deze situatie bevoegd zijn om (ook) in andere gemeenten dan in de gemeente waarmee ze een arbeidsovereenkomst hebben de toezicht- en opsporingstaken uit te oefenen.

2.5.1 Individuele detacheringsovereenkomsten of algemene afspraken

Voor de uitleen van boa's en toezichthouders aan andere gemeenten kan desgewenst per medewerker een individuele detacheringsovereenkomst opgemaakt worden. Een specifiek aandachtspunt is dat dan goed gekeken moet worden naar de vraag op welke momenten er sprake is van uitlening omdat afwisselend voor verschillende gemeenten gewerkt wordt. Dat kan betekenen dat er meerdere detacheringsovereenkomsten per medewerker gemaakt moeten worden. Denkbaar is daarom ook dat er geen individuele detacheringsovereenkomsten worden gemaakt maar dat er algemene afspraken over onderlinge uitlening op dit punt gemaakt worden.

Bedenk dat in ieder geval van belang is dat met de betreffende medewerker afspraken worden gemaakt over de inzet in andere gemeenten en de vraag onder wiens toezicht en leiding de medewerker staat, op de momenten dat deze voor een andere gemeente werkt.

2.5.2 Formele aanwijzing van toezichthouders en legitimatiebewijs

Volgens artikel 5:11 Awb wordt onder toezichthouder verstaan:

een persoon, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.

Uit artikel 5:11 Awb volgt **niet** dat een toezichthouder (als ambtenaar) in dienst moet zijn van de gemeente waarvoor deze toezicht houdt. Als een toezichthouder voor meerdere gemeenten gaat werken, kunnen de gemeenten waar de toezichthouder niet in dienst is, dus ook een werknemer (ambtenaar) van een andere gemeente aanwijzen.
Van belang is wel dat elke gemeente waarvoor de toezichthouder werkt een aanwijzingsbesluit neemt om die persoon aan te wijzen en dat er ook voor elke gemeente waar de toezichthouder werkzaam is een geldend legitimatiebewijs is. In artikel 5:12, lid 1 Awb staat:

Bij de uitoefening van zijn taak draagt een toezichthouder een legitimatiebewijs bij zich, dat is uitgegeven door het bestuursorgaan onder verantwoordelijkheid waarvan de toezichthouder werkzaam is.

2.5.3 Reikwijdte van opsporingsbevoegdheid van boa's

Als boa's worden uitgeleend aan andere gemeenten, is van belang dat de boa's ook op het grondgebied van de andere gemeente bevoegd zijn om als opsporingsambtenaar op te treden.

Voor deze situatie is in de Beleidsregels Buitengewoon Opsporingsambtenaar een praktische richtlijn opgenomen. In artikel 4.2 van deze beleidsregels (versie geldend vanaf 01-07-2023) is het volgende opgenomen:

"Boa's zijn landelijk opsporingsbevoegd, hierdoor kunnen afspraken worden gemaakt over de inzet van boa's op regionaal niveau. Aan de mogelijkheid om landelijk te werken worden voorwaarden gesteld. De boa onthoudt zich - zoals een politiefunctionaris - in principe van optreden buiten zijn gebied van aanstelling. Hij mag alleen dan optreden buiten zijn eigen gebied, indien dat gebeurt in overleg met het bevoegde gezag (de lokale driehoek) en - indien van toepassing - in overleg met het bevoegd gezag van een eventueel ander gebied dan het gebied van aanstelling. Het is de taak van de toezichthouder en direct toezichthouder om het bevoegd gezag van de betreffende gebieden te informeren. Deze afstemming dient te worden vastgelegd in een

samenwerkingsovereenkomst. Hierin moet staan welke partijen met elkaar gaan samenwerken, hoe wordt omgegaan met het gebruik van politiebevoegdheden, vrijheidsbeperkende middelen en geweldsmiddelen, wie de direct toezichthouder en toezichthouder zijn en of het bevoegd gezag is geïnformeerd. Het is aan de betreffende partijen welke afspraken zij nog meer willen vaststellen in de overeenkomst (bijvoorbeeld aantal boa's).”

In bijlage 1 bij de Beleidsregels Buitengewoon Opsporingsambtenaar is een voorbeeld van een samenwerkingsovereenkomst te vinden die ten grondslag kan liggen aan een samenwerkingsverband, zoals hiervoor is bedoeld.

2.6 Andere ambtenaren aangewezen bij aanwijzingsbesluit

Binnen de gemeenten kunnen ook aan ander ambtenaren bij aanwijzingsbesluit bepaalde bevoegdheden worden toegekend. U moet hierbij denken aan bijvoorbeeld de leerplichtambtenaar, de ambtenaar van de burgerlijke stand, de archivaris, de heffingsambtenaar belastingen. Gelet op de verscheidenheid binnen deze groep van ambtenaren die bij besluit worden aangewezen, zal daar in deze handreiking niet verder op worden ingegaan. In het kader van deze handreiking is het van belang te weten dat het bevoegd gezag stil moet staan bij het in- of uitlenen van een ambtenaar aan wie middels een aanwijzingsbesluit een bepaalde bevoegdheid is toegekend en hoever deze toegekende bevoegdheid reikt.

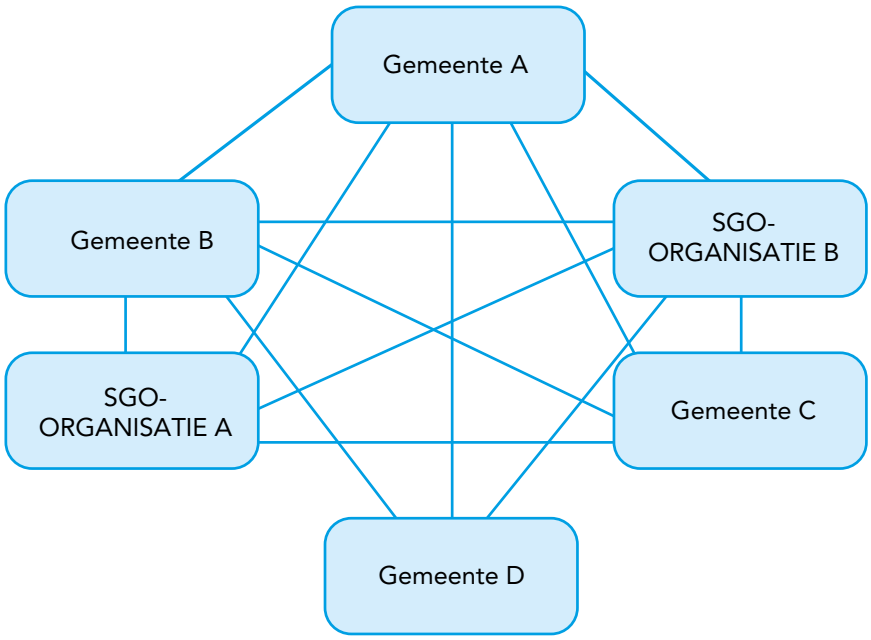
2.7 Samenwerking tussen gemeenten bij inzet van medewerkers

Gemeenten en gemeentelijke organisaties werken op regionaal niveau steeds meer samen. Het blijft daarbij overigens niet beperkt tot gemeenten en gemeentelijke organisaties. Er zijn ook waterschappen en provincies die aan deze samenwerking deelnemen. Deze samenwerking tussen decentrale overheden wordt ingegeven door de wens om medewerkers tussen de organisaties uit te kunnen wisselen, waarmee externe inhuur in omvang kan worden teruggebracht. Deze wens om meer met elkaar te kunnen samenwerken, past ook in de gedachte van de cao-partijen die bij de laatste onderhandelingen over de Cao Gemeenten en de Cao SGO de afspraak hebben gemaakt om de externe inhuur terug te dringen door meer samen te werken en onderling personeel uit te wisselen.

De vorm waarin dit gebeurt kan verschillen. De meest eenvoudige vorm is de samenwerking waarbij organisaties afspraken hebben gemaakt zonder dat deze samenwerking is geïnstitutionaliseerd. Een veel verdergaande vorm van samenwerking is die waarbij de samenwerking is ondergebracht in een rechtspersoon. Dit kan langs de publiekrechtelijke weg op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen, maar ook via de privaatrechtelijke weg door het oprichten van bijvoorbeeld een stichting of een besloten vennootschap. Beide vormen worden hierna besproken.

2.7.1 Samenwerkingsovereenkomst

Gemeenten kunnen samenwerken in een samenwerkingsverband zonder dat het noodzakelijk is dat zij daarvoor een aparte rechtspersoon oprichten. Ze kunnen bijvoorbeeld gezamenlijk wervingscampagnes opzetten en uitvoeren, opleidingen inkopen of zelf verzorgen, een traineeprogramma opzetten of gezamenlijk vakspecialisten in dienst nemen. Deze samenwerking is niet vrijblijvend en om die reden wordt de samenwerking vorm gegeven door een samenwerkingsovereenkomst.



Samenwerkingsmodel

In het schema hierboven werken vier gemeenten en twee SGO-organisaties samen op basis van een samenwerkingsovereenkomst. Maar bijvoorbeeld provincies, waterschappen en samenwerkingsverbanden op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen kunnen eveneens samenwerkingspartner zijn in het samenwerkingsverband.

In de samenwerkingsovereenkomst spreken de samenwerkingspartners af op welke wijze ze met elkaar gaan samenwerken. Deze overeenkomst ziet op de onderdelen die deel uitmaken van de samenwerking alsook hoe de verantwoordelijkheden, kosten en risico's worden verdeeld over de samenwerkingspartners. Deze vorm van samenwerking wordt ook wel aangeduid als horizontale of publiek-publieke samenwerking. De hiervoor genoemde decentrale overheden zijn allen aanbestedende diensten in de zin van de Aanbestedingswet 2012. In hoofdstuk 5.5 wordt dieper in gegaan op de aanbestedingsrechtelijke aspecten van de publieke-publieke samenwerking. Het samenwerkingsverband is geen rechtspersoon en kan om die reden niet zelfstandig aan het rechtsverkeer deelnemen. Inkoop zal via één van de deelnemers aan het samenwerkingsverband moeten lopen.

Zo kan het samenwerkingsverband geen trainees in dienst nemen. Een van de deelnemende partners zal een trainee een arbeidsovereenkomst moeten aanbieden en van daaruit kan hij op grond van de samenwerkingsovereenkomst worden uitgeleend aan een of meerdere andere samenwerkingspartner(s).

Dit geldt evenzo voor de medewerker (met specialistische kennis) die men aan zich wil binden en waarvan verwacht wordt dat hij bij verschillende partners werkzaamheden gaat verrichten.

Specifieke aandachtspunten bij samenwerken zonder rechtspersoon

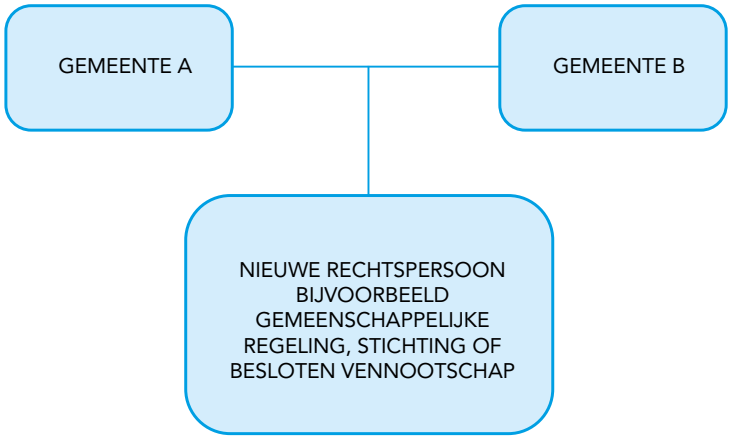
- Het doel van de samenwerking is één van de belangrijkste onderdelen in de samenwerkingsovereenkomst waarbij ook de terreinen waarop de samenwerking plaats gaat vinden duidelijk omschreven moeten worden.
- Daarnaast moet ook helder zijn wat van iedere samenwerkingspartner wordt verwacht.
- Verder dienen goede afspraken gemaakt te worden over de kosten en risico's die één samenwerkingspartner draagt voor de andere samenwerkingspartners. Om die reden dient de samenwerkingsovereenkomst ook bepalingen te bevatten die betrekking hebben op de beëindiging van de samenwerking. Gemeenten die werkgever zijn voor de flexibele

medewerkers die bij meerdere organisaties worden ingezet, kunnen met forse kosten worden geconfronteerd wanneer ze de arbeidsovereenkomst van deze medewerkers noodgedwongen moeten beëindigen.

In deze handreiking is als bijlage een voorbeeld opgenomen van de hierboven beschreven vorm van samenwerking, namelijk de Fryske Flekspool, Dit is een personele samenwerking tussen de gemeente Súdwest-Fryslân, gemeente Leeuwarden, Wetterskip Fryslân en de provincie Fryslân.

2.7.2 Samenwerking via gezamenlijk op te richten rechtspersoon

Verschillende decentrale overheden die op basis van een samenwerkingsovereenkomst de samenwerking zijn aangegaan, overwegen om hun wijze van samenwerking te institutionaliseren door een rechtspersoon op te richten. Omdat de samenwerking steeds hechter wordt en meer onderwerpen onderdeel van de samenwerking gaan uitmaken, zoekt men een samenwerkingsvorm die de samenwerking en in het bijzonder het uitwisselen van medewerkers eenvoudiger maakt. Als een rechtspersoon is opgericht kunnen de medewerkers die onderdeel uitmaken van de arbeidspool daar in dienst komen. Er is geen discussie meer welke gemeente nu de medewerkers op zijn loonlijst zet. Schematisch weergegeven ziet deze samenwerking er als volgt uit.



In het schema hierboven worden twee gemeenten genoemd maar het aantal gemeenten dat deelneemt is uiteraard niet beperkt tot twee. Provincies, waterschappen en samenwerkingsverbanden op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen kunnen ook samenwerken door te participeren in de op te richten rechtspersoon.

Omdat de gezamenlijk opgerichte rechtspersoon zelfstandig aan het rechtsverkeer kan deelnemen, kan deze naast het in dienst nemen van medewerkers en deze detacheren naar de samenwerkingspartners, ook (als partijen dat afspreken) zaken inkopen ten behoeve van de deelnemende organisaties. Denk daarbij aan cursussen en trainingen, maar ook aan inkoop van externe inhuur als dat nog aan de orde is. Door grotere volumes samen te brengen kan goedkoper worden ingekocht. Dit zijn slechts voorbeelden van wijzen waarop gemeenten kunnen samenwerken.

Door het institutionaliseren van de samenwerking kan het samenwerkingsverband een arbeidspool opbouwen met medewerkers die bij de organisaties kunnen worden ingezet die bij de samenwerking zijn betrokken. Hiermee neemt de flexibele inzet van 'eigen' medewerkers toe en kan de externe inhuur worden beperkt. Wanneer de arbeidspool wordt ingezet voor eigen organisaties die bij de samenwerking zijn betrokken, dan ontstaat daar geen strijdigheid met aanbestedingswetgeving en de Wet Markt en Overheid. Dit ligt anders als de opgerichte rechtspersoon medewerkers tegen commerciële tarieven 'in de markt' gaat plaatsen.

Ook van deze vorm van samenwerking is een voorbeeld opgenomen als bijlage in deze handreiking. Dit is het mobiliteitscentrum West-Brabant dat onderdeel is van de Gemeenschappelijke Regeling Regio West-Brabant. De informatie die in de bijlage is opgenomen, is door het mobiliteitscentrum West-Brabant zelf samengesteld.

2.8 Fiscale aspecten detacheren van personeel tussen gemeenten en andere gelieerde organisaties: omzetbelasting en vennootschapsbelasting

2.8.1 Wel of geen btw-plicht

Voor de btw geldt de hoofdregel dat het ter beschikking stellen van personeel (een detachering) een dienst is voor de omzetbelasting en belast is met btw (21%). Een detachering tussen gemeenten of andere overheidsorganisaties onderling maakt deze btw belaste kwalificatie niet anders. Ook wanneer een gemeente personeel inhuurt van buurgemeenten geldt dat de detachering in beginsel altijd belast is met btw. Dit geldt eveneens voor detacheren van personeel aan gelieerde organisaties zoals gemeentelijke NV's, BV's, ed.

Het ter beschikking stellen van personeel kan enkel onder strikte, in 2022 aangescherpte, voorwaarden buiten de btw-heffing blijven. Het enkele feit dat een detachering op van btw vrijgestelde prestaties ziet, zoals de inzet voor de WMO of Jeugdwet, maakt niet dat er sprake is van een btw vrijgestelde prestatie. Dat er bijvoorbeeld artsen ter beschikking worden gesteld, maakt niet direct dat de dienst kan worden aangemerkt als gezondheidskundige verzorging. De geleverde dienst blijft immers het ter beschikking stellen van personeel, een in hoofdregel btw-belaste dienst. Dit ondanks dat het werk wat de gedetacheerde verricht een btw-vrijgestelde kwalificatie kent.

Omdat in bepaalde situaties btw-heffing bij detachering onwenselijk is, heeft de staatssecretaris van Financiën goedgekeurd dat onder bepaalde voorwaarden btw-heffing achterwege kan blijven in specifieke situaties bij het ter beschikking stellen van personeel. Met name bij inhuur in het zorg- of onderwijsdomein leiden btw-belaste detacheringen tot kosten. Veelal mag de btw bij uitvoerende taken in deze domeinen niet worden verrekend via de btw-aangifte of via het BTW compensatiefonds. De voorwaarden waaronder btw-heffing bij detacheringen achterwege kan blijven, zijn opgenomen in het besluit 'ter beschikking stellen van personeel' (nr. 2022-181729). Onder voorwaarden kunnen buiten de heffing van btw blijven detacheringen in de publieke sector, sociaal-culturele sector, de gezondheidssector en de onderwijssector.

De voorwaarden voor de laatste drie genoemde sectoren betreffen onder andere dat de uitlener voor zijn primaire activiteiten zich kan beroepen op een btw-vrijstelling genoemd in artikel 11 lid 1 Wet op de Omzetbelasting 1968, en de inlener het personeelslid inzet voor prestaties waarvoor een beroep kan worden gedaan op eenzelfde btw-vrijstelling.
Een andere belangrijke voorwaarde is dat de uitlener met de detachering geen extra opbrengsten mag en beoogt te halen. Dit betekent dat de vergoeding beperkt dient te blijven tot de brutoloonkosten. Het is wel toegestaan om een redelijke kostenvergoeding te berekenen.

Per juli 2022 is het besluit van de staatssecretaris echter aangevuld met de voorwaarde dat een eventuele kostenvergoeding maximaal 5% van de brutoloonkosten mag bedragen. Onder het begrip 'brutoloonkosten' wordt verstaan het brutoloon, de vakantie-uitkering, eindejaarsuitkering (niet van winstafhankelijk), premies werknemersverzekeringen en sociale- en pensioenpremies die ten laste komen van de werkgever alsmede reis- en overige onkostenvergoedingen. Dit betreft een limitatieve en beperkte reikwijdte waardoor voor het behoud van de btw-vrijstelling het niet mogelijk is om kosten zoals overhead toe te rekenen. Aanvullende inhuurkosten dienen onder de 5% grens te worden gehouden. In de praktijk komt het echter vaak voor dat dergelijke kostenvergoedingen niet onder de 5% blijven door een overheadopslag en aldus veelal de grens te boven gaan. Dit heeft tot gevolg dat niet voldaan wordt aan alle voorwaarden en de detachering btw-belast is.

Om te voorkomen dat het detacheren van personeel btw-plichtig is, is dus van belang goed na te

gaan en goed in de gaten te houden of wordt voldaan aan de hiervoor genoemde voorwaarden.

Arbeidsmobiliteit en herstructurering publiekrechtelijke lichamen

Andere situaties waarin de staatssecretaris tevens heeft goedgekeurd dat onder voorwaarden de detachering btw-vrijgesteld kan plaatsvinden, zijn detacheringen ter bevordering van arbeidsmobiliteit en detacheringen in het kader van herindelingen van de publiekrechtelijke lichamen.

Ter bevordering van arbeidsmobiliteit (veranderingen in de positie of het werk van een werknemer) komt het voor dat bijvoorbeeld gemeenten personeel tijdelijk aan een andere organisatie ter beschikking stellen om kennis en ervaring op te doen. Indien een detachering in het kader van arbeidsmobiliteit plaatsvindt, dan kan deze onder voorwaarden vrijgesteld van btw-heffing plaatsvinden. De arbeidsmobiliteit bevorderende maatregelen moeten gelden voor alle medewerkers van de uitlenende organisatie. De arbeidsmobiliteitsbevordering zal uit de schriftelijke detacheringsovereenkomst moeten blijken. Daarnaast moet de medewerker bij de gemeente minimaal 3 jaar in dienst zijn en mag het contract voor het uitlenen slechts maximaal 12 maanden duren. Als achteraf blijkt dat de detachering langer dan 12 maanden heeft geduurd, dan geldt dat over de gehele periode met terugwerkende kracht btw over de detachering voldaan moet worden. Het is dus van belang om de 12 maandenperiode zorgvuldig te bewaken om fiscale risico's te vermijden. Een detachering in het kader van arbeidsmobiliteit van dezelfde persoon kan maar één keer btw-vrijgesteld plaatsvinden aan dezelfde organisatie. De heffing van btw blijft alleen bij een tweede keer achterwege indien het personeelslid aan een andere organisatie ter beschikking wordt gesteld. Bij een vrijgestelde detachering in het kader van arbeidsmobiliteit mogen alleen de bruto loonkosten worden doorbelast zonder overheadopslag.

Arbeidsmobiliteit bij gemeentelijke herindeling

Tot slot is door de staatssecretaris goedgekeurd dat in het kader van herindelingen van o.a. gemeenten bij tijdelijke terbeschikkingstellingen van personeel tegen brutoloonkosten btw-heffing achterwege kan blijven. Als gemeenten gaan herindelen zal het in het voorstadium van de fusie vaak voorkomen dat personeel werkzaam voor de ene gemeente al ter beschikking wordt gesteld aan de andere gemeente. Op het moment dat de gemeenten daadwerkelijk zijn heringedeeld eindigt de terbeschikkingstelling doordat het personeelslid dan in dienst zal zijn bij de nieuwe gemeente. Omdat deze situatie slechts tijdelijk is en in het kader van de fusie, mag de detachering btw-vrijgesteld plaatsvinden. De vrijstelling gaat in op het moment dat het ontwerpbesluit voor fusie voor eenieder ter inzage ligt.

Ingeval de herindeling niet doorgaat, dan geldt dat de btw-vrijgestelde detacheringsperiode nog gedurende een periode van 12 maanden mag worden toegepast.

Andersoortige dienst

Een andere variant betreft niet het detacheren van medewerkers, maar het aanbieden van een andersoortige dienst. Bij een overeenkomst van opdracht zal de geleverde dienst niet een detachering kwalificatie hebben, maar een andersoortige dienst. Beoordeeld moet worden of sprake is van 'detachering' of een andersoortige dienst. Wordt bijvoorbeeld dienstverlening gevraagd voor het uitvoeren van jeugdhulp of schoolmaatschappelijk werk, niet in de vorm van het ter beschikking stellen van personeel, dan zullen deze 'andersoortige' diensten zijn vrijgesteld van de heffing van btw. Dit conform de btw-vrijstellingen genoemd in artikel 11 lid 1 Wet op de Omzetbelasting 1968. Een overeenkomst van opdracht brengt andere verhoudingen met zich mee waarbij de dienstverlenende instantie vrijer is in het uitvoeren van de werkzaamheden. De opdrachtnemer is degene die verantwoordelijk is voor het resultaat, de inhoud en de kwaliteit van de werkzaamheden. Er mag geen verhouding van ondergeschiktheid bestaan. Een dergelijke overeenkomst zal daarom niet altijd wenselijk zijn.

Detachering met gesloten beurzen

Tussen gemeenten en andere organisaties kan het ook voorkomen dat personeel wordt uitgeleend, maar voor de uitleen geen vergoeding wordt ontvangen door de uitlenende partij. Voor de btw

geldt dat bij het ontbreken van een vergoeding ook geen economische activiteit plaatsvindt en aldus geen sprake is van btw-heffing over de detachering. Daarbij dient echter altijd rekening te worden gehouden met een kwalificatie als vergoeding in natura voor de omzetbelasting.

In de praktijk komt het namelijk geregeld voor dat er met gesloten beurs wordt 'betaald' voor een detachering. In dat geval is sprake van het "over en weer" personeel aan elkaar ter beschikking stellen. Bij het inlenen van personeel lever je als tegenprestatie het eigen personeel in ruil terug. Voor de btw is deze wederzijdse in- en uitleen wel een btw-belaste prestatie, tenzij een detacheringsvrijstelling zoals hierboven aangegeven van toepassing is.

De heffingsmaatstaf waarover btw wordt geheven is in beginsel de vergoeding, de prestaties (de btw-belaste detacheringen) zullen gewaardeerd moeten worden in een geldbedrag. Ondanks dat geen daadwerkelijke vergoeding in een geldbedrag wordt overeengekomen zal aldus over en weer een btw-factuur opgemaakt en uitgereikt moeten worden conform de wettelijke regels. Het detacheren in natura kan zich in meerdere verschijningsvormen voordoen. Indien bijvoorbeeld een gemeente in plaats van een financiële btw-belaste bijdrage in een samenwerkingsverband personeel ter beschikking stelt, dan kan ook een heffing van btw aan de orde zijn.

2.8.2 Vennootschapsbelasting

Een detachering tegen vergoeding kwalificeert voor de vennootschapsbelasting (Vpb) als een activiteit die kan worden belast. Dit risico kan echter alleen aan de orde komen als de gemeente als uitlener een winst behaalt als gevolg van de detachering. Als de gemeente als uitlener enkel de werkelijke kosten in rekening brengt, kan er geen winst ontstaan en zal vennootschapsbelastingplicht niet aan de orde komen. De toerekenbare kosten mogen alle werkelijke directe en indirecte kosten omvatten, waaronder bijvoorbeeld de directe loonkosten en de toerekenbare overheadkosten.

Tips:

- Houdt er rekening mee dat de winsttoets of sprake is van belastingplicht altijd achteraf plaatsvindt op basis van de werkelijke cijfers.
- Eventueel kan er tussen inlener en uitlener afgesproken worden dat er nog een nacalculatie plaatsvindt naar werkelijke kosten. Zo kan een eventueel overschot worden voorkomen op de detachering waardoor Vpb-plicht niet aan de orde kan komen.

3 Tijdelijk personeel in dienst van de eigen gemeente

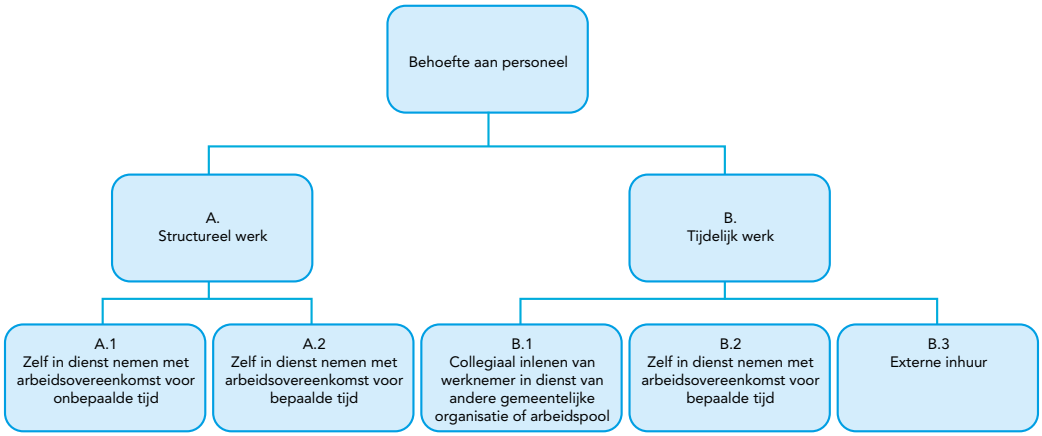
3.1 Inleiding

Als een gemeente structureel werk heeft en er sprake is van een vaste functie, ligt het voor de hand dat dit wordt ingevuld door een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Bij indiensttreding kan wel de keus gemaakt worden om eerst een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (bijvoorbeeld een jaar) aan te bieden, met uitzicht op een vast contract, als het functioneren naar wens is.

Gemeenten hebben ook behoefte aan personeel voor tijdelijk werk. Daarbij speelt een rol dat gemeenten te maken hebben met tijdelijk geld dat beschikbaar is voor projecten of taken van de gemeente.

Als er op grond van de tijdelijkheid van het werk behoefte is aan tijdelijk personeel wordt in de praktijk al snel gedacht aan vormen van externe inhuur, terwijl eerst gekeken kan worden naar de mogelijkheid van het collegiaal inlenen (in hoofdstuk 2) of het rechtstreeks in dienst namen van een werknemer op grond van een tijdelijke arbeidsovereenkomst. Over de laatstgenoemde optie gaat dit hoofdstuk. Zeker in het licht van de afspraken die zijn gemaakt in het kader van het laatste cao-akkoord, is van belang dat gemeenten eerst nagaan welke mogelijkheden er zijn om zelf personeel (tijdelijk) in dienst te nemen.

Schematisch kan het als volgt worden weergegeven:



Het in dienst nemen van werknemers op grond van een arbeidsovereenkomst is bij gemeenten gebruikelijk als het gaat om de vervulling van vaste functies. Ook komt het vaak voor dat dan eerst een tijdelijk contract wordt aangeboden. De praktijk leert dat aan de werknemer met een tijdelijke arbeidsovereenkomsten (schriftelijk) de toezegging wordt gedaan dat dat bij voldoende functioneren en gelijkblijvende bedrijfsomstandigheden de werknemers een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd krijgt.

Ook bij tijdelijk werk (als er geen sprake is van een vaste functie), is een tijdelijke arbeidsovereenkomst een reële optie. Er hoeft in een arbeidsovereenkomst voor bepaald tijd niet gemeld te worden dat bij voldoende functioneren aanspraak bestaat op een vast contract. Als het gaat om

werk waarvoor er vaste formatie is, ligt dat wel voor de hand. Dat ligt minder voor de hand als er sprake is van tijdelijk werk. Dan kan de keus gemaakt worden om te kiezen voor een tijdelijk contract 'sec'. Als een werknemer met een dergelijk contract bevalt en als later blijkt dat er toch mogelijkheden zijn een vast contract aan te bieden, kan dat natuurlijk altijd.

3.2 Voor- en nadelen van het zelf in dienst nemen van tijdelijk personeel in vergelijking met inhuur

Als er sprake is van tijdelijk werk en als er geen mogelijkheid blijkt te zijn van het collegiaal inlenen van een werknemer van een andere gemeente of een gemeentelijke arbeidspool (B.1 in het schema) kan gekozen worden voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De mogelijkheden daarvoor komen in dit hoofdstuk aan de orde.

Omdat in de praktijk in deze situatie vaak een afweging gemaakt wordt tussen het tijdelijk in dienst nemen van personeel op basis van een arbeidsovereenkomst (B.2 in het schema) en een vorm van externe inhuur (B.3 in het schema) worden eerst hierna een aantal voor- en nadelen genoemd van het zelf in dienst nemen van tijdelijk personeel.

3.2.1 Voordelen van het zelf in dienst nemen van tijdelijk personeel

Het zelf in dienst nemen van tijdelijk personeel heeft een aantal voordelen ten opzichte van het extern 'inhuren' van tijdelijk personeel:

a. De loonkosten zijn meestal lager dan bij 'inhuur'
Een detacherings-, uitzend- of payrollbedrijf rekent in de praktijk een forse opslagfactor die die de vergoeding die voor het inhuren van personeel betaald moet worden hoger maakt dan de loonkosten, inclusief werkgeverslasten, die de gemeente heeft als een werknemer in dienst worden genomen. De gemeente bespaart dus de opslagkosten van externe inhuur als wordt gekozen voor een tijdelijk contract bij de gemeente. Het zelf in dienst nemen van personeel kan dus ook financieel voordeliger zijn dan het inhuren van personeel.

Het zelf in dienst nemen van personeel is politiek/maatschappelijk wenselijker.
Al langer wordt in het publieke debat regelmatig betoogd dat het goed zou zijn als de trend wordt gekeerd dat werkgevers op grote schaal gebruik maken van zzp'ers en ingehuurd personeel en dat het goed zou zijn als weer meer mensen in dienst worden genomen door werkgevers. Bij overheidswerkgevers wordt in dat kader ook wel gewezen op de 'voorbeeldfunctie' van overheidswerkgevers die werken met publieke middelen. De afspraken in het kader van de Cao Gemeenten/SGO onderstrepen dat ook de cao partijen van de sector gemeenten de inhuur van personeel willen beperken en dit een belangrijk argument is om te kiezen voor het zelf in dienst nemen van personeel.

b. De werkgever heeft de volledige zeggenschap
Bij het inhuren van personeel is van belang goede afspraken te maken over de verantwoordelijkheden en de zeggenschap van de betrokken partijen. Als een gemeente een werknemer in dienst neemt is volstrekt duidelijk dat de gemeente het volledige en normale werkgeversgezag heeft. Dat betekent bijvoorbeeld dat het wettelijke instructierecht van de werkgever (7:660 BW) rechtstreeks van toepassing is en dat als de werkgever wat 'extra's' vraagt van de werknemer ook een beroep gedaan kan worden op goed werknemerschap (artikel 7:611 BW). Op grond van de laatstgenoemde bepaling wordt bijvoorbeeld aangenomen dat een werknemer in een incidenteel geval op grond van goed werknemerschap verplicht is aan een verzoek tot overwerk te voldoen of om, bij ziekte van een collega, werk te doen dat niet valt binnen zijn takenpakket

c. Van tijdelijk naar vast en doorstromen
Bij iedere organisatie komen werknemers in dienst maar vertrekken ook werknemers.
Dit houdt in dat bij vertrek van werknemers er kansen ontstaan voor werknemers met een tijdelijk dienstverband of dat er doorstroomkansen ontstaan voor de zittende werknemers. Hiermee wordt duidelijk dat er doorstroomkansen zijn binnen de organisatie en dat heeft weer een posi-

tieve uitstraling naar buiten en naar mogelijk nieuwe kandidaat-werknemers.

d. Ambtseed
De werknemer die in dienst komen leggen de ambtseed of -belofte af. Ze geven daarmee (in het kort) aan dat ze zich als een goed ambtenaar zullen gedragen. De achterliggende gedachte is dat de ambtenaar hiermee uitspreekt dat hij zich bewust is van zijn bijzondere positie in de samenleving.

3.2.2 Nadelen van het zelf in dienst nemen van tijdelijk personeel

Het zelf in dienst nemen van tijdelijk personeel heeft ook nadelen ten opzichte van het extern 'inhuren' van tijdelijk personeel:

a. De gemeente is eigen risicodrager voor de WW en daarom zijn de WW-lasten na het einde van een tijdelijk arbeidscontract voor rekening van de gemeente

Als een tijdelijk contract afloopt en als een werknemer dan nog geen ander werk heeft, komen de kosten van een WW-uitkering voor rekening van de gemeente. Dat risico heeft een niet tot de overheid behorend bedrijf niet omdat alleen werkgevers bij overheid en onderwijs eigen risicodrager zijn voor de WW.

Bedenk wel dat het WW-risico sterk kan verschillen, afhankelijk van o.a. het aantal voorafgaande dienstjaren in loondienst, de leeftijd van de werknemer en de kansen op de arbeidsmarkt van de werknemer.

Het is verstandig om het WW-risico tevoren in te schatten wanneer de gemeente een werknemer een tijdelijk contract geeft. Bij veel werknemers met een goede positie op de arbeidsmarkt is het risico in de praktijk beperkter dan gedacht wordt.

b. De gemeente draagt zelf het risico van ziekte tijdens en na het dienstverband
Uitval wegens ziekte betekent niet alleen dat de werknemer niet ingezet kan worden, terwijl wel het loon betaald moet worden maar dat er ook re-integratieverplichtingen zijn en eventueel ook een 'ziek uit dienst' melding gedaan zal moeten worden. Dat kan ook gevolgen hebben voor de premielast.

Duidelijk is dat het ziekterisico natuurlijk ook bij het inhuren van personeel wel bestaat maar dan dit dan op een andere wijze voor rekening van de gemeente komt. Bij inhuur wordt het ziekterisico verdisconteerd in de kosten.

c. Als de gemeente eigen risicodrager is voor de WIA en/of de ziektewet, draagt de gemeente dat risico ook bij een tijdelijke arbeidsovereenkomst
Als de werkgever eigen risicodrager is voor de Ziektewet, komen ook die kosten voor rekening van de gemeente en datzelfde geldt als de gemeente eigenrisicodrager is voor de WIA. Van belang is wel om na te gaan of de no-riskpolis van toepassing kan zijn als een werknemer al een 'ziektegeschiedenis' achter de rug heeft.

d. Het tussentijds afscheid nemen is bij een arbeidsovereenkomst vaak lastiger
Bij inhuur kan in het contract bepaald worden wanneer de gemeente van ingehuurde werknemer afscheid kan nemen. Uitgangspunt is veelal dat dat op ieder moment kan. Bij een arbeidsovereenkomst is de proeftijd vaak te kort en kan weliswaar een tussentijds opzegbeding worden opgenomen maar het is voor de werkgever veel lastiger dan voor de werknemer om zo'n beding te hanteren. Zie daarover o.a. paragraaf 3.2.

e. Het zelf werven en verkrijgen van personeel in loondienst is soms moeilijker; beoogde kandidaten hebben soms zelf de voorkeur voor een andere vorm
Met name bij personen die vast in dienst zijn bij een detacherings- of uitzendbureau blijkt in de praktijk soms dat die hechten aan de 'vastheid' van dat (uitzend)contract en/of dat juist het

wisselend opdrachten doen voor verschillende werkgevers als aantrekkelijk wordt ervaren. Bij die categorie (vaak hoger opgeleide) personen kan het zijn dat het niet lukt om deze personen te verkrijgen met een arbeidscontract bij de gemeente maar wel met een vorm van inhuur.

Het verminderen van de inhuur van werknemers is uitgangspunt van de Cao Gemeenten. Of de voordelen van het zelf in dienst nemen van personeel opwegen tegen de nadelen kan per situatie verschillen. De diverse mogelijkheden voor het zelf in dienst nemen van tijdelijk personeel komen in dit hoofdstuk aan de orde.

3.3 Tijdelijke arbeidsovereenkomsten, aflopend op een kalenderdatum

Als personeel in dienst wordt genomen voor tijdelijk werk, is niet altijd duidelijk hoe lang het werk zal duren en dus ook niet hoe lang de arbeidsovereenkomst moet duren. Een optie is om dan toch te kiezen voor een tijdelijke arbeidsovereenkomst die afloopt op een vaste kalenderdatum en dan vervolgens te bezien welke verlengingen van dit contract nog nodig en mogelijk zijn. Deze optie komt in deze paragraaf aan de orde. Een andere optie is om te kiezen voor een tijdelijk contract voor de duur van het project. Die optie wordt in de volgende paragraaf (3.4) besproken.

3.3.1 Wettelijk kader en ketenregeling

Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd loopt van rechtswege af op het moment dat de overeengekomen periode verstrijkt (art. 7:667, lid 1 BW) en kan in beginsel tweemaal worden verlengd, zonder dat een vast contract ontstaat.

Sinds 1 januari 2020 gaat een tijdelijk contract automatisch over in een vast contract als een werknemer meer dan 3 opvolgende tijdelijke contracten heeft gekregen (art. 7:668a, lid 1 BW). Als de periode van verlengde tijdelijke contracten langer dan 36 maanden is, is de arbeidsovereenkomst een vast contract geworden (het is mogelijk dat deze termijn met nieuwe wetgeving weer wordt herzien). De wettelijke ketenregels zijn voor gemeenten het uitgangspunt. In de Cao Gemeenten staan hierover geen afwijkende bepalingen.

Als de arbeidsovereenkomst voor zes maanden of langer is aangegaan en als het einde is bepaald op een kalenderdatum, dan is de werkgever verplicht om de werknemer uiterlijk een maand voor het einde van rechtswege schriftelijk te informeren over het al dan niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst en over de voorwaarden waaronder hij de overeenkomst eventueel wil voortzetten (art. 7:668 lid 1 BW). Dit wordt de aanzegverplichting genoemd. Bij een niet tijdige aanzegging is de werkgever een vergoeding verschuldigd van ten hoogste het loon over één maand (art. 7:668 lid 3 BW).

3.3.2 Keuze van de duur van het contract

Bij een tijdelijke arbeidsovereenkomst wordt in de praktijk vaak meteen gedacht aan een contract voor bepaalde tijd voor één of twee jaar. Dat kan een goede optie zijn maar soms wordt die keuze te snel gemaakt en is een andere duur of een tijdelijk contract voor de duur van het project beter. Hierna worden praktische tips gegeven voor het bepalen van de duur, in het geval van tijdelijk werk en als niet gekozen wordt voor een tijdelijke arbeidsovereenkomst voor de duur van een project (zie daarvoor paragraaf 3.3).

Praktische tips

- Bepaal eerst de verwachte totale duur van de periode waarvoor een werknemer nodig is; als dat onzeker is, bepaal dan een maximale verwachte duur.
- Als er nog geen ervaringen zijn met de betreffende kandidaat, probeer dan eerst een niet te lange periode van bijvoorbeeld een half jaar af te spreken.
- Verleng na de eerste periode, bij tevredenheid over het functioneren, het contract voor de dan verwachte resterende minimale periode waarvoor de inzet van de werknemer nodig is.
- Reserveer een volgende (laatste) verlenging voor een uitloop.
- Als de verwachte duur van het werk langer is dan drie jaar maar wel een concrete tijdsduur te

bepalen is (bijvoorbeeld 4 jaar), bedenk dan dat het een mogelijkheid is om één tijdelijke arbeidsovereenkomst aan te gaan voor die duur (in het voorbeeld: voor 4 jaar) en dat die dan niet vast wordt, ondanks het feit dat de termijn van 36 maanden wordt overschreden. Als voor deze optie wordt gekozen, neem dan wel een tussentijds opzegbeding op (NB zonder opzegbeding geldt bij een contract langer dan vijf jaar volgens art. 7:684 BW dat de werknemer dan toch kan opzeggen maar dat de opzegtermijn voor de werknemer dan 6 maanden is).

3.3.3 Wel of geen proeftijd

Een proeftijd kan alleen overeengekomen worden in een tijdelijke arbeidsovereenkomst voor langer dan zes maanden. Als het gaat om een contract voor niet langer dan twee jaar, mag de proeftijd maar één maand zijn (art. 7:652, lid 4 BW).

Praktische tips

- Bedenk dat een proeftijd betekent dat ook de werknemer in de proeftijd op kan zeggen. Als die opzegging door de werknemer niet als een risico wordt gezien, neem dan in beginsel een proeftijd op, als de beoogde werknemer daarmee in wil stemmen.
- Bedenk dat een proeftijd voor een werknemer in theorie een fors risico is. Als een beoogd werknemer daarom niet in wil stemmen met een proeftijd binnen een tijdelijk contract, probeer dan in te zetten op de duur van het eerste contract. Bedenk dan dat de bepaling van de duur van het eerste contract ook een goed en belangrijker instrument is om het functioneren te beoordelen. Probeer dan de duur van het eerste contract niet te lang te laten zijn.

3.3.4 Wel of geen tussentijds opzegbeding

Een tijdelijk contract kan alleen tussentijds opgezegd worden als dat schriftelijk is overeengekomen (art. 7:667, lid 3 BW). Er is niets daarover in de Cao Gemeenten opgenomen. Dit betekent dat gemeenten zelf (in overleg met de beoogd werknemer) zullen moeten afwegen of zo'n beding wel of niet wordt opgenomen. Of dat wel of niet verstandig is, kan per geval verschillen.

Bedenk dat als een tussentijds opzegbeding wordt opgenomen, dit zowel voor de werkgever als voor de werknemer geldt. Als de werkgever er belang bij heeft dat de werknemer de hele duur van het tijdelijke contract werkzaam blijft, is dat een argument om geen tussentijds opzegbeding op te nemen. Dat betekent dat dan (ook) de werknemer niet tussentijds kan opzeggen. Als die dat toch doet, kan de werkgever een schadevergoeding vorderen van de werknemer, ter hoogte van het loon tot einde contract (art. 7:677, lid 4 BW). De rechter kan de schadevergoeding wel matigen.

Het niet opnemen van een tussentijds opzegbeding is voor de werkgever met name te overwegen bij een contract van niet te lange duur omdat de werkgever dan in de praktijk niet snel gebruik zal maken van een tussentijds opzegbeding.

De opzegging voor een werknemer is niet zo moeilijk; die kan dat 'gewoon' doen. Voor de werkgever ligt dat anders. Voor een tussentijdse opzegging door de werkgever is een geldige ontslagreden nodig en de werkgever kan niet 'zomaar' opzeggen. Er kan een tussentijdse ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan de kantontonrechter gevraagd worden maar dat gebeurt in de praktijk niet vaak. Dit omdat de kosten en moeite van een dergelijke procedure al snel niet opwegen tegen de kosten van doorbetaling van het loon tot het einde van het contract. Alleen als er nog een lange resterende duur is van het tijdelijke contract ligt dat anders.

Partijen kunnen natuurlijk ook samen overeenkomen dat het arbeidscontract tussentijds beëindigd wordt. Bedenk dat het bereiken van overeenstemming daarover wel makkelijker is als er een tussentijds opzegbeding is opgenomen omdat dit ook gevolgen heeft voor de vraag wanneer er aanspraak is op een WW-uitkering.

Recht op WW bij tussentijdse opzegging

Als er geen tussentijds opzegbeding is opgenomen, levert dit meestal problemen op voor de werknemer bij het verkrijgen van een WW-uitkering, als de werknemer tussentijds uit dienst gaat (hetzij

door opzegging, hetzij door beëindiging met wederzijds goedvinden). Het UWV zal dan waarschijnlijk bepalen dat pas een WW-uitkering wordt verstrekt na afloop van de oorspronkelijke einddatum van de bepaalde tijd overeenkomst.

Als de werkgever in deze situatie toch met wederzijds goedvinden de arbeidsovereenkomst wil beëindigen, is het wellicht een mogelijkheid om alsnog eerst een tussentijds opzegbeding met de werknemer overeen te komen. Een Amsterdamse rechter[5] heeft dat goedgekeurd maar er is nog geen vaste jurisprudentie daarover. Zonder tussentijds opzegbeding is een tussentijdse beëindiging met wederzijds goedvinden in ieder geval een stuk ingewikkelder, als WW-rechten een rol spelen.

Praktische tips

- In de meeste gevallen is het opnemen van een tussentijds opzegbeding bij tijdelijke contracten aan te raden.
- Neem geen tussentijds opzegbeding op als het belang dat de werknemer de volledige duur van het contract werkzaam blijft zwaar weegt.
- Betrek het risico dat, zonder opzegbeding, door beide partijen niet tussentijds beëindigd kan worden ook bij de vraag hoe lang de duur van het contract moet zijn.
- Bedenk dat het nadeel van het niet opnemen van een tussentijds opzegbeding voor de werkgever beperkter is bij contracten van kortere duur dan bij contracten van langere duur. Neem bij een tijdelijk contract voor lange duur (bijvoorbeeld meer dan een jaar) een tussentijds opzegbeding op.

3.4 Tijdelijke arbeidsovereenkomsten voor de duur van een 'project'

Wanneer vooraf niet precies duidelijk is hoe lang dat werk gaat duren, is een nadeel van het werken met tijdelijke contracten, die aflopen op een kalenderdatum (paragraaf 3.2) dat die contracten dan vaak verschillende malen verlengd moeten worden. Ook is een nadeel dat dan op enig moment een verdere verlenging niet meer mogelijk is, vanwege de ketenbepalingen. Daarom zijn werkgevers nogal eens huiverig voor dergelijke tijdelijke contracten.

Bij tijdelijke contracten die aflopen op een kalenderdatum bestaat het risico dat het project op enig moment is afgerond terwijl de arbeidsovereenkomst met een werknemer dan nog doorloopt. Als het project juist veel langer duurt dan gepland, bestaat het risico dat de ketenregeling een belemmering is om de tijdelijke werknemers voor de hele projectduur in dienst te houden.

Als wel tevoren duidelijk is voor welk werk ('project') werknemers nodig zijn en als er een duidelijk einde aan dat werk/project zit, is voor die situaties een tijdelijke arbeidsovereenkomst voor de duur van het 'project' een goede optie. Dit wordt ook wel een 'projectovereenkomst' genoemd. Die term wordt echter ook wel eens gebruikt voor andere soorten overeenkomsten (bijvoorbeeld een samenwerkingsovereenkomst voor een project). Om verwarring daarmee te voorkomen, wordt hierna de term 'project-arbeidsovereenkomst' gebruikt. Van belang is dat het woord 'project' daarbij niet te letterlijk opgevat moet worden. Het kan bijvoorbeeld ook zien op de vervanging wegens ziekte, zoals verderop wordt toegelicht.

De optie van een project-arbeidsovereenkomst wordt hierna besproken.

3.4.1 Wettelijk kader

Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd loopt van rechtswege af op het moment dat de overeengekomen periode verstrijkt (art. 7:667, lid 1 BW). In de wet staat niet dat het einde van het tijdelijke contract een vooraf bepaalde kalenderdatum moet zijn (zoals dat bijvoorbeeld wel het geval is bij een contract voor de duur van een jaar; dan staat tevoren de datum vast waarop het contract eindigt).

5 Rechtbank Amsterdam, 11 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4295

Uit artikel 7:668, lid 2 BW blijkt dat in de wet nadrukkelijk rekening wordt gehouden met de mogelijkheid dat het einde van een tijdelijke arbeidsovereenkomst niet op een kalenderdatum is gesteld en dat daarvoor ook niet precies dezelfde regels gelden.

Geen aanzegverplichting

Bij een project-arbeidsovereenkomst geldt (anders dan bij een tijdelijk contract van meer dan 6 maanden dat afloopt op een kalenderdatum), **niet** de plicht om uiterlijk een maand voor het einde van het contract de werknemer te informeren.

Dat niet deze plicht geldt bij een project-arbeidsovereenkomst, is begrijpelijk omdat niet altijd meer dan een maand van tevoren bekend is wanneer 'het project' eindigt. In de meeste gevallen zal dat echter wel zo zijn en dan is het uit een oogpunt van goed werkgeverschap wel verstandig om de werknemer tijdig te melden dat en wanneer het contract eindigt, zodra bekend is op welke datum het project eindigt.

3.4.2 Wanneer is een project-arbeidsovereenkomst mogelijk?

Als de gemeente extra personeel nodig heeft voor de uitvoering van een bepaald project, terwijl niet bekend is hoe lang het project precies zal gaan duren, is een project-arbeidsovereenkomst een interessante optie omdat dan de risico's van toepassing van de ketenregeling voorkomen kunnen worden. Zodra het project eindigt, eindigt dan (als het goed is) ook automatisch de arbeidsovereenkomst. Er zijn echter een aantal belangrijke **voorwaarden** om met succes een projectovereenkomst aan te kunnen gaan:

1. Het specifieke project, waarvoor een werknemer wordt aangenomen moet, goed en concreet omschreven kunnen worden en ook expliciet in de arbeidsovereenkomst worden opgenomen. Daarbij moet duidelijk zijn over welke werkzaamheden het gaat en waarom die werkzaamheden tijdelijk zijn.
2. In de arbeidsovereenkomst moet concreet aangegeven kunnen worden wanneer het project eindigt en dit moet heel precies en objectief bepaalbaar zijn. Er moet dus geen discussie mogelijk zijn over het precieze moment waarop de arbeidsovereenkomst eindigt.
3. Een derde, heel belangrijke, voorwaarde is dat het einde van 'het project' niet afhankelijk mag zijn van de wil van de werkgever of de werknemer. Als die zelf wel invloed daarop kunnen hebben, is een project-arbeidsovereenkomst dus niet mogelijk!

De hiervoor genoemde voorwaarden volgen uit de jurisprudentie. Daaruit blijkt dat met name de derde voorwaarde lastig kan zijn. Een goed voorbeeld, om dat duidelijk te maken, is een zaak waarin de werkgever in de musicalbranche een werknemer op basis van een project-arbeidsovereenkomst in dienst nam voor de musical Sky. In de arbeidsovereenkomst stond:

"Deze arbeidsovereenkomst is echter een 'productie-gebonden' overeenkomst, wat betekent dat deze arbeidsovereenkomst ook eerder dan voornoemde einddatum van rechtswege zal kunnen eindigen indien en zodra de Productie stopt, namelijk op de eerste dag na de laatste voorstelling van de Productie."

In een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam[6] werd vastgesteld dat de werkgever zelf invloed kon hebben op de vraag wat de laatste dag van de musical was. Daarom voldeed deze clausule niet aan de genoemde voorwaarden.

Van belang is dus goed na te gaan of voldaan kan worden aan de genoemde voorwaarden voordat een project-arbeidsovereenkomst wordt aangegaan omdat anders het risico bestaat dat het om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gaat, die niet van rechtswege eindigt.

6 Gerechtshof Amsterdam, 24 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:163

3.4.3 *Combinatie met een maximale duur*

Omdat de looptijd van een arbeidsovereenkomst voor de duur van een project niet van tevoren duidelijk is en omdat soms een geschil mogelijk is over de vraag of wel voldaan is aan de voorwaarden voor een project-arbeidsovereenkomst, is het aan te bevelen om ook een 'harde' eindduur overeen te komen om de risico's te verkleinen.

Hoe lang de maximale termijn moet zijn, zal mede afhangen van de op voorhand verwachte duur van het project.

Praktische tips

- Schat bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst de duur in van een project.
- Tel een jaar op bij de geschatte duur en neem dit als maximale duur op bij een project-arbeidsovereenkomst.
- Gebruik bijvoorbeeld de volgende formulering: " De overeenkomst eindigt in ieder geval na het verstrijken van een periode van … maanden na de aanvang van de arbeidsovereenkomst".

3.4.4 *Voorbeelden van situaties waarbij een project-arbeidsovereenkomst mogelijk is*

Voorbeeld 1: een project op basis van een tijdelijke Rijksregeling

Regelmatig zijn er projecten bij gemeenten die mogelijk worden gemaakt door een Rijksregeling, zoals bijvoorbeeld de 'Tijdelijke regeling capaciteit decentrale overheden voor klimaat- en energiebeleid'. Als personeel aangetrokken moet worden voor het uitvoeren van een dergelijk project, kan een tijdelijke arbeidsovereenkomst voor de duur van het project aangegaan worden. In de tijdelijke arbeidsovereenkomst kan dan bijvoorbeeld opgenomen worden:

"De arbeidsovereenkomst wordt aangegaan voor bepaalde tijd en voor de duur dat de gemeente op grond van de Rijksregeling …… werkzaamheden voor dit project kan uitvoeren en daarvoor geldmiddelen van het Rijk ontvangt. De overeenkomst eindigt van rechtswege op de dag waarop volgens een besluit namens de Minister van ….. de financiële bijdrage van het Rijk voor het genoemde project eindigt. De overeenkomst eindigt in ieder geval na het verstrijken van een periode van … maanden na de aanvang van de arbeidsovereenkomst."

Voorbeeld 2: specifieke tijdelijke uitkeringen voor bepaalde taken op grond van het Gemeentefonds

Naast de algemene uitkering, worden er allerlei specifieke en vaak tijdelijke uitkeringen gedaan, zoals blijkt uit circulaires van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

Als er, vanwege de tijdelijkheid van de financiering van werkzaamheden van de gemeente, personeel op basis van een tijdelijke arbeidsovereenkomst wordt aangenomen, kan ook dan gedacht worden aan een project-arbeidsovereenkomst. In de tijdelijke arbeidsovereenkomst kan dan bijvoorbeeld opgenomen worden:

"De arbeidsovereenkomst wordt aangegaan voor bepaalde tijd en voor de duur dat de gemeente op grond van de circulaires van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in het kader van het gemeentefonds, middelen ontvangt voor de taken met betrekking tot het beleid van de gemeente voor ……waarvoor de werknemer op grond van deze arbeidsovereenkomst werkzaam is. De overeenkomst eindigt van rechtswege op de dag waarop volgens een circulaire met betrekking tot het Gemeentefonds de specifieke bijdrage aan de gemeente voor het genoemde beleid eindigt. De overeenkomst eindigt in ieder geval na het verstrijken van een periode van … maanden na de aanvang van de arbeidsovereenkomst."

Voorbeeld 3: vervanging wegens ziekte

Een arbeidsovereenkomst ter vervanging van een zieke werknemer wordt beschouwd als een

arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Dat heeft de Hoge Raad al in 1937 bepaald[7].
Het is echter wel van belang om vooraf goed te bedenken wanneer de vervanging wegens ziekte precies eindigt. Bij een zieke werknemer zijn immers allerlei scenario's denkbaar:

- Een zieke werknemer kan op enig moment volledig hersteld zijn; van belang is dat dit wel objectief wordt vastgesteld.
- Een zieke werknemer kan deels terugkeren in (het eigen) werk maar niet volledig arbeidsgeschikt worden. Er zal dan een WIA-beoordeling volgen.
- Een zieke werknemer kan ook volledig arbeidsongeschikt blijven. Er zal ook dan een WIA beoordeling volgen.
- Een zieke werknemer kan zelf ontslag nemen.
- Een zieke werknemer kan komen te overlijden.

Dat van belang is met al deze factoren, waaronder ook de mogelijkheid van het overlijden van de werknemer rekening te houden, blijkt uit een uitspraak van de Hoge Raad uit 1998[8], waaruit blijkt dat als er bij indiensttreding alleen is gesproken over 'vervanging van een wegens ziekte afwezige werknemer en voor de duur van diens afwezigheid' de overeenkomst dan niet van rechtswege eindigt indien de afwezige werknemer overlijdt .

Als er, in verband met vervanging wegens ziekte, een werknemer op basis van een tijdelijke arbeidsovereenkomst wordt aangenomen, kan in de tijdelijke arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld opgenomen worden:

"De arbeidsovereenkomst wordt aangegaan voor bepaalde tijd in verband met het vervangen wegens ziekte van een andere werknemer, de heer/mevrouw ……. De overeenkomst eindigt van rechtswege op de dag waarop de andere werknemer weer volledig hersteld is, blijkens een rapportage van de bedrijfsarts of op de dag dat volgens een beoordeling van UWV de andere werknemer weer volledig terug kan keren in het eigen werk. De arbeidsovereenkomst eindigt ook op de dag dat de andere werknemer zelf ontslag neemt of komt te overlijden. De overeenkomst eindigt in ieder geval na het verstrijken van een periode van … maanden na de aanvang van de arbeidsovereenkomst."

3.4.5 Wel of geen proeftijd

Bij een tijdelijke arbeidsovereenkomst die niet op een kalenderdatum eindigt (een project-arbeidsovereenkomst) mag de proeftijd maar één maand zijn (art. 7:652, lid 5 BW). Dat geldt dus ook als het project naar verwachting twee jaren of langer zal duren. Zie de tips over de proeftijd in paragraaf 3.2.

3.4.6 Wel of geen tussentijds opzegbeding

Hoewel het niet opnemen van een tussentijds opzegbeding als voordeel heeft dat ook de werknemer niet tussentijds op kan zeggen, is het zeker bij een project-arbeidsovereenkomst die mogelijk langere tijd kan duren, aan te bevelen wel een tussentijds opzegbeding op te nemen. Zie verder de tips over het tussentijds opzegbeding in paragraaf 3.2.

3.5 Oproepovereenkomsten

Als een gemeente behoefte heeft aan flexibel inzetbaar personeel, kan het zelf aangaan van een arbeidsovereenkomst, in de vorm van een oproepovereenkomst een goede mogelijkheid zijn. Van een oproepcontract is sprake als de werknemer alleen werkt wanneer hij opgeroepen wordt door zijn werkgever. Het loon van de oproepkracht is afhankelijk van het aantal uren waarvoor de oproepkracht wordt opgeroepen.

Hierna worden de mogelijkheden voor oproepcontracten aangegeven. Van belang is wel goed de

7 HR 11 juni 1937, NJ 1937/987
8 HR 27 november 1998, NJ 1999/198; JAR 1999/13

actuele stand van de regelgeving op dat terrein in de gaten te houden. Er zijn wijzigingen op dat terrein te verwachten.

3.5.1 Gaat de mogelijkheid van oproepovereenkomsten verdwijnen?

In een advies van de SER op 2 juni 2021 adviseerde deze om oproepcontracten af te schaffen en te vervangen door basiscontracten met een minimale urennorm per kwartaal. In april 2023 kwam het kabinet Rutte IV met een arbeidsmarktpakket en een eerste wetsvoorstel, waarvan het afschaffen van nulurencontracten een onderdeel is[9]. Op 5 oktober 2023 gaf de Raad voor de Rechtspraak echter aan twijfels te hebben over de uitvoerbaarheid en de noodzaak van het wetsvoorstel. Ten tijde van de opstelling van deze handreiking is nog niet duidelijk hoe het verder zal gaan met dit wetsvoorstel. Door de val van het kabinet Rutte IV is ook van belang wat, na de verkiezingen in november 2023, de politiek daarmee verder gaat doen. Het is van belang dat goed in de gaten te houden als een gemeente van oproepovereenkomsten gebruik wil maken.

Hierna wordt uitgegaan van de mogelijkheden van een oproepovereenkomst, uitgaande van de regelgeving in 2023.

3.5.2 Wettelijk kader

Uit art. 7:628a, lid 9 BW blijkt dat er wettelijk sprake is van een oproepcontract als:

a. de omvang van de arbeid niet is vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid van:
   1. ten hoogste een maand; of
   2. ten hoogste een jaar en het recht op loon van de werknemer gelijkmatig is gespreid over die tijdseenheid; of
b. de werknemer op grond van artikel 628, lid 5 of lid 7, of artikel 691, lid 7, geen recht heeft op het naar tijdruimte vastgestelde loon, indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht.

Bepalend is dus dat de urenomvang niet voldoende vastligt, dat er geen regelmatige loonbetaling wordt overeengekomen of dat de werknemer alleen recht heeft op loon als die wordt opgeroepen en dan ook komt werken.

3.5.3 Bepaling over oproepovereenkomst in de Cao Gemeenten

De Cao Gemeenten kent nog een uitdrukkelijke bepaling over oproepovereenkomsten en voor gemeenten is die bepaling dus ook maatgevend. Houd daar rekening mee.

Artikel 2.4 van de Cao Gemeenten 2023 luidt als volgt (let op of de tekst terugkomt in latere cao's):

1. De werkgever en de werknemer kunnen een oproepovereenkomst aangaan als in artikel 7:628a lid 9 BW.
2. Per maand wordt uitbetaling van salaris en salaristoelage(n) van minimaal 15 uur gegarandeerd. Middeling van gewerkte tijd gebeurt per kwartaal, als de oproepkracht in de maanden van het betreffende kwartaal meer of minder uur werkt.
3. In de oproepovereenkomst is in ieder geval opgenomen:
   a. dat de werkgever verplicht is werkzaamheden aan de werknemer aan te bieden als werkzaamheden de inzet van de werknemer rechtvaardigen;
   b. dat de werknemer zich in beginsel verbindt de aangeboden werkzaamheden te verrichten;
   c. dat de werkgever de werknemer minimaal 24 uur van tevoren oproept;
   d. dat de werkgever de tijdstippen waarbinnen de werkzaamheden moeten worden verricht minimaal 24 uur van tevoren meedeelt;
   e. dat de werkgever een oproep tot 24 uur voor aanvang ten dele of volledig kan afzeggen. Bij afzegging of wijziging van de tijdstippen op kortere termijn moet de werkgever salaris en salaristoelage(n) uitbetalen alsof de werkzaamheden zijn vervuld;
   f. dat de werknemer de werkzaamheden tot 24 uur voor aanvang kan afzeggen.

9 Wetsvoorstel Meer Zekerheid flexwerkers

3.5.4 *Nulurencontract of min-max-contract ?*

Een nulurencontract houdt in dat er geen gegarandeerd aantal uren wordt overeengekomen. De oproep kan voor een willekeurige omvang in aantal uren plaatsvinden;

Een **min-/max-contract** houdt in dat er wel een minimaal aantal gegarandeerde uren wordt overeengekomen en een bandbreedte van het aantal uren waarvoor de oproepkracht maximaal kan worden opgeroepen.

Hoewel een nulurencontract op grond van de wet in 2023 nog mogelijk is, is dat in de sector gemeenten op grond van artikel 2.4 van de cao (zie hiervoor) feitelijke niet lonend. In dat artikel staat immers dat per maand minimaal 15 uur wordt gegarandeerd. Strikt genomen staat er overigens alleen dat minimaal 15 uur salaris wordt gegarandeerd. In theorie kan het dus wel zo zijn dat er nul uren gewerkt wordt maar dat wel 15 uur salaris betaald moet worden. Dat is voor de werkgever een dure optie.
Bedenk daarom voorafgaand aan het aangaan van een oproepovereenkomst of dat minimum in de praktijk wel gehaald wordt.

3.5.5 *Doorbetaling tijdens ziekte van de oproepkracht*

Bedenk voor het aangaan van een oproepcontract dat daarvoor ook geldt op grond van artikel 7:629 BW dat tijdens de ziekte van de oproepkracht het salaris moet worden doorbetaald. De vraag is voor hoeveel uren moet worden doorbetaald.

Ga daarvoor uit van de volgende kaders:

- In ieder geval dienen tijdens de ziekte van de oproepkracht de uren te worden doorbetaald waarvoor de oproepkracht is opgeroepen of is ingeroosterd.
- Als de oproepkracht nog niet was ingeroosterd, geldt dat die aanspraak heeft op de doorbetaling van het loon dat hij gemiddeld heeft gewerkt in de periode 3 maanden voorafgaand aan de uitval wegens ziekte (art. 7:610a BW).
- De oproepkracht heeft tijdens ziekte minimaal recht op doorbetaling van 15 uur per maand op grond van de cao bepaling.
- Als de oproepkracht in de voorafgaande periode van 3 maanden gemiddeld meer uren heeft gewerkt dan heeft hij daarnaast ook aanspraak op dit gemiddelde extra aantal.

3.5.6 *Verlengingsaanbod*

Let erop dat als het oproepcontract 12 maanden heeft geduurd, de werkgever dan aan de oproepkracht een specifiek verlengingsaanbod moet doen op grond van art. 7:628a lid 5 BW:

"Indien sprake is van een oproepovereenkomst, doet de werkgever steeds als de arbeidsovereenkomst 12 maanden heeft geduurd binnen een maand schriftelijk of elektronisch een aanbod voor een vaste arbeidsomvang, die ten minste gelijk is aan de gemiddelde omvang van de arbeid in die voorafgaande periode van 12 maanden, waarbij niet op grond van artikel 628, lid 5 of lid 7, of artikel 691, lid 7, ten nadele van de werknemer wordt afgeweken van artikel 628, lid 1. Het aanbod betreft een vaste arbeidsomvang die uiterlijk ingaat op de eerste dag nadat twee maanden zijn verstreken steeds nadat de arbeidsovereenkomst 12 maanden heeft geduurd. De termijn voor aanvaarding van het aanbod bedraagt een maand. Voor de berekening van de periodes, bedoeld in de eerste en tweede zin, worden arbeidsovereenkomsten, die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, samengeteld."

Bedenk dat de wet alleen het doen van een aanbod verplicht. De oproepkracht mag dat aanbod dus afwijzen. Dat gebeurt in de praktijk meestal als de oproepkracht er zelf belang bij heeft om op onregelmatige momenten opgeroepen te blijven worden en als deze zich juist niet vast wil leggen.

Let er in ieder geval op dat het aanbod en de reactie daarop schriftelijk worden vastgelegd!

Er is rechtspraak[10] waaruit blijkt dat de werkgever anders het risico loopt dat die het gemiddelde loon van de voorgaande 12 maanden aan de oproepkracht moet blijven doorbetalen totdat het oproepcontract rechtsgeldig is beëindigd. Daar komt nog bij dat het na te betalen loon dan volgens artikel 7:625 BW kan worden vermeerderd met de wettelijke verhoging tot 50 procent.

3.5.7 Risico's van oproepcontracten

In de praktijk zijn er bij oproepcontracten wat meer risico's dan bij 'gewone' (tijdelijke) arbeidsovereenkomsten:

- Er zijn risico's op fouten bij verlengen van oproepcontracten, in het bijzonder het tijdig aanzeggen van de verlenging.
- Omdat de arbeidsomvang niet vaststaat en wisselend is, is er een verhoogd risico op discussies over de gewerkte uren.
- Door het ontbreken van een vast arbeidspatroon is er vaak minder contact met oproepkrachten en kan vergeten worden informatie te delen.
- Bij ziekmelding door oproepkrachten is vaak niet duidelijk wat er gebeuren moet aan re-integratie en bestaat het risico dat het UWV de werkgever verwijt te weinig gedaan te hebben.

3.6 Arbeidsovereenkomst met pensioengerechtigden

Als een gemeente behoefte heeft aan tijdelijke arbeidskrachten en de risico's daarvan wil beperken, kan het een aantrekkelijke optie zijn om een arbeidscontract aan te gaan met een werknemer die de AOW-gerechtigde leeftijd gepasseerd is. In toenemende mate zijn er werknemers in deze categorie te vinden.

In de Wet Werken na de AOW-gerechtigde leeftijd staan maatregelen die het voor werkgevers gemakkelijker maken om deze categorie werknemers in dienst te houden of te nemen. Op 1 juli 2023 is de wet aangepast. Met ingang van die datum hoeft de werkgever nog maar zes weken loon door te betalen als een werknemer met de AOW-gerechtigde leeftijd gepasseerd is door ziekte uitvalt. De Cao Gemeenten is daar per 1 januari 2024 ook op aangepast.

Hierna worden kort een aantal specifieke punten genoemd die het (ook) voor de werkgever aantrekkelijk maken om met AOW+ werknemers te werken.

Sociale zekerheid

Een werknemer is na het bereiken van de AOW-leeftijd niet meer verzekerd tegen werkloosheid en arbeidsongeschiktheid. De overheidswerkgever heeft dan ook minder risico's. Als het dienstverband tijdens ziekte eindigt, heeft de werknemer mogelijk nog wel kort recht op Ziektewetuitkering.

Ketenregeling

De ketenregeling voor tijdelijke contracten met AOW-gerechtigden is langer: maximaal vier jaar in plaats van drie jaar en zes in plaats van drie tijdelijke contracten.

Loondoorbetaling bij ziekte

Vanaf 1 juli 2023 hoeft de werkgever nog maar zes weken loon door te betalen als een werknemer na de AOW-gerechtigde leeftijd door ziekte uitvalt. De verplichte loondoorbetaling bij ziekte is dus aanmerkelijk korter: maximaal zes weken in plaats van twee jaar.

Re-integratieverplichtingen

Voor een AOW-gerechtigde werknemer is het niet verplicht om een plan van aanpak op te stellen of om een spoor 2 traject in te zetten. De werkgever hoort alleen gedurende de ziekteperiode van maximaal zes weken maatregelen te treffen om ervoor te zorgen dat de AOW-gerechtigde werknemer de eigen of passende arbeid kan verrichten.

10 Rechtbank Amsterdam d.d. 20 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1924

Aanpassing arbeidsomvang
De werkgever hoeft niet in te gaan op een verzoek om aanpassing van de arbeidsduur omdat de Wet flexibel werken niet van toepassing is.

Transitievergoeding
Er hoeft geen transitievergoeding betaald te worden bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst met een AOW-gerechtigde werknemer.

3.7 Stageovereenkomsten en verschil met arbeidsovereenkomst

Wanneer er behoefte is aan flexibele arbeidskrachten kan het, zeker bij een krappe arbeidsmarkt, aantrekkelijk zijn om (ook) te kijken of er stagairs aangetrokken kunnen worden en stageplaatsen aan te bieden. Let wel, een stagiaire is niet bedoeld om tijdelijk een vacature in te vullen.

Stagiairs kunnen zeker een nuttige rol vervullen voor de gemeente. Ze kunnen bijvoorbeeld en onderzoek uitvoeren voor de gemeente. Van belang is wel te bedenken en ook met leidinggevenden goed te bespreken dat van een stagiair niet een arbeidsprestatie verlangd mag worden die vergelijkbaar is met die van een 'gewone' werknemer en dat het opleidingsdoel voorop blijft staan. De juridische status van een stagiair is anders dan die van een 'gewone' werknemer.

3.7.1 Stageovereenkomst of arbeidsovereenkomst

Het maakt een wezenlijk verschil of een werknemer van de gemeente werkzaam is op basis van een stageovereenkomst of een arbeidsovereenkomst:

- Er is sprake van een arbeidsovereenkomst wanneer er voldaan is aan drie criteria: arbeid, loon en gezag.
- Bij een stageovereenkomst is er in beginsel geen sprake van 'arbeid'. De bedoeling van zo'n overeenkomst is dat de stagiair kan 'proeven' aan het werken bij de gemeente en ervaring kan opdoen die van belang is voor de opleiding.
- Omdat een stageovereenkomst in beginsel niet de status heeft van arbeidsovereenkomst, kan een stagiair geen aanspraak maken op wettelijke bepalingen die voor werknemers met een arbeidsovereenkomst van toepassing zijn, zoals bijvoorbeeld loondoorbetaling bij ziekte en een aanspraak op een transitievergoeding bij het aflopen van de overeenkomst.

Als in de praktijk echter blijkt dat een stagiair feitelijk en grotendeels als een 'gewone' werknemer wordt ingezet, bestaat het risico dat, als een geschil daarover ontstaat, een rechter (met terugwerkende kracht) aanneemt dat er wel sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat dus ook alle rechten die daarbij horen van toepassing zijn. Een voorbeeld daarvan is een uitspraak van de rechtbank Oost Brabant van 3 december 2020. In die zaak oordeelde de rechter dat het leerelement zo goed als ontbrak en dat er sprake was van productieve arbeid waarmee het primaire doel van de werkgever werd gediend. De werkgever slaagde er niet in om dit te weerleggen.

Praktische tips bij het aannemen van stagiairs

- Maak zo mogelijk gebruik van een model stageovereenkomst die opleidingsinstituten vaak beschikbaar hebben.
- Bewaak dat er daadwerkelijk sprake is van een leer- en ontwikkelperiode is voor de stagiairs.
- Stel zo mogelijk in overleg met de school en de stagiair een opleidingsplan vast voor de stage.
- Zorg voor een adequate begeleiding van de stagiair.
- Zorg ervoor dat het werken in overwegende mate in het teken staat van het opdoen van kennis en ervaring met het oog op de voltooiing van de opleiding.

Cao Gemeenten - Cao SGO 2024-2025
In de media is in 2023 veel aandacht geweest voor de positie van stagiaires met name de vergoedingen die stagiaires ontvangen tijden hun stageperiode. Tijdens de onderhandelingen voor de nieuwe Cao Gemeenten / Cao SGO zijn de vergoedingen van stagiaires aan de orde geweest en is

in het onderhandelingsresultaat van de Cao Gemeenten en de Cao SGO 2024-2025 daarover het volgende opgenomen:

Gelijke stagevergoeding

In het Stagepact MBO 2023-2027, dat onder andere door sociale partners is ondertekend, is Overeengekomen dat elke student een passende vergoeding krijgt voor de stage. Sociale partners vinden het belangrijk dat studenten die stagelopen een passende stagevergoeding ontvangen en dat hierbij geen onderscheid wordt gemaakt in de vergoeding voor stagiaires van verschillende opleidingsniveaus.

4 Externe inhuur

4.1 Inleiding

Externe inhuur van arbeidskrachten is een belangrijk onderwerp in de afspraken in het onderhandelingsresultaat Cao Gemeenten 2024-2025 van 10 november 2023. Cao-partijen hebben uitgesproken dat een verdere toename van externe inhuur geen wenselijke ontwikkeling is. Het uitgangspunt is dat arbeidskrachten op basis van een arbeidsovereenkomst met de gemeentelijke werkgever werkzaam zijn. Desondanks brengt de krapte op de arbeidsmarkt wel de nodige uitdagingen mee. Door die krapte slagen gemeenten er niet altijd in om haar taken te volbrengen zonder daarvoor een beroep te moeten doen op de inhuur van externe arbeidskrachten. Als de inhuur van die externe arbeidskrachten dan nodig blijkt te zijn, dan kan dat op verschillende wijzen tot stand komen. De opdrachtgever kan rechtstreeks contracteren, bijvoorbeeld met een freelancer / zzp'er, of kan kiezen voor de inschakeling van een detacherings- of uitzendbureau. Ook kan op dit moment nog gebruik worden gemaakt van een payrollconstructie, ten aanzien waarvan cao-partijen in het onderhandelingsresultaat hebben opgenomen dat payroll in een periode van vier jaar wordt uitgefaseerd. Omdat payroll nu nog in de sector voorkomt, wordt in deze bijdrage bij deze variant van de inhuur van externe arbeidskrachten nog wel kort stilgestaan.

Op gemeentelijke werkgevers rust de inspanningsverplichting om de flexibiliteit in de toekomst te zoeken bij de eigen werknemers, in samenwerking met andere werkgevers binnen de publieke sector en binnen publieke samenwerkingsverbanden. In de cao wordt verder opgenomen dat de gemeentelijke werkgever jaarlijks aan de ondernemingsraad een overzicht van de uitgaven aan externe inhuur aanlevert.

Op de verschillende varianten van externe inhuur wordt hierna teruggekomen, alsook op de mogelijkheid de inhuur met tussenkomst van een derde partij te laten plaatsvinden.

4.2 Uitzenden

Een vorm van flexibele inhuur van arbeid is gebruik te maken van uitzending. Uitzending houdt in dat een werknemer (uitzendkracht), in dienst van een uitzendbureau (uitlener), tijdelijk elders gaat werken (bij de inlener). De uitzendkracht wordt uitgeleend omdat de inlener extra arbeidskrachten nodig heeft, bijvoorbeeld vanwege drukte of in geval van ziekte of verlof.

Uitzendwerk heeft voordelen, maar is ook aan veel regels gebonden. Hierna wordt ingegaan op de vereisten voor het bestaan van een uitzendovereenkomst (4.2.1) en het uitzendbeding (4.2.2). In paragraaf 4.2.3 komt het in de uitzendbranche gehanteerde fasensysteem aan de orde, het systeem dat de rechtspositie van de uitzendkracht regelt bij opeenvolgende arbeidsovereenkomsten.

4.2.1 Uitzendovereenkomst

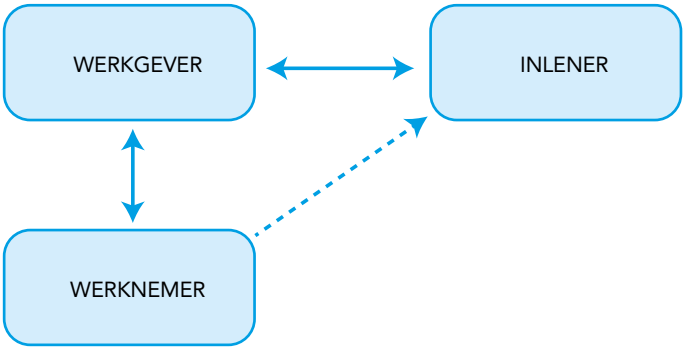
De arbeidsovereenkomst van een uitzendkracht met het uitzendbureau wordt een uitzendovereenkomst genoemd. De uitzendovereenkomst is een bijzondere vorm van de arbeidsovereenkomst.

Art. 7:690 BW definieert de uitzendovereenkomst als volgt:

"De uitzendovereenkomst is 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."

Om te kunnen spreken van een uitzendovereenkomst, moet sprake zijn van de volgende elementen:
1. een arbeidsovereenkomst;
2. terbeschikkingstelling in de uitoefening van beroep of bedrijf van de werkgever;
3. terbeschikkingstelling aan een derde partij om arbeid te verrichten;
4. een opdracht van een derde partij aan de werkgever;
5. het verrichten van arbeid onder toezicht en leiding van een derde partij.

Bij een uitzendovereenkomst zijn dus drie partijen betrokken: de werknemer (de uitzendkracht), de werkgever (het uitzendbureau) en de inlener (de organisatie waar de werkzaamheden worden verricht). In onderstaande figuur is de driehoeksverhouding tussen partijen weergegeven.



De uitzendkracht heeft een arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau. Of sprake is van een arbeidsovereenkomst dient getoetst te worden aan de vereisten van artikel 7:610 BW, namelijk arbeid, loon, gezag en gedurende een zekere tijd. Bij aanwezigheid van al deze elementen is sprake van een arbeidsovereenkomst.

Wanneer een werkgever slechts incidenteel werknemers ter beschikking stelt, is geen sprake van een uitzendovereenkomst. De werkgever doet dit dan niet in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. Denk hierbij aan een werkgever die incidenteel een werknemer aan een andere organisatie uitleent, omdat hij tijdelijk zelf geen werk heeft of in het kader van re-integratie in het tweede spoor (zie hoofdstuk 3).

De definitie van de uitzendovereenkomst ziet op alle driehoeksrelaties waarbij de arbeidskracht in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever aan een derde partij ter beschikking wordt gesteld om onder diens leiding en toezicht arbeid te verrichten. Als de werkzaamheden niet onder leiding en toezicht van de derde partij worden verricht, is geen sprake van uitzenden, maar bijvoorbeeld van aanneming van werk of contracting. Deze onderwerpen vallen buiten het bestek van deze handreiking.

Uitzendbureaus zijn een schakel in het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Door werving en selectie van uitzendkrachten vervullen zij een zogenoemde allocatiefunctie. Als de uitlener geen allocatiefunctie vervult en dus de inlener zelf de werving en selectie van de arbeidskracht op zich neemt, is sprake van een alternatieve vorm van uitzenden, namelijk payrolling (paragraaf 4.10).

Voor de inlener geldt op basis van de Waadi een zogenoemde vacaturemeldingsplicht. De inlener dient de bij hem werkzame uitzendkrachten tijdig en duidelijk de binnen zijn bedrijf ontstane vacatures mee te delen, zodat zij dezelfde kansen hebben op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als de werknemers die rechtstreeks bij de inlener in dienst zijn. Uit de wetsgeschiedenis bij de Waadi blijkt dat deze vacaturemeldingsplicht alleen geldt voor vacatures voor onbepaalde tijd. De verplichting gaat niet zover dat de inlener ook verplicht is om de uitzendkracht die bij hem solliciteert op een vacature ook daadwerkelijk in dienst te nemen.

4.2.2 *Uitzendbeding*

In een uitzendverhouding hebben partijen meer vrijheid in het aangaan en verbreken van de arbeidsrelatie. Partijen kunnen in de uitzendovereenkomst overeenkomen dat de overeenkomst (van rechtswege) eindigt op het moment dat aan de terbeschikkingstelling van de werknemer op verzoek van de inlener een einde komt (art. 7:691, lid 2 BW). De inlener hoeft niet te motiveren waarom hij de opdracht van de werknemer wil beëindigen. Dit wordt het 'uitzendbeding' genoemd.

Ook in het geval van arbeidsongeschiktheid van de uitzendkracht kan het uitzendbeding worden ingeroepen. De Hoge Raad heeft in de uitspraak Solutions bepaald dat bij arbeidsongeschiktheid de uitzendovereenkomst niet van rechtswege eindigt, zoals dat voorheen het geval was, maar dat de inlener wel rechtmatig een verzoek tot beëindiging kan doen waardoor de terbeschikkingstelling ten einde komt.[11] Naar aanleiding van deze uitspraak hebben de cao-partijen per 1 juli 2023 in de uitzendcao's opgenomen dat de uitzendovereenkomst met uitzendbeding bij arbeidsongeschiktheid alleen kan eindigen op de overeengekomen einddatum.[12] Dat betekent dat de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht bij arbeidsongeschiktheid op verzoek van de inlener kan eindigen, maar dat de uitzendonderneming wel gehouden is gedurende de arbeidsongeschiktheid het loon tot de einddatum van de uitzendovereenkomst aan werknemer te betalen.

Het uitzendbeding geldt niet langer als de uitzendkracht in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht (art. 7:691, lid 3 BW). De periode van 26 weken kan bij cao verlengd kan worden tot maximaal 78 weken. In de huidige uitzendcao's is van deze afwijkmogelijkheid gebruik gemaakt voor een periode van 52 weken. Heeft de uitzendovereenkomst met uitzendbeding langer geduurd dan 26 weken, dan is de uitzendonderneming verplicht een opzegtermijn van minimaal 10 kalenderdagen voor de beëindiging van rechtswege de uitzendkracht hierover te informeren. Voor de uitzendkracht zelf geldt een opzegtermijn van één werkdag.

Naar verwachting zal de beperkende werking van het uitzendbeding en dus de toenemende rechtsbescherming van uitzendkrachten tot hogere kosten leiden voor de inlener. Het is denkbaar dat de uitzendonderneming bijvoorbeeld de kosten voor de loondoorbetalingsverplichting van de uitzendkracht bij arbeidsongeschiktheid bij de inlener in rekening zal brengen. In de overeenkomst tussen de uitzendonderneming en de inlener waarin de voorwaarden zijn opgenomen waaronder de uitzendkracht wordt in-/uitgeleend, de zogenoemde uitleenovereenkomst, zullen hierover mogelijk afspraken worden opgenomen.

4.2.3. *Fasensysteem*

Flexibiliteit is ook in het geval van uitzenden niet onbeperkt. De zogenoemde ketenregeling bepaalt hoeveel tijdelijke arbeidsovereenkomsten een werknemer mag krijgen voordat er automatisch een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Als hoofdregel geldt voor de ketenregeling een maximum duur van drie jaar en drie contracten. Dat betekent dat bij een vierde opeenvolgend contract voor bepaalde tijd, of als het laatste contract in de reeks de periode van drie jaar overschrijdt, er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Er is sprake van opeenvolgende contracten als zij elkaar met een tussenpoos van zes maanden of minder opvolgen.

Voor uitzendovereenkomsten is in de cao's voor uitzendkrachten rechtsgeldig van de standaard ketenregeling afgeweken. Zowel de ABU-cao als de NBBU-cao werken met een fasensysteem. In fase A (Cao ABU) en fase 1 en 2 (Cao NBBU) is de ketenregeling niet van toepassing. Deze fasen duren 52 gewerkte weken. Het maakt daarbij niet uit of er slechts een dag per week of voltijds voor dezelfde uitzendonderneming wordt gewerkt. Bij een onderbreking van meer dan zes maanden begint de telling opnieuw.

Na het verstrijken van de periode van 52 gewerkte weken breekt de volgende fase aan. Voor de ABU-cao is dat Fase B en voor de NBBU-cao Fase 3. Deze fase duurt maximaal drie jaar en in deze

11 HR 17 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:426 (Solutions).
12 CAO ABU 2 januari 2023 tot 1 januari 2024 en CAO NBBU 2 januari 2023 tot 1 januari 2024 (wijzigingen per 1 juli 2023).

fase kunnen maximaal zes uitzendovereenkomsten worden overeengekomen. Als er sprake is van een onderbreking van meer dan zes maanden tussen
twee uitzendovereenkomsten, dan begint de telling van de eerste fase opnieuw (fase A of fase 1).

Bij voortzetting van het dienstverband, of een tussenpoos van maximaal zes maanden, bij dezelfde uitzendonderneming treedt vervolgens Fase C (ABU-cao) en Fase 4 (NBBU-cao) aan. In fase C is de uitzendkracht werkzaam op basis van een uitzendovereenkomst voor onbepaalde tijd. Schematisch is dit als volgt weer te geven.

Duur	**52 weken**		**Maximaal 3 jaar en 6 contracten voor bepaalde tijd**	**Onbepaalde tijd**
ABU-Cao	Fase A		Fase B	Fase C
NBBU-Cao	Fase 1	Fase 2	Fase 3	Fase 4

Bij beëindiging van de opdracht door de inlener in fase B of C (Cao ABU) en fase 3 en 4 (Cao NBBU) eindigt de uitzendovereenkomst van de uitzendkracht met het uitzendbureau niet. Het uitzendbureau moet onder doorbetaling van het salaris op basis van eerder gewerkte uren op zoek naar ander passend werk dat in elk geval niet meer dan twee functiegroepen lager ligt.

Op de inlener heeft de fase waarin de uitzendkracht zit geen directe invloed. De verantwoordelijkheden met betrekking tot betaling van salaris en het aanbieden van werkzaamheden liggen immers bij het uitzendbureau. Echter, voor de beëindiging van de opdracht van een uitzendkracht in fase B of C kunnen tussen inlener en uitlener afwijkende afspraken gelden. Denkbaar is dat voor de beëindiging van de opdracht een opzegtermijn geldt. Ook is het mogelijk dat het uitzendbureau de kosten van de eventueel resterende looptijd van de arbeidsovereenkomst van de uitzendkracht afwentelt op de inlener. Om verrassingen achteraf te voorkomen is het voor de inlenende partij belangrijk hier vooraf goede afspraken met het uitzendbureau over te maken.

4.3 Tussenkomst van derde partijen

Naast het inhuren van uitzendkrachten bestaan er nog andere vormen van externe inhuur die hierna besproken zullen worden. Deze inhuur kan op verschillende wijze plaatsvinden.

Aan de externe inhuur kan een raamovereenkomst ten grondslag liggen, waarin afspraken worden vastgelegd die van toepassing zijn op alle inhuur die via die partij plaatsvindt. Grootschaliger wordt ook gezien dat een dergelijke partij wordt ingezet als een ‘preferred supplier’. Daarmee is deze partij als hofleverancier het eerste aanspreekpunt.

De opdrachtgever kan er ook voor kiezen om via een daartoe bestemd platform – ook wel inhuurmarktplaats genoemd – externe arbeidskrachten aan te zoeken. De opdrachtgever plaatst op een dergelijk platform de opdracht(en) en geïnteresseerde externen kunnen daarop reageren dan wel inschrijven. Een door overheden veel gebruikte tegenhanger daarvan is het Dynamisch Aankoopsysteem (DAS). In deze gevallen regelt de opdrachtgever de externe inhuur zelf.

Het contracteren tussen opdrachtgevers en zzp’ers kan plaatsvinden met tussenkomst van een derde partij. Dergelijke derde partijen doen zich in verschillende verschijningen voor. Voorbeelden daarvan zijn: de MSP (managed service provider), de broker of de Master Vendor.

De MSP verzorgt doorgaans de volledige externe inhuur binnen de organisatie van de opdrachtgever. Vanuit die hoedanigheid contracteert de MSP – namens de opdrachtgever – met andere partijen, zoals uitzendbureaus, detacheringsbureaus en zzp’ers. De MSP kan daarin de capaciteitsplanning en het contractmanagement verzorgen. De inschakeling van de MSP zou kunnen bijdragen aan het verkrijgen van een volledig(er) overzicht van de totale externe inhuur.

De broker heeft doorgaans een kleinere rol dan de MSP en is feitelijk de beheerder van contracten

met extern ingehuurden met wie rechtstreeks wordt gecontracteerd. In de praktijk betreffen dit zzp'ers. De opdrachtgever besteedt de werving en selectie en de administratieve taken uit aan de broker, waarmee de opdrachtgever wordt ontzorgd in de administratie rond de inhuur van zzp'ers.

Als derde variant kan worden genoemd de Master Vendor. Deze wordt ook wel geduid als een staffing-organisatie die de hofleverancier is van het in te huren personeel, veelal grootschalig. De Master Vendor contracteert op haar beurt vervolgens met derde partijen of levert uit een eigen kandidatenbestand. Als de Master Vendor contracteert met derde partijen, dan is feitelijk sprake van onderaanneming.

In zijn algemeenheid mag van de tussenkomende derde partij worden verwacht te beschikken over een netwerk, waarin opdrachtgevers en opdrachtnemers met elkaar in contact komen. Dit kan van toegevoegde waarde zijn in tijden van krapte op de arbeidsmarkt. Tegelijkertijd gaan kosten gepaard met de inschakeling van die derde partij, welke kosten niet worden gemaakt als rechtstreeks wordt gecontracteerd.

4.3.1 Vormen van tussenkomst en vergoeding

Tussen de opdrachtgever en de tussenkomende derde partij wordt een overeenkomst gesloten, waarin de voorwaarden van de dienstverlening worden vastgelegd. Afhankelijk van de gekozen vorm van tussenkomst kan de inhoud van dergelijke overeenkomsten sterk variëren. Doorgaans wordt vastgelegd onder welke voorwaarden de aan te trekken externe arbeidskracht zal worden ingeschakeld en hoe deze de opdracht(en) dient te volbrengen. Verder zal erin zijn opgenomen welke verplichtingen en verantwoordelijkheden onderdeel uitmaken van de diensten die de derde tussenkomende partij aan de opdrachtgever levert. Vervolgens zoekt de tussenkomende derde partij een externe arbeidskracht aan en wordt de opdrachtbevestiging gesloten met die externe arbeidskracht, onder de voorwaarden zoals aanvankelijk zijn overeengekomen met de opdrachtgever. Voorts worden daarin aanvullende voorwaarden opgenomen, bijvoorbeeld inzake tariefstelling, de periode, eventuele tussentijdse beëindigingsmogelijkheid en overige (administratieve) afspraken. De opdrachtbevestiging is dan onderliggend aan de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de tussenkomende derde partij. De externe arbeidskracht aan wie de opdrachtbevestiging wordt verstrekt, kan een zzp'er of een uitgeleende arbeidskracht zijn. In het laatste geval zal de opdrachtbevestiging een inleenbevestiging zijn, overeengekomen met de uitlener van die arbeidskracht.

Voor de diensten van tussenkomende derde partijen vindt een vergoeding plaats. Doorgaans zendt de externe arbeidskracht (of diens uitlener) voor de geleverde diensten een factuur toe aan de derde tussenkomende partij. Die factureert vervolgens aan de opdrachtgever, waarbij tevens een vergoeding voor de tussenkomende derde partij wordt gedeclareerd bij de opdrachtgever. Doorgaans wordt afgesproken dat de tussenkomende derde partij de factuur van de externe arbeidskracht voldoet nadat de opdrachtgever de factuur van de tussenkomende derde partij heeft voldaan.

4.3.2 Risicodrager(s)

Vanwege de tussenkomst van een derde partij is het van belang stil te staan bij de vraag wie welke financiële risico's draagt. Die risicoverdeling kan enerzijds worden bepaald of beïnvloed door hetgeen betrokken partijen in de overeenkomst(en) afspreken. Dergelijke afspraken kunnen zeer uiteenlopend zijn en betreffen steeds maatwerk. Die afspraken zien bijvoorbeeld op het vrijwaren van risico's in de sfeer van belastingen en/of sociale premies. Veel voorkomend is dat de opdrachtnemer – de zzp'er of een uitlenende partij – de opdrachtgever en/of de tussenkomende derde partij vrijwaart van dergelijke risico's.

Anderzijds vindt risicoverdeling plaats vanwege (dwingende) bepalingen uit wet- en regelgeving. In paragraaf 4.5.1. wordt uitvoerig stilgestaan bij schijnzelfstandigheid. De vaststelling van dergelijke schijnzelfstandigheid kan verkapt werkgeverschap opleveren, waarna vervolgens de daaraan verbonden gevolgen voor rekening komen van de verkapte werkgever. Of die gevolgen – in geval van tussenkomst van een derde partij – voor rekening komen van de opdrachtgever of van de

tussenkomende derde partij, is voor een belangrijk deel afhankelijk van wie feitelijk de werkgeversrol vervult. Indien de tussenkomende derde partij slechts voornamelijk een administratieve rol vervult in de keten en de opdrachtgever zelf direct contracteert met de externe arbeidskracht en de dagelijkse leiding heeft over de uitvoering van de afgesproken opdracht, dan zal het verkapt werkgeverschap eerder aan het adres van de opdrachtgever zelf belanden. Echter, daar waar de tussenkomende derde partij een prominenter (werkgevers)rol vervult in de keten, dan kan die derde tussenkomende partij worden aangesproken voor de daarmee gepaard gaande gevolgen. Voor wiens rekening het verkapt werkgeverschap daadwerkelijk komt is steeds sterk afhankelijk van alle omstandigheden van het geval en is in deze handreiking zodoende niet in zijn algemeenheid te beschrijven.

Voor de opdrachtgever zal het aantrekkelijk zijn de rechtsbetrekking zodanig in te richten dat de gevolgen van het verkapt werkgeverschap bij de tussenkomende derde partij landen. Van belang is echter op te merken dat de opdrachtgever in dat geval uiteindelijk alsnog de genoemde risico's kan lopen. De financiële gevolgen van het verkapt werkgeverschap kunnen groot zijn, wat ertoe zou kunnen leiden dat de derde tussenkomende partij – die als verkapt werkgever wordt beschouwd – vervolgens failleert. In dat geval zal de opdrachtgever op grond de Wet ketenaansprakelijkheid uiteindelijk alsnog worden aangesproken voor de fiscale gevolgen van de schijnzelfstandigheid en zodoende alsnog de verstrekkende gevolgen van het verkapt werkgeverschap moeten dragen.

4.4 Detachering

Detachering is geen wettelijk vastgelegd begrip. De detacheringsovereenkomst wordt in de rechtspraak en de juridische literatuur wel aangemerkt als een overeenkomst waarbij de werkgever de werknemer, al dan niet bedrijfsmatig en middels een opdrachtovereenkomst, aan een derde partij tegen vergoeding ter beschikking stelt om aldaar arbeid te verrichten onder leiding en toezicht van die derde partij.

Het doel van detachering is het tewerkstellen van, doorgaans hoogopgeleide dan wel gespecialiseerde, werknemers bij een andere partij dan de werkgever. Er vindt uitlening plaats. Als de inlenende partij zelf niet een dergelijk specialisme in huis heeft, dan kan de behoefte ontstaan dat specialisme middels detachering aan te trekken. De behoefte aan detachering kan ook ontstaan vanuit de wens om pieken in het werkaanbod op te vangen of in geval van een 'piek bij ziekte'. De aanleiding kan ook zijn gelegen in de re-integratie in het tweede spoor van een zieke werknemer of in het belang van loopbaanontwikkeling. Blijkens het laatste cao-onderhandelingsresultaat 2024-2025 gaat de voorkeur ernaar uit dat genoemde pieken of de aantrekking van bepaald specialisme zo veel als mogelijk vanuit de interne organisatie wordt ingezet, of wordt gezocht via publieke samenwerkingsverbanden. Ten aanzien van detachering in dat kader tussen gemeenten en andere overheden, wordt verwezen naar hoofdstuk 2 van deze handreiking.

4.4.1 Detachering vanuit een derde partij

In deze paragraaf wordt ingegaan op detachering vanuit een detacheringsbureau als derde partij. In dat geval heeft de te detacheren werknemer een arbeidsovereenkomst met het detacheringsbureau. Tussen de werknemer en de gemeente waar de werknemer uiteindelijk tewerkgesteld wordt, komt géén arbeidsovereenkomst tot stand. Doorgaans komt een driepartijen-overeenkomst tot stand tussen de uitlener, inlener en de werknemer. In die detacheringsovereenkomst wordt vastgelegd onder welke voorwaarden de detachering plaatsvindt en voor wiens rekening welke verantwoordelijkheden en risico's komen. Ook wordt de vergoeding voor de detachering afgesproken.

Detachering gaat verder dan enkel tewerkstellen. In geval van enkel tewerkstelling voert een werknemer van een derde partij werkzaamheden uit op de afgesproken locatie, maar volledig onder leiding en toezicht van de eigen werkgever. Er ontstaat geen arbeidsverhouding tussen de werknemer en de organisatie waar hij op dat moment daadwerkelijk de werkzaamheden verricht. De werknemer die wordt gedetacheerd wordt ter beschikking gesteld om onder leiding en toezicht van de inlenende gemeente arbeid te verrichten, als ware de inlenende gemeente diens werkgever. Er

bestaat zodoende werkgeversgezag tussen de inlenende gemeente en de gedetacheerde werknemer. Het detacheringsbureau blijft echter formeel de werkgever. Hierin bestaan overeenkomsten met de uitzendovereenkomst. Het onderscheid tussen detachering en de uitzendovereenkomst is gelegen in het uitzendbeding. Voor de uitzendovereenkomst wordt verwezen naar hoofdstuk 4.2 van deze handreiking.

Dat het werkgeverschap blijft bij de uitlener, het detacheringsbureau, is van belang voor de bespreking van de risico's en verantwoordelijkheden. Het detacheringsbureau is als werkgever de partij met wie de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft. Dat betekent dat de werknemer het detacheringsbureau dient aan te spreken in de nakoming van de arbeidsovereenkomst. Het detacheringsbureau is zodoende ook verantwoordelijk voor de loonbetaling, de arbeidsomstandigheden van de werknemer, de re-integratie bij eventuele arbeidsongeschiktheid en uiteindelijk ook voor de naleving van de regels van het ontslagrecht. Meer praktische afspraken, bijvoorbeeld over het opnemen van vakantiedagen, het bepalen van de arbeidsplaats en -tijden, de wijze van uitvoering van de werkzaamheden etc. worden gemaakt tussen de werknemer en de inlenende gemeente. Dergelijke afspraken worden vastgelegd in de detacheringsovereenkomst.

In de detacheringsovereenkomst worden ook de voorwaarden opgenomen waaronder de detachering kan eindigen. De beëindiging van de detachering betekent niet automatisch de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De werknemer blijft onverkort in dienst van het detacheringsbureau. In de rechtspraak zijn evenwel voorbeelden beschikbaar waarin – bijvoorbeeld – verwijtbaar handelen van de gedetacheerde werknemer op de werkplek bij de inlener, uiteindelijk ook leidt tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en het detacheringsbureau.

4.5 Zzp'ers

De redenen om te contracteren met zzp'ers kunnen uiteenlopend zijn. Enerzijds ingegeven door de behoefte van de (overheids)organisatie om een specialist aan te trekken voor bepaalde opdrachten en diegene – vanwege de aard van de werkzaamheden of de opdracht – en waarin de werkgever er niet in slaagt een dergelijke werknemer in loondienst aan te trekken. Ook kan de reden zijn gelegen in de behoefte om arbeidskrachten in de flexibele schil aan te trekken, bijvoorbeeld om de genoemde pieken in de hoeveelheid beschikbaar werk of tijdens ziekte te kunnen opvangen.

Anderzijds kunnen de redenen van deze wijze van contracteren zijn gelegen in de persoon van de zzp'er zelf, waardoor deze niet openstaat voor een arbeidsovereenkomst. Zo kan diens voorkeur ernaar uitgaan om als ondernemer zelf vorm te geven aan de inhoud van het werk en het daaraan verbonden verdienmodel. Dit type zzp'er kiest er bewust voor om de vrijheid van het ondernemerschap te hebben en niet te zijn gebonden aan een werkgever. Als keerzijde daarvan neemt deze zzp'er voor eigen rekening het moeten voorzien in een vangnet tijdens vrije tijd of ziekte en het opbouwen van een oudedagvoorziening. Door het hanteren van een bepaalde tariefstelling voorziet de zzp'er zichzelf daarin.

Het begrip 'zzp' kent geen juridische definitie. De kern van de rechtsverhouding is in beginsel de overeenkomst van opdracht13, of de overeenkomst van aanneming van werk14. Voor de leesbaarheid worden beide vormen aangehaald als de opdrachtovereenkomst. Impliciet wordt door de betrokken partijen geen arbeidsovereenkomst15 beoogd. Echter, mede omdat de kwalificatie van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst dwingendrechtelijk is, bevinden de risico's, mogelijkheden en aandachtspunten ten aanzien van de rechtsverhouding met de zzp'er zich op dat snijvlak. Relevant is zodoende de wijze waarop wordt gecontracteerd met de zzp'er en hoe daaraan door partijen uitvoering wordt gegeven.

Het grootste aandachtspunt bij het contracteren met zzp'ers is dat zodra de rechtsverhouding met

13 artikel 7:400 e.v. BW.
14 artikel 7:750 e.v. BW.
15 Zoals bedoeld in artikel 7:610 BW.

de zzp'er feitelijk voldoet aan de kwalificatievereisten van de arbeidsovereenkomst, daarop het arbeidsovereenkomstenrecht van Titel 10 van Boek 7 Burgerlijk Wetboek van toepassing is. Als partijen de rechtsverhouding desondanks hebben ingericht alsof sprake is van de inschakeling van een zelfstandig ondernemer, dan wordt wel gesproken van schijnzelfstandigheid. De 'zelfstandige' is dan niet zelfstandig, maar werknemer in de zin van de wet. In hoofdlijnen hangt die kwalificatie af van de kernelementen van de arbeidsovereenkomst: arbeid, loon en gezag van de werkgever. Deze kernelementen worden in onderlinge samenhang beoordeeld, wat maakt dat niet steeds zonder twijfel kan worden bepaald of sprake is van een arbeidsovereenkomst.

De vaststelling van schijnzelfstandigheid kan grote en ongewenste gevolgen meebrengen. Zodoende is er een groot belang in gelegen dat de rechtsverhouding met de zzp'er goed wordt ingeregeld. In het hiernavolgende wordt aandacht besteed aan het contracteren met zzp'ers. Ook wordt verder stilgestaan bij de aandachtspunten en risico's. Er worden mogelijkheden besproken om de verwezenlijking van die risico's zo veel als mogelijk te voorkomen. In de bespreking van het voornoemde worden ook de modelovereenkomsten van de Belastingdienst besproken, die tot stand zijn gekomen vanuit de samenwerking tussen de VNG en de Belastingdienst.

4.5.1 Wijze van contracteren, werkgeversgezag en schijnzelfstandigheid

Bij het contracteren tussen de (overheids)organisatie en de zzp'er met een opdrachtovereenkomst worden die partijen aangehaald als respectievelijk opdrachtgever en opdrachtnemer. In die overeenkomst wordt vastgelegd hoe de opdracht moet worden uitgevoerd en onder welke voorwaarden dat precies gebeurt.

Tegenover de opdrachtovereenkomst bepaalt artikel 7:610 BW dwingendrechtelijk dat sprake is van een arbeidsovereenkomst als de ene partij (i) in dienst van de andere partij, tegen (ii) betaling van loon (iii) gedurende een zekere tijd arbeid verricht. De kernelementen 'arbeid' en 'loon' zullen overeenkomen met de prestatie die wordt geleverd door een zzp'er, waarvoor een vergoeding wordt betaald. Dit maakt dat de discussie over de kwalificatie van de overeenkomst doorgaans minder snel over deze kernelementen zal gaan. Uitgaande van de aanwezigheid van betaling van een vergoeding voor verrichte arbeid, gaat de aandacht zodoende eerder uit naar het kernelement van gezag van de opdrachtgever over de zzp'er; of deze arbeidskracht feitelijk 'in dienst' is van de opdrachtgever. Als moet worden aangenomen dat het gezag zodanig aanwezig is dat niet langer van zelfstandigheid kan worden gesproken, dan is de conclusie dat de zzp'er feitelijk als werknemer in dienst is van de opdrachtgever, die dan als werkgever kwalificeert.

Om de gezagsverhouding tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer te bepalen, is de inhoud van de overeenkomst – mede – van belang. Mede, omdat uiteindelijk bepalend is hoe partijen uitvoering geven aan de overeenkomst. Dat is relevant als die feitelijke uitvoering verschilt van de inhoud van de overeenkomst. De inhoud van de overeenkomst is daarmee richtinggevend, maar niet doorslaggevend. Als gevolg daarvan is het in de praktijk steeds van belang alert te zijn op de feitelijke uitvoering van de overeenkomst. Daarin komt aan de (overheids)organisatie een grote verantwoordelijkheid toe. Dit noopt tot tussentijdse evaluatie en eventueel bijstelling van de afspraken. Omdat bij de kwalificatie van de rechtsbetrekking het al dan niet bestaan van werkgeversgezag tot de meest ingewikkelde discussie kan leiden, wordt daarop verder ingegaan.

Werkgeversgezag en schijnzelfstandigheid

Om het gezagselement in de rechtsbetrekking te kunnen beoordelen, zijn alle omstandigheden relevant. De discussie hierover is wellicht één van de meest actuele thema's in het arbeidsrecht. Recent kennen we het Deliveroo-arrest van de Hoge Raad.[16] De basis van de rechtsverhouding in die zaak was platformarbeid, een van de vormen van flexibele arbeid. In de kern ging het erom dat de maaltijdbezorgers weliswaar vrij waren in het bepalen wanneer arbeid werd verricht en om zich daarin te laten vervangen – aanwijzingen dat sprake is van zelfstandigheid – echter was die vervangingsmogelijkheid in de praktijk gering. Dat woog mee in het oordeel dat in deze kwestie het

16 HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, met onderliggende conclusie van AG R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2022:578.

bestaan van een gezagsverhouding, daarmee het bestaan van een arbeidsovereenkomst, niet kon worden uitgesloten. Omdat hiermee duidelijk(er) werd dat ook binnen een arbeidsovereenkomst sprake kan zijn van het recht op vrije vervanging, heeft de Belastingdienst aanleiding gezien om de goedkeuring van de modelovereenkomsten gebaseerd op die vrije vervanging per 1 januari 2024 in te trekken. Op de modelovereenkomsten wordt hierna teruggekomen.

Uit het voorgaande kan al worden opgemaakt dat partijen niet volledig vrij zijn in de invulling en uitvoering van een opdrachtovereenkomst. Zij opereren op het snijvlak van de opdrachtovereenkomst en de arbeidsovereenkomst. Waar dat snijvlak zich precies bevindt, is niet altijd goed te duiden. Zoals opgemerkt komt het voornamelijk aan op het kernelement van de gezagsverhouding, gecombineerd met bijkomende omstandigheden die wijzen op de invulling als ware de rechtstoestand van een arbeidsovereenkomst. Aan de hand van voorbeelden wordt hierna geprobeerd het vraagstuk rond die gezagsverhouding zichtbaar te maken.

Zo zal bijvoorbeeld evident sprake zijn van een opdrachtovereenkomst wanneer een specialist wordt ingehuurd voor het verrichten van specialistische werkzaamheden, kennis die de opdrachtgever niet in huis heeft. Dit betreffen meestal werkzaamheden die niet tot de kernactiviteiten van de organisatie behoren. Doordat dergelijke werkzaamheden niet tot die kernactiviteiten behoren, oefent de opdrachtgever minder snel gezag uit op de inhoudelijke uitvoering. Als voorbeeld kan worden gedacht aan een extern ingehuurde ICT-specialist die netwerkonderhoudsdiensten en gewenste aanpassingen aan de ICT infrastructuur mogelijk maakt. De (overheids)organisatie geeft een opdracht aan die zzp'er om het beoogde onderhoud en bepaalde wijzigingen aan het ICT netwerk te verzorgen. Uiteraard bepaalt de opdrachtgever het te bereiken doel en wellicht ook de vorm waarin dat moet plaatsvinden. De externe ICT-specialist bepaalt echter – vanuit diens specialisme – op welke wijze dat afgesproken doel het beste kan worden bereikt en wat daarvoor nodig is. Een dergelijke opdracht is doorgaans incidenteel en behoort niet tot de kernactiviteiten van de organisatie van de opdrachtgever. Tegelijkertijd betreft het (hoog) geschoolde, specialistische werkzaamheden waar een representatieve tariefstelling tegenover staat. De omvang van de tariefstelling geeft de zzp'er voldoende financiële ruimte om diens onderneming naar eigen goeddunken te drijven. Bovendien bestaat naast een dergelijke opdracht voor de zzp'er de ruimte om meerdere opdrachten, bij verschillende opdrachtgevers aan te nemen. Uit de betrokken aspecten blijkt dat het om een bewuste keuze voor een opdrachtovereenkomst gaat, waarin de zzp'er zich volledig als ondernemer gedraagt.

Daar tegenover kan het voorbeeld worden geschetst van een zelfstandig werknemer groenvoorziening, die met het groenvoorzieningsbedrijf van de gemeente contracteert op basis van een opdrachtovereenkomst (geen aanneming van werk door een hoveniersbedrijf). In een dergelijke betrekking kan relatief snel sprake zijn van schijnzelfstandigheid. Bijvoorbeeld met omstandigheden dat de werknemer groenvoorziening van de gemeente een klus krijgt, binnen een bepaald project, waarin op vaste tijdstippen, met voorgeschreven materialen en op een bepaalde werkwijze moet worden gewerkt, net als andere aldaar werkzame werknemers groenvoorziening die wél in loondienst zijn. In dergelijke omstandigheden is doorgaans sprake van een zodanig lage (afgedwongen) tariefstelling, waarmee de zelfstandige werknemer groenvoorziening redelijkerwijs niet de vrijheid heeft om daadwerkelijk een onderneming te drijven. Vergelijkbare voorbeelden zijn aan de hand geweest met postbezorgers. Daarover is veelvuldig geprocedeerd. Daaronder waren bepaalde evidente gevallen van schijnzelfstandigheid. Dat betroffen zzp'ers met een eigen bezorgauto die moest voldoen aan harde eisen, zoals vermelding van het logo van de opdrachtgever. Die postbezorgers kregen niet de vrijheid postpakketten van een andere opdrachtgever te vervoeren en waren gehouden exclusief te werken voor het bedrijf van de opdrachtgever. Bovendien was de tariefstelling doorgaans ook dermate laag dat de zzp'ers redelijkerwijs niet in staat waren echt een onderneming te drijven. Alles wees op het bestaan van een vergaande gezagsverhouding en het ontbreken van ondernemersvrijheid. In dergelijke gevallen is feitelijk (en evident) sprake van een arbeidsovereenkomst, op basis waarvan de postbezorgers de arbeidsrechtelijke aanspraken en bescherming van een werknemer zouden moeten toekomen. In bepaalde gevallen luidde de uitkomst van de gevoerde procedures dat hen die arbeidsrechtelijke bescherming echter werd ontzegd.

Tussen de geschetste voorbeelden ligt een grijs gebied, waarin de nodige discussie kan bestaan over de kwalificatie van de rechtsbetrekking. Die discussie is niet altijd gemakkelijk te beslechten. Op het moment dat de rechtsbetrekking met de zzp'er echter eenmaal wordt ge(her)kwalificeerd als arbeidsovereenkomst en zodoende het bestaan van een werkgever-werknemer relatie wordt vastgesteld, dan kunnen de gevolgen verstrekkend zijn. Er zal mogelijk nabetaling moeten plaatsvinden van loon, vakantietoeslag, vakantiedagen, pensioenpremies en premies werknemersverzekeringen. Daarnaast moeten ook eventuele arbeidsvoorwaarden van een (algemeen verbind verklaarde) cao worden afgerekend. Eén en ander met terugwerkende kracht. Ook vanuit fiscaal oogpunt zullen loongerelateerde naheffingen volgen. Daarnaast komt de werknemer bijvoorbeeld ook ontslagbescherming toe. Kortom, de herkwalificatie van de overeenkomst in geval van schijnzelfstandigheid levert (complexe) arbeidsrechtelijke en fiscale gevolgen op. Ten aanzien van die fiscale gevolgen worden doorgaans afspraken vastgelegd in de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de zzp'er. Zo is het overeenkomen van zogenoemde vrijwaring gebruikelijk. De zzp'er komt met de opdrachtgever – die dan opeens (verkapt) werkgever is – overeen dat bij een dergelijke herkwalificatie met naheffing tot gevolg, de fiscale gevolgen die de opdrachtgever ondervindt worden vergoed door de zzp'er. Op zijn beurt verwerkt de zzp'er die fiscale gevolgen vervolgens in diens administratie en kan dit meenemen bij zijn aangifte inkomstenbelasting. In 4.6 wordt uitgebreider ingegaan op de fiscale aspecten en risico's voor partijen die bij de externe inhuur zijn betrokken.

Inrichten rechtsbetrekking zonder werkgeversgezag

Bij het op een correcte wijze inrichten van de rechtsbetrekking tussen de (overheids)organisatie en de zzp'er, op basis van een opdrachtovereenkomst, zijn onder andere de hiernavolgende omstandigheden van belang. Benadrukt wordt dat het omstandigheden betreft die opzichzelfstaand niet doorslaggevend zullen zijn, maar een rol kunnen spelen in de uiteindelijke kwalificatie van de rechtsbetrekking.

Inbedding in de organisatie

In de hiervoor genoemde voorbeelden kwam al kort aan bod of de werkzaamheden die de zzp'er verricht behoren tot de kernactiviteiten van de opdrachtgever. In dit kader wordt wel gesproken van de inbedding van de zzp'er in de organisatie van de opdrachtgever. Hoe meer daarvan sprake is, hoe sterker dat een aanwijzing kan opleveren in de uiteindelijke beoordeling of sprake is van schijnzelfstandigheid.

Ondernemerschap

Ondernemerschap ziet op in hoeverre de zzp'er zich – buiten de betreffende opdracht – in het maatschappelijk verkeer gedraagt als ondernemer, of zich als zodanig kan gedragen. Zo kwam dit in het voorbeeld over de postbezorgers al kort naar voren. Het feit dat het hen in bepaalde gevallen niet was toegestaan een eigen logo te dragen of postpakketten van andere opdrachtgevers met zich te voeren, toont de beperking van de mogelijkheid op dat moment om zich als een ondernemer te gedragen. Verder zijn ook voorbeelden bekend van het acquisitieve gedrag van de zzp'er en de vrijheid van het (kunnen) hebben van meerdere opdrachtgevers. Ook is van belang voor welke duur de zzp'er wordt gecontracteerd. Niet vreemd zal zijn als deze enkele maanden achtereenvolgend fulltime en uitsluitend voor een opdrachtgever aan de slag is. Ondernemerschap zal minder snel aan de orde zijn als het een zzp'er betreft die al jaren fulltime en exclusief is verbonden aan een opdrachtgever.

Vrijheid in de inrichting van werkzaamheden

Als partijen een bepaald resultaat overeenkomen, zal van de mogelijkheid dat de zzp'er de werkzaamheden in vrijheid en naar eigen inzicht uitvoert sneller sprake zijn dan bij een inspanningsverbintenis. Tegelijk is denkbaar dat ook bij een bepaalde afgesproken inspanning, de zzp'er nog steeds in bepaalde mate vrijheid toekomt in de wijze waarop of het moment waarop de inspanning wordt geleverd. Ook is het mogelijk dat de opdrachtgever op de formele aspecten van de inspanning gezag uitoefent, maar dat de zzp'er het materieel naar eigen inzicht uitvoert. Voor de kwalificatie van de rechtsbetrekking kan de mate van vrijheid die de zzp'er toekomt zodoende relevant zijn. Ook hierin zijn de omstandigheden wederom van belang. Bepaalde opdrachten laten nu eenmaal

meer ruimte voor vrijelijke invulling dan andere, wat niet per se meebrengt dat geen sprake kan zijn van een opdrachtovereenkomst. Op dit punt is hiervoor al het Deliveroo-arrest aangehaald, waarin de Hoge Raad oordeelde dat alsnog sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst, ondanks dat het de opdrachtnemer (dus feitelijk: werknemer) vrijstond zich te laten vervangen. Zo blijkt dat de vrijheid zich te laten vervangen wel degelijk wijst op zzp-schap, maar dat het hier niet per se om een doorslaggevend aspect gaat.

4.5.2 Wet DBA, modelovereenkomsten en voorgestelde wetswijziging

Onder andere de meermaals aan het licht gekomen schijnzelfstandigheid heeft ertoe geleid dat de wetgever de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) heeft vervangen door de Wet Deregulering beoordeling arbeidsrelatie (Wet DBA), op basis waarvan de zogenoemde modelovereenkomsten tot stand zijn gebracht. Het idee achter de modelovereenkomsten is het bijdragen aan de duidelijkheid over de inhoud van de rechtsbetrekking tussen de (overheids)organisatie en de zzp'er. Die modelovereenkomsten dienen dan vooral de situaties waarin het ondernemerschap van de zzp'er niet evident aanwezig is en waarin partijen willen voorkomen dat de rechtsbetrekking achteraf toch als een arbeidsovereenkomst kwalificeert. Het belang van partijen is dat die kwalificatie achteraf niet plaatsvindt, voornamelijk vanwege de fiscale en financiële gevolgen; er vinden dan onder meer naheffingen plaats van loonbelasting en premies werknemersverzekeringen. Op het moment van schrijven van deze bijdrage wordt door de Belastingdienst echter niet gehandhaafd, tenzij sprake is van kwaadwillend handelen. Daarvan is sprake als de betrokken partijen evident of zelfs opzettelijk een schijnconstructie optuigen. Uit de brief van 16 december 2022 van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Karien van Gennip, blijkt de ambitie om uiterlijk op 1 januari 2025 weer volledig te handhaven.

Vanaf 1 januari 2024 is een tweetal modelovereenkomsten die zijn afgestemd met de VNG beschikbaar. Dit betreft de modelovereenkomsten voor de rechtsbetrekking waarin geen gezag vanuit de opdrachtgever wordt uitgeoefend en waarin een bepaald resultaat of een bepaalde inspanning wordt afgesproken.

Los van de hiervoor benoemde fiscale toetsing en het momentele uitblijven van handhaving door de Belastingdienst, bestaat wel steeds ruimte voor een juridische toetsing; de 'arbeidsrechtelijke handhaving'. Het aangehaalde Deliveroo-arrest is daarvan één van de vele voorbeelden waarin wordt geprocedeerd over de kwalificatie van de rechtsbetrekking. Dergelijke voorbeelden laten zien dat wanneer een werkgever niet aan externe inhuur ontkomt, het goed inregelen van de rechtsbetrekking onverminderd van groot belang is.

Wetsvoorstel Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden

Op het moment van schrijven van deze handreiking is de internetconsultatie van het voorstel van de Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden inmiddels afgerond. Onder leiding van minister Van Gennip is gewerkt aan het wetsvoorstel, ter verduidelijking van de regels omtrent het contracteren met zzp'ers. De aanleiding daarvoor is onder meer gelegen in de behoefte van het kabinet om schijnzelfstandigheid verdergaand tegen te gaan.

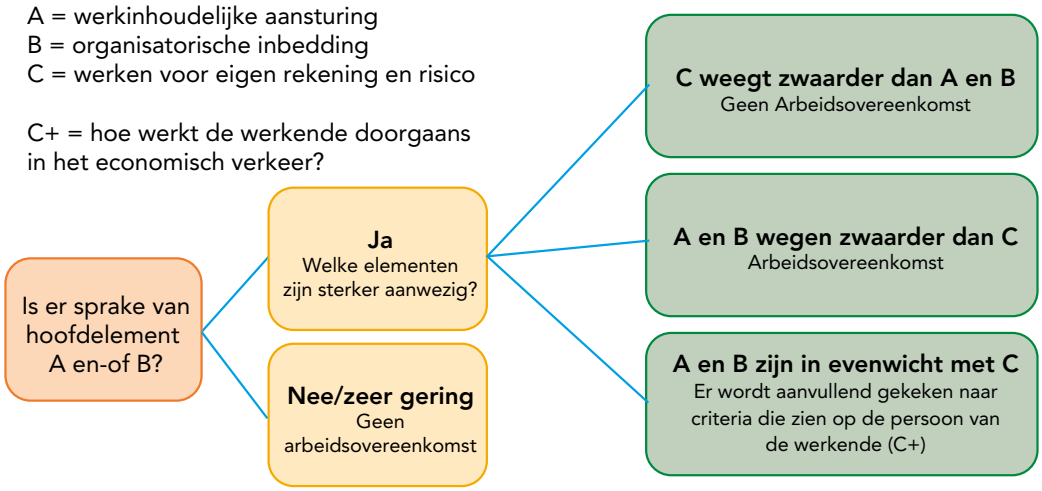
In de kern ziet het wetsvoorstel erop dat het voor alle partijen duidelijker moet worden wanneer sprake is van het verrichten van arbeid 'in dienst van' een werkgever (gezag) en wanneer niet. Daarmee moet meer duidelijkheid ontstaan op het snijvlak van de opdrachtovereenkomst en de arbeidsovereenkomst. Ter toelichting op de internetconsultatie wordt opgemerkt dat de rechtspraak hieromtrent bij elkaar is gebracht en dat deze rechtspraak vervolgens is 'gestructureerd en gecomprimeerd' aan de hand van drie hoofdelementen:

A. werkinhoudelijke ondergeschiktheid;
B. organisatorische inbedding; en
C. werken voor eigen rekening en risico.

In de toelichting op het wetsvoorstel wordt opgemerkt dat bij afwezigheid van de factoren A én B géén sprake is van een arbeidsovereenkomst. In dat geval sluiten partijen terecht een opdrachtovereenkomst af. Andersom, als er wel sprake is van óf factor A óf factor B, dan kan sprake zijn van een

arbeidsovereenkomst. In dat geval dient factor C te worden beoordeeld. Als die factor C vervolgens prominenter aanwezig is dan de andere factoren, dan is alsnog geen sprake van een arbeidsovereenkomst. Zijn de factoren A en B prominenter aanwezig, dan is wel sprake van een arbeidsovereenkomst.

Schematisch ziet het voorgaande er als volgt uit:



Schermafbeelding uit de concept memorie van toelichting op de Wet Verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden, zoals ter consultatie is voorgelegd

Als de factoren A, B en C met elkaar in evenwicht zijn is verder onderzoek nodig naar de rechtsbetrekking, aldus het wetsvoorstel. In dat geval komt factor C+ ten tonele. Er moet dan worden bezien hoe de (al dan niet-)zzp'er doorgaans in het economisch verkeer werkt. Het wetsvoorstel spreekt in dit kader van het afwegen van contra-indicaties. Afhankelijk van waar het zwaartepunt ligt, kan uit die contra-indicaties alsnog volgen dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Als de werkende doorgaans als zelfstandige zijn werk verricht dan leidt het betrekken van C+ in de betreffende situatie tot het oordeel dat er in deze arbeidsrelatie geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Geldt dat de werkende zich in het economisch verkeer doorgaans niet als ondernemer gedraagt, dan geldt dat er wel sprake is van een arbeidsovereenkomst in de geschetste situatie. Het kabinet spreekt hier over "op de persoon betrekking hebbende indicaties". In het wetsvoorstel wordt verder ingegaan op de vraag welke omstandigheden tot dergelijke indicaties leiden.

Het voorgaande geeft nog steeds de nodige ruimte voor discussie en een 'grijs' gebied, waarvan het kabinet opmerkt zich bewust te zijn. In dat geval kan het andere belangrijke element van het wetsvoorstel wellicht een oplossing bieden. Er wordt voorgesteld een *rechtsvermoeden* te introduceren. Bij een tariefstelling van onder de € 32,24 per uur (een bedrag dat per peildatum zal worden geïndexeerd) wordt vermoed dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. De werkende kan aan de hand van het rechtsvermoeden een arbeidsovereenkomst afdwingen. Het is in dat geval aan de werkgever/opdrachtgever om aan te tonen dat daarvan geen sprake is.

Zoals gezegd, is het bovenstaande de inhoud van een wetsvoorstel. De tijd zal moeten uitwijzen hoe de praktijk rond de schijnzelfstandigheid zich verder zal ontwikkelen. Demissionair minister Van Gennip beoogt vooralsnog de inwerkingtreding op 1 januari 2025.

4.6 Fiscale risico Wet DBA

In de praktijk zijn er verschillende manieren voor gemeenten om externe arbeidskrachten in te huren, bijvoorbeeld een uitzendkracht van een uitzendbureau, een gedetacheerde werknemer via een detacheringsbureau of het inhuren van een zelfstandige zonder personeel of freelancer (hierna:

zzp'er). Ook kan de gemeente zelfstandig inhuren dan wel gebruik maken van een externe partij of marktplaats. Bij het inhuren van externe arbeidskrachten zijn er ook fiscale aandachtspunten te onderkennen. In dit hoofdstuk richten wij ons op de risico's bij inhuur van zzp'er door een gemeente.

Wanneer een gemeente een overeenkomst van opdracht sluit met een zzp'er waarbij de gemeente aanwijzingen zou kunnen geven hoe een opdracht moet worden uitgevoerd (gezagsverhouding) dan bestaat het risico dat de Belastingdienst achteraf kan oordelen dat de zzp'er de werkzaamheden in dienstbetrekking heeft uitgevoerd. De overeenkomst wordt dan aangemerkt als een arbeidsovereenkomst in plaats van een overeenkomst van opdracht. In dat geval loopt de gemeente naast civielrechtelijke risico's ook fiscale risico's op het gebied van de loonheffingen.

4.6.1 Handhavingsmoratorium tot en met 2024

Tot en met 2024 bestaat er fiscaal een zo te noemen handhavingsmoratorium. Dat wil zeggen, dat als de Belastingdienst op dit moment zou oordelen dat een arbeidsrelatie een (fictieve) dienstbetrekking is, dan krijgt de gemeente geen naheffingsaanslag. Mits geen sprake is van een evidente dienstbetrekking en schijnzelfstandigheid. De bewijslast hiervoor ligt bij de Belastingdienst.

Indien de Belastingdienst stelt dat sprake is van een dienstbetrekking, krijgt de gemeente 3 maanden de tijd om de arbeidsrelatie met de zzp'er aan te passen. Dat wil zeggen:

- anders vorm te geven, zodat er geen gezagsverhouding meer is;
- in dienst te nemen;
- in te huren via een tussenkomstbureau.

Past de gemeente de arbeidsrelatie niet aan of lukt dit niet, dan kan de Belastingdienst nadien alsnog overgaan tot het opleggen van een naheffingsaanslag loonheffingen als ware er sprake is van een dienstbetrekking.

4.6.2 Risico vanaf het moment dat het handhavingsmoratorium vervalt

De planning van het kabinet is om het handhavingsmoratorium per 1 januari 2025 op te heffen. Als het handhavingsmoratorium vervalt, dan betekent dit dat de Belastingdienst in alle gevallen waarin deze oordeelt dat een zzp'er in dienstverband werkzaam is, een naheffingsaanslag (dan wel een correctieverplichting, zie hierna) kan opleggen aan de gemeente. In dat geval is de zzp'er geen opdrachtnemer maar fiscaal een werknemer, in dat geval spreken we hierna van de zzp-werknemer. Overigens bestaat uiteraard de mogelijkheid voor een gemeente om desgewenst in bezwaar en nadien beroep te gaan tegen een naheffingsaanslag van de Belastingdienst.

Correctieverplichting

In het geval dat een zzp'er (achteraf) werkzaam is in dienstbetrekking, dan zijn in beginsel de gebruikelijke civielrechtelijke bepalingen van toepassing ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, ontslag, cao en pensioenregeling. De zzp-werknemer heeft dan bijvoorbeeld ook recht op uitkeringen vanuit het sociale vangnet (WW, WAO/IVA/WGA en ZW). Hierbij is het van belang dat de polis-administratie bij UVW beschikt over alle relevante loongegevens, die via de aangifte loonheffingen worden aangeleverd. Vanwege het belang van de polis-administratie zal de Belastingdienst in de praktijk dan ook de gemeente verplichten de betalingen aan de zzp-werknemer via correcties in de aangifte loonheffingen met terugwerkende kracht te verwerken als een loonbetaling. Daarbij spelen de volgende aandachtspunten:

- tarief anonieme werknemer
- verhalen van kosten op de zzp-werknemer

Tarief anonieme werknemer

Indien de gemeente niet beschikt over een afschrift van een geldig ID-bewijs voor de datum van "in diensttreden" en de 'Opgaaf gegevens voor de loonheffingen' voor de eerste loonbetaling niet in de loonadministratie is opgenomen, dan is fiscaal sprake van een anonieme werknemer. Dat betekent dat de Belastingdienst een naheffingsaanslag of een correctieverplichting kan opleggen tegen het anoniementarief. Dat betekent:

- 52% loonbelasting inhouden;
- geen toepassing van heffingskortingen;
- voor de premies werknemersverzekeringen geldt geen maximum premieloon.

De gemeente kan dit niet voorkomen. Op het moment van aangaan van de overeenkomst van opdracht, heeft de gemeente namelijk geen wettelijke grondslag om een kopie van een ID-bewijs op te vragen. In het verleden werden organisaties in de gelegenheid gesteld om alsnog een kopie ID-bewijs op te vragen voordat de correctieberichten werden ingediend samen met de opgaaf gegevens voor de loonheffingen en het verzoek om de heffingskorting al dan niet toe te mogen passen. Mogelijk dat de Belastingdienst de gemeente hiertoe de gelegenheid biedt.

Verhalen van kosten op de zzp-werknemer

Terzake van het verhalen van kosten op de zzp-werknemer moet er onderscheid gemaakt worden tussen de volgende kosten:

1. loonheffing (loonbelasting en premie volksverzekeringen);
2. premies werknemersverzekeringen en de werkgeversbijdrage Zvw;
3. boetes.

Kosten loonheffing moet de gemeente verhalen

De gemeente is inhoudingsplichtig voor de loonheffing (loonbelasting en premie volksverzekeringen), maar de zzp-werknemer is degene die de uiteindelijke belastingplichtige is. Daarom dat het bedrag aan loonheffing altijd als een in te houden bedrag wordt verwerkt op een salarisstrook, zodat deze kosten voor rekening van de zzp-werknemer komen.

Dat betekent dat de gemeente wettelijk gehouden is om het nageheven bedrag aan loonheffing (loonbelasting en premie volksverzekeringen) te verhalen op de zzp-werknemer. Doet de gemeente dat niet, dan gelden de zo te noemen bruteringsregels, en wordt het niet verhalen van de loonheffing als een belast loonvoordeel gezien, waarover weer loonheffing verschuldigd is. Waardoor het bedrag van de na te heffen loonheffing kan oplopen tot een gebruteerd tarief van 108,3% (bij anoniementarief).

De loonheffing is een voorheffing op de inkomstenbelasting. Afhankelijk van de wijze waarop de Belastingdienst voor de arbeidsrelatie een dienstverband vaststelt en de gemeente de loonheffingen hierover alsnog verschuldigd is, zijn de gevolgen voor de gemeente en de zzp-werknemer als volgt:

- In het geval de Belastingdienst een naheffingsaanslag oplegt, dan kan dit formeel alleen over het inkomen dat nog niet in de inkomstenbelasting is betrokken (immers, dan heeft de eindheffing al plaatsgevonden, en is er geen ruimte meer voor een voorheffing). De gemeente zal dan moeten aantonen welk bedrag al in de heffing is betrokken. Zonder medewerking van de zzp-werknemer is het lastig aan deze bewijslast te voldoen.
- Bij een correctieverplichting via de aangifte loonheffingen geldt dat de gemeente de loonheffing moet verhalen, maar dat de zzp-werknemer dit bedrag als ingehouden loonheffing weer kan verrekenen bij diens aangifte inkomstenbelasting.

Voorgaande ziet enkel op de loonheffing en niet op de premies werknemersverzekeringen en bijdrage Zorgverzekeringswet ((Zvw). Dit komt hierna aan de orde.

Kosten premies werknemersverzekeringen en bijdrage Zvw mag de gemeente niet verhalen
De premies werknemersverzekeringen en de werkgeversbijdrage Zvw komen altijd voor rekening van de werkgever. Dat betekent dat de gemeente deze kosten niet op de zzp-werknemer mag verhalen als de Belastingdienst oordeelt dat sprake is van een dienstbetrekking en een loonbetaling. Het verhalen van deze kosten op de zzp-werknemer is een zo te noemen nietige bepaling in een overeenkomst. Om die reden zijn dergelijke verhaalsbepalingen ook niet (meer) opgenomen in de goedgekeurde modelovereenkomsten van de Belastingdienst. De gemeente begaat bij het verhalen van deze kosten een strafbaar feit dat volgens artikel 125, lid 2 van de Wet financiering sociale

verzekeringen kan worden bestraft met maximaal een maand hechtenis of een geldboete van de tweede categorie.

Boetes

De Belastingdienst legt bij een naheffing of een correctieverplichting altijd een boete op wegens een te late betaling van de verschuldigde loonheffingen door de inhoudingsplichtige. Dit is de zo te noemen betaalverzuimboete en is de praktijk een gering bedrag.

Naast de betaalverzuimboete kan de Belastingdienst ook een boete opleggen van 25% indien sprake is van grove schuld, of zelfs 50% van de nageheven loonheffingen indien het aan opzet is te wijten dat de loonheffingen niet of te laat zijn betaald. Omdat de boete aan de inhoudingsplichtige wordt opgelegd is het in beginsel niet toegestaan deze kosten te verhalen op de zzp-werknemer.

Vereenvoudigd rekenvoorbeeld:

Een zzp'er werkt gedurende 12 maanden voor gemeente X ter vervanging van een zieke werknemer. Gemiddeld genomen werkt de zzp'er 32 uur per week tegen een tarief van € 80 per uur.

Betaling aan zzp = 32 uur * 52 weken	= € 133.120,00
BTW 21%	= € 27.955,20
Totaal betaald aan zzp-werknemer	= € 161.075,20

4.6.3 *Gevolgen loonheffingen indien sprake is van een zzp-werknemer*

De Belastingdienst merkt het uitbetaalde bedrag in beginsel aan als fiscaal genoten loon. Het btw-bedrag op de factuur wordt niet als loon aangemerkt. Zonder nadere bepalingen of afspraken is het loon van de zzp-werknemer dan ook € 133.120. Omdat de gemeente niet over een ID-bewijs beschikt voor aanvang van de werkzaamheden is formeel sprake van een anonieme werknemer, tenzij de gemeente dit nog mag en kan herstellen voor het indienen van correctieberichten. De te betalen naheffing (bestaande uit 52% loonbelasting) voor de loonheffing tegen anoniementarief (te verhalen op zzp-werknemer): € 69.222,40. Dit bedrag moet de gemeente afdragen aan de Belastingdienst en verhalen op de zzp-werknemer.

Daarnaast is de gemeente de premies werknemersverzekeringen en bijdrage Zvw verschuldigd. Stel de gemeente is geen eigenrisicodrager voor de ZW en WGA dan gelden de volgende premiepercentages (voorlopige percentages 2024):

- Ufo-premie[17] 0,68%
- Gedifferentieerde premie Aof hoog: 7,49%
- Opslag kinderopvang: 0,50%
- Individueel bepaalde gediff. Premie Whk (stel): 1,15%
- Bijdrage Zvw: 6,57%

17 **Ufo-premie** staat voor "Uitvoeringsfonds voor de overheid" een premie voor eigenrisicodragers voor de WW (Werkloosheid Wet);
Gedifferentieerde premie Aof, staat voor premie Arbeidsongeschiktheidsfonds. Afhankelijk van de grote van de gemeente is een hoog of laag tarief verschuldigd. Een gemeente is veelal een grote werkgever en is dan het hoge tarief verschuldigd.
Opslag Kinderopvang, een wettelijk verplichte opslag op grond van de Wet Kinderopvang die samen met de Aof-premie wordt geheven.
Gedifferentieerde premie Whk: afhankelijk van het arbeidsongeschiktheidsrisico van een werkgever, betaalt de werkgever een voor de organisatie berekende gedifferentieerde premie Werkhervattingskas, welke premie bestaat uit een premie component voor de WGA (Werkhervatting gedeeltelijk Arbeidsongeschikten) en een component voor de ZW (Ziektewet voor werknemers waarvoor geen loondoorbetalingsverplichting geldt). Als een gemeente heeft gekozen om eigenrisicodrager te zijn voor de WGA en/of ZW, dan betaalt de gemeente deze premie (component) niet.

Totaal aan premies en bijdrage Zvw bij een anonieme werknemer bedraagt 16,39%. Bij een anonieme zzp-werknemer is de gemeente 16,39% * € 133.120,00 = € 21.818,37 verschuldigd aan premies voor de werknemersverzekeringen en de bijdrage Zvw.

De totale naheffing aan de gemeente bedraagt in dit voorbeeld dan:

Naheffing loonheffing (te verhalen op zzp-werknemer):	€ 69.222,40
Premies werknemersverzekeringen en bijdrage Zvw:	€ 21.818,37
Totale naheffing	€ 91.040,77
Boete van 25%	€ 22.760,19
	€ 113.800,96

4.6.4 Hoe om te gaan met de btw die op facturen in rekening zijn gebracht?

Het btw-bedrag dat op de factuur staat vermeld, is achteraf gezien niet juist. Achteraf beschouwd heeft de zzp-werknemer ten onrechte facturen met btw gestuurd, immers, deze werkrelatie wordt met terugwerkende kracht aangemerkt als een dienstverband en niet als btw-belaste dienst. Dus dat moet gecorrigeerd worden. Dat betekent dat:

- De zzp-werknemer de ten onrechte in rekening gebrachte btw op de facturen dient te crediteren (en diens eigen btw-aangiften moet suppleren) voor de betreffende periode waarin onterecht btw in rekening is gebracht;
- De zzp-werknemer de eventueel in vooraftrek gebrachte btw ten aanzien van deze ten onrechte aangemerkte btw belaste dienst moet terugbetalen aan de belastingdienst middels suppleties. Hierover kan belastingrente verschuldigd zijn.
- De gemeente de ontvangen creditfacturen in de administratie dient te verwerken, zodat de betaalde btw die in de administratie is verwerkt wordt teruggedraaid conform het relevante btw-regime gecorrigeerd (via suppleties).
- De zzp-werknemer dient het bedrag aan btw dat de gemeente heeft betaald, terug te betalen aan de gemeente.

De totale vordering op de zzp-werknemer wordt dan:

- Te verhalen loonheffing: € 69.222,40 (de zzp-werknemer kan dit bedrag weer verrekenen bij diens aangifte inkomstenbelasting) Ten onrechte in rekening gebrachte btw: **€ 27.955,20**.
  Totaal € 97.177,60

Na verhaal, bedragen de kosten voor de gemeente € 44.578,55. In dit rekenvoorbeeld is geen rekening gehouden met de arbeidsrechtelijke gevolgen, zoals pensioenpremies, aanzeggingstermijnen, vordering vakantiedagen, loondoorbetaling bij ziekte en transitievergoeding, alsook het recht op een eventuele WW-uitkering na afloop van de opdracht.

4.7 Inlenersbeloning

Inhuurkrachten, niet zijnde payrollwerknemers, hebben op grond van artikel 8 Waadi recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als waarop werknemers recht hebben die in vergelijkbare functies bij de inlener werkzaam zijn. Dit wordt de inlenersbeloning genoemd.

Afwijking van het loonvoorschrift uit de Waadi is per cao mogelijk. De ABU-cao en de NBBU-cao hebben van de afwijkingsmogelijkheid gebruikt gemaakt, waardoor de inlenersbeloning voor ondernemingen die deze cao toepassen beperkt is tot de volgende 10 elementen:

1. Het periodeloon
   De uitzendkracht heeft recht op hetzelfde loon en recht op inschaling in dezelfde functiegroep als een werknemer van de inlener die in een vergelijkbare functie werkzaam is.

2. Arbeidsduurverkorting
   De bij de inlener van toepassing zijnde regeling omtrent arbeidsduurverkorting dient ook toegepast te worden op de uitzendkracht. De uitzendonderneming kan er voor kiezen om in plaats van

vrije tijd de waarde van de arbeidsduurverkorting in de vorm van een percentage boven op het uurloon uit te betalen.

3. Toeslagen
   Uitzendkrachten hebben recht op alle bij de inlener geldende toeslagen. Hierbij valt te denken aan toeslagen voor overwerk, onregelmatige tijden of bijvoorbeeld het werken in ploegendienst.

4. Initiële loonsverhoging
   De initiële loonsverhoging is de structurele, algemene loonsverhoging die voor alle arbeidskrachten geldt. Uitzendkrachten hebben recht op deze verhoging vanaf hetzelfde tijdstip en met dezelfde omvang.

5. Kostenvergoedingen
   Vergoeding van kosten die noodzakelijk zijn van de uitvoering van het werk, zowel de bruto als de netto vergoedingen, vallen onder de inlenersbeloning. Denk hierbij aan bijvoorbeeld reiskosten, representatiekosten etc.

6. Periodieken
   De periodieke loonsverhoging dient op dezelfde wijze als gebruikelijk is bij de inlener te worden toegekend. Als de periodiek bij de inlener afhankelijk is gesteld van de beoordeling van het functioneren van de uitzendkracht, heeft de uitzendkracht recht op een periodieke verhoging, tenzij de inlener kan aantonen dat de uitzendkracht volgens de regels en procedures bij de opdrachtgever geen periodiek zou hebben ontvangen.

7. Reisuren
   De vergoeding van reisuren verbonden aan het werk valt onder de inlenersbeloning. Dat geldt niet wanneer de reisuren als gewerkte uren worden aangemerkt. De uitzendkracht ontvangt in deze situatie de reisuren als uurloon.

8. Eenmalige uitkeringen
   Aan de uitzendkracht komen ook eenmalige uitkeringen toe als de werknemers van de inlener deze ontvangen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan eenmalige bonussen of eenmalige uitkeringen die uit de Cao voortvloeien.

9. Thuiswerkvergoeding
   De uitzendkracht heeft recht op bij de inlener van toepassing zijnde thuiswerkvergoeding.

10. Vaste eindejaarsuitkering
    Onder de vaste eindejaarsuitkering valt bijvoorbeeld een 13e maand, een kerstgratificatie, of een eindejaarsuitkering. De hoogte, het tijdstip en de voorwaarden dienen gelijk te zijn. Als de inlener de vaste eindejaarsuitkering heeft ingebracht in een systeem van uitruil van arbeidsvoorwaarden zoals een individueel keuzebudget (IKB) en dat (deel van de) uitruilregeling niet reeds aan de uitzendkracht wordt uitbetaald, dan wordt de vaste eindejaarsuitkering herleidbaar in de uitruilregeling bij de inlener toegekend aan de uitzendkracht.

Onder het toepassingsbereik van de ABU-cao en NBBU-cao vallen zaken als een pensioenregeling of een vakantiedagenregeling door de afwijkingsmogelijkheid niet onder de inlenersbeloning. De verwachting is dat in de toekomst de inlenersbeloning verder wordt uitgebreid waardoor de verschillen in arbeidsvoorwaarden met werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij de inlener verder worden verkleind. Er ligt thans een concept wetsvoorstel (Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten) waarmee volledige gelijktrekking van arbeidsvoorwaarden moet worden gerealiseerd.[18] Hiermee wordt beoogd afwijkingen bij cao – zoals nu het geval is in de uitzendcao's

18 Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten

– onmogelijk te maken en sociale partners alleen nog te laten bepalen wanneer sprake is van vergelijkbare arbeidsvoorwaarden.

Zowel de inlener als de uitlener dragen verantwoordelijkheid voor een correcte toepassing van de inlenersbeloning. De uitlener stelt de inlenersbeloning vast. De inlener is verantwoordelijk voor het correct, volledig en tijdig informeren van de uitlener over de eigen beloningsregeling. De toepassing van de inlenersbeloning kan op basis van de Cao ABU (artikel 16 lid 8) niet met terugwerkende kracht worden aangepast, behalve als 1) sprake is van opzet dan wel kennelijk misbruik of 2) het uitzendbureau zich niet aantoonbaar heeft ingespannen voor een correcte vaststelling van de inlenersbeloning of 3) het uitzendbureau zich niet heeft gehouden aan zijn informatieverplichting richting de uitzendkracht inzake de inlenersbeloning of 4) de uitlener geen schriftelijke toelichting heeft gegeven op de vaststelling van de inlenersbeloning na een gemotiveerd verzoek daartoe van de uitzendkracht.

Voor het onjuist toepassen van de inlenersbeloning kan de inlener aansprakelijk zijn als de inlener wist van de onderbetaling van de arbeidskracht door de inlener. De inlener kan hier bijvoorbeeld op de hoogte van zijn doordat de arbeidskracht lager wordt beloond dan de werknemers van inlener die in vergelijkbare functies werkzaam zijn.

In geval de inlenersbeloning niet correct wordt nageleefd, leidt dat niet tot een boete. Wel kan de inlener op grond van de Wet aanpak schijnconstructies (WAS) hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de juiste uitbetaling van het loon aan de uitzendkracht. De uitzendkracht kan dus zelf kiezen of hij de uitlener of de inlener aansprakelijk stelt. De inlener kan op zijn beurt mogelijk het verhaalsrecht uitoefenen op de uitlener. In de uitleenovereenkomst kunnen hieromtrent beperkingen zijn opgenomen, waardoor verhaalsmogelijkheden worden uitgesloten.

4.8 Overname ingehuurde krachten (belemmeringsverbod)

Als de inhuurkracht naar tevredenheid functioneert, zal de inlener mogelijk de inhuurkracht rechtstreeks in dienst willen nemen. Het detacherings- of uitzendbureau dat de arbeidskracht ter beschikking heeft gesteld, mag rechtstreekse indiensttreding niet belemmeren, bijvoorbeeld door middel van een concurrentie- en relatiebeding. Het beding verliest op grond van artikel 9a Waadi in een dergelijk geval zijn werking. Het belemmeringsverbod geldt voor de periode na afloop van de terbeschikkingstelling. Een overstap tijdens de terbeschikkingstelling mag dus wel worden beperkt.

De Hoge Raad heeft in 2017 geoordeeld dat het niet alleen gaat om het tussen de inhuurkracht en inlener tot stand komen van een arbeidsovereenkomst, maar ook van een arbeidsverhouding. Als gevolg hiervan kan het belemmeringsverbod ook voor werknemers gelden die besluiten na hun arbeidsovereenkomst met werkgever als zelfstandige voor de opdrachtgever te gaan werken. Als criterium geldt dat de arbeidskracht onder leiding en toezicht van de opdrachtgever betaalde werkzaamheden moet gaan verrichten.[19]

Anders dan uitzendkrachten geldt voor ter beschikking gestelde zelfstandigen dat zij niet onder de Waadi vallen.[20] Daarom is het belemmeringsverbod op hen niet van toepassing. Het gaat immers niet om een 'werknemer' die ter beschikking wordt gesteld, maar om een opdrachtnemer. Dit is anders als de zelfstandige onder leiding en toezicht staat van de inlener en er mogelijk sprake is van een zogenoemde 'schijnconstructie'. Via de band van de 'arbeidsverhouding' is het belemmeringsverbod dan alsnog van toepassing.

Wel is het op grond van artikel 9a Waadi voor uitzend- en detacheringsbureaus toegestaan om een redelijke vergoeding te bedingen voor een arbeidskracht die bij de inlener in dienst treedt. De redelijke vergoeding is niet in de wet gedefinieerd, maar dient van geval tot geval te worden bepaald en

19 HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689 (Focus On Human).
20 HR 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:751.

in verhouding te staan tot de verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, werving en/of opleiding van de arbeidskracht. Het bedrag mag niet hoger zijn dan de werkelijk gemaakte wervingskosten, eventueel verhoogd met een winstpercentage. Een beding over een redelijke vergoeding is vaak te vinden in de uitleenovereenkomst of in de toepasselijke algemene voorwaarden. Om het initiatief tot vaststelling van een redelijke vergoeding bij overname van de arbeidskracht niet bij de uitlener te laten, is het voor de inlener aan te raden voorafgaand aan de inlening hierover te onderhandelen en goede afspraken te maken.

4.9 Opvolgend werkgeverschap

Er is sprake van opvolgend werkgeverschap als de arbeidskracht achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die uitgaande van de verrichte arbeid redelijkerwijs kunnen worden beschouwd als elkaars opvolger (artikel 7:668a, lid 2 BW). Het gaat erom dat er voor de werknemer ten aanzien van zijn taken feitelijk weinig verandert, behalve dat hij formeel een andere werkgever krijgt. Als de werknemer bij aanvang van de rechtstreekse indiensttreding een andersoortige functie gaat bekleden, is geen sprake van opvolgend werkgeverschap en start een nieuwe ketenregeling.

De meest voorkomende situatie van opvolgend werkgeverschap ziet op gevallen waarin een uitzendkracht of gedetacheerde werknemer rechtstreeks in dienst treedt bij een werkgever. Ter bescherming van de werknemer moet de inlener in het kader van de ketenregeling het aantal overeenkomsten en de arbeidsduur bij de 'vorige' werkgever meerekenen. Dat geldt voor zowel de situatie dat de arbeidsovereenkomst bij de 'vorige' werkgever voor onbepaalde was aangegaan als die waarin sprake was van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Bij een tussenpoos van langer dan zes maanden is de keten verbroken en start deze opnieuw.

Op basis van de ketenregeling mag een werkgever driemaal een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aanbieden waarbij een periode van 36 maanden niet mag worden overschreden. Bij rechtstreekse indienstname van een uitzendkracht zal dus al snel sprake zijn van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Temeer omdat voor de uitzendsector ruimere mogelijkheden gelden voor wat betreft het aangaan van flexibele arbeidscontracten.

De regels omtrent opvolgend werkgeverschap beperken de mogelijkheid van draaideurconstructies. Het is hierdoor niet mogelijk een werknemer langdurig afwisselend in dienst van de werkgever en in dienst van een derde hetzelfde werk te laten verrichten.

Van opvolgend werkgeverschap is geen sprake indien de werknemer op eigen initiatief dezelfde arbeid bij een nieuwe werkgever gaat verrichten.

4.10 Payrolling

Payrolling wordt ook wel omschreven als het uitbesteden van het juridische werkgeverschap. Deze uitbesteding vindt plaats aan een payrollbedrijf, de formele werkgever, die onder andere zorgt voor de salarisadministratie, de loonuitbetaling en verantwoordelijk is voor de loondoorbetaling bij ziekte en verzuimbegeleiding. De payrollwerknemer wordt tewerkgesteld aan de inlener, de materiele werkgever, die toezicht en leiding uitoefent op de arbeidskracht.

De payrollovereenkomst is een bijzondere vorm van een uitzendovereenkomst. Artikel 7:692 BW definieert de payrollovereenkomst als volgt:

"De payrollovereenkomst is de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen."

Het ontbreken van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, de zogenoemde allocatiefunctie, onderscheidt de payrollovereenkomst van de uitzendovereenkomst. In het geval van payrolling vindt de werving en selectie door de inlener zelf plaats. Bij de beoordeling of sprake is van een allocatieve functie zijn de navolgende indicaties onder meer relevant, waarbij geen van de bovengenoemde indicaties op zichzelf staan, maar tezamen kunnen ze helpen bij het bepalen of er sprake is van een allocatieve functie.

a. Of de formele (uitzend)werkgever de arbeidskracht (zelf) heeft geworven en geselecteerd, bijvoorbeeld door plaatsing van een vacature, het actief benaderen van potentiële arbeidskrachten en het actief benaderen van opdrachtgevers;
b. Of en in welke mate de opdrachtgever/derde bemoeienis heeft gehad met de werving en het selectieproces en de inlener dus zelf de allocatiefunctie heeft vervuld of dit een derde voor hem heeft laten doen, niet zijnde de formele werkgever;
c. Of de werknemers eerder in dienst of anderszins werkzaam waren bij de inlenende onderneming (draaideurconstructie) en de inlener zelf de allocatiefunctie heeft vervuld;
d. Of er sprake is van een tijdelijke vraag naar arbeid door de inlener, dat wil zeggen of 'de uitzendwerkgever zich voornamelijk bezighoudt met het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van tijdelijke arbeid, zoals vervanging van werknemers tijdens ziekte of andere afwezigheid, het opvangen van piekuren of soortgelijke plotselinge opkomende werkzaamheden';
e. De structurele aard van de werkzaamheden/functie die door de arbeidskracht verricht moeten worden bij de inlener (en dus geen tijdelijke vraag naar arbeid);
f. Of het payrollbedrijf in zijn geheel geen allocatieve activiteiten heeft (zoals het hebben van een vacaturesite en intercedenten in dienst hebben die actief werven en alloceren).

Daarnaast heeft de inlener bij payrolling het exclusieve recht om de payrollwerknemer in te zetten. Bij het vaststellen of sprake is van exclusieve terbeschikkingstelling moeten de volgende indicaties in onderlinge samenhang worden bezien:

a. Welke afspraken zijn tussen de opdrachtgever en de inlener gemaakt (al dan niet schriftelijk, zoals een exclusiviteitsbeding);
b. Of de arbeidskracht is medegedeeld dat hij exclusief aan die onderneming ter beschikking wordt gesteld en dit ook feitelijk heeft plaatsgevonden;
c. Hoe lang de arbeidskracht al (exclusief) bij de inlener werkzaam is en of voorheen bij de inlener werkzaam is geweest;
d. Of de arbeidskracht ook met de inlener praktische zaken (bijvoorbeeld gerelateerd aan zijn arbeidsvoorwaarden) moet afspreken, zoals zijn vakanties;
e. Of de inlener ook bemoeienis heeft met het personeelsbeleid ten behoeve van de arbeidskracht, zoals functioneringsgesprekken.

De inlener kan eenvoudig de samenwerking met de arbeidskracht beëindigen door de payrollovereenkomst te beëindigen. Van toepassing is de reguliere ketenregeling. Sinds 2020 geldt dat werkgever en werknemer maximaal drie tijdelijke contracten in drie jaar kunnen aangaan. De payrollwerknemer heeft, net als andere werknemers, bij ontslag recht op een transitievergoeding.

De payrollwerknemer heeft recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de inlener (artikel 8a, lid 1 Waadi). De gelijkstelling gaat zowel over primaire als secundaire arbeidsvoorwaarden, maar geldt niet voor een eventuele pensioenregeling.

Voor de payrollwerkgever geldt op basis van de Waadi (artikel 8c) een zogenoemde vacaturemeldingsplicht. De payrollwerkgever dient de bij hem werkzame payrollwerknemers tijdig en duidelijk de binnen zijn bedrijf ontstane vacatures mee te delen, zodat zij dezelfde kansen hebben op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als de werknemers die rechtstreeks bij de payrollwerkgever in dienst zijn. Uit de wetsgeschiedenis bij de Waadi blijkt dat deze vacaturemeldingsplicht alleen geldt voor vacatures voor onbepaalde tijd. De verplichting gaat niet zover dat de inlener ook verplicht is om de payrollwerknemer die bij hem solliciteert op een vacature ook daadwerkelijk in dienst te nemen.

In het kader van beperking van externe inhuur wordt payrolling in de sector gemeenten uitgefaseerd. De partijen die betrokken zijn bij de Cao Gemeenten en de Cao SGO hebben in het onderhandelaarsakkoord van 10 november 2023 voor de CAO 2024-2025 afgesproken dat payrolling als contractvorm niet meer gewenst is en met ingang van 1 januari 2028 wordt afgeschaft.

4.11 Toelatingsstelsel voor de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten

Om malafide uitzendbureaus te bestrijden en kwetsbare (buitenlandse) flexkrachten beter te beschermen heeft het kabinet op 6 oktober 2023 een wetsvoorstel ingediend om de uitzendsector beter te reguleren. Het wetsvoorstel 'Wet toelating terbeschikkingstelling van arbeidskrachten' bevat een toelatingsstelsel voor uitzendbureaus, maar ook voor andere organisaties die arbeidskrachten ter beschikking stellen, ook als dat niet hun belangrijkste activiteit is. Uitleners die in beperkte mate arbeidskrachten ter beschikking stellen kunnen de Minister van SZW verzoeken om ontheffing. Het toelatingsstelsel geldt niet voor intra-concern detachering en collegiale uitlening. Van collegiale uitlening is sprake als een werknemer aan een derde ter beschikking wordt gesteld tegen een vergoeding van ten hoogste de loonkosten.

Het toelatingsstelsel geldt per 1 januari 2026. Voor toelating is een Verklaring Omtrent het Gedrag (VOG) van betreffende onderneming vereist en betaling van een waarborgsom van € 100.000,00. Voor startende uitleners geldt bij de aanvraag van voorlopige toelating een waarborgsom van € 50.000,00. Uitzendbureaus die in 2025 al meer dan 4 jaar arbeidskrachten uitzenden kunnen voor de borgsom een vrijstelling ontvangen. Voorts geldt als vereiste voor toelating een positief inspectierapport, waarbij gecontroleerd is op het juist betalen van loon en het doen van belastingaangifte. Ook dient aangetoond te worden dat er sprake is van een juiste pensioenaansluiting.

Na toelating vindt er periodieke controle plaats of nog aan de toelatingseisen wordt voldaan. Zodra dat niet langer het geval is, wordt de toelating geschorst. Als vervolgens niet binnen de aangegeven tijd voldoende herstel is aangetoond, wordt de toelating ingetrokken. In dat geval mogen er geen arbeidskrachten meer ter beschikking worden gesteld.

Organisaties en bedrijven die arbeidskrachten inhuren, de inleners, mogen alleen zaken doen met uitzendbureaus die toegelaten zijn tot de markt. De inlener kan dat controleren via het openbare register van toegelaten uitleners. De Arbeidsinspectie houdt toezicht op de verplichtingen voor in- en uitleners.

5 Overige aspecten

5.1 In welke gevallen hebben de Cao Gemeenten en Cao SGO invloed op flexibele arbeidskrachten?

De Cao Gemeenten regelt in artikel 1.2 de toepassing en de reikwijdte van de cao. Die reikwijdte is strikt: de cao geldt voor werknemers die een arbeidsovereenkomst met een gemeente zijn aangegaan. De Cao SGO bepaalt ten aanzien van werknemers die onder de reikwijdte van die cao vallen, hetzelfde in artikel 1.2 lid 3. Waar wordt gesproken over de cao, wordt hierna beide cao's bedoeld.

Met het oog op deze handreiking is relevant dat als gevolg van deze strikte reikwijdte de cao niet van toepassing is op extern ingehuurde arbeidskrachten. Ten aanzien van de gedetacheerde werknemer, de uitzendkracht en de payrollwerknemer is de reden daarvan gelegen in het feit dat zij een arbeidsovereenkomst hebben met respectievelijk het detacheringsbureau, het uitzendbureau en de payrollwerkgever, niet met de gemeente. De (eventuele) cao die van toepassing is op de organisatie van die werkgevers is van toepassing op de arbeidsverhouding van de externe arbeidskracht. Deze arbeidskracht kan de betreffende werkgever aanspreken op de nakoming van de rechten en plichten die daaruit voortkomen. De betreffende payrollwerkgever dan wel het detacherings- of uitzendbureau factureert vervolgens de personeelskosten aan de gemeente die gebruikmaakt van de arbeidskracht.

Het uitgangspunt dat de in de Cao Gemeenten opgenomen arbeidsvoorwaarden niet van toepassing zijn op de genoemde extern ingehuurde arbeidskrachten kent enige nuance. De Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) kent bepalingen die erop zijn gericht werkgevers te bewegen om externe arbeidskrachten gelijke arbeidsvoorwaarden aan te bieden als de eigen werknemers. Het betreft dan arbeidskrachten die aan de betreffende werkgever ter beschikking zijn gesteld, om – op andere basis dan een arbeidsovereenkomst – werkzaamheden te verrichten onder leiding en toezicht van die werkgever. De artikelen 8 en 8a van de Waadi zijn in dit kader relevant en van toepassing op ter beschikking gestelde arbeidskrachten, respectievelijk niet en wel middels payroll. Die artikelen beogen een algemene gelijke behandelingsnorm voor ter beschikking gestelde arbeidskrachten. Daaruit volgt een (op bepaalde punten) gelijke toepassing van arbeidsvoorwaarden, zoals die gelden voor de werknemers met een gelijkwaardige functie binnen (de sector van) de gemeente. Dit heeft zodoende tot gevolg dat in de toepassing van – bepaalde – arbeidsvoorwaarden voor de extern ingehuurde (ter beschikking gestelde) arbeidskrachten de Cao Gemeenten maatgevend is. De aanspraak op de betreffende arbeidsvoorwaarden bestaat daarmee in gelijke omvang, waarmee sprake is van gelijke beloning. Dit geldt niet voor de rechtstreeks gecontracteerde zzp'er.

5.2 Ambtenaarschap, VOG en afleggen ambtseed of -belofte

In het eerste artikel van de Ambtenarenwet 2017 is bepaald wie ambtenaar is. Dit betreft diegene die op basis van een arbeidsovereenkomst met de overheidswerkgever werkzaam is. Voor ambtenaren zijn de bepalingen in de Ambtenarenwet van toepassing. Noemenswaardige bepalingen in het kader van deze handreiking zien op de aflegging van de ambtseed of -belofte, de verplichtingen ten aanzien van nevenwerkzaamheden, het goed ambtenaarschap, de geheimhouding en de beperking van bepaalde grondrechten. Omdat ambtenaren in loondienst van de gemeente onder de reikwijdte van de Ambtenarenwet vallen, zijn dergelijke bepalingen automatisch van toepassing. Dat is anders ten aanzien van extern ingehuurde arbeidskrachten.

Uitzendkrachten, gedetacheerde arbeidskrachten (al dan niet vanuit detacheringsbureaus), payrollwerknemers en zzp'ers sluiten geen arbeidsovereenkomst met de gemeente. Dat brengt mee dat zij niet voldoen aan de kwalificatie van ambtenaar als bedoeld in de Ambtenarenwet. Als gevolg

daarvan zijn voornoemde verplichtingen niet op hen van toepassing. Tegelijkertijd legt de Ambtenarenwet de gemeente als werkgever verschillende verplichtingen op, onder meer in het kader van het goede functioneren van de gemeente. Zo is de gemeente gehouden een integriteitsbeleid te voeren dat is gericht op het bevorderen van goed ambtelijk handelen en aandacht te besteden aan integriteitsbewustzijn. Het integriteitsbeleid behoort vast onderdeel uit te maken van het te voeren personeelsbeleid. Ook is de gemeente gehouden een gedragscode tot stand te brengen.

Het is vanzelfsprekend van belang dat een extern ingehuurde arbeidskracht zich ook gedraagt zoals een goed ambtenaar zich zou (behoren te) gedragen en zaken die hem of haar vanwege de rechtsbetrekking ter kennis zijn gekomen geheimhoudt. De gemeente doet er daarom goed aan ervoor te zorgen dat regelingen die zien op dergelijke aangelegenheden ook toepassing vinden op extern ingehuurde arbeidskrachten. Daarin kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de toepassing van de gedragscode en/of interne regelingen en richtlijnen, alsmede het overeenkomen van geheimhouding. In de praktijk kan dit worden uitgevoerd middels ondertekening van een integriteits- en geheimhoudingsverklaring. Het voorgaande vereist dat de toegepaste gedragscode en/of interne regelingen en richtlijnen daadwerkelijk worden uitgereikt aan de externe arbeidskrachten op wie die worden toegepast en dat nadien jegens hen ook de vereiste aandacht besteed blijft worden aan die regels.

Tot slot van dit onderdeel is het van belang hier te benoemen dat een inhuurkracht geen gegevens in kan en mag zien in het kader van de Wet Bibob. Om Bibob-bevoegdheden te kunnen uitoefenen dient een ambtenaar Bibob-gegevens te kunnen inzien. Uit de wetsgeschiedenis bij artikel 28, eerste lid, Wet Bibob, blijkt wie er kennis mogen nemen van Bibob-gegevens. Dat zijn medewerkers van het Bureau Bibob, het bestuur dat om advies heeft gevraagd en zijn ambtenaren, als voor de instanties die in aanmerking komen voor verstrekking van persoonsgegevens door Bureau Bibob buiten de adviesaanvraag om, zoals het openbaar ministerie en de Registratiekamer.

Het gemeentebestuur en zijn ambtenaren zijn zodoende bevoegd om kennis te nemen van Bibob-gegevens en om Bibob-bevoegdheden uit te oefenen. De zinssnede 'en zijn ambtenaren' heeft betrekking op ambtenaren zoals bedoeld in artikel 1 Ambtenarenwet 2017. Artikel 1, eerste lid Ambtenarenwet 2017 luidt:

Ambtenaar in de zin van deze wet is degene die krachtens een arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht met een overheidswerkgever werkzaam is

Wanneer een medewerker is ingehuurd is deze niet krachtens een arbeidsovereenkomst werkzaam voor de gemeenten. De inhuurkracht kwalificeert niet als een ambtenaar in de zin van artikel 1, eerste lid Ambtenarenwet 2017. Het zijn van ambtenaar van een gemeente zou nog geconstrueerd kunnen worden via het zijn van onbezoldigd ambtenaar van de gemeente. Artikel 1, tweede lid Ambtenarenwet 2017 betreft de onbezoldigd ambtenaar en luidt:

Ambtenaar is tevens degene die met een overheidswerkgever is overeengekomen zonder afspraak op loon als bedoeld in artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek een functie te vervullen die is aangewezen bij algemene maatregel van bestuur, waarvan de voordracht geschiedt door Onze Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

De inhuurkracht kan echter niet worden aangewezen als een onbezoldigd ambtenaar in de zin van artikel 1, tweede lid Ambtenarenwet 2017. Om te kunnen worden aangewezen als onbezoldigd ambtenaar dient de inhuurkracht een functie te vervullen die staat opgenomen in de lijst van artikel 2 Uitvoeringsbesluit Ambtenarenwet 2017. De inhuurkracht die betrokken is bij Bibob-aanvragen en deze moet beoordelen en op grond daarvan Bibob-gegevens kan inzien, behoort niet tot de in artikel 2 Uitvoeringsbesluit Ambtenarenwet 2017 genoemde functies. Hij kwalificeert zich niet als een onbezoldigd ambtenaar in de zin van artikel 1, tweede lid Ambtenarenwet 2017.

Nu er geen sprake is van ambtenaarschap kan op grond van de wetsgeschiedenis bij artikel 28, eerste lid Wet Bibob, vereiste ambtenaarrechtelijke relatie om kennis te kunnen nemen van Bibob-gegevens tussen een inhuurkracht en de gemeente ontbreekt. De gemeente kan in het kader van de geheimhouding van artikel 28, eerste lid Wet Bibob, geen Bibob-gegevens delen met een inhuurkracht. Het betreft een zeer strenge geheimhoudingsplicht, waarvan niet kan worden afgeweken.

5.3 Sociale zekerheid: WW, Wet WIA, ZW

De hoofdregel is dat verzekerd voor de Werkloosheidswet (WW), Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) en de Ziektewet (ZW) zijn de arbeidskrachten die werknemer zijn in de zin van die wetten. Het werknemersbegrip veronderstelt een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking met een werkgever. Privaatrechtelijk betreft dat een arbeidsovereenkomst in de zin van het Burgerlijk Wetboek. Dat betreft ook de arbeidsovereenkomst met de overheidswerkgever. Met de publiekrechtelijke dienstbetrekking wordt de arbeidsverhouding van een overheidswerkgever met een ambtenaar op basis van een publiekrechtelijke aanstelling bedoeld. Op deze hoofdregel kennen de genoemde wetten voor bepaalde gevallen specifieke uitzonderingen.

De uitzendkracht, de payrollwerknemer of de werknemer die vanuit een detacheringsbureau wordt gedetacheerd, heeft een arbeidsovereenkomst met respectievelijk het uitzendbureau, de payrollwerkgever en het detacheringsbureau. Uit hoofde van die arbeidsovereenkomst zijn deze arbeidskrachten verzekerd voor de genoemde sociale zekerheidswetten. Die sociale verzekeringen vloeien in beginsel niet voort uit de rechtsbetrekking die vervolgens ontstaat met de gemeente, alwaar de extern ingehuurde arbeidskracht werkzaam is. Met het oog op het eigenrisicodragerschap is dit een belangrijk voordeel voor de overheidswerkgever.

De zzp'er is in beginsel niet verzekerd onder de genoemde sociale zekerheidswetten; deze voldoet niet aan het werknemersbegrip van artikel 3 ZW. Uitdrukkelijk wordt daarbij opgemerkt dat de rechtsbetrekking met de zzp'er feitelijk ook zal moeten voldoen aan de criteria van zelfstandige, zodat geen sprake is van schijnzelfstandigheid. Voor de beschouwing daarvan wordt verwezen naar hoofdstuk 4 van deze handreiking. In dat geval is vanuit de sociale zekerheidsoptiek sprake van een zogenoemde fictieve dienstbetrekking. Op dat moment kwalificeert de rechtsbetrekking als arbeidsovereenkomst tussen de zzp'er en de opdrachtgevende gemeente. Daarmee valt de zzp'er, die dan wordt gelijkgesteld met werknemers, onder het werknemersbegrip van artikel 3 ZW en zijn de genoemde sociale zekerheidswetten van toepassing en worden premies werknemersverzekeringen (met terugwerkende kracht) geheven.

5.4 Medezeggenschap

Wanneer een organisatie gebruikmaakt van een flexibele schil met arbeidskrachten die binnen die organisatie werkzaam zijn, dan kan dat inhouden dat de ondernemer aandacht moet besteden aan c.q. rekening moet houden met medezeggenschapsaspecten die daaraan verbonden zijn. Deze kunnen betrekking hebben op het adviesrecht en instemmingsrecht van de ondernemingsraad op grond van de Wet op de ondernemingsraden (WOR), maar ook op de mogelijkheid voor de ingehuurde arbeidskrachten om hun medezeggenschapsrechten te kunnen uitoefenen bij de organisatie waar zij als inhuurkracht daadwerkelijk hun arbeid verrichten. Dit laatste vloeit overigens ook voort uit de WOR.

5.4.1 Advies- en instemmingsrecht

Het groepsgewijze werven of inlenen van arbeidskrachten is op grond van de WOR een belangrijke beslissing van financieel-economische en bedrijfsorganisatorische aard en om die reden adviesplichtig op grond van artikel 25, lid 1, aanhef, onder g. van deze wet. Er wordt een verschil gemaakt tussen werven en inlenen. Het groepsgewijze werven heeft betrekking op, vaak incidentele, wervingscampagnes die erop gericht zijn om voor de onderneming bijzondere groepen personeelsleden aan te trekken, waarbij wordt afgeweken van het gebruikelijke aanstellingsbeleid in de onderneming, derhalve een voor de onderneming ongewone groepsgewijze aantrekking van werknemers.

Het groepsgewijze inlenen ziet op arbeidskrachten die in dienst zijn bij een andere werkgever en te werk worden gesteld in de onderneming. Dit wordt vaak aangeduid als detachering naar de inlenende organisatie, maar ook het inhuren van een groep van uitzendkrachten valt hieronder. Volgens de memorie van toelichting bij artikel 25, lid 1, aanhef, onder g. WOR heeft dit onderdeel niet alleen betrekking op het inlenen of werven van werknemers op zichzelf, maar ook op het afsluiten van overeenkomsten op dit gebied, op grond waarvan later werknemers worden geworven of ingeleend. Tot voor kort was de lijn in de jurisprudentie dat wanneer het een gebruikelijke gang van zaken was dat er bijvoorbeeld tweejaarlijks een raamovereenkomst wordt afgesloten met een uitzendbureau, het besluit tot aangaan van de raamovereenkomst dan niet adviesplichtig was. Met andere woorden: voor toepasselijkheid van het adviesrecht moest het gaan om een afwijking van het gebruikelijke aantrekkingsbeleid, dus een voor de onderneming ongewone groepsgewijze aantrekking van werknemers.

Door deze lijn heeft de Hoge Raad een streep gehaald met zijn uitspraak van 3 november 2023 waarin het volgende is bepaald:

Krachtens art. 25 lid 1, aanhef en onder g, WOR wordt de ondernemingsraad door de ondernemer in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over elk door hem voorgenomen besluit tot het groepsgewijze inlenen van arbeidskrachten. Noch de tekst van deze bepaling, noch de wetsgeschiedenis, waarin slechts in algemene zin is gewezen op de bijzondere problemen die het groepsgewijze inlenen van arbeidskrachten voor de goede gang van zaken binnen de onderneming kan oproepen, biedt steun voor de door de ondernemingskamer gehuldigde rechtsopvatting (zie rov. 3.4 van de bestreden beschikking) dat het "voor toepasselijkheid van het adviesrecht moet (…) gaan om een afwijking van het gebruikelijke aantrekkingsbeleid, dus een voor de onderneming ongewone groepsgewijze aantrekking van werknemers". Aangenomen moet worden dat de ondernemingsraad een adviesrecht toekomt ten aanzien van elk voorgenomen besluit tot het groepsgewijze inlenen van arbeidskrachten.[21]'

De conclusie naar aanleiding van deze uitspraak van de Hoge Raad is dat de OR een adviesrecht toekomt ten aanzien van elk voorgenomen besluit tot het groepsgewijze inlenen van arbeidskrachten.

In artikel 27, eerste lid, aanhef, onder e. WOR, wordt het aanstellingsbeleid genoemd. Onder het aanstellingsbeleid vallen regels die de ondernemer stelt ten aanzien van sollicitatieprocedures, aannemen van bepaalde categorieën werknemers, soort aanstellingen et cetera. Dit onderdeel heeft veel raakvlakken met het beleid met betrekking tot het groepsgewijze werven van arbeidskrachten als bedoeld in artikel 25, eerste lid, aanhef, onder g. WOR. Als de ondernemer bepaalt dat er groepsgewijs medewerkers worden geworven die in het Doelgroepenregister staan ingeschreven, dan kan dit aan de beide hiervoor genoemde artikelen raken. Het formele advies- en instemmingsrecht op grond van respectievelijk de artikelen 25 en 27 WOR echter wordt veelal doorkruist door het primaat van de politiek.

5.4.2 Primaat van de politiek

Artikel 46d WOR maakt dat de OR in veel gevallen geen gebruik kan maken van het advies- en instemmingsrecht zoals opgenomen in de artikelen 25 en 27 WOR. In onderdeel b. van artikel 46d WOR is bepaald dat de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan buiten het overlegrecht en daarmee advies- en instemmingsrecht van ondernemingsraden valt. Dit heeft ook betrekking op gemeenten en gemeentelijke organisaties. Ondernemingsraden hebben dit meer dan eens ter discussie gesteld bij de rechter, maar uit de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt duidelijk dat wanneer aangelegenheden te maken hebben met de publiekrechtelijke taken (vaststellen van deze taken, beleid en uitvoering daarvan) aan de OR geen bevoegdheden hierover toekomen. De Hoge Raad oordeelt dat de wetgever blijkens de parlementaire behandeling van art. 46d WOR en de evaluatie van de werking van de WOR bij de overheid in 2001 uitdrukkelijk niet gewild heeft dat politieke besluiten van democratisch

21 Hoge Raad, 3 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1514 (r.o. 3.2).

gecontroleerde organen door de Ondernemingskamer (de rechter) in het kader van de WOR worden getoetst.

De Ondernemingskamer is geruime tijd van oordeel geweest dat wanneer de ondernemer een voorgenomen besluit aan de OR had voorgelegd, aan de OR wel adviesrecht toekwam en de OR ontvankelijk was bij de Ondernemingskamer. In 2015 stelde de Ondernemingskamer de regel vast dat wanneer een ondernemer zonder voorbehoud advies heeft gevraagd, de voorschriften van het adviesrecht inclusief beroepsprocedure daarop van toepassing zijn ("eens gegeven blijft gegeven"). Maar de Ondernemingskamer bepaalde ook dat dit niet geldt voor zover het desbetreffende besluit van medezeggenschap is uitgesloten op de voet van artikel 46d aanhef en onder b WOR.

Op het moment dat een besluit mede aspecten bevat die betrekking hebben op de regeling van de personele gevolgen, dan komt de OR wel adviesrecht toe, maar strekken de bevoegdheden van de OR zich alleen uit tot deze personele aspecten. Mocht de OR in beroep gaan tegen het besluit bij de Ondernemingskamer, dan kan in beroep de rechter alleen voorzieningen opleggen die betrekking hebben op de regeling van de personele gevolgen. Wanneer er geen sprake is van verdringing van arbeid, en de arbeidsvoorwaarden van het zittend personeel geen wijzigingen ondergaan, zullen er niet snel personele gevolgen worden vastgesteld.

Indien een besluit onder het primaat van de politiek valt is niet gezegd dat de ondernemer over het onderwerp geen overleg mag voeren met de OR. Een ondernemer doet er verstandig aan zijn OR te informeren over zijn voorgenomen besluit en luisteren naar hetgeen de OR opmerkt over het onderwerp, ondanks dat hiertoe geen verplichting is. Er dient vooraf wel aangegeven te worden wat de positie van de OR daarbij is. Dit om teleurstelling en mogelijk vertroebeling van de relatie te voorkomen.

5.4.3 In de onderneming werkzame personen

In de WOR is omschreven wie voor de toepassing van deze wet als in de onderneming werkzame personen beschouwd kunnen worden. Dit zijn personen die krachtens arbeidsovereenkomst dan wel krachtens publiekrechtelijke aanstelling in de onderneming arbeid verrichten (artikel 1, lid 2). In het derde lid onder a. van artikel 1 WOR, wordt de groep van in de onderneming werkzame personen uitgebreid met personen die in het kader van de werkzaamheden van de organisatie daarin tenminste 15 maanden werkzaam zijn krachtens een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 van het BW. In hetzelfde artikel onder b. is bepaald dat werknemers die bij een andere onderneming werkzaam zijn dan in de onderneming waarmee zij een arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling hebben, ook als werknemer van deze onderneming worden gezien. Dit kan betekenen dat werknemers voor de toepassing van de WOR een dubbel werknemerschap kunnen hebben. Bij de organisatie waarmee ze een dienstverband hebben en bij de organisatie waaraan ze zijn uitgeleend.

Uitzendkrachten die korter dan 15 maanden in de onderneming van de inlener feitelijk arbeid verrichten, gedetacheerd personeel en zzp'ers worden in beginsel niet aangemerkt als 'in de onderneming werkzame personen' en hebben zodoende geen medezeggenschapsrechten.

Artikel 6, vierde lid, WOR geeft echter de mogelijkheid om de werkingssfeer van de WOR uit te breiden. Uit deze bepaling blijkt dat de ondernemer en OR gezamenlijk kunnen besluiten tot het aanmerken van één of meer groepen van personen, die anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst met de ondernemer dan wel een publiekrechtelijke aanstelling regelmatig arbeid in de onderneming verrichten, als 'in de onderneming werkzame personen'. De ondernemer en de OR dienen overeenstemming te bereiken over de vraag of het aanwijzen van een bepaalde groep personen als 'in de onderneming werkzame personen' bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR in de onderneming.

Op het moment dat een werknemer op grond van artikel 1, derde lid, of artikel 6, vierde lid WOR tot in de onderneming werkzame personen wordt aangemerkt, betekent dit dat hij na drie maanden in

de onderneming werkzaam te zijn, actief (mogen kiezen) en passief (gekozen kunnen worden) kiesrecht heeft.

Wanneer de gemeente personeel inhuurt is het aan te raden om hun positie met betrekking tot de medezeggenschap in ogenschouw te nemen en te bezien in hoeverre deze inhuurkrachten reeds medezeggenschapsrechten (zouden moeten) hebben. Daarnaast kan worden nagedacht over de vraag of de groep van ingehuurde medewerkers die thans niet over medezeggenschapsrechten beschikt, deze alsnog zou kunnen verwerven.

5.5 Aanbesteden

Het arbeidsmarktvraagstuk dwingt gemeenten en gemeentelijke organisaties steeds creatiever te worden de personele bezetting rond te krijgen. Dit houdt in dat, naast het direct in dienst laten treden van medewerkers middels een arbeidsovereenkomst, deze organisaties op zoek gaan naar andere mogelijkheden om de 'gaten' in de bezetting voor kortere of langere duur met externe arbeidskrachten te vullen. Hierbij kan de situatie ontstaan dat het aanbestedingsrecht een rol gaat spelen. De Aanbestedingswet 2012 stelt dat de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen aanbestedende diensten zijn. Dat houdt in dat zij zich bij het verstrekken van opdrachten moeten houden aan de aanbestedingsregels zoals deze zijn vastgelegd in de Aanbestedingswet 2012. Met de Aanbestedingswet 2012 zijn de bepalingen uit de Europese Richtlijnen 2014/23, 2014/24 en 2014/25 in het Nederlands recht verankerd.

In deze handreiking kunnen niet alle vormen van het flexibel inhuren van personeel even uitgebreid worden besproken in het kader van het aanbestedingsrecht. In de gesprekken met gemeenten voor de totstandkoming van deze handreiking werd duidelijk dat er een behoefte bestaat bij gemeenten en gemeentelijke organisaties om onderling meer samen te werken door het opzetten van samenwerkingsverbanden om personeel uit te wisselen. Om die reden is besloten daar de nadruk op te leggen. Eerst is er aandacht voor de aanbestedingsrechtelijke aspecten van het inhuren van arbeidskrachten. Daarna wordt ingegaan op wat die inhuur op aanbestedingsrechtelijk gebied betekent voor de samenwerking tussen de gemeenten en gemeentelijke organisaties onderling.

5.5.1 Inhuren van arbeidskrachten

De vraag die vaak gesteld wordt, is 'wanneer moet de inhuur van arbeidskrachten worden aanbesteed?'. De plicht tot aanbesteden is aan de orde wanneer de organisatie een aanbestedende dienst is in de zin van de Aanbestedingswet 2012 en als de geraamde waarde van de opdracht het Europese drempelbedrag overschrijdt. Het inhuren van arbeidskrachten valt onder diensten en de drempelwaarde voor leveringen en diensten is voor 2023 vastgesteld op € 215.000,- per opdracht.[22] Zodra de waarde van de opdracht boven dit bedrag uitstijgt, dient de betreffende organisatie de opdracht Europees aan te besteden. Voor overheidsopdrachten die betrekking hebben op sociale en andere specifieke diensten ligt de drempel op € 750.000,- per opdracht. In de praktijk zien we dat er ook Europese aanbestedingen in de markt worden gezet voor bijvoorbeeld raamcontracten voor de inhuur van uitzendkrachten of het verlenen van Brokerdienstverlening voor ondersteuning bij het inhuren van zzp'ers.

In toenemende mate wordt door overheidsorganisaties, zo ook gemeenten, gebruik gemaakt van een Dynamisch aankoop systeem (DAS). Soms doen gemeenten dit alleen, maar er zijn ook verschillende gemeenten die gezamenlijk een DAS hebben opgezet. Leveranciers van personeel en zzp-ers kunnen zich aanmelden bij een DAS en wanneer zij worden toegelaten, kunnen zij meedingen naar opdrachten die binnen de DAS worden uitgezet. Iedere opdracht is een aanbesteding op zich en het voordeel hiervan is dat er snel geworven kan worden.

22 Voor 2024-2025 is dit bedrag verhoogd naar € 221.000,-. Het bedrag voor sociale en andere specifieke diensten blijft ongewijzigd op € 750.000,-

Als er geen sprake is van de verplichting Europees aan te besteden, kan er nationaal worden aanbesteed. Wanneer een nationale aanbesteding aan de orde is, hoeft er alleen rekening gehouden te worden met hoofdstuk 1 van de Aanbestedingswet (Aw) 2012, de Gids Proportionaliteit en de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht.

Deze beginselen van het aanbestedingsrecht zijn non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit. Onder non-discriminatie wordt verstaan dat er geen onderscheid naar nationaliteit gemaakt mag worden en bij gelijke behandeling mogen er geen discriminerende factoren aanwezig zijn bij een aanbesteding waardoor de één meer kansen krijgt dan de ander. Iedereen moet objectief en op dezelfde wijze behandeld worden en iedereen moet dezelfde informatie krijgen. Bij transparantie moet vooraf iedereen een leesbare beschrijving ontvangen met daarin wat er verwacht wordt. Daarnaast moeten beslissingen duidelijk worden gemotiveerd. Technische specificaties, uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectie- en gunningscriteria moeten relevant zijn en in verhouding staan tot de aard en omvang van de opdracht. Dit wordt verstaan onder proportionaliteit. Proportionaliteit is uitgewerkt In de Gids Proportionaliteit.

In het Aanbestedingsbesluit is de Gids Proportionaliteit als verplicht te volgen richtsnoer aangewezen. Het verplicht gebruik van de Gids Proportionaliteit geldt zowel voor Europese aanbestedingen, als voor nationale aanbestedingen en meervoudig onderhandse procedures. De Gids Proportionaliteit is voortgekomen uit de gedachte dat niet alle partijen gelijke kansen kregen bij aanbestedingen. Met name het midden- en kleinbedrijf (MKB) vond dat het te weinig kansen kreeg. Uitgangspunt van de Gids is dat de eisen in verhouding moeten staan tot de (waarde en omvang van de) opdracht en moeten worden afgestemd op de markt. Daarnaast moet de Gids aanbestedende diensten handvatten bieden bij het vaststellen van eisen en criteria op basis waarvan opdrachten zullen worden gegund. Alle fasen van het inkoopproces en de afwegingen die daarbij gemaakt kunnen worden, komen in de Gids aan de orde.

Wanneer nationaal wordt ingekocht, wordt veelal gekozen voor een meervoudig onderhandse aanbesteding die twee varianten kent. De eerste is de openbare procedure die uit één ronde bestaat en alle inschrijvers kunnen direct een offerte indienen. De tweede variant is een niet openbare procedure die veelal wordt gehanteerd op het moment dat men denkt dat er veel interesse is vanuit de markt voor een opdracht. De procedure bestaat dan uit twee verschillende rondes. De eerste ronde is een selectiefase waaruit meestal 5 partijen worden geselecteerd die voldoen aan de vooraf opgelegde geschiktheidseisen en het beste hebben gescoord op de selectiecriteria. Deze gegadigden worden dan uitgenodigd voor het uitbrengen van een offerte. Deze meervoudige aanbesteding betekent dat er meerdere partijen, bijvoorbeeld 3 of 5, wordt gevraagd in te schrijven op een aanbesteding.

Verder wordt gebruik gemaakt van de enkelvoudig onderhandse aanbesteding. Deze aanbestedingsprocedure kan gebruikt worden voor kleine opdrachten. Hierbij wordt met één partij onderhandeld over de voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd en tegen welke prijs. In de Gids Proportionaliteit wordt gesteld dat voor de beantwoording van de vraag wat een 'kleine opdracht' is, in eerste instantie moet worden gekeken naar de zaken die hiervoor zijn genoemd.

In algemene zin kan voor de waarde van een 'kleine opdracht' voor leveringen en diensten gedacht worden aan opdrachten tot € 40.000 ,- á € 50.000,-. In dat geval kan enkelvoudig onderhands worden aanbesteed. De inhuur van een interim-functionaris kan al snel de grens van de € 50.000,- overschrijden en moet om die reden meervoudig onderhands worden aanbesteed, tenzij de werving onder een raamovereenkomst valt of deze interim-functionaris via een DAS is geworven.

Tot slot wordt ook de variant van de meervoudig onderhandse procedure gebruikt waarbij de aanbestedende dienst zelf op voorhand al bijvoorbeeld 3 partijen uitnodigt die een offerte mogen uitbrengen.

5.5.2 *Samenwerken tussen gemeenten en gemeentelijke organisaties*

Decentrale overheden hebben de mogelijkheid aan (gelieerde) publieke dan wel privaatrechtelijke organisaties opdrachten te gunnen, zonder dat de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn. Ook gunning van opdrachten aan onderdelen van de eigen organisatie, ook wel aangeduid als inbesteden, kan onder voorwaarden plaatsvinden met uitsluiting van de aanbestedingsrichtlijnen. Op grond van wetgeving en jurisprudentie onderscheiden we drie vormen van samenwerking tussen de aanbestedende diensten waarmee de aanbestedingsplicht komt te vervallen. De meest duidelijke vorm is inbesteden, in de literatuur ook wel aangeduid als 'zuivere inbesteding' omdat er nog een tweede vorm van inbesteden is, namelijk 'quasi-inbesteden'. Verder kennen we nog een derde vorm van samenwerking tussen aanbestedende diensten die onder voorwaarden de toepassing van de aanbestedingsrichtlijnen niet nodig maakt. De horizontale, of wel publiek-publieke samenwerking. De drie hiervoor genoemde varianten komen hierna aan de orde.

Zuiver inbesteden

Een aanbestedende dienst heeft de vrijheid een opdracht uit te voeren met eigen middelen en binnen de eigen organisatie. In dit geval is er geen sprake van een andere rechtspersoon die het werk gegund krijgt. De aanbestedende dienst kan de opdracht onderhands "gunnen" aan een dienst die onderdeel uitmaakt van de eigen organisatie. Als voorbeeld wordt vaak de eigen vuilophaaldienst genoemd. Als een opdracht aan de eigen vuilophaaldienst wordt gegund (zijnde onderdeel van de eigen organisatie), dan is er geen sprake van een aan te besteden overheidsopdracht.

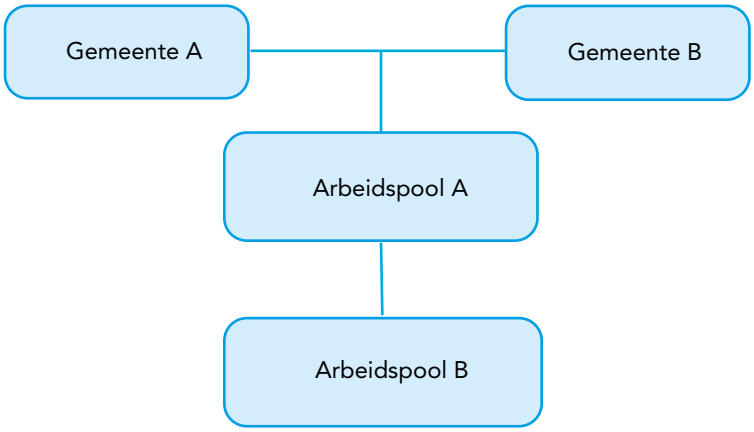
Quasi-inbesteden

Over de verticale samenwerking tussen overheidsorganen is veel geschreven. Er is ook de nodige nationale jurisprudentie verschenen en het Europees Hof van Justitie (HvJ EU) heeft de nodige arresten gewezen waarmee de mogelijkheden voor (quasi-)inbesteden helder zijn geworden. In een situatie waarbij sprake is van quasi-inbesteden zijn de aanbestedende dienst en de rechtspersoon nauw verbonden. De rechtspersoon, die formeel losstaat van de aanbestedende dienst, maakt dan in feite toch onderdeel uit van de organisatie van de aanbestedende dienst. Er mag één-op-één gegund worden als aan drie voorwaarden wordt voldaan.

Ten eerste dient de aanbestedende dienst op de rechtspersoon toezicht te houden zoals hij dat uitoefent op zijn eigen diensten. Aan dit vereiste wordt voldaan als de aanbestedende dienst zowel op de strategische doelstellingen, als op de belangrijke beslissingen van de rechtspersoon een beslissende invloed kan uitoefenen. Het een en ander kan blijken uit de statuten of andere stukken.

Daarnaast dient 80% van de activiteiten van de rechtspersoon te bestaan uit taken die hem zijn opgedragen/toegewezen door de toezichthoudende aanbestedende dienst. Voor deze 80% tellen ook taken mee die aan de rechtspersoon door "zusterrechtspersonen" worden toegewezen. Dat zijn rechtspersonen die onder toezicht staan van dezelfde aanbestedende dienst (toezichthouder). Bij het percentage van 80% dient slechts gekeken te worden door wie de uitvoering van de taken is opgedragen. Het is niet relevant of de toezichthouder betaalt voor de uitvoering van de taken. Daarnaast hoeft de toezichthouder ook niet zelf te profiteren van de uitvoering van de taken. Deze 80%-regel is om te voorkomen dat de gelieerde instelling meer marktgericht zou kunnen gaan werken en daarmee in concurrentie kan treden met andere ondernemingen.

Ten slotte mag er, in beginsel, geen directe participatie van privékapitaal in de rechtspersoon aanwezig zijn. Op deze regel kan slechts onder strenge voorwaarden een uitzondering gemaakt worden. Een uitzondering zou aan de orde kunnen zijn wanneer de inbreng van privékapitaal geen controlerende of blokkerende macht oplevert en aan de inbreng van privékapitaal geen beslissende invloed is verbonden.

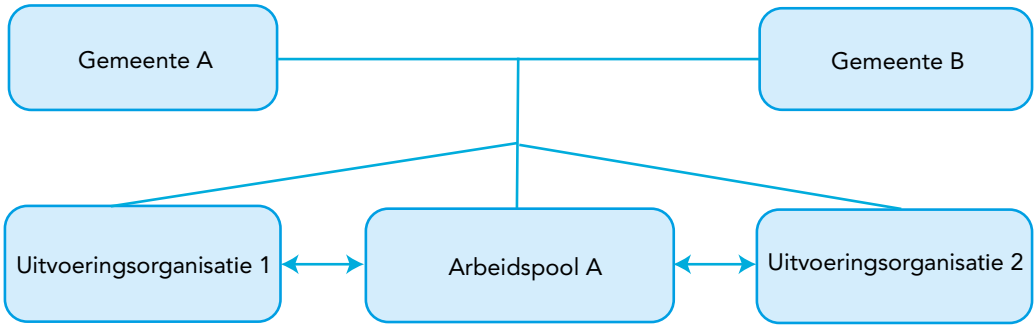


In het kader van de samenwerking kunnen gemeenten, eventueel met andere overheidsorganisaties gezamenlijk, een samenwerkingsverband oprichten, bijvoorbeeld door het treffen van een gemeenschappelijke regeling of het oprichten van een stichting, een coöperatie of een besloten vennootschap. In bovenstaand figuur richten gemeente A en B een rechtspersoon op. Deze rechtspersoon kan medewerkers in dienst hebben en hen detacheren bij partijen die aan de samenwerking deelnemen. Hiermee vormen de partijen gezamenlijk een arbeidspool waarvan men gebruik kan maken. Het inhuren van medewerkers door de samenwerkende partijen uit de arbeidspool is niet aanbestedingsplichtig. Dit werkt ook omgekeerd. Wanneer de arbeidspool bijvoorbeeld een medewerker van één van de samenwerkende partijen inleent en deze doorleent aan een andere gemeente uit het samenwerkingsverband, dan geldt hier geen aanbestedingsplicht. Ook in dit geval is er sprake van quasi-inbesteden.

Zelfs wanneer de deze rechtspersoon (arbeidspool a) nog een dochter zou oprichten en deze voldoet aan de drie voorwaarden als opgenomen in artikel 2:24a Aw 2012, valt ook deze (klein)dochter binnen het regime van quasi-inbesteden.

Quasi-inbesteden heeft door de 'aanbestedingsjaren' heen op grond van met name de jurisprudentie van het Europese Hof een steeds duidelijker vorm gekregen en is verankerd in artikel 12, eerste lid van Richtlijn 2014/24 en opgenomen in artikel 2:24a Aw 2012.

Om de mogelijkheid van quasi-aanbesteden nog verder uit te breiden, bestaat er ook de vorm van horizontale/zijwaartse quasi-inbesteding.



Dit is opgenomen in artikel 12, tweede lid van Richtlijn 2014/24 en in het Nederlands recht geïmplementeerd in artikel 2:24a, tweede lid Aw 2012. Wanneer de gecontroleerde rechtspersoon (uitvoeringsorganisatie 1) tevens aanbestedende dienst is, kan deze onder de in lid twee genoemde voorwaarden een opdracht rechtstreeks gunnen aan de aanbestedende dienst die hem controleert (bijvoorbeeld gemeente A) en tevens kan de gecontroleerde rechtspersoon een opdracht rechtstreeks gunnen aan een andere rechtspersoon die door dezelfde aanbestedende dienst wordt

gecontroleerd (arbeidspool A of uitvoeringsorganisatie 2). Dit laatste is horizontaal/zijwaarts quasi-inbesteden. Voorwaarde is dat nog steeds wordt voldaan aan het bepaalde onder artikel 2.24a lid 1, sub c Aw 2012, namelijk dat er in beginsel geen directe participatie van privékapitaal aanwezig mag zijn in de rechtspersoon aan welke de overheidsopdracht wordt gegund. Zoals hiervoor al is aangegeven, kan op deze regel slechts onder strenge voorwaarden een uitzondering gemaakt worden. Eigenlijk is hier sprake van een variant die lijkt op de horizontale/publiek-publieke samenwerking die hierna wordt besproken.

Horizontale, publiek-publieke samenwerking

Dit is de derde variant waarbij het aan de orde kan zijn dat aan andere overheidsdiensten opdrachten gegund kunnen worden en waarbij geen sprake is van toepassing van een aanbestedingsplicht op grond van de Richtlijn 2014/24 en de Aw 2012. Onder deze variant wordt niet de hiervoor besproken horizontale quasi-inbesteding gerekend. Deze variant is nog minder 'ontwikkeld' dan de hierboven genoemde varianten van het inbesteden en het quasi-inbesteden. In rechtsoverweging 33 van de op de considerans van Richtlijn 2014/24 zijn de voorwaarden genoemd op grond waarvan horizontale samenwerking niet onder de genoemde Richtlijn 2014/24 valt. Deze komen hierna aan de orde.

Met minder 'ontwikkeld' wordt bedoeld dat er over het horizontaal samenwerken tussen entiteiten in de publieke sector nog steeds veel onduidelijkheid wordt ervaren door de aanbestedende diensten. Het horizontaal samenwerken tussen entiteiten in de publieke sector, ook wel aangeduid als publiek-publieke samenwerking, vindt steeds meer plaats als variant op de publiek-private samenwerking. Eén van de doelstellingen van samenwerken is immers het behalen van meer efficiency en wederzijdse synergiën, wat tot een betere besteding van overheidsmiddelen leidt.

Het Europese Hof van Justitie heeft in 2009[23] voor recht verklaard dat een beroep op interne entiteiten die onder gezamenlijke zeggenschap staan niet de enige wijze is waarop publiek-publieke samenwerking kan plaatsvinden en dat die samenwerking ook een louter contractuele aangelegenheid kan blijven (horizontale/niet-geïnstitutionaliseerde samenwerking). Dit soort constructies valt buiten de toepassing van de EU-regels inzake overheidsopdrachten wanneer uitsluitend door openbare instanties gezamenlijk een taak van algemeen belang wordt verricht, met eigen middelen en een gemeenschappelijk doel, en waarbij wederzijdse rechten en verplichtingen gelden die verder gaan dan het tegen betaling uitvoeren van een taak bij het nastreven van doelstellingen van algemeen belang.

De horizontale publiek-publieke samenwerking is verankerd in artikel 2.24c Aw 2012. De twee belangrijkste voorwaarden om de horizontale samenwerking buiten het aanbestedingsrecht te houden is dat de overheidsopdracht voorziet in of uitvoering geeft aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen en dat de invulling van die samenwerking uitsluitend berust op overwegingen in verband met het openbaar belang. Wat onder 'openbaar belang' moet worden verstaan is voer voor discussie. Over het ophalen van afval bestaat veelal geen discussie, maar wel over het verrichten van bijv. ICT-diensten.

Om van publiek-publieke samenwerking te kunnen spreken geldt bovendien als voorwaarde dat er sprake moet zijn van echte samenwerking en wel dat beide partijen bij de uitvoering van die taken zijn betrokken. Het opdracht geven van de ene gemeente aan de andere gemeente onder betaling voor de geleverde diensten wordt niet gezien als horizontale publiek-publieke samenwerking en is dus aanbestedingsplichtig.

In hoeverre de jurisprudentie meer ruimte zal bieden de horizontale publiek-publieke samenwerking als niet aanbestedingsplichtig te beschouwen zal de toekomst moeten uitwijzen. De stelling kan

23 HvJ EU 9 juni 2009, C-480/06 Commissie / Duitsland (Stadtreinigung Hamburg).

betrokken worden dat wanneer gemeenten samenwerken op basis van wederzijdse verplichtingen met als oogmerk het efficiënt inzetten van beperkte overheidsmiddelen, dit ook onder de noemer van horizontale publiek-publieke samenwerking buiten de aanbestedingsplicht kan blijven. Wil men als aanbestedende dienst deze discussie voorkomen en geen risico lopen, dan is het beter de verticale samenwerkingsvorm te onderzoeken in het kader van het quasi-inbesteden.

5.5.3 Incidentele detacheringen

De incidentele gevallen waarbij een medewerker vanuit een gemeente bij een andere gemeente of overheidsorgaan wordt geplaatst, bijvoorbeeld in het kader van re-integratie na ziekte, of na een niet geslaagd verbetertraject teneinde de medewerker een nieuwe kans te geven bij een andere organisatie, zijn niet aanbestedingsplichtig. Vaak vinden deze detacheringen om niet plaats of blijft het bedrag onder het bedrag van € 50.000,-.

5.6 Wet markt en overheid

De Wet Markt & Overheid (Wet M&O), die in 2012 in werking is getreden, is bepaald dat decentrale overheden die economische activiteiten verrichten, zich moeten houden aan de gedragsregels Markt en Overheid, die zijn opgenomen in de Mededingingswet. De Wet M&O is een tijdelijke wet die een definitieve verankering zou moeten krijgen in de Mededingingswet. Een wetsvoorstel daartoe heeft vertraging opgelopen en dat betekent dat de looptijd van de Wet M&O vooralsnog is verlengd tot 1 juli 2025.

Onder een economische activiteit wordt verstaan iedere activiteit die bestaat uit het aanbieden van goederen en diensten op een markt, dat wil zeggen in concurrentie met ondernemingen.

Als overheid worden aangemerkt: het rijk, provincies, gemeenten, waterschappen, gemeenschappelijke regelingen en zelfstandige bestuursorganen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld.

De doelstelling van de Wet M&O is om concurrentievervalsing met het bedrijfsleven tegen te gaan wanneer zij economische activiteiten uitvoert. De Wet M&O bevat vier gedragsregels, die een gelijk speelveld tussen overheden en ondernemingen moeten creëren.

Integrale kosten doorberekening

Overheden moeten ten minste de integrale kosten van hun goederen of diensten in hun tarieven doorberekenen.

Bevoordelingsverbod

Overheden mogen hun eigen overheidsbedrijven niet bevoordelen ten opzichte van concurrerende bedrijven.

Gegevensgebruik

Overheden mogen de gegevens die ze vanuit hun publieke taak verkrijgen, niet gebruiken voor economische activiteiten die niet dienen ter uitvoering van deze taak. Dit verbod geldt niet als andere overheidsorganisaties of bedrijven ook over de gegevens kunnen beschikken.

Functiescheiding

Als een overheid op een bepaald terrein een bestuurlijke (bijvoorbeeld toetsende) rol heeft voor bepaalde economische activiteiten en ook zelf die economische activiteiten uitvoert, mogen niet dezelfde personen betrokken zijn bij de uitoefening van de bestuurlijke bevoegdheid en bij het verrichten van de economische activiteiten van de overheidsorganisatie.

Deze gedragsregels zijn enkel van toepassing als de overheden ervoor kiezen goederen of diensten zelf of via hun overheidsbedrijven op de markt aan te bieden. Daarnaast kunnen overheidsorganen een algemeen belang-besluit ex artikel 25h lid 5 Mededingingswet nemen waardoor deze gedragsregels niet gelden voor economische activiteiten die worden verricht in het algemeen belang. De

terreinen waar de overheidsorganisatie aan zou kunnen denken waar economische activiteiten in een algemeen belang verricht kunnen worden, zijn volksgezondheid, maatschappelijke zorg en welzijn, culturele activiteiten, ruimtelijke ordening en veiligheid.

Het uitwisselen van medewerkers tussen overheden onderling kan eveneens geschieden ter uitvoering van een publiekrechtelijke taak. Er is sprake van een publiekrechtelijke taak als de taak in publiekrechtelijke basis heeft, dat wil zeggen de taak moet in wetgeving of in besluit van het bestuursorgaan zijn vastgelegd. Ingeval een overheidsorganisatie aan andere overheden of andere overheidsbedrijven goederen of diensten levert voor zover die bestemd zijn voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak, is de wet M&O niet van toepassing.

5.7 Wet normering topinkomens

De Wet normering topinkomens (WNT) geldt voor topfunctionarissen in de publieke en semi-publieke sector. De wet geeft specifiek aan wie bij het rijk, provincies, gemeenten en waterschappen als topfunctionaris wordt aangemerkt en onder de WNT valt. In de WNT zijn bij de gemeente de secretaris en de griffier aangemerkt als topfunctionaris (artikel 1.1, aanhef onder b. 2°).

Uit de WNT wordt verder duidelijk dat ook verbonden partijen onder de WNT vallen, als ze tot de publieke of semi-publieke sector worden gerekend. Bijvoorbeeld gemeenschappelijke regelingen die getroffen zijn door gemeenten zoals veiligheidsregio's en omgevingsdiensten, maar ook instellingen waar een overheidsorgaan invloed uitoefent op het beheer of beleid van die instelling, bijvoorbeeld door de benoeming van één of meer leden in het bestuur. Het overgrote deel van de WSGO-leden valt onder de werking van de WNT. Daarnaast kunnen instellingen die subsidie ontvangen, worden aangemerkt als een semi-publieke overheidsinstelling. De subsidie dan moet minstens € 500.000,- per jaar bedragen, ten minste voor 50% deel uitmaken van de opbrengsten van dat jaar en voor een periode van tenminste drie jaar achtereen worden verstrekt op grond van artikel 4:21 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Dit betekent dat ook de hoogste leidinggevende in dienst van een verbonden partij wordt aangemerkt als een topfunctionaris in de zin van de WNT.

De WNT regelt wat een topfunctionaris jaarlijks maximaal mag verdienen en wat hij mag meekrijgen als hij vertrekt. Jaarlijks worden deze bezoldigingsnormen vastgesteld. De algemene bezoldigingsnorm voor een topfunctionaris die in dienst is van een WNT-instelling is in 2024 verhoogd van € 223.000,- naar € 233.000,-. De maximale vertrekpremie is al jaren ongewijzigd en bedraagt € 75.000,-. Het betreft bruto bedragen.

Topfunctionaris zonder dienstbetrekking en bezoldigingsmaximum
In het kader van deze handreiking is het van belang stil te staan bij het moment waarop een topfunctionaris bij een gemeente of gemeentelijke organisatie wordt vervangen door een persoon die tijdens die vervanging geen arbeidsovereenkomst heeft met de WNT-instelling. Hiervoor zijn in de WNT regels opgenomen waarbinnen de beloning van zo'n topfunctionaris zonder dienstbetrekking dient te blijven.

Ook voor de topfunctionarissen zonder dienstbetrekking worden jaarlijks normbedragen vastgesteld. Voor het jaar 2024 zijn die bepaald op € 30.800,- per kalendermaand voor de eerste zes kalendermaanden van de functievervulling en op € 23.400,- per kalendermaand voor de zevende tot en met de twaalfde kalendermaand. Verder is het maximumuurtarief voor 2024 bepaald op € 221,- per uur. Deze genoemde bedragen zijn exclusief BTW.

Bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding is het van belang stil te staan bij artikel 2a van de Uitvoeringsregeling WNT. In dit artikel is bepaald welke vergoedingen daarbij in de berekening moeten worden meegenomen. Bijvoorbeeld kosten voor bemiddeling en bureaukosten tellen mee bij de bepaling van de hoogte van de te ontvangen vergoeding. BTW daarentegen wordt niet meegenomen bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding.

Mocht de topfunctionaris zonder dienstbetrekking na twaalf maanden nog steeds werkzaamheden verrichten voor hetzelfde overheidsorgaan, dan geldt vanaf dan voor hem het bezoldigingsmaximum zoals dat ook voor een topfunctionaris in dienstbetrekking geldt.
Ingevolge de WNT wordt bij een deeltijd dienstverband het toepasselijke bezoldigingsmaximum gecorrigeerd met de deeltijdfactor. Dit geldt ook voor topfunctionarissen zonder dienstbetrekking maar dan vanaf de dertiende maand van de functievervulling. Op de website van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties is een rekentool te vinden waarmee berekend kan worden of de bezoldigingsnorm voor een topfunctionaris zonder dienstbetrekking niet wordt overschreden.

De topfunctionaris zonder dienstbetrekking en de Wet deregulering arbeidsrelaties (DBA).
Op grond van de huidige Wet DBA kan de belastinginspecteur achteraf vaststellen dat er sprake is van een dienstverband en tot een naheffingsaanslag voor de loonheffingen overgaan. Op grond van het in september 2023 aangekondigde Wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden, wordt sneller aangenomen dat er sprake is van een dienstverband. Als de belastinginspecteur achteraf oordeelt dat de functie door de topfunctionaris in dienstbetrekking is vervuld en een naheffingstoeslag oplegt, kan met terugwerkende kracht een ander, lager bezoldigingsmaximum gelden. Dan is de bezoldigingsnorm voor een topfunctionaris die in dienst is van de overheidsorganisatie van toepassing en die is voor 2024 vastgesteld op € 233.000,- bruto per jaar. Het gevolg daarvan kan zijn dat er sprake is van een onverschuldigde betaling van het meerdere. Tot slot geldt voor de functievervulling in de eerste twaalf maanden van een topfunctionaris zonder dienstbetrekking een afwijkende verantwoording.

5.8 Aansprakelijkheid

5.8.1 Schade derden

In het geval een inhuurkracht in de uitvoering van zijn werkzaamheden schade toebrengt aan een derde, wordt de inhuurkracht gekwalificeerd als een hulppersoon van de inlener. De inlener is aansprakelijk tegenover de derde, als ware het gedrag van deze hulppersoon zijn eigen gedrag (artikel 6:76 BW). De inlener is aansprakelijk voor fouten van ondergeschikten die een onrechtmatige daad opleveren (artikel 6:170 BW). Voor de inlener geldt hier de zogenoemde risicoaansprakelijkheid, waardoor hij de schade aan de derde dient te vergoeden. Hierbij is het niet van belang of de inlener een verwijt valt te maken. Het enkele feit dat de schade is veroorzaakt door de fout van een ondergeschikte is voldoende voor aansprakelijkheid.

De derde kan ook de uitlener aansprakelijk stellen op grond van een fout van hun ondergeschikte, namelijk de inhuurkracht (artikel 6:170 BW). Voor aansprakelijkheid geldt als vereiste dat de uitlener zeggenschap had over het gedrag waarmee of waarbij de fout werd gemaakt.

In de praktijk zal het vaak voor de inlener geen verschil maken of de derde het uitzendbureau of de inlener rechtstreeks aansprakelijk stelt. In de uitleenovereenkomst is doorgaans een bepaling opgenomen waarin de inlener het uitzendbureau vrijwaart van aansprakelijkheid. Dat betekent dus dat het uitzendbureau de schade op de inlener kan verhalen.

5.8.2 Verhaalsrecht op arbeidskracht

Als een inhuurkracht aan zijn werkgever of aan een derde schade toebrengt, is hij alleen aansprakelijk als hij de schade door opzet of bewuste roekeloosheid heeft veroorzaakt (artikel 7:661 BW). Opzet is het willens en wetens toebrengen van schade, een vooropgezet plan om schade te veroorzaken, dus wanneer werknemer het oogmerk had om schade te veroorzaken. Van bewuste roekeloosheid is sprake als de werknemer zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het schadeveroorzakend handelen voorafgaande gedraging van het roekeloze karakter daarvan daadwerkelijk bewust is geweest. Onvoorzichtigheid zal dus doorgaans onvoldoende zijn om bewuste roekeloosheid aan te nemen.

5.8.3 (Letsel)schade inhuurkracht

Zowel de uitlener als de inlener hebben een zorgplicht jegens de arbeidskracht om te voorkomen dat de arbeidskracht in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. De uitlener is de formele werkgever en dient in die hoedanigheid na te gaan of de inlener de nodige veiligheidsmaatregelen treft. In de Arbeidsomstandighedenwet is verankerd dat arbeidskrachten recht hebben op een veilige en gezonde werkplek. De inlener moet bijvoorbeeld zorgen voor veilige machines op de werkvloer en moet instructies geven aan het personeel en er op toezien dat deze worden nageleefd. Als de inlener en/of uitlener tekortschieten in hun zorgplicht, zijn zij doorgaans hoofdelijk aansprakelijk voor de schade van de arbeidskracht. Dat wil zeggen dat zij beiden individueel kunnen worden aangesproken om de hele vordering te betalen. In veel gevallen zal in de uitleenovereenkomst een bepaling zijn opgenomen waarin de inlener het uitzendbureau vrijwaart van de aansprakelijkheid bij een bedrijfsongeval. In het geval de arbeidskracht alleen de uitlener aansprakelijk stelt, kan de uitlener op zijn beurt met succes de inlener aanspreken.

8.5.4 Aansprakelijkheid voor achterstallige belastingen, premies en loon

Indien de verantwoordelijke uitlener de loonheffingen en BTW niet afdraagt is de hele keten van opdrachtgevers of inleners jegens de Belastingdienst hoofdelijk aansprakelijk voor de achterstallige premies en belastingen, tenzij hen dit niet kan worden verweten. De inlener kan de financiële gevolgen van een aansprakelijkstelling beperken door het deel van het factuurbedrag dat is bestemd voor premies en belastingen te storten op een derdengeldenrekening. Dit voorkomt dat de uitlener deze financiële middelen kan aanwenden voor andere zaken dan waar deze voor zijn bestemd.

De inlener kan ook door de arbeidskracht aangesproken worden op de betaling van achterstallig loon of het niet betalen van het juiste loon (artikel 7:616b BW). De inlener heeft vervolgens een verhaalsrecht op de uitlener.

5.9 Pensioen

Uitzend- en detacheringsbureaus zijn verplicht aangesloten bij De Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (StiPP). Om onder het verplichtstellingsbesluit van StiPP te vallen dient een onderneming voor meer dan 50% van de loonsom arbeidskrachten ter beschikking te stellen aan een derde om onder diens toezicht en leiding vervolgens werkzaamheden te verrichten. In dat geval is een onderneming verplicht om zich aan te sluiten bij StiPP. Om vrijstelling van de verplichte afdracht van premies te verkrijgen, dienen de arbeidskrachten een pensioenregeling te ontvangen die minimaal dezelfde waarde vertegenwoordigt. Als
StiPP geen vrijstelling verleent, blijft premieafdracht verschuldigd, ook als er een alternatieve pensioenregeling is.

Voor intra-concern uitzenden, het uitlenen van arbeidskrachten binnen een concern, geldt een uitzonderingspositie. Werknemers in dienst van zogenoemde personeelsvennootschappen vallen niet onder de verplichtstelling van StiPP. Dit geldt eveneens voor een personeelsvennootschap waarvan de aandeelhouder en de opdrachtgever binnen de groep publiekrechtelijk zijn, zolang de personeelsvennootschap maar een privaatrechtelijke rechtspersoon is. Dergelijke juridische verhoudingen doen zich dikwijls voor bij gemeenschappelijke regelingen zoals SW-bedrijven. Vaak zal er wel een verplichtingstelling voor een pensioenfonds gelden. Bij SW-bedrijven is dat het Pensioenfonds Werk en (re)Integratie (PWRI).

Ook payrollwerknemers vallen niet onder het verplichtstellingsbesluit van StiPP. Payrollwerknemers hebben recht op pensioenopbouw als de inlener aan werknemers die, in vergelijkbare functies, rechtstreeks bij hem in dienst zijn, een pensioenregeling aanbiedt. Dit behoeft niet dezelfde pensioenregeling te zijn. De achtergrond hiervan is dat volledig gelijke pensioenopbouw zou betekenen dat de payrollonderneming zich moet aansluiten bij veel verschillende pensioenuitvoerders, hetgeen hoge administratieve lasten met zich mee zou brengen. De payrollonderneming dient een adequate pensioenregeling aan te bieden.

De inlener heeft niet zelfstandig pensioenverplichtingen jegens ingehuurde krachten, in die zin dat er voor hen een aanmelding bij een pensioenfonds dient te volgen. Deze verplichtingen liggen bij uitzend- en payrollondernemingen. Het ligt echter wel voor de hand dat zij de kosten van hun pensioenverplichtingen jegens inhuurkrachten aan de inlener doorberekenen.

6 Model detacheringsovereenkomst, versie december 2023

Met behulp van het onderstaande model kan een detacheringsovereenkomst worden opgesteld. Het gaat om standaardteksten die in beginsel **neutraal** van aard zijn. Er is niet gekozen om een modelovereenkomst vanuit de belangen van één der partijen (inlener of uitlener) aan te reiken. Zowel uitlener als inlener kunnen gebruik maken van het model. Zowel uitlener als inlener kunnen aanpassingen voorstellen aan de andere partij.

Zoals uit artikel 6[a en b] volgt, zijn er in dit model twee varianten opgenomen. Variant 1: de detachering tegen vergoeding; en variant 2: detachering zonder of tegen beperkte vergoeding.

Er is gekozen voor een tripartiete overeenkomst, dat wil zeggen dat de detacheringsovereenkomst wordt ondertekend door de uitlener, de inlener en de gedetacheerde.

Geadviseerd wordt om altijd na te gaan of de teksten de feitelijke afspraken dekken. In sommige gevallen is sprake van een keuze uit meerdere mogelijkheden of dient de inhoud aan de afspraken te worden aangepast of aangevuld. Daarvoor geldt dat de juiste variant gekozen moet worden en wat niet van toepassing is moet worden verwijderd.

Bedenk dat de teksten bedoeld zijn als een checklist en dat niet over alle genoemde items afspraken gemaakt hoeven te worden. De toelichtende teksten in de blokken zijn uitsluitend bedoeld voor HR en moeten dus niet worden opgenomen in de definitieve tekst van de overeenkomst.

Een detacheringsovereenkomst blijft maatwerk. De inhoud van een overeenkomst wordt daarom vooraf ter toetsing voorgelegd aan één van de HR adviseurs.

Detacheringsovereenkomst

De ondergetekenden:

[naam organisatie volgens inschrijving KvK], gevestigd te **[postcode]** te **[plaats]** aan **[straatnaam, huisnummer]**, te dezen rechtsgeldig vertegenwoordigd door **[de heer/mevrouw] [naam vertegenwoordiger, functie]**, hierna te noemen: de "*uitlener*",

en

[naam organisatie volgens inschrijving KvK], gevestigd te **[postcode]** te **[plaats]** aan **[straatnaam, huisnummer]**, te dezen rechtsgeldig vertegenwoordigd door **[de heer/mevrouw] [naam vertegenwoordiger, functie]**, hierna te noemen: de "inlener",

en

[de heer/mevrouw] [naam en voornamen], geboren op **[geboortedatum]** te **[geboorteplaats]**, wonende te **[postcode]** te **[plaats]** aan **[straatnaam, huisnummer]**, hierna te noemen: de "*gedetacheerde*",

hierna gezamenlijk ook te noemen "*partijen*";

Nemen het volgende in overweging:

Het kan soms van belang zijn om in een aantal overwegingen de redenen te schetsen die geleid hebben tot het overeenkomen van een detacheringsovereenkomst. De standaard overwegingen zijn:

1. De inlener wil de gedetacheerde inhuren van de uitlener en de uitlener is daartoe bereid;
2. De gedetacheerde heeft een arbeidsovereenkomst met de uitlener;
3. Zowel de uitlener, de inlener als de gedetacheerde hebben belang bij een detachering van de gedetacheerde bij de inlener;
4. Partijen zijn een detachering overeengekomen en hebben ter zake overeenstemming bereikt en leggen hun afspraken vast in de onderhavige overeenkomst;
5. De gedetacheerde op de hoogte is van de inhoud van de afspraken betreffende deze detachering en deze begrijpt en ten bewijze hiervan deze overeenkomst mede heeft ondertekend.

Verklaren te zijn overeengekomen als volgt:

Algemeen. Detacheringsovereenkomst: hierna volgen standaard afspraken tussen partijen, en standaard keuzemogelijkheden. Een detacheringsovereenkomst blijft maatwerk.

Artikel 1 De detachering kan worden aangegaan voor een (1) bepaalde duur, voor een (2) bepaald(e) project of gebeurtenis, of voor een (3) combinatie van een bepaalde duur en een bepaald(e) project of gebeurtenis. Bij variant (2) of (3) moet in de detacheringsovereenkomst aan de hand van objectiveerbare criteria duidelijk zijn wanneer een project af is en de detachering om die reden eindigt.

Artikel 1 Duur, omvang en plaats

1. De gedetacheerde wordt met ingang van **[datum]** voor de duur van **[tijdseenheid]** maanden tot uiterlijk **[datum]** voor **[aantal]** uur per week door de uitlener gedetacheerd bij de inlener.

   of

   De gedetacheerde wordt met ingang van **[datum]** tot **[invullen van een objectiveerbare eindtoestand]** voor **[aantal]** uur per week door de uitlener gedetacheerd bij de inlener.

   of

   De gedetacheerde wordt met ingang van **[datum]** tot **[invullen van een objectiveerbare eindtoestand]**, maar uiterlijk tot **[datum]** voor **[aantal]** uur per week door de uitlener gedetacheerd bij de inlener.

2. Verlenging van de detachering zal niet automatisch plaatsvinden, maar pas nadat partijen een verlenging daarvan schriftelijk zijn overeengekomen.

3. De standplaats van de gedetacheerde gedurende de detachering is [standplaats].

Artikel 2 Taak- of functieomschrijving

1. Gedurende de detachering zal de gedetacheerde ten behoeve van de inlener werkzaamheden verrichten vanuit de functie van **[functie].**

2. De door de gedetacheerde voor de inlener te verrichten werkzaamheden zijn vastgelegd in

bijlage I (functie- en taakomschrijving) bij deze detacheringsovereenkomst.

3. Gedurende de detachering blijft de gedetacheerde in dienst van de uitlener, maar verricht **[hij/zij]** de werkzaamheden onder toezicht en begeleiding van de inlener.

Artikel 3 Verplichtingen van de inlener

1. De inlener verplicht zich voor of bij aanvang van de detachering de gedetacheerde te informeren over:
   - de werktijden en aanwezigheid;
   - eventuele bedrijfssluitingen en collectief verplichte vrije dagen;
   - de naam en functie van degene onder wiens leiding en verantwoordelijkheid de gedetacheerde de werkzaamheden bij de inlener uitvoert;
   - de ziekmeldingsprocedure;
   - de relevante richtlijnen, reglementen en voorschriften, aanwijzingen en overige informatie, voor zover naar het oordeel van de inlener van belang voor een goed functioneren van de gedetacheerde.

2. Problemen in het functioneren van de gedetacheerde en andere aandachtspunten in de persoonlijke sfeer worden zodra daar aanleiding toe is door de inlener met de uitlener besproken, opdat de uitlener daarop als werkgever direct en adequaat actie kan ondernemen.

3. *[OPTIONEEL:]* De inlener verplicht zich gedurende de overeengekomen periode van detachering minimaal **[aantal]** voortgang-/evaluatiegesprek(ken) met de gedetacheerde te voeren, na respectievelijk ca. **[invullen]** maanden. De inlener stelt de uitlener van de inhoud van het gesprek op de hoogte.

Artikel 4 Verplichtingen van de gedetacheerde

1. Door ondertekening van deze overeenkomst geeft de gedetacheerde te kennen zich te zullen houden aan redelijke aanwijzingen van de inlener en de geldende reglementen en voorschriften van de inlener en overigens alles te doen of na te laten wat onder de gegeven omstandigheden in redelijkheid van hem verwacht mag worden.

2. De opname van vakantie-uren en verlof van de gedetacheerde worden, wat betreft de werkzaamheden ten behoeve van de inlener, in overleg tussen de gedetacheerde en de inlener geregeld. Verlof wordt genoten tijdens bedrijfssluitingen en op de door de inlener erkende feestdagen en vastgestelde collectief verplichte vrije dagen.

Artikel 5 De detacheringsovereenkomst heeft uitdrukkelijk niet tot doel om een arbeidsovereenkomst tussen de inlener en de gedetacheerde tot stand te brengen. Om het (formeel) werkgeverschap van de uitlener te benadrukken, inclusief diens verplichtingen als werkgever, is het volgende in de overeenkomst opgenomen.

Artikel 5 Verplichtingen van de uitlener

1. Gedurende de detachering blijft de gedetacheerde in dienst van de uitlener. Alle op de arbeidsverhouding tussen de uitlener en de gedetacheerde van toepassing zijnde arbeidsvoorwaarden blijven op de gedetacheerde en [zijn/haar] dienstbetrekking bij de uitlener van kracht.

2. Voor de gedetacheerde van toepassing zijnde tijdige betaling van loon en sociale verzekeringspremies, loonbelasting (en voor zover van toepassing omzetbelasting), werkgeverslasten en eventuele overige personeelskosten, indien en voor zover hierna niet anders bepaald, worden door de uitlener voldaan. De uitlener vrijwaart de inlener voor mogelijke aanspraken in dit verband en onderneemt daartoe de in wet en regelgeving voorgeschreven stappen.

3. Tot de in het tweede lid bedoelde lasten behoren tevens de financiële verplichtingen die de uitlener krachtens wet en cao tijdens ziekte en arbeidsongeschiktheid, re-integratie, vakantie en overige niet te werken dagen van de gedetacheerde heeft na te komen.

Artikel 6. Wel/geen vergoeding. Twee varianten:

- Art. 6[a] gaat uit van een *verschuldigde detacheringsvergoeding*. Hierbij zijn 2 opties opgenomen: (1) een vergoeding ter hoogte van de bruto-loonkosten (zonder winstopslag); en (2) een (all-in) uurtarief. Let op: als er een winstopslag is, is (in beginsel) de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs van toepassing (Waadi).
- Art. 6[b] betreft *detachering die kosteloos/tegen (beperkte) onkostenvergoeding* is.

Voor de vraag of er wel of geen btw-plicht geldt, wordt hier verwezen naar hoofdstuk 2, paragraaf 7 van de Handreiking. Bij de variant artikel 6[a] kunnen partijen bijvoorbeeld een beroep doen op een btw-vrijstelling.

De inlener en de uitlener zijn vrij om andere afspraken te maken en vast te leggen in de detacheringsovereenkomst.

Artikel 6[a] Detacheringsvergoeding (optie 1 – tegen vergoeding van loonkosten)

1. De inlener verplicht zich aan de uitlener te vergoeden de bruto-loonkosten. De vergoeding is gebaseerd op de salariëring volgens schaal **[schaal]**, periodiek **[periodiek]** van de **[cao noemen]**. Onder het begrip 'bruto-loonkosten' wordt verstaan het bruto loon, de vakantie-uitkering, eindejaarsuitkering, premies werknemersverzekeringen en sociale- en pensioenpremies die ten laste komen van de uitlener *[OPTIONEEL:]*, alsmede eventuele reis- en overige onkostenvergoedingen. De vergoeding bedraagt maandelijks € **[bedrag].** *[OPTIONEEL:]* Aanvullend wordt een redelijke kostenvergoeding voor de detachering door de uitlener aan de inlener in rekening gebracht van **[percentage tot maximaal 5% (om onder de btw-vrijstelling te blijven)]** % van de brutoloonkosten.

2. De vergoeding als bedoeld in het eerste lid van dit artikel zal na verloop van **[termijn (optie: een, twee, drie maand(en)]** door de uitlener achteraf worden gefactureerd bij de inlener, waarover **[het/geen]** verschuldigde BTW in rekening wordt gebracht. De inlener verplicht zich de gefactureerde kosten binnen een maand na ontvangst van de declaratie aan de uitlener te zullen betalen. Facturen dienen via **[portaal]** ingediend te worden, onder vermelding van inkooporder-nummer, de datum en andere door de inlener schriftelijk aan de uitlener kenbaar gemaakte gegevens.

3. *[OPTIONEEL:]* De inlener vergoedt gedetacheerde rechtstreeks de kosten van het woon-werkverkeer en de overige reis- en verblijfkosten volgens de regeling die voor zijn eigen werknemers geldt *[OPTIONEEL:]*, maar minimaal op het niveau van de regeling die voor de vergoeding van deze kosten geldt voor personeelsleden van de uitlener.

4. Incidentele kosten die op verzoek of met expliciete toestemming van de inlener door gedetacheerde gemaakt zijn en die niet gedekt worden door de in het eerste lid bedoelde vergoedingssom, worden door de inlener rechtstreeks aan de gedetacheerde vergoed. Hiertoe dient gedetacheerde de originele nota's en facturen te overleggen.

5. De inlener verstrekt, indien door de uitlener gewenst, de uitlener aan het einde van de detacheringsperiode een overzicht van de gewerkte uren, de genoten vakantie-uren en de uren waarop de gedetacheerde wegens ziekte afwezig is geweest.

of (optie 2 – tegen (all-in) uurtarief)

1. De gedetacheerde verricht **[zijn/haar]** werkzaamheden tegen het tarief van € **[bedrag]** per uur,

excl. BTW. De uurtarieven zijn all-in, dat wil zeggen dat hierin in ieder geval (maar niet uitsluitend) de volgende kosten zijn begrepen: salariskosten, overheadkosten, kosten voor ondersteunend werk, kosten voor gebruik van apparatuur, kosten woon-werkverkeer, dienstreis- en verblijfkosten, parkeerkosten, *[NAVOLGENDE KOSTEN OPTIONEEL:]* opleidingskosten, werving- en selectiekosten, verzekeringspremies, winst.

2. Indien daartoe wettelijk verplichting bestaat, wordt btw in rekening gebracht.

3. De vergoeding als bedoeld in het eerste lid van dit artikel zal na verloop van **[termijn (optie: een, twee, drie maand(en)]** door de uitlener achteraf worden gefactureerd bij de inlener, waarover het verschuldigde BTW in rekening wordt gebracht. De inlener verplicht zich de gefactureerde kosten binnen een maand na ontvangst van de declaratie aan de uitlener te zullen betalen. Facturen dienen via **[portaal]** ingediend te worden, onder vermelding van inkoopordernummer, de datum en andere door de inlener schriftelijk aan de uitlener kenbaar gemaakte gegevens.

4. De gedetacheerde laat maandelijks zijn uren door de inlener goedkeuren door de daartoe bevoegde persoon van de inlener. De vergoeding als bedoeld in het eerste lid van dit artikel vindt plaats op basis van het gewerkte aantal uren.

5. Gedurende de detacheringsovereenkomst (en bij eventuele verlengingen) vindt geen indexering van het uurtarief plaats.

   of

   Bij verlenging van de detacheringsovereenkomst **(optie: of na afloop van een jaar)** kan de opdracht worden geïndexeerd op basis van de CBS-index zakelijke dienstverlening. Peildatum is de ingangsdatum van de overeenkomst. Verzoeken tot prijsaanpassing worden uiterlijk **[invullen tijdseenheid (optie: twee maanden)]** voor de ingangsdatum van de tariefverhoging door de uitlener aan de inlener kenbaar gemaakt.

6. De inlener verstrekt, indien door de uitlener gewenst, de uitlener aan het einde van de detacheringsperiode een gefiatteerd maandoverzicht van de gewerkte uren, de genoten vakantieuren en de uren waarop de gedetacheerde wegens ziekte afwezig is geweest.

Artikel 6[b] Detachering kosteloos/tegen onkostenvergoeding

1. Tegenover de werkzaamheden die de gedetacheerde voor de inlener verricht staat geen (financiële) vergoeding die de inlener verschuldigd is aan de uitlener. De gedetacheerde stemt op vrijwillige basis in met de detachering, zoals bedoeld in deze detacheringsovereenkomst.

2. In afwijking van lid 1 kan wel een onkostenvergoeding worden gevraagd voor de door te maken kosten voor de detachering. *[OPTIONEEL:]* Hiervoor kan een opslag voor administratiekosten in rekening worden gebracht. De vergoeding bedraagt maandelijks € **[bedrag]**, met een opslag van **[percentage]** %.

3. Indien daartoe wettelijk verplichting bestaat, wordt btw in rekening gebracht.

4. De vergoeding als bedoeld in het tweede lid van dit artikel zal na verloop van **[termijn (optie: een, twee, drie maand(en)]** door de uitlener achteraf worden gefactureerd bij de inlener, waarover het verschuldigde BTW in rekening wordt gebracht. De inlener verplicht zich de gefactureerde kosten binnen een maand na ontvangst van de declaratie aan de uitlener te zullen betalen. Facturen dienen via [portaal] ingediend te worden, onder vermelding van inkoopordernummer, de datum en andere door de inlener schriftelijk aan de uitlener kenbaar gemaakte gegevens.

5. *[OPTIONEEL:]* De inlener vergoedt gedetacheerde rechtstreeks de kosten van het woon-werkverkeer en de overige reis- en verblijfkosten volgens de regeling die voor zijn eigen werknemers geldt *[OPTIONEEL:]*, maar minimaal op het niveau van de regeling die voor de vergoeding van deze kosten geldt voor personeelsleden van de uitlener.

6. Incidentele kosten die op verzoek of met expliciete toestemming van de inlener door gedetacheerde gemaakt zijn, worden door de inlener rechtstreeks aan de gedetacheerde vergoed. Hiertoe dient de gedetacheerde de originele nota's en facturen te overleggen.

7. De inlener verstrekt, indien door de uitlener gewenst, de uitlener aan het einde van de detacheringsperiode een overzicht van de gewerkte uren, de genoten vakantie-uren en de uren waarop de gedetacheerde wegens ziekte afwezig is geweest.

Artikel 7 Dit artikel regelt de rechten en verplichtingen in geval van ziekte van de gedetacheerde. Daarbij kunnen bijvoorbeeld (lid 3) afspraken worden gemaakt voor wiens rekening ziekte of arbeidsongeschiktheid komt (voor de uitlener of (deels) voor de inlener).

Artikel 7 Ziekte of arbeidsongeschiktheid

1. In geval van ziekte of arbeidsongeschiktheid en herstel dient de gedetacheerde dit - volgens de geldende regels van respectievelijk de uitlener en van de inlener - te melden bij de uitlener en bij de inlener.

2. De bedrijfsgeneeskundige begeleiding van de gedetacheerde blijft plaatsvinden door de Arbodienst van de uitlener. De kosten van bedrijfsgeneeskundige begeleiding en maatregelen ter bevordering van herstel en re-integratie komen voor rekening van de uitlener.

3. *[Bij detachering tegen vergoeding (art. 4[a], optie 1:]* Ziekte of arbeidsongeschiktheid van de gedetacheerde is voor rekening en risico van de uitlener.

   of

   Bij ziekte of arbeidsongeschiktheid van de gedetacheerde komt de eerste **[termijn invullen (bijvoorbeeld een maand)]** voor rekening van de inlener. Indien de arbeidsongeschiktheid langer aanhoudt, zal de uitlener over die periode na de voornoemde periode geen, of in geval van gedeeltelijke werkhervatting gedeeltelijk, kosten declareren bij de inlener.

4. Bij afwezigheid van de gedetacheerde wegens ziekte of arbeidsongeschiktheid heeft de uitlener ten opzichte van de inlener [een/geen] verplichting om voor vervanging zorg te dragen.

Artikel 8 Veiligheid/arbeidsomstandigheden

1. De inlener is tegenover de uitlener verplicht en tegenover de gedetacheerde gehouden, zorg te (blijven) dragen voor veilige werkomstandigheden voor de gedetacheerde.

2. De inlener is met betrekking tot de Arbeidsomstandighedenwet verplicht de gedetacheerde te behandelen als ware deze bij de inlener in dienst is.

Artikel 9 Het derde lid vloeit voort uit art. 7:658 BW (werkgeversaansprakelijkheid geldt ook voor de inlener jegens de gedetacheerde). Het is aan te bevelen om als inlener een aansprakelijkheidsverzekering voor de gedetacheerde af te sluiten. De andere artikelleden zijn gebruikelijke standaardteksten in detacheringsovereenkomsten.

Artikel 9 Aansprakelijkheid

1. De inlener is gedurende de detachering verantwoordelijk voor de door de gedetacheerde verrichte werkzaamheden. De inlener vrijwaart de uitlener van elke aansprakelijkheid die zou kunnen voortvloeien uit de werkzaamheden die de gedetacheerde verricht ten behoeve van de inlener.

2. De uitlener is niet aansprakelijk voor schade, op welke wijze dan ook door gedetacheerde aan de inlener toegebracht, disfunctioneren van de gedetacheerde daaronder begrepen.

3. De inlener draagt er zorg voor dat de gedetacheerde uit hoofde van zijn werkzaamheden voor de inlener verzekerd is tegen wettelijke aansprakelijkheid.

4. De gedetacheerde is niet aansprakelijk voor schade die **[hij/zij]** mocht veroorzaken aan de inlener of aan derden bij de uitoefening van de werkzaamheden voor de inlener, tenzij de schade een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid.

Artikel 10 Geheimhoudingsplicht en vertrouwelijke gegevens

1. De gedetacheerde en de uitlener zijn verplicht geheimhouding te betrachten ten aanzien van alle informatie waarvan zij uit hoofde van de werkzaamheden van de gedetacheerde bij de inlener kennis hebben genomen, voor zover deze verplichting uit de aard der zaak volgt of uitdrukkelijk is opgelegd.

2. De verplichting als bedoeld in het eerste van dit artikel geldt ook na het einde van de detachering.

3. Alle documenten, gegevensdragers en overige producten of voortbrengselen die verband houden met en/of voortvloeien uit de door de gedetacheerde in het kader van de detachering verrichte werkzaamheden zullen eigendom zijn van de inlener en voor zover nodig bij het einde van de werkzaamheden aan de inlener worden overgedragen.

Artikel 11 Einde van de overeenkomst

1. Deze overeenkomst eindigt van rechtswege:
   a. Aan het einde van de in artikel 1 genoemde periode;

      of

      Aan het einde van de in artikel 1 genoemde gebeurtenis of genoemde periode;
   b. Vanaf het moment dat de arbeidsovereenkomst van de gedetacheerde bij de uitlener (of opvolgend werkgever) eindigt;
   c. Bij overlijden van de gedetacheerde.

Artikel 12 Tussentijdse beëindiging van de overeenkomst

1. Deze overeenkomst kan tussentijds worden beëindigd:
   a. met wederzijds goedvinden van de inlener en de uitlener. Daarbij bepalen de inlener en de uitlener de einddatum in gezamenlijk overleg;
   b. door schriftelijke opzegging door de inlener of de uitlener met een opzegtermijn van **[invullen tijdseenheid (optie: een, twee, drie etc. maanden)]**. De opzegging geschiedt tegen het einde van de maand. De inlener en de uitlener kunnen in onderling overleg van de opzegtermijn afwijken;
   c. door schriftelijke opzegging indien de gedetacheerde een dringende reden als bedoeld in artikel 7:678 van het Burgerlijk Wetboek voor opzegging geeft;

d. door schriftelijke opzegging als de gedetacheerde als gevolg van ziekte of arbeidsongeschiktheid, die tenminste **[invullen tijdseenheid (optie: een, twee, drie etc. maanden)]** heeft geduurd, niet langer geschikt is om de werkzaamheden zoals omschreven in artikel 2 te verrichten voor de inlener;
e. door schriftelijke opzegging indien de andere partij toerekenbaar niet of niet behoorlijk de uit deze overeenkomst voortvloeiende verbintenissen nakomt, in staat van faillissement verkeert, is ontbonden of indien surséance van betaling is aangevraagd.

Artikel 13 Wijzigingen

1. Voor zover deze detacheringsovereenkomst niet in een wijzigingsmogelijkheid voorziet, is wijziging van deze overeenkomst slechts mogelijk met schriftelijke instemming van alle partijen. Daarbij wordt bepaald het tijdstip van inwerkingtreding van de wijziging.

2. In alle gevallen waarin deze detacheringsovereenkomst niet of niet voldoende voorziet, zal tussen partijen overleg worden gepleegd.

Artikel 14 Geschillen

1. Partijen verbinden zich om geschillen ten aanzien van de onderhavige overeenkomst, of enige andere hieraan gerelateerde overeenkomst, niet eerder voor te leggen aan de bevoegde rechter te **[plaatsnaam bevoegde rechter]**, nadat is getracht in onderling overleg tot overeenstemming te komen. Op de onderhavige overeenkomst, alsmede op elke andere hieraan gerelateerde overeenkomst, is uitsluitend Nederlands recht van toepassing.

   Aldus overeengekomen op **[datum]** en in drievoud ondertekend en op elke bladzijde geparafeerd door:

   Namens *uitlener*: Namens *inlener*:

   Handtekening: _____ Handtekening _____
   [naam] **[naam]**
   [functietitel] **[functietitel]**

   Gedetacheerde:

   Handtekening: _____
   [naam]

Addendum I

Detacheringsovereenkomst in het kader van re-integratie in het tweede spoor

Een bijzonder vorm van detachering en collegiale uitlening is het detacheren van een werknemer in het kader van re-integratie bij ziekte. Het gaat dan om re-integratie in het tweede spoor (buiten de eigen werkgever).

Detachering kan in deze situaties voordelen hebben voor alle partijen.

- De zieke werknemer kan bij een andere werkgever eerst proberen hoe het werken daar gaat, zonder meteen een beslissing te hoeven nemen om daar in dienst te treden;
- De uitlenende werkgever voldoet aan de verplichtingen tot re-integratie;
- De inlenende werkgever biedt niet alleen hulp aan de uitlenende werkgever, maar hij kan de ingeleende werknemer inzetten zonder risico's;
- Als de inlenende werkgever na een periode van detachering besluit om de gedeeltelijke arbeidsongeschikte werknemer in dienst te nemen, kan de werkgever in aanmerking komen voor de no-riskpolis.

Met behulp van het model en onderstaande afwijkende en aanvullende bepalingen kan een detacheringsovereenkomst in het kader van re-integratie tweede spoor worden opgesteld. Geadviseerd wordt om altijd na te gaan of de teksten de feitelijke afspraken dekken.

Afwijkende en aanvullende bepalingen op de model detacheringsovereenkomst:

Nemen het volgende in overweging:

Het kan soms van belang zijn om in een aantal overwegingen de redenen te schetsen die geleid hebben tot het overeenkomen van een detacheringsovereenkomst in het kader van re-integratie in het tweede spoor:

1. De inlener wil de gedetacheerde inhuren van de uitlener en de uitlener is daartoe bereid;
2. De gedetacheerde heeft een arbeidsovereenkomst met de uitlener;
3. Zowel de uitlener, de inlener als de gedetacheerde hebben belang bij een detachering van de gedetacheerde bij de inlener;
4. De gedetacheerde is met ingang van **[datum]** arbeidsongeschikt;
5. Er zijn binnen de organisatie van de uitlener geen passende re-integratiemogelijkheden voor de gedetacheerde;
6. In het kader van re-integratie tweede spoor is voor de gedetacheerde een passende functie gevonden bij de inlener;
7. De gedetacheerde zal op detacheringsbasis werkzaam zijn bij de inlener in het kader van re-integratie met het vooruitzicht op een vast dienstverband bij goed functioneren en organisatorische mogelijkheden, met inachtneming van de uitkomst van de WIA-beslissing;
8. Partijen zijn een detachering overeengekomen en hebben ter zake overeenstemming bereikt en leggen hun afspraken vast in de onderhavige overeenkomst;
9. De gedetacheerde op de hoogte is van de inhoud van de afspraken betreffende deze detachering en deze begrijpt en ten bewijze hiervan deze overeenkomst mede heeft ondertekend.

Artikel 1 Duur, omvang en plaats

1. De gedetacheerde wordt in het kader van re-integratie tweede spoor met ingang van **[datum]** voor de duur van **[tijdseenheid]** maanden tot uiterlijk **[datum einde wachttijd]** voor **[aantal]** uur per week door de uitlener gedetacheerd bij de inlener.

Artikel 6 Vergoeding

1. Tegenover de werkzaamheden die de gedetacheerde in het kader van re-integratie voor de inlener verricht staat geen (financiële) vergoeding die de inlener verschuldigd is aan de uitlener. De gedetacheerde stemt op vrijwillige basis in met de detachering, zoals bedoeld in deze detacheringsovereenkomst.

2. De uitlener vergoedt reiskosten, opleidingskosten en andere noodzakelijke kosten die de gedetacheerde in het kader van de detachering heeft gemaakt aan de gedetacheerde op basis van de bij de uitlener geldende voorschriften.

3. Incidentele kosten die op verzoek of met expliciete toestemming van de inlener door gedetacheerde gemaakt zijn, worden door de inlener rechtstreeks aan de gedetacheerde vergoed. Hiertoe dient de gedetacheerde de originele nota's en facturen te overleggen.

Artikel 7 Ziekte of arbeidsongeschiktheid

1. In geval van ziekte of arbeidsongeschiktheid en herstel dient de gedetacheerde dit - volgens de geldende regels van respectievelijk de uitlener en van de inlener - te melden bij de uitlener en bij de inlener.

2. De bedrijfsgeneeskundige begeleiding van de gedetacheerde blijft plaatsvinden door de Arbodienst van de uitlener. De kosten van bedrijfsgeneeskundige begeleiding en maatregelen ter bevordering van herstel en re-integratie komen voor rekening van de uitlener.

3. Door ondertekening van deze overeenkomst geeft de gedetacheerde te kennen dat [hij/zij] ermee instemt dat rapportages van de bedrijfsarts en/of het UWV worden gedeeld met de inlener, behoudens zover het medische gegevens betreffen.

Artikel 12 Tussentijdse beëindiging van de overeenkomst

1. Deze overeenkomst kan tussentijds worden beëindigd:
   a. met wederzijds goedvinden van de inlener en de uitlener. Daarbij bepalen de inlener en de uitlener de einddatum in gezamenlijk overleg;
   b. door schriftelijke opzegging door de inlener of de uitlener met een opzegtermijn van **[invullen tijdseenheid (optie: een, twee, drie etc. maanden)]**. De opzegging geschiedt tegen het einde van de maand. De inlener en de uitlener kunnen in onderling overleg van de opzegtermijn afwijken;
   c. door schriftelijke opzegging indien de gedetacheerde een dringende reden als bedoeld in artikel 7:678 van het Burgerlijk Wetboek voor opzegging geeft;
   d. door schriftelijke opzegging indien de andere partij toerekenbaar niet of niet behoorlijk de uit deze overeenkomst voortvloeiende verbintenissen nakomt, in staat van faillissement verkeert, is ontbonden of indien surséance van betaling is aangevraagd.

Artikel X Bijzondere afspraken over (de situatie na periode van) detachering

1. Indien de detachering eindigt, keert de gedetacheerde terug naar **[zijn/haar]** eigen functie / naar de organisatie van de uitlener.

2. Deze overeenkomst kan ook tussentijds door de inlener of de uitlener worden beëindigd indien de gedetacheerde volledig hersteld wordt verklaard voor **[zijn/haar]** eigen functie met als gevolg dat de gedetacheerde terugkeert naar **[zijn/haar]** eigen functie / naar de organisatie van de uitlener.

3. Deze overeenkomst kan ook tussentijds door de inlener of de uitlener worden beëindigd indien sprake is van toename of afname van de arbeidsongeschiktheid met als gevolg dat re-integratie bij de inlener niet langer mogelijk is en/of zinvol wordt geacht, of bij de uitlener weer passende re-integratiemogelijkheden voor de gedetacheerde aanwezig zijn.

4. Indien het UWV de gedetacheerde geheel of gedeeltelijk arbeidsongeschikt verklaart voor **[zijn/haar]** eigen functie en er overigens geen passende functies bij de uitlener zijn, zal de uitlener met de gedetacheerde afspraken maken over beëindiging van [zijn/haar] arbeidsovereenkomst.

5. Bij goed functioneren en met inachtneming van de uitkomst van de WIA-beslissing kan de inlener de gedetacheerde het aanbod doen van een vast dienstverband.

Addendum II

Detacheringsovereenkomst in het kader van loopbaanontwikkeling / Van werk naar werk-traject

Een bijzonder vorm van detachering en collegiale uitlening is het detacheren van een werknemer in het kader van loopbaanontwikkeling (hoofdstuk 8 Cao) of een Van werk naar werk-traject (hoofdstuk 9 Cao). Het gaat dan om detachering bij een andere werkgever (buiten de eigen werkgever).

Detachering kan in deze situaties voordelen hebben voor alle partijen.

- De werknemer die niet meer bij zijn/haar huidige werkgever op zijn/haar plek zit of boventallig is, kan bij een andere werkgever eerst proberen hoe het werken daar gaat, zonder meteen een beslissing te hoeven nemen om daar in dienst te treden;
- De uitlenende werkgever voldoet aan de verplichtingen tot duurzame inzetbaarheid of boventalligheid;
- De inlenende werkgever biedt niet alleen hulp aan de uitlenende werkgever, maar hij kan de ingeleende werknemer inzetten zonder risico's en hij heeft de tijd om zich een oordeel te vellen over het functioneren van de werknemer.

Specifieke afspraken over rechten en verplichtingen, faciliteiten, loopbaanadvies, begeleiding, etc. tussen de uitlener en de gedetacheerde worden schriftelijk vastgelegd. Indien sprake is van boventalligheid worden die afspraken vastgelegd in het Van werk naar werk-contract.

Met behulp van het model en onderstaande afwijkende en aanvullende bepalingen kan een detacheringsovereenkomst in het kader van re-integratie tweede spoor worden opgesteld. Geadviseerd wordt om altijd na te gaan of de teksten de feitelijke afspraken dekken.

Afwijkende en aanvullende bepalingen op de model detacheringsovereenkomst:

Nemen het volgende in overweging:

Het kan soms van belang zijn om in een aantal overwegingen de redenen te schetsen die geleid hebben tot het overeenkomen van een detacheringsovereenkomst in het kader van loopbaanontwikkeling of een Van werk naar werk-traject:

1. De inlener wil de gedetacheerde inhuren van de uitlener en de uitlener is daartoe bereid;
2. De gedetacheerde heeft een arbeidsovereenkomst met de uitlener;
3. Zowel de uitlener, de inlener als de gedetacheerde hebben belang bij een detachering van de gedetacheerde bij de inlener;
4. **[Alleen bij een VWNW-traject:]** De gedetacheerde is met ingang van **[datum]** boventallig;
5. In het kader van [keuze: loopbaanoriëntatie / een Van werk naar werk-traject] is voor de gedetacheerde een passende functie gevonden bij de inlener;
6. De gedetacheerde zal op detacheringsbasis werkzaam zijn bij de inlener met het vooruitzicht op een vast dienstverband bij goed functioneren en organisatorische mogelijkheden;
7. Partijen zijn een detachering overeengekomen en hebben ter zake overeenstemming bereikt en leggen hun afspraken vast in de onderhavige overeenkomst;
8. De gedetacheerde op de hoogte is van de inhoud van de afspraken betreffende deze detachering en deze begrijpt en ten bewijze hiervan deze overeenkomst mede heeft ondertekend.

[OPTIONEEL:] Artikel X Bijzondere afspraken over (de situatie na periode van) detachering

1. Indien de detachering eindigt, keert de gedetacheerde terug naar [zijn/haar] eigen functie / naar de organisatie van de uitlener.

2. Bij goed functioneren kan de inlener de gedetacheerde het aanbod doen van een vast dienstverband.

Bijlage 1: Artikel Flexpool MBC voor handreiking VNG

Welkom bij de Flexpool van Mobiliteitscentrum West-Brabant! We vertellen je graag meer over wat onze organisatie doet, hoe de flexpool is ontstaan, in welke vorm deze flexpool zich door onze regio beweegt en wat wij daarvan hebben geleerd.

Over het Mobiliteitscentrum

Het Mobiliteitscentrum staat voor het bewegen van talent. Dit doen we op basis van vier pijlers:

- Coaching We begeleiden medewerkers in loopbaan-, mobiliteits- of stresstrajecten
- Leren & ontwikkelen
  Via onze regionale academie bieden we medewerkers de kans om zich zowel vakinhoudelijk als persoonlijk te ontwikkelen
- Regionale HR-thema's
  Samen met de HR-professionals uit de regio bepalen we jaarlijks op welke thema's we gezamenlijk willen organiseren. Hier vloeien gezamenlijke projecten uit voort waar alle aangesloten organisaties de vruchten van plukken.
- Flexibele arbeid
  Onder de pijler 'flexibele arbeid' valt o.a. een wervingsplatform, wervingsadvies, onze Flexpool met eigen consultants en Flex West-Brabant waarmee we de externe inhuur op een rechtmatige manier regionaal faciliteren.

Waarom een regionale flexpool?

Dankzij de regionale inzet op flexibele arbeid krijgt talent de kans zich optimaal te ontwikkelen binnen de regio. Met onze flexpool helpen we organisaties aan intern talent (consultants in dienst van de regio) om de ambities van de toekomst waar te maken. Door de ambtenaren de mogelijkheid te bieden flexibel en projectmatig te werken, behouden we kennis in de regio voor de lokale overheid en trekken we talenten aan (zowel vanuit gemeenten als vanuit het bedrijfsleven) die zich graag breed inzetten. Daarnaast bieden we hiermee de kans af te tasten welk domein of organisatieprofiel het beste past bij de consultant en stimuleren we duurzame instroom bij de overheid. In totaal zijn er 37 partijen aangesloten bij onze organisatie, gevestigd in Zeeland en Noord-Brabant.

Het ontstaan van de flexpool

In 2014 richtten we onze eerste flexpool op: Publiek Maatwerk (PuMa). We zagen dat de arbeidsmarkt ruim was en dat vooral jongeren moeilijk de kans kregen om aan de slag te gaan binnen gemeenten. Om dit mogelijk te maken heb je een regio nodig die lef durft te tonen. En dat hebben we in West-Brabant wel! We zagen deze lacunes en maakten een start met PuMa. Zo ontstond er ruimte voor nieuw talent binnen de overheid. Met PuMa bieden we jonge talenten de kans veel te

zien en te leren binnen ambtelijke organisaties terwijl ze daar een vernieuwende blik brengen. De PuMa's werken doorgaans als projectleider, adviseur of onderzoeker en we zien dat een deel van de PuMa's zich later specialiseert. Er zijn op dit moment 13 PuMa's actief in onze regio. Van de PuMa's die niet doorstromen binnen de flexpool stroomt 90% uit binnen ambtelijke organisaties in de regio.

In de jaren daarna zagen we dat organisaties steeds meer externe medewerkers tijdelijk inhuurden om wettelijke taken en bestuurlijke ambities te kunnen realiseren. Deze externe inhuur gaat gepaard met hoge kosten en we zagen dat de ingehuurde medewerkers vrijwel altijd de regio weer verlieten na afloop van een opdracht. Dat terwijl andere organisaties uit de regio vaak met een vergelijkbaar vraagstuk zaten. We wilden de kruisbestuiving en kennisbehoud nog meer bevorderen. Zo ontstond in 2021 een tweede deel in onze flexpool: Brabant Consultant. Deze senior pool ontstond omdat er een grote vraag is naar flexibele inzet van collega's met ruime ervaring. Ook merkten we dat zowel ambtenaren uit de regio als onze PuMa's behoefte hadden aan doorstroommogelijkheden in een flexibele rol. Inmiddels is dit team gegroeid naar 11 consultants. De PuMa's en Brabant Consultants vormen samen onze flexpool, die vanaf het begin omarmt wordt door onze ambassadeurs: Cor Smits (Gemeentesecretaris Gemeente Etten-Leur), Caroline Jacobs (Gemeentesecretaris Gemeente Halderberge) en Dré Martens (Gemeentesecretaris Gemeente Drimmelen). Gemeentesecretaris Cor Smits vertelt:

"De flexpool is op meerdere niveaus van meerwaarde. Het is een mooie broedplaats voor jonge talenten die zich willen ontwikkelen binnen de lokale overheid. Voor gemeenten biedt de flexpool flexibele regionale projectleiders die bekend zijn met de regio. Ze brengen kennis mee uit vorige opdrachten waardoor kruisbestuiving ontstaat. Daarnaast biedt de flexpool doorgroeimogelijkheden binnen de flexpool en bij de aangesloten organisaties waardoor (jong) talent behouden blijft."

Missie

De flexpool is een team van breed inzetbare professionals met verschillende kwaliteiten, vaardigheden en achtergronden. Onze professionals kennen de overheid, weten wat er speelt in de regio, geven een inspirerende, vernieuwende blik op vraagstukken, brengen nieuwe energie en weten van aanpakken. Ze werken flexibel aan verschillende, tijdelijke klussen bij diverse gemeenten en partnerorganisaties van het Mobiliteitscentrum West-Brabant, houden zo kennis in de regio en delen die met elkaar. Deze flexibele schil maakt het voor gemeenten en andere organisaties mogelijk op korte termijn professionals in te zetten met ervaring binnen de regio. De flexpool heeft geen winstoogmerk, wat betekent dat ze worden gedetacheerd tegen een kostendekkend tarief en met garantie van kwaliteit. Met een mix van professionals met gemeentelijke ervaring maar zeker ook talent van buiten de overheidssector bevorderen we de instroom van vakkundige professionals binnen de regio. Coördinator Priscilla de Vos vertelt hierover:

"De medewerkers van onze flexpool bieden we een interessante baan waarmee we professionals die graag flexibel en projectmatig werken kunnen aantrekken en behouden voor de regio. De consultants zijn oprecht betrokken bij de regio. Die betrokkenheid vormt samen met de maatschappelijke bijdrage die zij vanuit deze rol kunnen leveren een belangrijke drijfveer om voor de functie te kiezen. We bieden flexibele professionals aan op complexe vraagstukken. Zo helpen we West-Brabant verder. Dat is de overtuiging waarmee we werken, dat is een ontzettend fijne basis. Ik ben dan ook ontzettend trots en gemotiveerd om sturing te geven aan een team met zoveel dimensies. Vanuit onze relatie met én betrokkenheid bij de aangesloten organisaties zijn we altijd goed op de

hoogte van wat er speelt. Door kennis, mensen en organisaties met elkaar te verbinden werken we aan de toekomst van de regio. De flexpool is een mooi voorbeeld van de kracht van samenwerken en verbinden."

Jord Koetje, Manager van het Mobiliteitscentrum, vult aan:
"Het mooie aan onze flexpool is de bevlogenheid van de collega's. Ze zetten als interne flexibele schil van de regio stevig in op kruisbestuiving tussen de verschillende gemeenten. Dat is dé grote meerwaarde van onze regionale aanpak. De consultants blijven actief in de regio en zijn van en voor de overheid. Ik ben vooral ook trots op het lef wat onze regio heeft getoond om dit initiatief mogelijk te maken. Samen dragen we de risico's en plukken we er de vruchten van. Het is een mooi voorbeeld van een sterke wil om samen te werken."

Werkwijze

PuMa is het team met junior/medior professionals. Dit team is zelf organiserend. Ze regelen een aantal zaken grotendeels zelf zoals de acquisitie en communicatie. De Brabant Consultants worden hierin meer ontzorgd. De flexpool heeft een coördinator ten behoeve van verbinding met de organisatie, sturing in dagelijkse werkzaamheden, loopbaanontwikkeling en om de kruisbestuiving tussen de teams te bevorderen. In de selectiecommissie nemen altijd gemeentesecretarissen vanuit de regio deel. We zijn continue met aangesloten organisaties in verbinding om goed aan te sluiten op hun vraag. We werken samen vanuit de relatie en hebben dat hoog in het vaandel staan. Ook gebruiken we data voor het aannamebeleid. We hebben vanuit onze regionale vacaturesite en extern inhuurplatform data beschikbaar waaruit blijkt waar de gemeenten naar zoeken. Natuurlijk anticiperen we tijdig op de toekomstige behoefte.

Vorm

De flexpool valt onder het Mobiliteitscentrum West-Brabant, wat onderdeel is van de Gemeenschappelijke Regeling: Regio West-Brabant (RWB). Deze GR houdt zich o.a. op bestuurlijk niveau bezig met onder andere economie, arbeidsmarkt, mobiliteit en ruimte. Het Mobiliteitscentrum zet zich in voor de ambtenaren en de verschillende ambtelijke organisaties en legt verantwoording af aan de stuurgroep: een afvaardiging van gemeentesecretarissen en directeuren bedrijfsvoering uit de regio. De gemeenten van de Regio West-Brabant zijn de eigenaar-gemeenten en zijn risicodrager op het concept. Gezamenlijk staan zij garant voor de financiële risico's die de flexpool met zich meebrengt, alhoewel daar in al de jaren nog geen beroep op is gedaan. De flexpool draait zelfstandig en is kostenneutraal. Het startkapitaal voor risicodekking is verkregen door middel van een subsidie. Middels detachering worden de PuMa's en Brabant Consultants uitgeleend door de GR RWB. Doordat alle op het Mobiliteitscentrum aangesloten (lokale)overheidsorganisaties samenwerken op het gebied van arbeid en het bewegen van talent, bestaat er draagvlak voor het concept en worden de Flexpool medewerkers gezien als collega's. Gezamenlijk brengen we vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bij elkaar. De flexpool kan onafhankelijk van de partijen opereren en is daarom objectief.

Conclusie

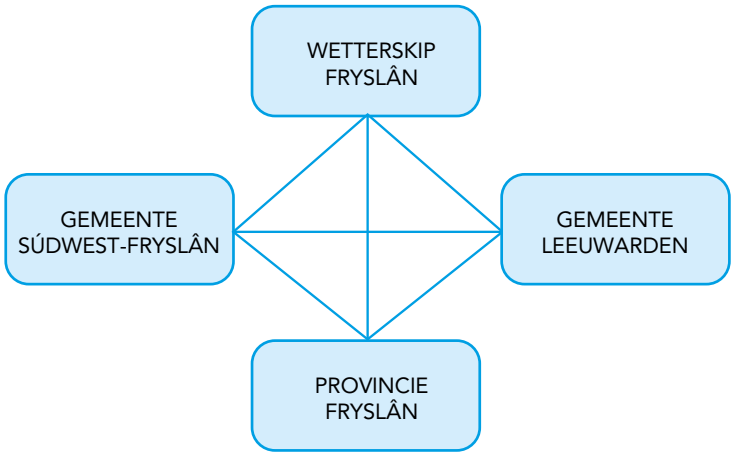
Door de jaren heen is bewezen dat de flexpool werkt als oplossing op tijdelijke vraagstukken, maar ook als instrument om duurzame instroom bij de overheid te bevorderen. Bovenal voorziet het in de

behoefte van (toekomstige) ambtenaren om flexibel te werken in de regio vanuit een dienstverband bij de overheid. In onze regio werpt het zijn vruchten af en we zijn ervan overtuigd dat dit concept ook werkt in andere regio's. Vanuit het besef dat we een gezamenlijk belang hebben als overheid dragen we inmiddels ook in andere regio's actief bij aan de realisatie van flexpools. Er valt nog veel winst te behalen!

Bijlage 2: Fryske Flekspool

Wat is de Fryske Flekspool?

De Fryske Flekspool is een samenwerking van de gemeente Leeuwarden, gemeente Súdwest-Fryslân, Wetterskip Fryslân en provincie Fryslân op het gebied van personele inzet. Het is een samenwerking op basis van afspraken die tussen de deelnemende partners in de samenwerking zijn gemaakt. De samenwerking is niet vorm gegeven in een eigen juridische entiteit.



Samenwerkingsmodel de Fryske Flekspool

Doelstelling

Doelstelling is het versterken van de onderlinge samenwerking tussen Friese overheden. Sinds 1 maart 2022 is deze samenwerking operationeel. De Fryske Flekspool werkt namens én voor de vier deelnemende organisaties. In de rol van 'makelaar' legt de Fryske Flekspool de verbinding tussen gekwalificeerde medewerkers en opdrachten. De medewerkers die namens de Fryske Flekspool werkzaam zijn, worden ingezet als project- of programmamanager, omgevingsmanager of procesleider in opdrachten van de deelnemende organisaties. Denk hierbij aan opgaven die de overheden gemeen hebben, zoals de invoering van de Omgevingswet, de energietransitie, het begeleiden van participatieprocessen in de leefomgeving en de woonopgave. De Fryske Flekspool kent op dit moment 12 medewerkers en groeit gestaag. De Fryske Flekspool zet in op het optimaal benutten van talenten ten dienste van een zo goed mogelijk resultaat voor de vier deelnemende organisaties.

Faciliteren van samenwerking

De kracht van de FFP is dat ze snel en flexibel kan inspelen op actuele vraagstukken bij de deelnemende organisaties. De medewerkers doen op deze wijze veel ervaring op met én binnen de diverse overheden en dragen bij aan een brede integrale aanpak. Van binnenuit leren ze de belangen van alle partijen beter te begrijpen en kunnen daarbij ook weer aanspreekpunt zijn voor andere medewerkers. Op deze wijze ontstaat een intensief netwerk dat bijdraagt aan een betere samenwerking tussen overheden.

Aantrekkelijk werkgeverschap

De samenwerking betekent dat medewerkers wisselende opdrachten hebben per organisatie. Medewerkers ervaren deze afwisseling als zeer inspirerend. Nieuwe collega's en een andere

werkomgeving worden daarbij als voorbeeld genoemd. Een externe werving vorig jaar zorgde voor een onverwachts grote aanloop van belangstellenden. Kandidaten zien de afwisseling als een sterk pluspunt van de nieuwe werkvorm. Het teamgevoel wordt vormgegeven door gemeenschappelijke bijeenkomsten, opleidingsprogramma's en het samen werken aan opdrachten. Kortom, de samenwerking zorgt voor zowel werving als behoud van talenten.

Ontwikkeling

In de doorontwikkeling van de Fryske Flekspool wordt onderzocht op welke wijze uitbreiding met de andere Friese gemeenten mogelijk is. Ook wordt de komende tijd onderzocht of vergelijkbare samenwerking mogelijk is op specifieke opgaven. Met name daar waar door personeelskrapte ambities onder druk komen te staan. Voorbeeld is de energie transitie.

Contactpersonen

- Oeds Bijlsma, ambtelijk opdrachtgever, directeur Wetterskip Fryslan
- Hotze Wiersma, manager Fryske Flekspool

Bijlage 3: Hand-out Juridisch kader Waadi

1 Waadi

1.1 Toepassingsbereik

In de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) staan regels voor arbeidsbemiddeling en het ter beschikking stellen van personeel.

De Waadi is van toepassing op:
a. Uitzendkrachten;
b. Payrollers;
c. Elke andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding, waarbij de arbeidskracht onder toezicht en leiding van een inlener arbeid verricht.

De Waadi is verder alleen van toepassing als:
1. Het ter beschikking stellen van arbeidskrachten gebeurt tegen vergoeding.
2. Het gaat om terbeschikkingstelling aan een ander.
3. De ter beschikking gestelde arbeidskracht onder toezicht en leiding van de inlener arbeid verricht.
4. Er sprake is van arbeidsbemiddeling. Hieronder wordt verstaan dienstverlening in de uitoefening van beroep of bedrijf.

a. De Waadi zondert een viertal situaties uit van ter beschikking stellen van arbeid. De Waadi is niet van toepassing bij beschikkingstelling in het kader van:
b. een overeenkomst van aanneming van werk;
c. collegiale in- en uitlening ("het bij wijze van hulpbetoon zonder winstoogmerk ter beschikking stellen van arbeidskrachten");
d. intra-concern-detachering;
e. incidentele detachering of 'gelegenheidsdetachering'.

Intra-concern-uitlening valt niet onder de reikwijdte van de Waadi, met uitzondering van artikel 8a lid 8 Waadi dat ziet op de gelijke behandeling van arbeidskrachten die in het kader van payrolling ter beschikking zijn gesteld.

1.2 Belangrijkste regels Waadi:

De belangrijkste regels in de Waadi zijn:

1 De registratieplicht

Voor *uitleners* (uitzendbureaus en alle andere bedrijven en personen) die arbeidskrachten ter beschikking stellen, geldt een registratieplicht in het KvK-handelsregister, ook als dit niet bedrijfsmatig is.

Voor *inleners* geldt een verbod, op straffe van een forse boete, om arbeidskrachten arbeid te laten verrichten die ter beschikking zijn gesteld door een niet-geregistreerde uitlener.

Wat betreft de definitiebepaling moet onder inlener ook worden verstaan: *de doorlener en degene aan wie de doorlener doorleent.*

2 Gelijke arbeidsvoorwaarden
Voor ter beschikking gestelde arbeidskrachten gelden gelijke arbeidsvoorwaarden als de arbeidsvoorwaarden voor werknemers in loondienst van de inlener met een gelijke of gelijkwaardige functie.

- Voor payrollers geldt volledig gelijke arbeidsvoorwaarden.
- Voor niet-payrollers gelden gelijke loonvoorwaarden (de zogeheten 'inlenersbeloning' of 'loonverhoudingsnorm') en gelijke voorwaarden met betrekking tot (i) arbeidstijden en (ii) 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 (iii) de maatregelen ter bestrijding van discriminatie.

Afwijking van de loonverhoudingsnorm uit de Waadi is per cao mogelijk. De ABU-cao en de NBBU-cao hebben van de afwijkingsmogelijkheid gebruikt gemaakt.

De inlener moet de uitlener informeren over (wijzigingen in) de componenten van de inlenersbeloning. De uitlener zal op zijn beurt op verzoek van de inlener moeten kunnen aantonen dat hij voldoet aan zijn verplichtingen. Evenwel kan toch onder omstandigheden de inlener aansprakelijk worden gesteld door ter beschikking gesteld personeel voor te weinig betaald loon. Daarnaast kan ook de Belastingdienst de inlener hoofdelijk aansprakelijk stellen als de uitlener voor de ingeleende krachten niet aan zijn afdrachtverplichtingen rond de loonheffingen en BTW voldoet. Dat geldt ook als de inlener de ingeleende kracht doorleent aan een andere partij.

Tips voor de *inlener* om aansprakelijkheid te voorkomen voor niet-naleving van de inlenersbeloning:

- Zorg dat de administratie ten aanzien van ingeleend personeel op orde is;
- Vraag de uitlener/het uitzendbureau om een garantie dat het ingeleend personeel ten minste overeenkomstig de toepasselijke cao wordt beloond (voor fiscale zekerheid: vraag bijvoorbeeld een verklaring betalingsgedrag);
- Verifieer zelf ook of artikel 8 Waadi niet wordt geschonden;
- Schakel uitsluitend gecertificeerde bureaus in (NEN-4400 certificaat/SNA-keurmerk).

3 Vacaturemeldingsplicht
De inlener is verplicht om ter beschikking gestelde arbeidskrachten op de hoogte te brengen van alle binnen de inlener ontstane vacatures (vacaturemelding). Tevens is de inlener verplicht om deze arbeidskrachten op die vacatures op basis van gelijkheid te kunnen laten solliciteren met de al bij de inlener in dienst zijnde werknemers en externe sollicitanten (selectie). De vacaturemeldingsverplichting strekt er niet toe dat de inlener ook verplicht is de arbeidskracht die bij hem solliciteert in dienst te nemen. Uit de wetsgeschiedenis volgt overigens dat de vacaturemeldingsplicht alleen geldt voor vacatures waarbij een arbeidsovereenkomst voor *onbepaalde tijd* wordt aangeboden.

Er geldt een uitzondering voor werknemers met een voorrangspositie. De werknemer van inlener met een zogeheten 'voorrangspositie' geniet bij selectie voorrang. Dit zijn mobiliteitskandidaten, herplaatsingskandidaten of langdurig arbeidsongeschikte werknemers. De vacaturevermeldingsplicht verhindert niet om deze werknemers voorrang te geven bij het vervullen van vrijkomende vacatures. Sterker nog: de regels van artikel 9 Ontslagregeling verplichten daartoe. Ontslag kan niet als herplaatsing als bedoeld in artikel 7:669 lid 1 BW, al dan niet met scholing, mogelijk is of in de rede ligt.
Ter illustratie:

- Reorganisatieontslag kan niet als herplaatsing binnen de organisatie mogelijk is en verder geldt als (in beginsel) in acht te nemen uitgangspunt dat een werkgever eerst de arbeidsrelatie met uitzendkrachten dient te beëindigen voordat aan het ontslag van de eigen werknemers kan worden toegekomen (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 895, 3, p. 7).
- De zieke medewerker heeft voorrang bij vacatures. Op grond van artikel 7:658a BW is de werkgever verplicht passende arbeid aan te bieden als hervatting in het eigen werk niet meer lukt.

4 Het verbod van een tegenprestatie
Het is verboden om een vergoeding te vragen van de werkzoekende of de *ter beschikking gestelde arbeidskracht*, zoals uitzendkrachten en gedetacheerden.

5 Het belemmeringsverbod
Het is de uitlener verboden om een ter beschikking gestelde arbeidskracht te belemmeren om na de uitleenperiode bij inlener in dienst te treden. Elk beding in strijd hiermee is nietig, met uitzondering van een beding op grond waarvan de inlener een redelijke vergoeding is verschuldigd aan de uitlener voor de door deze verleende diensten in verband met ter beschikkingstelling, werving of opleiding van de betreffende arbeidskracht.

Het belemmeringsverbod geldt ook voor werknemers die besluiten na de inleenperiode bij inlener na hun arbeidsovereenkomst met werkgever als zelfstandige voor de inlener te gaan werken. Als criterium geldt dat de arbeidskracht onder leiding en toezicht van de opdrachtgever betaalde werkzaamheden moet gaan verrichten (HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, *Focus on Human* beschikking).

6 Het verbod van stakingsbreking
Het is verboden om een ter beschikking gestelde arbeidskracht ter vervanging te laten werken bij een staking.

1.3 Wetsvoorstel toelating terbeschikkingstelling van arbeidskrachten[24]

Op 6 oktober 2023 heeft het kabinet het wetsvoorstel 'Wet toelating terbeschikkingstelling van arbeidskrachten' ingediend. Dit wetsvoorstel bevat een toelatingsstelsel voor uitzendbureaus, maar ook voor andere organisaties die arbeidskrachten ter beschikking stellen, ook als dat niet hun belangrijkste activiteit is. Uitleners die in beperkte mate arbeidskrachten ter beschikking stellen kunnen de Minister van SZW verzoeken om ontheffing. Het toelatingsstelsel geldt niet voor intra-concern-detachering en collegiale uitlening.

Met de invoering van het toelatingsstelsel komt de registratieplicht voor uitleners te vervallen.

Wetsvoorstel
Het toelatingsstelsel geldt per 1 januari 2026. Voor toelating is een Verklaring Omtrent het Gedrag (VOG) van betreffende onderneming vereist en betaling van een waarborgsom van € 100.000,00. Voor startende uitleners geldt bij de aanvraag van voorlopige toelating een waarborgsom van € 50.000,00. Uitzendbureaus die in 2025 al meer dan 4 jaar arbeidskrachten uitzenden kunnen voor de borgsom een vrijstelling ontvangen. Verder geldt als vereiste voor toelating een positief inspectierapport, waarbij gecontroleerd is op het juist betalen van loon en het doen van belastingaangifte. Ook dient aangetoond te worden dat er sprake is van een juiste pensioenaansluiting.

Inleners mogen alleen zaken doen met uitzendbureaus die toegelaten zijn tot de markt. De inlener kan dat controleren via het openbare register van toegelaten uitleners.

Onderdeel van het wetsvoorstel is ook het vervangen van de definitie van collegiale uitleen, waarbij het hulptooncriterium komt te vervallen. Het voorstel van de definitie van collegiale uitleen is:
"het tegen vergoeding van ten hoogste de loonkosten ter beschikking stellen van arbeidskrachten, die bij degene, die hen ter beschikking stelt, ten behoeve van arbeid in diens onderneming in dienst zijn".

Voor de berekening van de loonkosten worden bij of krachtens AMvB nadere regels gesteld. Die nadere regels maken het mogelijk om objectief na te gaan of er sprake is van collegiale uitleen. De loonkosten bestaan in ieder geval uit de volgende componenten:

24 Ten tijde van de afronding van deze Handreiking is het wetsvoorstel nog niet aangenomen.

- Het brutoloon, waarop de arbeidskracht recht heeft voor de werkzaamheden verricht tijdens de ter beschikkingstelling.
- Het brutoloon wordt vermeerderd met de opbouw van vakantiebijslag en arbeidsvoorwaardenbedrag.
- Het brutoloon wordt vermeerderd met de premies werknemersverzekeringen, inkomensafhankelijke bijdragen Zvw en pensioenpremies.

Het totale bedrag mag vermeerderd worden met een nader vast te stellen opslag voor indirecte kosten voor bijvoorbeeld personeelszaken. Hierbij wordt gedacht aan een percentage van 5 tot 10%.

1.4 Slotopmerking

De Waadi kent andere (ruimere) definities dan artikel 7:690 BW (*uitzendovereenkomst*) en artikel 7:692 BW (payrollovereenkomst). Relevant is dat de Waadi uitgaat van het begrip 'arbeidskracht' waaronder ook een zzp'er kan worden verstaan en de Waadi is (in beginsel) van toepassing op iedere terbeschikkingstelling tegen vergoeding. *Voorbeeld*: De bescherming van het belemmeringsverbod voor de zzp'er (zie 1.2 onder 5).

Vereniging van
Nederlandse Gemeenten

Nassaulaan 12
2514 JS Den Haag
+31 70 373 83 93

info@vng.nl

februari 2024

vng.nl