

NIET-AFWERVINGSBEDING

CRB 2023-2257

26 sept.

2023

ADVIES

Niet-afwervingsbeding uitzendarbeid



Blijde Inkomstlaan 17-21 1040 Brussel
Avenue de la Joyeuse Entrée 17-21 1040 Bruxelles
T 02 233 88 11
E mail@ccecrb.fgov.be
www.ccecrb.fgov.be

Inleiding

Bij brief van 7 december 2021 heeft de heer P.-Y. Dermagne, minister van Werk, de Nationale Arbeidsraad verzocht om zich uit te spreken over de intentie van de minister om in de Uitzendarbeidswet een regeling voor niet-afwervingsbedingen op te nemen.

In de adviesaanvraag is opgenomen dat deze regeling een strikte omkadering van deze niet-afwervingsbedingen kan zijn (zoals een maximale looptijd van dergelijke bedingen en/of een maximaal bedrag dat opgelegd kan worden als schadevergoeding) of een herinvoering van het oorspronkelijk verbod.

Het Dagelijks Bestuur van de Nationale Arbeidsraad en het Dagelijks Bestuur van de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven hebben besloten om deze adviesaanvraag gezamenlijk te behandelen, gelet op het feit dat afspraken over niet-afwervingsbedingen deel uitmaken van de commerciële relatie tussen het uitzendbureau en de gebruiker en gevolgen hebben voor het mededingingsrecht. De bespreking van de adviesaanvraag werd toevertrouwd aan een gemengde werkgroep.

Op verslag van die werkgroep hebben de Raden op 26 september 2023 het volgende advies uitgebracht.

Advies

1 ONDERWERP EN DRAAGWIJDTE VAN DE ADVIESAANVRAAG

Bij brief van 7 december 2021 heeft de heer P.-Y. Dermagne, minister van Werk, de Nationale Arbeidsraad verzocht om zich uit te spreken over de intentie van de minister om in de Uitzendarbeidswet een regeling voor niet-afwervingsbedingen op te nemen.

In de adviesaanvraag is opgenomen dat deze regeling een strikte omkadering van deze niet-afwervingsbedingen kan zijn (zoals een maximale looptijd van dergelijke bedingen en/of een maximaal bedrag dat opgelegd kan worden als schadevergoeding) of een herinvoering van het oorspronkelijk verbod.

De minister wenst het dossier te reactiveren, gelet op de actuele krapte op de arbeidsmarkt, het algemeen streven naar het bieden van meer zekerheid aan werknemers (in het bijzonder werknemers tewerkgesteld met een contract voor uitzendarbeid) en de betrachting van werkzoekenden om uitzendarbeid te gebruiken als opstap naar een vaste betrekking en dus duurzame tewerkstelling.

Tot de wet van 5 september 2001 tot verbetering van de werkgelegenheidsgraad van de werknemers bevatte de Uitzendarbeidswet een verbod om niet-afwervingsbedingen op te nemen in de overeenkomst tussen de gebruiker en het uitzendbureau.

Het oude artikel 18 van de Uitzendarbeidswet bepaalde dat "als niet bestaande worden beschouwd de bedingen tussen het uitzendbureau en de gebruiker waarbij is overeengekomen dat deze laatste een schadeloosstelling verschuldigd is aan het uitzendbureau ingeval een uitzendkracht bij de gebruiker aangeworven zou worden."

Dit artikel van de Uitzendarbeidswet werd bij wet van 5 september 2001 tot verbetering van de werkgelegenheidsgraad van de werknemers opgeheven. De wetgever gaf hiermee uitvoering aan het protocol van sectoraal akkoord voor de uitzendsector 1999-2000 dat op 11 mei 1999 werd gesloten door de sociale partners van de uitzendsector en het advies nr. 1.324 van 16 oktober 2000 van de Nationale

Arbeidsraad waarin onder meer werd gevraagd om over te gaan tot de schrapping van het artikel 18 van de Uitzendarbeidswet.

Parallel aan de schrapping van artikel 18 van de Uitzendarbeidswet werd voorgesteld dat in het Paritair Comité voor de uitzendarbeid een collectieve arbeidsovereenkomst wordt gesloten waarin bepaald zal worden dat de afschaffing ervan niet mag leiden tot het beperken van de kansen van de uitzendkrachten om in dienst te treden bij de gebruiker. Om dit laatste te doen respecteren, zal in de collectieve arbeidsovereenkomst tevens worden voorzien dat de problemen dienaangaande behandeld kunnen worden op de vergaderingen van de Commissie Goede Diensten van de sector. Deze collectieve arbeidsovereenkomst werd niet gesloten in de sector.

2 STANDPUNT VAN DE RADEN

De Raden hebben de intentie van de minister van Werk om in de Uitzendarbeidswet een regeling voor niet-afwervingsbedingen op te nemen, aandachtig onderzocht.

De Raden hebben tijdens hun werkzaamheden kunnen rekenen op de waardevolle medewerking van de FOD Economie en de Belgische Mededingingsautoriteit, die ze daarvoor bedanken.

Ondanks het grote aantal inspanningen die werden geleverd, hebben de Raden geen eenparig standpunt kunnen innemen.

2.1 Standpunt van de leden die de werknemersorganisaties vertegenwoordigen

De leden die de werknemersorganisaties vertegenwoordigen, ondersteunen de vragen van voormalig minister van Werk Muylle van 28 januari 2020 en huidig minister van Werk Dermagne van 7 december 2021 om het niet-afwervingsbeding te reglementeren in de wet van 24 juli 1987.

Niet-afweringsbedingen, vaak door de dienstverlener opgelegd aan de gebruiker over de hoofden van de ter beschikking gestelde werknemers heen, beknotten in de praktijk immers de kansen op vaste tewerkstelling van de betrokken werknemers. Dergelijke bedingen zetten een rem op de vaste aanwerving van (ex-)uitzendkrachten, in het bijzonder van deeltijdse werknemers, die vaak zeer lange periodes moeten werken vooraleer het beding afloopt, en van laaggeschoolde werknemers, die in een zwakke onderhandelingspositie met hun werkgevers staan. Ten derde nemen dienstverleners in sectoren waar personeelstekorten bestaan, vaak buitensporige clausules op die de vaste aanwerving van werknemers in de weg staan. Dit leidt, in het bijzonder in de non-profitsector, tot zeer dure, maar weinig duurzame tewerkstelling.

België is in deze dan ook in gebreke gebleven de Europese Uitzendarbeidsrichtlijn 2008/104 correct om te zetten. Artikel 6.2 van deze richtlijn luidt:

"De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat eventuele bepalingen die het sluiten van een arbeidsovereenkomst of het tot stand komen van een arbeidsverhouding tussen de inlenende onderneming en de uitzendkracht na afloop van zijn uitzendopdracht verbieden of verhinderen, nietig zijn of nietig kunnen worden verklaard.

Dit lid laat regelingen volgens welke uitzendondernemingen een redelijke vergoeding ontvangen voor aan de inlenende onderneming verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, aanwerving en opleiding van uitzendkrachten onverlet."

De omzettingstermijn van deze richtlijn liep reeds af op 5 december 2011. Gelet op de ronduit schrijnende toestanden, onder meer in de non-profitsector, noopt dit tot een spoedige herinvoering van een bepaling in de wet van 24 juli 1987 die principieel stelt dat bedingen die het tot stand komen van een arbeidsverhouding tussen gebruikers en uitzendkrachten verhinderen, nietig zijn.

Om te vermijden dat het ter beschikking stellen van werknemers verder verglijdt naar dienstverleners die niet erkend zijn als uitzendbureau ("projectsourcing"), is het belangrijk dat een dergelijk wettelijk verbod van toepassing is op alle vormen van terbeschikkingstelling, via uitzendarbeid of via andere vormen van terbeschikkingstelling.

Ondergeschikt, voor zover de wetgever het toch nodig zou achten gebruik te maken van de mogelijkheid waarin de EU-richtlijn voorziet om in een redelijke vergoeding te voorzien voor het uitzendbureau in bepaalde gevallen, dringen de werknemersorganisaties erop aan dat:

dergelijke vergoeding enkel mogelijk is wanneer het uitzendbureau of de dienstverlener aantoont dat ze bijzondere kosten hebben moeten maken voor de rekrutering of opleiding van de ter beschikking gestelde werknemer. Bijgevolg zijn vergoedingen uit den boze wanneer de gebruiker zelf de kandidaat heeft aangebracht of zelf voor on-the-job training heeft gezorgd;

- de duurtijd van niet-afwervingsbedingen beperkt blijft tot maximaal één kalender-maand, te rekenen vanaf de eerste dag van de tewerkstelling. Voor deeltijdse uitzend-krachten mag deze termijn niet verlengd worden;
- het bedrag van de schadevergoeding beperkt blijft tot maximaal één maand brutoloon;
- niet-afwervingsbedingen haaks staan op het gebruik van korte contracten: enerzijds wordt de werknemer aan het lijntje gehouden met korte contracten, anderzijds wordt de kans op vaste tewerkstelling belemmerd. Bijgevolg zijn niet-afwervingsbedingen enkel mogelijk voor zover de betrokken werknemers minstens maandcontracten krijgen (en blijft de duurtijd dus beperkt tot de eerste maand);
- het niet-afwervingsbeding moet schriftelijk opgenomen worden in de individuele arbeidsovereenkomst van de betrokken werknemer. Indien dit niet gebeurt, vervalt het niet-afwervingsbeding;
- de leden van de vakbondsafvaardiging en de ondernemingsraad van de gebruiker moeten periodiek over de geldende niet-afwervingsbedingen en hun modaliteiten geïnformeerd worden, in het kader van hun respectieve bevoegdheden inzake de arbeidsvoorwaarden van werknemers, de tijdelijke arbeid, de structuur van de tewerkstelling in de onderneming en de sociale maatregelen inzake tewerkstelling;
- de wettelijke regeling dient tweejaarlijks geëvalueerd te worden.

2.2 Standpunt van de leden die de werkgeversorganisatie VBO vertegenwoordigen

De vertegenwoordigers van het VBO, in overleg met de betrokken sector, zijn van mening dat indien uitzendarbeid via een beperking van de niet-afwervingsbedingen aan banden wordt gelegd, het tegenovergestelde bereikt zal worden van wat de minister beoogt:

- meer krapte op de arbeidsmarkt;
- minder zekerheid en bescherming voor werknemers; en
- minder doorstroom naar een vaste tewerkstelling. Dit zal finaal leiden tot een lagere werkzaamheidsgraad.

De corebusiness van uitzendbureaus is het werven van kandidaten, het uitvoeren van selecties, het screenen van kandidaten, het ter beschikking stellen van personeel en de administratieve omkadering ervan. Het is logisch dat zij die kosten doorrekenen aan de gebruikers, wat hen toelaat om een redelijke winstmarge te realiseren voor hun activiteiten. Dat principe wordt ook uitdrukkelijk bevestigd in de rechtspraak.¹ Zonder een contractuele minimumduur zou de activiteit van uitzendarbeid niet rendabel zijn voor het uitzendbureau omdat dit het niet toelaat om de gedane kosten te recupereren bij de gebruiker.

Hierbij dient benadrukt te worden dat er in geen geval een verbod bestaat op het aanwerven van een uitzendkracht door de gebruiker vóór het verstrijken van de minimumperiode. De uitzendkracht kan steeds aangeworven worden, mits de gebruiker de hieraan verbonden kosten betaalt aan het uitzendbureau voor de geleverde diensten. Het recht van de uitzendkracht om aangeworven te worden, blijft dus intact en als dusdanig is het niet-afwervingsbeding niet tegenstelbaar aan de werknemer.

¹ Arrest van het Hof van Beroep te Gent van 15 februari 2010 (uittreksel): "*Het is aannemelijk dat geïntimeerde als uitzendbedrijf slechts haar kosten kan dekken en winst kan realiseren wanneer de uitzendarbeid een minimale periode duurt. (...) De afwervingsvergoeding is een forfaitaire vergoeding voor de potentiële schade (gederfde winst, gemaakte en niet-gerecupereerde kosten) welke geïntimeerde lijdt wanneer zij een uitzendkracht voortijdig kwijtspeelt ...*"

De Europese regelgeving² bevestigt eveneens dat een redelijke vergoeding gevraagd kan worden voor diensten die worden aangeboden door uitzendbureaus. Ook op Europees niveau wordt dus de principiële geldigheid van commerciële niet-afwervingsbedingen aanvaard.

De principiële geldigheid van niet-afwervingsbedingen wordt ook aanvaard in het Belgische contractenrecht. Dat uitzendbureaus en gebruikers afspraken kunnen maken over niet-afwervingsbedingen, past in het principe van de contractvrijheid. Een belangrijke voorwaarde is dat het rechtmatige bedingen moeten zijn. In het contractenrecht bestaan er reeds principes om de geldigheid van niet-afwervingsbedingen te toetsen, zoals het verbod op rechtsmisbruik, zodat er geen noodzaak is om hierop in te grijpen. Dit wordt ook uitdrukkelijk bevestigd door de FOD Economie in zijn advies aan de NAR-CRB: *"L'appréciation de la licéité des clauses de non-débauchage relève en priorité de la jurisprudence qui a développé des critères lui permettant de se baser sur les circonstances factuelles tant économiques que juridiques et de tenir compte des principes de libre concurrence et de liberté d'entreprendre. Il nous semble que cette approche permet à la réglementation d'encadrer la réalité économique, sans nécessiter d'intervention législative."*

Uit het voorgaande blijkt dat niet-afwervingsbedingen geldig zijn voor zover ze niet onrechtmatig zijn, wat geval per geval beoordeeld moet worden. De rechtspraak heeft hiervoor enkele criteria en principes ontwikkeld. Zo moet het niet-afwervingsbeding transparant zijn, d.w.z. voldoende duidelijk en begrijpelijk geformuleerd zijn zodat de andere partij alle economische en juridische gevolgen inziet en begrijpt. Bovendien moet het niet-afwervingsbeding ook proportioneel en redelijk zijn. Criteria die in de rechtspraak worden gebruikt om dit te toetsen zijn: profiel, ervaring, functie, reeds gepresterde uren of dagen, kosten van gebouw, kosten van infrastructuur, kosten van opleiding, kosten van tewerkstelling eigen personeel, kosten van software, kosten van het selecteren en screenen van nieuwe kandidaten, kosten van het

² Artikel 6.2 van de Uitzendarbeidsrichtlijn 2008/104 luidt als volgt:

"De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat eventuele bepalingen die het sluiten van een arbeidsovereenkomst of het tot stand komen van een arbeidsverhouding tussen de inlenende onderneming en de uitzendkracht na afloop van zijn uitzendopdracht verbieden of verhinderen, nietig zijn of nietig kunnen worden verklaard. Dit lid laat regelingen volgens welke uitzendondernemingen een redelijke vergoeding ontvangen voor aan de inlenende onderneming verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, aanwerving en opleiding van uitzendkrachten onverlet."

opzetten van databanken van uitzendkrachten en gebruikers, aanzienlijke kosten voor advertenties, publiciteit en redelijke winstmarge. Zo zal er voor een profiel dat moeilijk te vinden is op de arbeidsmarkt, zoals specifieke technische of zeer gespecialiseerde profielen, of voor profielen waaraan eerst een specifieke opleiding moet worden aangeboden, doorgaans een niet-afweringsbeding met een langere looptijd gelden dan voor een profiel dat gemakkelijker gevonden kan worden of geen opleiding nodig heeft. Wat betreft de kosten die een uitzendbureau maakt, is er geen onderscheid tussen een voltijds en een deeltijds profiel.

De duurtijd van het niet-afweringsbeding is een contractuele afspraak tussen twee professionele partijen, met name het uitzendbureau en de gebruiker. Aangezien de uitzendsector een zeer concurrentiële markt is, heeft de gebruiker hier onderhandelingsmacht en kan hij vrij kiezen met welk uitzendbureau hij al dan niet samenwerkt, dan wel of hij een beroep doet op de kosteloze bemiddeling van de regionale arbeidsbemiddelingsdiensten.

De specialiteit in werving en selectie is cruciaal in een krappe arbeidsmarkt om de schaarse talenten te matchen met de juiste werkgevers. Een verbod of ingrijpen hierop zal ervoor zorgen dat de activiteiten van uitzendbureaus niet langer rendabel zijn en dreigen te verdwijnen of sterk ingeperkt worden. Daarnaast worden mensen die het moeilijk hebben op de arbeidsmarkt en nu vaak via uitzendarbeid een opstap maken naar die arbeidsmarkt, op die manier aan de zijlijn gezet. Voor hen is uitzendarbeid vaak cruciaal om kansen te krijgen en ervaringen op te kunnen doen op onze arbeidsmarkt. Voor het verhogen van de werkzaamheidsgraad is het cruciaal om doelgroepen en mensen met een bepaalde afstand van de arbeidsmarkt aan te spreken. Uitzendarbeid is daarvoor een zeer nuttig instrument.

Hierbij dient ook vermeld te worden dat er vroeger een verbod bestond op niet-afweringsbedingen in de Uitzendwet. De afschaffing van dit artikel gebeurde door de wet van 5 september 2001 en had volgens de memorie van toelichting als doelstelling bij te dragen aan het bereiken van de doelstellingen zoals vastgelegd in de door de Europese Commissie aangenomen richtsnoeren betreffende de werkgelegenheid. De afschaffing had dan ook tot doel de werkgelegenheidsgraad van de werknemers te verbeteren, meer in het bijzonder die van de risicogroepen en de oudere werknemers. De afschaffing gebeurde bovendien op vraag van de sectorale sociale partners en de Nationale Arbeidsraad om de werkgelegenheidsgraad te bevorderen (NAR-advies nr. 1.345 van 20 april 2001).

In de cijfers zien we sinds de opheffing van het verbod een stijging van de algemene werkzaamheidsgraad, mee aangedreven door een stijging van het aantal gepresteerde uren uitzendarbeid. Tegelijkertijd zien we dat het aandeel van de tijdelijke contracten (waaronder uitzendcontracten) in het totale aantal contracten vrij constant is door de jaren heen. Er kan dan ook geconcludeerd worden dat het doel van de opheffing van het verbod bereikt is, met name een verbetering van de werkgelegenheidsgraad van werknemers en dit zonder dat dit ten koste is gegaan van het aantal vaste contracten.³

Bovendien kan de uitzendsector uitstekende cijfers voorleggen als het aankomt op het bieden van meer zekerheid aan werknemers en als facilitator voor de opstap naar een vaste betrekking. Meer dan de helft van de uitzendkrachten stroomt vrij snel door naar een vaste betrekking.⁴

In plaats van een rem op blijkt uitzendarbeid net een belangrijke motor voor vaste tewerkstelling. Een beperking van de niet-afweringsbedingen dreigt die motor te doen stilvallen.

Eveneens dient opgemerkt te worden dat de uitzendbureaus bijna geen weet hebben van discussies en geschillen omtrent niet-afweringsbedingen en op zoek gaan naar een oplossing wanneer er zich een probleem stelt. Bij de afschaffing van het verbod in 2001 werd de Commissie van Goede Diensten bevoegd om eventuele misbruiken door de uitzendbureaus te behandelen. In 20 jaar tijd werd de commissie slechts één keer gevat om over een dergelijk dossier te oordelen.

Niet enkel vanuit arbeidsmarktperspectief, maar ook vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt is het ingrijpen op niet-afweringsbedingen problematisch.

Hoewel het mededingingsrecht zich richt tot ondernemingen, bestaat het reële gevaar dat overheden ondernemingen "assisteren" om mededingingsbeperkende afspraken om te vormen tot een vorm van overheidsingrijpen. Indien de overheid op deze wijze intervenueert om als dusdanig mededingingsbeperkende afspraken te bekrachtigen, kan dit in aanvaring komen met de verplichting van de overheid tot

³ <https://federgon.be/fileadmin/media/pdf/nl/20230921-uitzendarbeid-werkzaamheid.pdf>

⁴ Idem.

loyale samenwerking bij de toepassing van het EU-mededingingsrecht (zoals vervat in artikel 4(3) VEU).

Het blijkt dat, in de gegeven omstandigheden, de overheid op een mededingingsbeperkende wens vanuit meerdere ondernemingen zou inhaken, en op deze wijze in strijd met haar plicht tot loyale samenwerking principes zou opleggen waarover de betrokken private ondernemingen onder elkaar geen afspraken kunnen of mogen maken.

De leden die het VBO vertegenwoordigen, stellen vast dat Federgon als sectororganisatie niettemin bereid is om haar verantwoordelijkheid te nemen en dat er een meldpunt wordt opgericht bij de ombudsdienst van Federgon waarbij eventuele klachten rond niet-afwervingsbedingen gemeld kunnen worden en mogelijke cases beoordeeld zullen worden aan de hand van de criteria van transparantie, proportionaliteit en redelijkheid en de omstandigheden die eigen zijn aan de zaak.

2.3 Standpunt van de leden die de werkgeversorganisaties UNIZO, UCM, UNISOC en de Boerenbond

2.3.1 Algemene beschouwingen

UNIZO, UCM, UNISOC en de Boerenbond betreuren dat er geen akkoord kon worden gevonden via sociaal overleg over de adviesaanvraag van minister van Werk Dermagne van 7 december 2021 om het niet-afwervingsbeding te reglementeren in de wet van 24 juli 1987. Steeds vaker doen ondernemingen een beroep op een uitzendkracht. Dit is enerzijds te wijten aan het tekort op de arbeidsmarkt. Het wordt alsmear moeilijker om de juiste mensen op de juiste plaatsen te krijgen. Daarnaast kan ook worden vastgesteld dat uitzendbureaus interessante profielen aantrekken en hen daarmee ook onttrekken uit de databases van de gewestelijke diensten voor arbeidsbemiddeling. Ondernemingen zien zich om bovenvermelde redenen dan ook genoodzaakt om steeds vaker een beroep te doen op interim arbeid, wat op korte termijn een oplossing kan bieden.

Bij een definitieve aanwerving van de uitzendkracht door de gebruiker bestaat echter al enkele jaren een kwalijke praktijk van fikse afkoopsommen – niet-afwervingsbedingen – die betaald moeten worden. UNIZO, UCM, UNISOC en de Boerenbond hekelen de exuberante afkoopsommen en de overdreven duurtijd van deze bedingen die sommige uitzendbureaus opleggen wanneer een gebruiker een uitzendkracht vast willen aanwerven. Daarenboven stellen ze een gebrek aan transparantie vast over deze bedingen.

De gebruiker bevindt zich vandaag te vaak in de situatie dat een uitzendbureau een niet-afwervingsbeding oplegt, zonder dat hiervoor een voorafgaand en uitdrukkelijk akkoord over bestaat. Zo kan het niet-afwervingsbeding deel uitmaken van algemene voorwaarden (al dan niet deel uitmakend van een eerder gesloten kaderovereenkomst), die niet altijd voorafgaand gelezen en aanvaard zijn, of wordt men geacht de voorwaarden te hebben aanvaard van zodra men een uitzendkracht op gesprek laat komen, of wordt men hier door het uitzendbureau op gewezen zelfs als men de uitzendkracht rechtstreeks contacteert via de gewestelijke diensten voor arbeidsbemiddeling, of het niet-afwervingsbeding wordt ingeroepen ondanks dat het de uitzendkracht zelf is die de gebruiker heeft gecontacteerd. Ook is de uitzendkracht er zelf vaak niet van op de hoogte dat er zo'n niet-afwervingsbeding op hem of haar rust, wat een belemmering betekent in de opstap naar vast werk.

Deze vergoedingen moeten zelfs betaald worden indien de aanwerving plaatsvindt vele maanden na de periode van uitzendarbeid, en wanneer de aanwerving een compleet andere functie betreft. Deze afkoopsom zou de kosten omvatten voor de prospectie, selectie en screening van de uitzendkracht, en de gedeelde winst. Sommen tot 25 % van het bruto jaarloon van de betrokken uitzendkracht zijn gangbaar, maar ook (veel) hogere bedragen worden in praktijk vastgesteld. Het gebruik van niet-afwervingsbedingen is wijdverspreid, en komt voor in alle sectoren (van vrije beroepen tot de bouw of zorg- en welzijnssectoren). Er kan worden vastgesteld dat er – zeker gelet op de krapte op de arbeidsmarkt – sprake is van een zekere machtspositie van het uitzendbureau ten opzichte van bepaalde gebruikers en uitzendkrachten.

2.3.2 Wettelijke regeling

UNIZO, UCM, UNISOC en de Boerenbond ondersteunen daarom de noodzaak om een transparant regelgevend kader uit te werken, en de spelregels vast te leggen waardoor geen onredelijke bedragen meer kunnen worden gevraagd. Zij ondersteunen dat uitzendbureaus correct vergoed mogen worden voor hun werk en afkoopvergoedingen in principe moeten kunnen. Onredelijke bedragen moeten echter aan banden worden gelegd om de doorstroom van uitzendkrachten naar vast werk te bevorderen.

Op basis van informatie van de FOD Economie, de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven en de toelichting van de Belgische mededingingsautoriteit in de Nationale Arbeidsraad op 23 januari 2023, kan worden geconcludeerd dat beperkingen op niet-afwervingsbedingen via een wettelijke interventie (in tegenstelling tot bijvoorbeeld een gedragscode) geen enkel risico op een mededingingsrechtelijke inbreuk met zich meebrengt, en niet indruist tegen de Europese regelgeving. De Belgische Mededingingsautoriteit heeft aangegeven dat een wetgevend initiatief daarbij de voorkeur verdient. Een wettelijke regeling in de Uitzendarbeidswet kadert in de filosofie van de richtlijn 2008/104/EG.

2.3.3 Inhoud wettelijke regeling

Het niet-afwervingsbeding dient transparant te zijn ten aanzien van de gebruiker en de uitzendkracht

Het niet-afwervingsbeding dient uitdrukkelijk te worden opgenomen in de commerciële overeenkomst tussen de gebruiker en het uitzendbureau (artikel 17 van de Uitzendarbeidswet) zodat er voorafgaand en uitdrukkelijk een akkoord over bestaat. Het beding moet daarbij voldoende duidelijk en begrijpelijk worden geformuleerd zodat de gebruiker alle economische en juridische gevolgen inziet en begrijpt. Is dit niet het geval, of was de gebruiker op voorhand niet op de hoogte, dan kan het niet worden tegengeworpen aan de partij die het niet meegedeeld kreeg en maakt het geen deel uit van het contract. Ingeval er commerciële afspraken worden gemaakt tussen uitzendbureau en gebruiker om op zoek te gaan naar verschillende profielen, moet eveneens op voorhand duidelijk zijn dat een dergelijk beding van toepassing zal zijn bij het aanleveren van een concrete uitzendkracht.

Daarnaast moet er ook transparantie zijn ten aanzien van de uitzendkrachten zodat zij ook steeds de gevolgen van een niet-afwerfingsbeding kunnen inschatten. Zij dienen daarom via het uitzendbureau minstens via geschrift op de hoogte te worden gebracht van het bestaan en de modaliteiten van een niet-afwerfingsbeding.

Het niet-afwerfingsbeding bedraagt maximaal 3 maanden en is degressief

Het niet-afwerfingsbeding moet redelijk en proportioneel zijn. Er dient een wettelijk maximumplafond inzake de maximumduur van het niet-afwerfingsbeding en de maximale omvang van de afwerfingsvergoeding te komen. Zo kan een niet-afwerfingsbeding volgens UNIZO, UCM, UNISOC en de Boerenbond nooit meer bedragen dan 2 à 3 maanden brutoloon. De UNIZO, UCM, UNISOC en de Boerenbond menen dat 2 maanden brutoloon meer dan redelijk is om de kosten van het uitzendbureau te dekken, maar zouden, met het oog op een compromis en een oplossing voor deze problematiek, kunnen leven met een maximale termijn van 3 maanden.

Deze maximale vergoeding en termijn houdt een pro rata berekening in, rekening houdend met de periode dat de uitzendkracht reeds bij de gebruiker heeft gewerkt. De contractuele vergoeding wordt in dit geval verminderd naar rato van de duurtijd van de gepresteerde dagen uitzendarbeid (proratisering, voorbeeld: indien geopteerd wordt voor een niet-afwervingstermijn van 3 maanden en de uitzendkracht al 2 maanden gewerkt heeft, bedraagt de afwerfingsvergoeding nog 1 maand).

Deze plafonds moeten worden beschouwd als absolute maximumplafonds en laten voldoende ruimte voor concurrentie tussen uitzendbureaus. De maximumplafonds dienen ter bescherming tegen misbruiken, des te meer in sectoren die hier vatbaar voor zijn en/of het algemene belang dienen. Een niet-afwerfingsbeding kan nooit absoluut zijn (bijvoorbeeld een totaalverbod om een uitzendkracht in dienst te nemen).

De kosten voor een opleiding die wettelijk verplicht is of noodzakelijk is voor de functie, kunnen worden gefactureerd aan de gebruiker en vallen aldus niet onder het wettelijk plafond. De beslissing om deze opleiding te laten volgen, mag echter niet eenzijdig door het uitzendbureau worden genomen, maar dient te gebeuren in overleg met de gebruiker.

Er kan ook specifiek rekening worden gehouden met de bijzondere positie van de uitzendkrachten die minder dan 5 dagen per week werken. Voor hen zou de maximale termijn van 3 maanden kunnen worden verlengd met een korte periode. Weliswaar moet de arbeidsmobiliteit gegarandeerd blijven door te voorzien in een redelijk plafond.

Pay-rolling

Ingeval de uitzendkracht door de gebruiker werd aangebracht, er enkel sprake is van "pay-rolling" door het uitzendbureau en er voor het overige geen kosten gemaakt werden, wordt er geen afwervingsvergoeding aangerekend.

Wederkerigheid

Niet-afwervingsbedingen moeten steeds wederkerig zijn. Dit betekent dat voor een uitzendbureau eenzelfde niet-afwervingstermijn en vergoeding moet gelden. De ervaring leert dat uitzendbureaus vandaag vaak zelf een uitzendkracht "terugroepen" om op andere plaatsen opnieuw in te zetten. Wederkerigheid vermijdt niet alleen dat potentiële werknemers worden ontnomen, maar ook gezien het feit dat de uitzendkracht tijdens de uitzendperiode verder wordt gevormd en/of bijgestaan door de gebruiker, wat ook een belangrijke investering langs diens kant uitmaakt.

De wederkerigheid maakt het ook mogelijk om de gelijke verhoudingen tussen de gebruiker en het uitzendbureau te herstellen, met name in de huidige context van grote tekorten op de arbeidsmarkt, die een onevenwichtige machtsverhouding in het voordeel van het uitzendbureau in de hand werken.

2.3.4 Meldpunt

De oprichting van een neutraal meldpunt of ombudsman (bijvoorbeeld door de FOD Economie) zou ervoor kunnen zorgen dat problemen inzake de toepassing van het niet-afwervingsbeding bij uitzendarbeid kunnen worden gemeld. Dit laat verdere monitoring toe, en kan leiden tot minnelijke oplossingen.

2.3.5 Outsourcing

De problematiek van de niet-afwervingsbedingen speelt niet enkel in het kader van uitzendkrachten maar ook bij "outsourcing/ projectsourcing/ consultancy/ headhunting". Een identieke wettelijke aanpassing is dus ook noodzakelijk met betrekking tot deze aanwervingsvorm.

Naast de problematiek in de interimsector, zijn projectsourcing en de dure niet-afwervingsbedingen die voorzien worden in dit kader, een bedreiging voor de tewerkstelling in heel wat sectoren. De consultancykantoren gaan, vaak in knelpuntberoepen, personeel wegkapen bij de werkgevers om deze aan zeer hoge vergoedingen, inclusief hoge niet-afwervingsbedingen, (opnieuw) aan te bieden. De niet-afwervingsbedingen die we in dit kader vaststellen zijn soms exorbitant (tot 18 à 24 maanden) en dienen dan ook aan banden te worden gelegd.

2.3.6 Monitoring en evaluatie

Op het vlak van opvolging, vragen UNIZO, UCM, UNISOC en de Boerenbond, aan de regering:

- dat twee jaar na inwerkingtreding van de maatregel, deze geëvalueerd wordt samen met de sociale partners in de NAR;
- dat wordt voorzien in een monitoring van de gehanteerde tarieven in de sector. Het gevaar bestaat namelijk dat een 'overeenstemming' zou kunnen ontstaan tussen bepaalde uitzendbureaus om tarieven te verhogen vanwege de beperking die zou worden gelegd op de niet-afwervingsbedingen.