



## 51 Uitzendkrachten en pensioenregelingen

*Rb. Zutphen 7 februari 2002, zaaknr. 34382 HAZA 00-854, PJ 2002/52; Rb. 's-Gravenhage 18 april 2002, zaaknr. 01/5482, PJ 2002/51; Hof 's-Gravenhage 7 november 2003, zaaknr. C02/924 KA, PJ 2004/33, HvJ EG 13; januari 2004, zaaknr. C-256/01, PJ 2004/37*

*Pensioen; uitzendkrachten*

*PSW art. 2; Wet Bpf-2000 art. 2; Waadi art. 8*

### Vraagstelling

In een tweetal uitspraken in 2002 geweest (Rb. Zutphen 7 februari 2002, PJ 2002/52 en Rb. 's-Gravenhage 18 april 2002, PJ 2002/51) werd geoordeeld dat ook voor een uitzendkracht werkzaam bij een inlener die onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds valt, de pensioenregeling van dat bedrijfstakpensioenfonds zou moeten gelden gedurende de periode dat de uitzendkracht bij de inlener werkzaam is. In het hoger beroep van de zaak die diende voor de Rechtbank 's-Gravenhage besliste het Hof 's-Gravenhage bij arrest van 7 november 2003, PJ 2004/33 het tegendeel. Voor de (rechts)praktijk is het vanzelfsprekend van groot belang dat vast komt te staan of en zo ja, in welke gevallen, voor een uitzendkracht niet zonder meer de 'eigen' arbeidsvoorwaarden van het uitzendbureau gelden, maar de arbeidsvoorwaarden zoals die bij de inlener gelden. Hierna wordt op deze problematiek ingegaan, toegespitst op de arbeidsvoorwaarde 'pensioen'.

### Richtinggevende rechtspraak: het Heineken-arrest

Richtinggevend voor de beantwoording van de opgeworpen vraag, voor zover het 'pensioen' betreft, is het standaardarrest van de Hoge Raad 10 januari 1986, NJ 1986, 476 in de zaak tussen Heineken en het bedrijfstakpensioenfonds dat is verplicht gesteld voor de bedrijfstak drankindustrie. Heineken exploiteerde naast bierbrouwerijen ook een aantal ondernemingen in de (fris)drankindustrie. Deze ondernemingen waren door Heineken in afzonderlijke dochtervennootschappen ondergebracht. De werknemers verbonden aan de in de frisdrankindustrie werkzame ondernemingen waren in dienst van deze respectievelijke vennootschappen. Omdat de tot de (fris)drankindustrie behorende ondernemingen onder de werkingssfeer van het verplicht gestelde

bedrijfstakpensioenfonds voor de drankindustrie vielen, namen de bedoelde werknemers deel aan de verplicht gestelde pensioenregeling van dat bedrijfstakpensioenfonds.

Heineken besloot de dienstverbanden met de werknemers die werkzaam waren in de ondernemingen die tot de bedrijfstak drankindustrie behoorden van de dochtervennootschappen waarbinnen die ondernemingen werden gedreven, over te brengen naar de moedervernootschap van het Heineken-concern. In geschil was de vraag of door deze overplaatsing, die wat de feitelijk door de betreffende werknemers verrichte werkzaamheden betrof geen enkel gevolg had, betekende dat de overgeplaatste werknemers niet langer verplicht waren deel te nemen aan de pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds. Met andere woorden: de (rechts)vraag luidde of de feitelijke constructie doorslaggevend was voor de vraag of de verplichte deelneming diende te worden gecontinueerd, of dat de juridische constructie daarvoor doorslaggevend was. De Hoge Raad besliste dat niet de juridische, maar de feitelijke constructie de doorslag gaf. Omdat de in juridische zin overgeplaatste werknemers feitelijk bij dezelfde onderneming werkzaam bleven als voorheen en omdat de bedrijfsactiviteiten van die onderneming niet wijzigden, bleven de overgeplaatste werknemers onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds voor de drankindustrie vallen en diende de deelneming aan de pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds voor die werknemers te worden gecontinueerd. Het streven van Heineken tot uniformering van (pensioen)arbeidsvoorwaarden bleek te falen.

### Feiten en oordelen Rechtbank Zutphen en 's-Gravenhage

In de uitspraak van de Rechtbank Zutphen betrof het een uitzendkracht die werd ingeleend door een werkgever om werkzaam te zijn binnen een door de werkgever gedreven onderneming die tot de bedrijfstak van de metaalnijverheid (inmiddels geheten: de bedrijfstak metaal en techniek) behoorde. De uitspraak van de rechtbank luidde dat de uitzendkracht diende deel te nemen aan de verplicht gestelde pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds voor de metaalnijverheid (momenteel: de Stichting Pensioenfonds Metaal en Techniek). De rechtbank oordeelde dat het uitzendbureau de pensioenpremie aan het bedrijfstakpensioenfonds diende af te dragen.

In de zaak die door de Rechtbank 's-Gravenhage werd



beslecht, betrof het een uitzendkracht die bij een inlener werkzaam was die een onderneming dreef vallend onder de werkingssfeer van het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds voor de landbouw. Ook deze rechtbank oordeelde dat het uitzendbureau de werknemer diende aan te melden in verband met verplichte deelneming aan de pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds voor de landbouw en de pensioenpremie aan dat bedrijfstakpensioenfonds diende af te dragen.

Beide zaken lagen in lijn van de Heineken-doctrine omdat beide rechtbanken door de juridische structuur heen prikten en de feitelijke situatie doorslaggevend lieten zijn.

### Oordeel hof in Haagse zaak

Het Hof 's-Gravenhage oordeelde in het hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage van 18 april 2002 desondanks anders. Het hof stelde vast dat uit het werkingssfeerbesluit van het bedrijfstakpensioenfonds voor de landbouw volgt dat de deelneming aan dat bedrijfstakpensioenfonds verplicht is voor werknemers die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn in de bedrijfstak. Een uitzendkracht is niet op basis van een arbeidsovereenkomst met een werkgever die een onderneming binnen de bedrijfstak landbouw drijft werkzaam. Daarom is de werkgever van een uitzendkracht werkzaam bij een inlener die een onderneming binnen de bedrijfstak landbouw drijft niet verplicht de uitzendkracht bij het bedrijfstakpensioenfonds aan te melden voor verplichte deelneming aan de pensioenregeling van dat bedrijfstakpensioenfonds en tevens niet verplicht tot premieafdracht.

Op het eerste gezicht lijkt de uitspraak van het hof strijdig met de Heineken-doctrine. Het Hof 's-Gravenhage denkt hier echter anders over gezien het feit dat het Hof 's-Gravenhage uitdrukkelijk oordeelde dat in de door het hof berechte situatie feitelijk een andere situatie speelde dan in het *Heineken*-arrest. Het *eerste* verschil was dat de overplaatsing van de werknemers in de situatie door de Hoge Raad berecht in het *Heineken*-arrest geen enkele verandering teweegbracht in de feitelijke omstandigheden waarin die werknemers verkeerden, terwijl overplaatsing van een uitzendkracht naar een andere inlener in het algemeen wel andere werkomstandigheden teweegbrengt. Het *tweede* verschil was dat de werknemers die door de tot het Heineken-concern behorende vennootschap waarnaar zij werden overgeplaatst, niet als uitzendkracht werden uitgezonden naar de door de dochtervennootschappen van Heineken gedreven ondernemingen die in de drankindustrie werkzaam waren. Inmiddels is cassatie ingesteld tegen de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage.

De uitspraken van de Rechtbank Zutphen en de Rechtbank 's-Gravenhage beschermen het systeem van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen tegen ontwijking door het inlenen van uitzendkrachten. De uitspraak van het hof beschermt het uitzendwezen. De kwestie is van groot praktisch belang. Het laatste woord is aan de Hoge Raad.

### Commentaar

1. De vraag rijst in hoeverre de positie van uitzendkrachten ten opzichte van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen overeenstemt met de positie van uitzendkrachten ten opzichte van algemeen verbindend verklaarde CAO's.

2. In *eerste* instantie constateer ik dat in art. 7:690 BW uitdrukkelijk is bepaald dat een uitzendkracht in dienst is bij de uitlener en niet op basis van een arbeidsovereenkomst bij de inlener werkzaam is. Deze bepaling strikt volgend zou de Heineken-doctrine, zoals die lijkt te zijn gevolgd door de Rechtbank Zutphen en de Rechtbank 's-Gravenhage, ten opzichte van uitzendkrachten geen stand kunnen houden. In *tweede* instantie constateer ik dat daar tegenover staat dat uitzendkrachten belangrijke bescherming genieten op grond van art. 8 van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (de Waadi). Art. 8 van de Waadi bepaalt immers dat een uitzendbureau aan de uitzendkracht het loon dient te betalen dat aan de werknemer van het uitzendbureau zou worden toegekend, indien hij een dienstverband met de inlener zou aangaan. Dit voorschrift pleegt te worden aangeduid met de term 'loonverhoudingsvoorschrift'. Onder de arbeidsvoorwaarden dient pensioen te worden begrepen. Het loonverhoudingsvoorschrift betekent daarom dat het uitzendbureau ook de pensioenaanspraken dient toe te kennen die aan de werknemer zouden worden toegekend indien hij een dienstverband met de inlener zou aangaan. Het loonverhoudingsvoorschrift geldt niet indien de arbeidsvoorwaarden die de uitzendkracht aan het uitzendbureau ontleent op een CAO berusten. Dat betekent in de praktijk dat voor uitzendkrachten waarop de CAO van de Algemene Bond Uitzendondernemingen (de ABU-CAO) van toepassing is, het loonverhoudingsvoorschrift niet geldt. Het gevolg is dat indien een uitzendkracht wordt ingeleend door een werkgever die onder de werkingssfeer van een algemeen verbindend verklaarde CAO valt, het uitzendbureau deze CAO niet hoeft te volgen, indien voor de uitzendkracht de ABU-CAO geldt.

3. Indien het loonverhoudingsvoorschrift niet geldt, betekent dat echter niet noodzakelijkerwijs dat een uitzendkracht die door het uitzendbureau wordt uitgeleend aan een inlener die de uitzendkracht te werk stelt in een door de inlener gedreven onderneming die onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds valt, de pensioenregeling van dat bedrijfstakpensioenfonds niet voor de uitzendkracht zou gelden. De verplichtstelling van een bedrijfstakpensioen berust immers niet op een algemeen verbindend verklaring van een CAO, maar op de Wet Bpf-2000. Dit verklaart het grote praktische belang van de kwestie die het onderwerp van de behandelde jurisprudentie is.

4. Samenvattend geldt voor andere arbeidsvoorwaarden dan 'pensioen', dat op grond van het loonverhoudingsvoorschrift een uitzendbureau aan een uitzendkracht ten minste gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden dient aan te bieden als voor die uitzendkracht bij de inlener zouden gelden indien de uitzendkracht op basis van een arbeidsovereenkomst met de inlener werkzaam zou zijn. Het loonverhoudingsvoorschrift geldt niet indien de bij het uitzendbureau geldende arbeidsvoorwaarden op basis van een CAO zijn vastgesteld.

5. Voor de arbeidsvoorwaarde 'pensioen' geldt, eveneens op grond van het loonverhoudingsvoorschrift, dat een uitzendkracht ten opzichte van het uitzendbureau in de hoedanigheid van werkgever aanspraak kan maken op ten minste gelijkwaardige pensioenaanspraken als zouden worden toegekend indien de uitzendkracht op basis van een arbeids-

overeenkomst bij de inlener werkzaam zou zijn. Indien bij de inlener een verplicht gestelde bedrijfstakpensioenregeling geldt, oordeelden de Rechtbank Zutphen en de Rechtbank 's-Gravenhage dat het uitzendbureau de uitzendkracht moet laten deelnemen aan de pensioenregeling van dat bedrijfstakpensioenfonds. Aan deze oordelen lag echter niet art. 8 van de Waadi ten grondslag, maar het verplichtstellingsbesluit van de betreffende bedrijfstakpensioenfonds.

6. Op basis van de behandelde rechtbankjurisprudentie dient te worden geconcludeerd dat als een uitzendkracht bij een inlener te werk wordt gesteld binnen een onderneming die onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds valt, het uitzendbureau de werknemer moet laten deelnemen aan de pensioenregeling van dat bedrijfstakpensioenfonds. Een uitzendbureau doet er verstandig aan in de 'eigen' arbeidsovereenkomsten met hun uitzendkrachten te bepalen dat onder die omstandigheden deze bedrijfstakpensioenregeling in de plaats treedt van de 'eigen' pensioenregeling. Indien de bij het uitzendbureau geldende pensioenregeling 'beter' is dan de pensioenregeling van het betreffende bedrijfstakpensioenfonds, heeft de werknemer/uitzendkracht aanspraak op een aanvulling van de pensioenregeling van het uitzendbureau tot het hogere niveau, tenzij anders zou zijn overeengekomen. Een dergelijke overeenkomst levert echter naar alle waarschijnlijkheid strijd met het 'goed werkgeverschap' op omdat dit het uitzendbureau verplicht tot het gelijk belonen van werknemers/uitzendkrachten in gelijke omstandigheden (zie P.F. van der Heijden, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2000, art. 7:646 BW, aant. 2).

7. Het Hof 's-Gravenhage heeft geoordeeld dat aan een uitzendkracht die werkzaam is bij een inlener die onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds valt, de verplicht gestelde pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds niet door het uitzendbureau hoeft te worden aangeboden, althans niet indien in het werkingssfeerbesluit is bepaald dat de deelneming verplicht is voor de bedrijfsgenoten die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn bij een werkgever die een onderneming binnen de bedrijfstak drijft. Enerzijds zou kunnen worden gesteld dat deze uitspraak het systeem van verplichtstelling doorbreekt binnen bedrijfstakken waarin de deelneming aan het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds op grond

van het werkingssfeerbesluit afhankelijk is gesteld van het op basis van een arbeidsovereenkomst binnen de bedrijfstak werkzaam zijn. Anderzijds zou met het oog op de Heineken-doctrine kunnen worden gesteld dat het principieel onjuist is de reikwijdte van een werkingssfeerbesluit te beperken tot bedrijfsgenoten die op basis van een arbeidsovereenkomst binnen de bedrijfstak werkzaam zijn. Het systeem van de Wet Bpf-2000 is immers dat deze abstraheert van juridische constructies.

8. In HvJEG 13 januari 2004, PJ 2004/37 oordeelde het hof via een andere weg dat een 'uitzendkracht' niet mag worden uitgesloten van deelneming aan een bij de inlener verplicht gestelde pensioenregeling. Het betrof een Engelse zaak waarbij het 'uitzendbureau' bemiddelde om personen als zelfstandige bij een inlener te werk te stellen en waarbij bij de inlener een op grond van wetgeving verplicht gestelde pensioenregeling gold. Voor een vrouwelijke 'uitzendkracht', als zelfstandige tewerkgesteld via een 'uitzendbureau' bij een inlener, gold de bij de inlener verplicht gestelde pensioenregeling niet. Zij stelde dat sprake was van indirecte discriminatie van vrouwen omdat significant meer vrouwen dan mannen als 'uitzendkracht' bij de inlener werkzaam waren. Het hof volgde de vrouwelijke 'uitzendkracht' in haar redenering in die zin dat de vrouwelijke 'uitzendkracht' de pensioenaanspraken die mannelijke werknemers van de inlener aan de inlener ontleenden, van het 'uitzendbureau' kon vorderen. Indien in een Nederlandse situatie bij een inlener significant meer vrouwen als uitzendkracht werkzaam zijn dan mannen en voor mannen bij de inlener een pensioenregeling geldt, zouden de vrouwelijke uitzendkrachten mogelijk overeenkomstige pensioenaanspraken van het uitzendbureau kunnen vorderen. Dit geldt waarschijnlijk óók indien bij de inlener niet een op grond van de Wet Bpf-2000 verplicht gestelde pensioenregeling geldt, maar een op basis van vrije onderhandelingen totstandgekomen pensioenregeling.

9. De kwestie van uitzendkrachten die zijn uitgesloten van deelneming aan een bij de inlener verplicht gestelde pensioenregeling ligt aan de Hoge Raad voor ter beoordeling. Wordt vervolgd!

Mr. W.P.M. THIJSEN