

PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Advies

voor Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

van

datum 12 december 2023

inzake Advies tijdelijkheid uitzendopdrachten

zaaknr 11021103

1 Inleiding

1.1 Het Hof van Justitie van de Europese Unie ("HvJEU") heeft in twee recente arresten geoordeeld dat een lidstaat maatregelen moet nemen om de tijdelijkheid van de uitleensituatie van een uitzendkracht bij een inlener te waarborgen, teneinde te voldoen aan artikel 5 lid 5 van Richtlijn 2008/104/EG ("de Richtlijn of Uitzendrichtlijn").¹ U heeft ons verzocht te adviseren over de vraag of het Nederlandse recht deze waarborgen in voldoende mate bevat.

1.2 U heeft ons in dit verband concreet de volgende vragen gesteld:

1. Welk risico bestaat er op strijdigheid van het Nederlandse recht met de Uitzendrichtlijn in het licht van de recente uitspraken van het HvJEU?
2. Hoe groot is het risico dat de Nederlandse staat daarbij loopt op staatsaansprakelijkheid en/of een infractieprocedure en wat zouden hier de gevolgen van zijn?
3. Indien de Nederlandse rechter van oordeel is dat er sprake is van niet-tijdelijke uitzending, welke sanctie kan de rechter dan opleggen? In welke gevallen is dit mogelijk?
4. Indien een reëel risico bestaat op strijdigheid van het Nederlandse recht met het Europese recht, wat zijn dan de beleidsopties voor de Nederlandse overheid om deze strijdigheid op te lossen?

1.3 Met dit advies voldoen wij graag aan uw verzoek.

¹ HvJEU 14 oktober 2020, C-681/18, *JH/KG*, ECLI:EU:C:2020:823, HvJEU 17 maart 2022, C-232/20, *Daimler*, ECLI:EU:C:2022:196.

1.4 De opbouw van het advies is als volgt. Om uw eerste vraag of de Nederlandse situatie in overeenstemming is met de Uitzendrichtlijn te beantwoorden, zetten wij eerst uiteen welke verplichtingen de Uitzendrichtlijn, zoals uitgelegd in de twee arresten, aan de lidstaten oplegt en welke consequenties dit heeft voor Nederland (hoofdstuk 3). Vervolgens zetten wij het Nederlandse juridisch kader ten aanzien van het uitzendregime uiteen (hoofdstuk 4). Daarna volgt de analyse van het nationale recht ten opzichte van het Europese kader. Op basis hiervan beantwoorden wij vraag 1 (hoofdstuk 5). Vervolgens beantwoorden wij vragen 2 en 3 met betrekking tot de gevolgen van eventuele niet-naleving van de Uitzendrichtlijn (hoofdstuk 6). In hoofdstuk 7 bespreken wij een aantal mogelijke oplossingsrichtingen.

1.5 Hierna volgt eerst een managementsamenvatting.

2 Managementsamenvatting

2.1 In dit advies beantwoorden wij vier vragen over het Nederlandse uitzendregime in het licht van artikel 5 lid 5 van de Uitzendrichtlijn, zoals uitgelegd in twee recente arresten van het HvJEU, het *JH/KG*-arrest het *Daimler*-arrest.

De Richtlijn en de arresten

2.2 De Richtlijn beoogt een beschermingskader vast te stellen voor uitzendkrachten dat niet-discriminerend, transparant en evenredig is, en de diversiteit van de arbeidsmarkten en de verhoudingen tussen de sociale partners eerbiedigt.

2.3 Uit de arresten volgt dat Nederland op grond van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn passende maatregelen moet nemen om misbruik van uitzendarbeid of omzeiling van de bepalingen in de Richtlijn te voorkomen. Nederland moet er in het bijzonder voor zorgen dat uitzendarbeid, bij dezelfde inlenende onderneming, voor een uitzendkracht geen permanente situatie wordt. Uitzendarbeid heeft een tijdelijk karakter.

2.4 Het is aan Nederland om te bepalen hoe deze passende maatregelen eruit zien. Nederland is niet verplicht om maatregelen op te nemen in wet- of regelgeving. De naleving van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn mag ook worden overgelaten aan de rechter. Deze zal wel over bevoegdheden moeten beschikken om sancties op te leggen als hij van oordeel is dat artikel 5 lid 5 van de Richtlijn geschonden is.

2.5 Het is nog onduidelijk of de Richtlijn verlangt dat een terbeschikkingstelling in alle gevallen van tijdelijke aard is, of dat die verplichting alleen geldt voor situaties waarin werkgevers via achtereenvolgende opdrachten beogen de bepalingen uit de Richtlijn daadwerkelijk te omzeilen (dus in gevallen van misbruik). Het antwoord op deze vraag zal nog moeten worden opgehelderd door het HvJEU.

Vraag 1) Welk risico bestaat er op strijdigheid van het Nederlandse recht met de Uitzendrichtlijn in het licht van de recente uitspraken van het HvJEU?

- 2.6 Kort samengevat luidt onze conclusie dat het Nederlandse uitzendregime op dit moment onvoldoende waarborgen lijkt te bieden om nakoming van de Richtlijn zoals uitgelegd in de twee arresten, te verzekeren.² In de Nederlandse wet- en regelgeving zijn namelijk geen maatregelen opgenomen op basis waarvan de naleving van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn kan worden verzekerd (zoals een maximumduur van een terbeschikkingstelling of het aantal verlengingen daarvan). Daarnaast beschikt de Nederlandse rechter over onvoldoende instrumenten om een schending van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn te sanctioneren.
- 2.7 Om de volle werking van de Richtlijn te kunnen verzekeren, verdient het aanbeveling passende maatregelen te treffen in de vorm van wetgeving. Bij de beantwoording van vraag 4 noemen wij een aantal mogelijke oplossingsrichtingen.

Vragen 2 en 3) Indien de Nederlandse rechter van oordeel is dat er sprake is van niet-tijdelijke uitzending, welke sanctie kan de rechter dan opleggen? Hoe groot is het risico dat de Nederlandse Staat daarbij loopt op staatsaansprakelijkheid en/of een infractieprocedure en wat zouden hier de gevolgen van zijn?

- 2.8 Het ligt naar de huidige stand van het recht niet in de lijn der verwachting dat de rechter bij schending van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn zal oordelen dat er tussen de uitzendkracht en de inlenende onderneming van rechtswege een arbeidsovereenkomst is ontstaan of dat bepaalde arbeidsvoorwaarden van overeenkomstige toepassing worden verklaard. De rechter beschikt naar de huidige stand van de rechtspraak niet over bevoegdheden om dit te doen. De Uitzendrichtlijn biedt hiervoor evenmin een grondslag, omdat een richtlijn geen horizontale werking kan hebben. Het ligt evenmin in de rede dat een rechter snel zal aannemen dat een uitzendovereenkomst is geconverteerd naar een payrollovereenkomst.
- 2.9 Een aannemelijk scenario is dat een uitzendkracht aan de rechter vraagt om een oordeel te geven over de verenigbaarheid van het nationale recht met de Richtlijn. Het is niet uitgesloten dat de rechter tot de conclusie komt dat het nationale recht in het licht van de twee recente arresten niet in overeenstemming is met artikel 5 lid 5 van de Uitzendrichtlijn. Dit zal een precedent scheppen voor vergelijkbare gevallen. Indien de rechter inderdaad tot deze conclusie komt, zullen uitzendkrachten de Staat aansprakelijk kunnen stellen en een schadeclaim kunnen indienen voor de schade die zij menen te hebben geleden als gevolg van het ontbreken van middelen om naleving van de Richtlijn af te dwingen. Het is wel aan de uitzendkrachten om deze schade aannemelijk te maken.

² Zie ook: Hoofdlijnenbrief Arbeidsmarkt van 5 juli 2022 "Nederland heeft geen expliciete waarborgen om te voorkomen dat uitzendkrachten permanent aan een inlener ter beschikking worden gesteld." (Kamerstukken II, 2021–2022, 29 544, nr. 1112), p. 11.

- 2.10 Voor de positie van de Staat is er naast juridische risico's, derhalve ook sprake van financiële risico's.
- 2.11 Een andere mogelijkheid is dat de Europese Commissie een inbreukprocedure start tegen Nederland wegens niet-nakoming van de Uitzendrichtlijn. Dit betekent dat het HvJEU zal oordelen over de Nederlandse situatie en dat Nederland hiernaar zal moeten handelen. Wij kunnen niet overzien of dit risico zich zal verwezenlijken.

Vraag 4) Indien een reëel risico bestaat op strijdigheid van het Nederlandse recht met het Europese recht, wat zijn dan de beleidsopties voor de Nederlandse overheid om deze strijdigheid op te lossen?

- 2.12 Een eerste mogelijke oplossingsrichting is om in nationale wetgeving een maximumduur van de terbeschikkingstelling op te nemen, zodat de tijdelijkheid van de uitzendarbeid is gewaarborgd.
- 2.13 Een tweede mogelijke oplossingsrichting is om in de wet een meer open norm op te nemen met de strekking dat een uitzendrelatie een tijdelijk karakter heeft, in die zin dat de bepalingen in de Richtlijn niet mogen worden omzeild. De beoordeling van de vraag of de toewijzing van achtereenvolgende opdrachten aan een uitzendkracht tot doel heeft de doelstellingen van de Richtlijn en in het bijzonder de tijdelijke aard van uitzendarbeid te omzeilen, wordt in dat geval aan de rechter overgelaten.³ Een rechter zal over instrumenten en bevoegdheden moeten beschikken voor het geval hij tot de conclusie komt dat de Richtlijn wordt geschonden.
- 2.14 Een tussenvariant tussen oplossingsrichting 1. en 2. zou een weerlegbaar rechtsvermoeden kunnen zijn waarbij geacht wordt dat na een bepaalde periode het tijdelijk karakter aan een uitzendrelatie is komen te ontvallen, tenzij de uitzendwerkgever aantoont dat zulks niet het geval is.
- 2.15 Voor wat betreft de mogelijke sancties kan allereerst gedacht worden aan het van rechtswege in dienst treden van de uitzendkracht bij de inlener. Dit lijkt het meest aan te sluiten bij de doelstelling van de Richtlijn. Een andere optie is dat de uitzendovereenkomst converteert naar een payrollovereenkomst. Onzeker is echter of (niet-tijdelijke) payrolling in overeenstemming is met de Richtlijn. In de eerste plaats is de positie van een payrollkracht nog altijd niet gelijk met een vaste werknemer en in de tweede plaats is het de vraag of een langdurige of permanente payrollovereenkomst verenigbaar is met het uitgangspunt dat uitzendarbeid van tijdelijke aard is. Mogelijke andere maatregelen zijn het opleggen van een (bestuurlijke) boete of een schadevergoeding.

³ Zie *Daimler*-arrest, r.o. 58.

3 Het Europese kader

- 3.1 In dit hoofdstuk zetten wij uiteen waartoe artikel 5 lid 5 van de Uitzendrichtlijn de lidstaten volgens de arresten van het HvJEU, verplicht. Dit vormt het toetsingskader voor de Nederlandse situatie.

Het beginsel van gelijke behandeling

- 3.2 De Uitzendrichtlijn is van toepassing op werknemers die een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau hebben. De Richtlijn beoogt een beschermingskader vast te stellen voor uitzendkrachten dat niet-discriminerend, transparant en evenredig is, en de diversiteit van de arbeidsmarkten en de verhoudingen tussen de sociale partners eerbiedigt. Zo heeft de Richtlijn tot doel de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren door de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te waarborgen (artikel 2 van de Richtlijn).⁴
- 3.3 Het beginsel van gelijke behandeling is neergelegd in artikel 5 lid 1, eerste alinea, van de Richtlijn. Op grond hiervan hebben uitzendkrachten recht op dezelfde essentiële arbeidsvoorwaarden als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door de inlenende onderneming in dienst waren genomen. Uitzendkrachten mogen op grond van deze bepaling in beginsel niet in een minder gunstige situatie worden geplaatst dan vergelijkbare werknemers van de inlenende onderneming.⁵

Artikel 5 lid 1, eerste alinea, van de Richtlijn luidt als volgt:

“1. De essentiële arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten zijn, voor de duur van hun opdracht bij een inlenende onderneming, ten minste dezelfde als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door de genoemde onderneming voor dezelfde functie in dienst waren genomen.”

Onder ‘essentiële arbeidsvoorwaarden’ vallen in ieder geval de regels inzake arbeidstijd, overuren, pauzes, rusttijden, nachtarbeid, vakantie en feestdagen en bezoldiging (artikel 3 lid 1 onder f van de Richtlijn). Het HvJEU heeft echter geoordeeld in het *JH/KG*-arrest dat dit begrip ruim moet worden uitgelegd. De Richtlijn beoogt namelijk de naleving van artikel 31 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie te waarborgen.⁶

- 3.4 De leden 2 tot en met 4 van artikel 5 van de Richtlijn bevatten een aantal situaties waarin een uitzondering kan worden gemaakt op het beginsel van gelijke behandeling.

⁴ De Richtlijn is een uitwerking van artikel 31 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. In dit artikel is bepaald dat iedere werknemer recht heeft op gezonde, veilige en waardige arbeidsomstandigheden, jaarlijkse vakantie met behoud van loon en een beperking van de maximumarbeidsduur.

⁵ HvJEU 15 december 2022, C-311/21, *TimePartner*, ECLI:EU:C:2022:983, r.o. 47.

⁶ *JH/KH*-arrest, r.o. 54.

- 3.5 Artikel 5 lid 5 van de Richtlijn bepaalt niettemin dat lidstaten passende maatregelen moeten nemen met het oog op voorkoming van misbruik bij de toepassing van artikel 5, met name voorkoming van achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van de Richtlijn te omzeilen. Dit artikel wordt ook de antimisbruikbepaling genoemd en luidt:

“5. De lidstaten nemen passende maatregelen, overeenkomstig de nationale wetgeving en/of praktijk, met het oog op voorkoming van misbruik bij de toepassing van dit artikel, met name voorkoming van achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van deze richtlijn te omzeilen. Zij stellen de Commissie van dergelijke maatregelen in kennis.”

- 3.6 In de twee recente arresten speelde de vraag waartoe artikel 5 lid 5 van de Richtlijn de lidstaten precies verplicht. Het HvJEU heeft dit artikel nader uitgelegd en geconcretiseerd.

Het arrest JH/KG

- 3.7 De eerste zaak betreft het arrest *JH/KG* van 20 oktober 2020.⁷ Deze zaak had betrekking op een werknemer (JH) die in dienst van een uitzendbureau tussen 3 maart 2014 en 30 november 2016 als uitzendkracht bij de inlenende onderneming KG was aangesteld op basis van meerdere opeenvolgende uitzendovereenkomsten (acht in totaal) en diverse verlengingen daarvan (zeventien in totaal). Onder de Italiaanse wetgeving was dit geoorloofd. De vraag was of dit in overeenstemming was met de Richtlijn.
- 3.8 Het HvJEU oordeelt in dit arrest – kort samengevat - dat artikel 5 lid 5 van de Richtlijn lidstaten niet verplicht om te voorzien in nationale voorschriften waarin (i) het aantal achtereenvolgende opdrachten van dezelfde werknemer bij dezelfde inlenende onderneming wordt beperkt, of (ii) waarin het gebruik van deze vorm van arbeid van bepaalde duur afhankelijk wordt gesteld van de vermelding van redenen van technische aard of redenen die verband houden met vereisten van de productie, de organisatie of vervanging van personeelsleden.⁸
- 3.9 Daar stelt het HvJEU echter het volgende tegenover. Artikel 5 lid 5 van de Richtlijn verzet zich er *wél* tegen dat een lidstaat geen enkele maatregel neemt om het tijdelijke karakter van uitzendarbeit te waarborgen, en dat een nationale regeling in geen enkele maatregel voorziet die voorkomt dat aan dezelfde uitzendkracht achtereenvolgende opdrachten bij dezelfde inlenende onderneming worden

⁷ HvJ EU 20 oktober 2020, C-681/18, *JH/KG*, ECLI:EU:C:2020:823.

⁸ *JH/KG*-arrest, r.o. 42. Zie ook r.o. 44: “Uit de rechtspraak van het Hof volgt immers dat deze bepaling aldus moet worden begrepen dat zij het kader afbakent waarbinnen de regelgeving van de lidstaten op het gebied van verboden en beperkingen ter zake van de inzet van uitzendkrachten tot stand moet komen, en niet in die zin dat zij tot de vaststelling van een bepaalde regeling ter zake verplicht, met inbegrip van een regeling ter voorkoming van misbruik [...]”.

toevertrouwd om de bepalingen van de Richtlijn in haar geheel te omzeilen.⁹ Het HvJEU laat de beoordeling hiervan over aan de nationale rechter.

- 3.10 Het HvJEU komt tot deze conclusie op basis van de verschillende doelstellingen die de Richtlijn beoogt, in combinatie met het feit dat de lidstaten verplicht zijn om het door een richtlijn voorgeschreven resultaat te bereiken. Op grond van artikel 4 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (“**VEU**”) en artikel 288 van het Verdrag betreffende Werking van de Europese Unie (“**VWEU**”) moeten de lidstaten alle maatregelen treffen die geschikt zijn om nakoming van die verplichting te verzekeren.¹⁰
- 3.11 Het HvJEU heeft hiertoe het volgende overwogen.
- 3.11.1 Het HVJEU wijst in de eerste plaats op de tweeledige doelstelling van de Uitzendrichtlijn, namelijk (i) de doelstelling om zekerheid en bescherming te bieden aan werknemers en (ii) de doelstelling om te voldoen aan de behoefte aan flexibiliteit van ondernemers.¹¹ De Richtlijn beoogt deze twee doelstellingen met elkaar te verzoenen. Deze tweeledige doelstelling beantwoordt volgens het HvJEU aan de wens van de Uniewetgever om de voorwaarden voor uitzendarbeid aan te passen aan de “normale” arbeidsverhoudingen. Dit geldt temeer nu in overweging 15 van de Richtlijn uitdrukkelijk is aangegeven dat de algemene vorm van arbeid een overeenkomst voor onbepaalde tijd is. De Richtlijn heeft volgens het HvJEU dus ook tot doel de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen. Deze doelstelling komt volgens het HvJEU met name tot uiting in artikel 6, leden 1 en 2, van de Richtlijn, waarin is opgenomen dat de uitzendkracht op de hoogte moet worden gebracht van openstaande interne vacatures bij de inlener en dat de lidstaten de nodige maatregelen moeten nemen om te voorkomen dat de uitlener belemmert dat de uitzendkracht bij de inlenende onderneming in dienst treedt. Het beginsel van gelijke behandeling, zoals neergelegd in artikel 5 lid 1 van de Richtlijn, maakt volgens het HvJEU deel uit van diezelfde doelstelling.
- 3.11.2 In de tweede plaats stelt het HvJEU vast dat artikel 5 lid 5, eerste volzin, van de Richtlijn de lidstaten twee afzonderlijke verplichtingen oplegt, namelijk (1) het nemen van passende maatregelen om misbruik te voorkomen van de door dat artikel 5 zelf toegestane afwijkingen van het beginsel van gelijke behandeling, en (2) het nemen van passende maatregelen met het oog op voorkoming van achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van de Richtlijn in haar geheel te omzeilen. De twee verplichtingen van de lidstaten hebben volgens het HvJEU een heel verschillende omvang. De eerste ziet louter op passende maatregelen om te voorkomen dat er misbruik wordt gemaakt van de krachtens artikel 5, leden 2 tot en met 4, van de

⁹ JH/KG-arrest, r.o. 55, 60, 72; Daimler-arrest r.o. 56.

¹⁰ JH/KG-arrest, r.o. 64.

¹¹ JH/KG-arrest r.o. 50 t/m 52. Het HvJEU verwijst daarbij naar overweging 11 van de considerans, dat bepaalt: “Uitzendarbeid beantwoordt niet alleen aan de behoeften van de ondernemingen aan flexibiliteit, maar ook aan de behoeften van de werknemers om werk en privéleven te combineren. Aldus draagt het tevens bij tot het scheppen van banen en tot de deelname aan en de inpassing op de arbeidsmarkt.”

Richtlijn toegestane afwijkingen. De tweede verplichting is daarentegen ruimer geformuleerd en heeft tot doel ervoor te zorgen dat lidstaten passende maatregelen nemen om te voorkomen dat de bepalingen van de Richtlijn in haar geheel worden omzeild. Deze tweede verplichting heeft dus betrekking op *alle* bepalingen van de Richtlijn (en niet alleen op de mogelijkheid om af te wijken van het beginsel van gelijke behandeling).

- 3.11.3 In de derde plaats stelt het HvJEU vast dat de Richtlijn ook tot doel heeft dat de lidstaten ervoor zorgen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming voor een uitzendkracht geen permanente situatie wordt. Uit de definities van de begrippen „uitzendbureau“, „uitzendkracht“, „inlenende onderneming“ en „opdracht“ in de Richtlijn volgt dat de arbeidsverhouding met een inlenende onderneming naar haar aard tijdelijk is (artikel 3 lid 1, onder b) tot en met e), van de Richtlijn).¹² De in artikel 5 lid 5 van de Richtlijn opgenomen verplichting verzet zich ertegen dat een lidstaat *geen* maatregelen neemt om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen.¹³

Het arrest Daimler

- 3.12 De tweede zaak betreft het arrest *Daimler* van 17 maart 2022.¹⁴ Deze zaak zag op de vraag of bij een terbeschikkingstelling van een uitzendkracht met een totale duur van 55 maanden nog gesproken kan worden van tijdelijkheid en zo niet, of sprake was van misbruik in de zin van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn. Het HvJEU oordeelt als volgt.
- 3.13 De Uitzendrichtlijn bepaalt niet vanaf welke duur de terbeschikkingstelling niet meer als tijdelijk kan worden aangemerkt. De Richtlijn verplicht de lidstaten ook niet om in het nationale recht een dergelijke tijdsduur vast te stellen.¹⁵ De Richtlijn schrijft niet voor dat lidstaten het aantal achtereenvolgende opdrachten van een uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming moeten beperken en bepaalt evenmin welke specifieke maatregelen de lidstaten daartoe moeten nemen, ook niet met het oog op het voorkomen van misbruik.¹⁶ Artikel 5 van de Richtlijn vormt slechts een kader waar de nationale regelgeving aan moet voldoen.¹⁷ Hieruit volgt dat de lidstaten niet verplicht zijn om op deze punten een bepaalde regeling vast te stellen.¹⁸
- 3.14 Dit laat onverlet dat, zoals het HvJEU in *JH/KG* heeft geoordeeld, artikel 5 lid 5 de lidstaten ertoe verplicht passende maatregelen te nemen om te voorkomen dat aan een uitzendkracht achtereenvolgende opdrachten worden toegewezen teneinde de bepalingen van deze richtlijn volledig te omzeilen. Lidstaten moeten er in het bijzonder

¹² *JH/KG*-arrest, r.o. 60 en 61.

¹³ *JH/KG*-arrest, r.o. 63; *Daimler*-arrest r.o. 67.

¹⁴ HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, *Daimler*, ECLI:EU:C:2022:196.

¹⁵ *Daimler*-arrest, r.o. 53.

¹⁶ *Daimler*-arrest, r.o. 54.

¹⁷ *JH/KG*-arrest r.o. 44.

¹⁸ *Daimler*-arrest, r.o. 55.

voor zorgen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming geen permanente situatie wordt.¹⁹

- 3.15 Het staat de lidstaten vrij om in het nationale recht een precieze tijdsduur vast te stellen waarna de terbeschikkingstelling niet meer als 'tijdelijk' kan worden aangemerkt.²⁰ Daartoe zijn lidstaten als gezegd echter niet verplicht.
- 3.16 Indien geen tijdsduur in een nationale regeling is opgenomen, is het aan de nationale rechter om in elk concreet geval de tijdsduur te bepalen (aan de hand van alle relevante omstandigheden) en om zich ervan te vergewissen dat de toewijzing van achtereenvolgende opdrachten aan een uitzendkracht niet tot doel heeft de doelstellingen van de Richtlijn en in het bijzonder de tijdelijke aard van uitzendarbeid te omzeilen.
- 3.17 Volgens het HvJEU dient de rechter bij die beoordeling rekening te houden met de volgende overwegingen:²¹
1. Indien de achtereenvolgende opdrachten van een uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming tot gevolg hebben dat de duur van de activiteit bij die onderneming langer is dan wat redelijkerwijs als "tijdelijk" kan worden aangemerkt, zou dat een aanwijzing kunnen zijn voor misbruik van achtereenvolgende opdrachten in de zin van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn;²²
 2. Wanneer in een concreet geval geen objectieve verklaring wordt gegeven voor het feit dat de betrokken inlenende onderneming gebruik maakt van achtereenvolgende uitzendovereenkomsten, is het aan de nationale rechter om in de context van de nationale regeling en rekening houdend met de omstandigheden van elk geval te onderzoeken of een van de bepalingen van de Richtlijn wordt omzeild, temeer wanneer het dezelfde uitzendkracht is die op basis van de betrokken reeks overeenkomsten bij de inlenende onderneming wordt tewerkgesteld.
- 3.18 Het tijdelijke karakter ziet overigens niet op het werk dat verricht wordt. Het is op grond van de Uitzendrichtlijn dan ook niet verplicht dat uitzendkrachten uitsluitend werk verrichten dat tijdelijk van aard is, zoals bij 'ziek en piek'. De tijdelijkheid ziet op de wijze waarop de werknemer bij de inlener ter beschikking wordt gesteld.²³ Uitzendkrachten kunnen dus *tijdelijk* functies vervullen die permanent bestaan bij de inlenende onderneming.²⁴

¹⁹ *Daimler*-arrest, r.o. 56; *JH/KG*-arrest r.o. 55 en 60.

²⁰ *Daimler*-arrest, r.o. 57.

²¹ *JH/KG*-arrest r.o. 69 en *Daimler*-arrest, r.o. 60.

²² Gelet op onder andere op het feit dat achtereenvolgende opdrachten die aan een uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming worden toevertrouwd, het door deze richtlijn bereikte evenwicht tussen flexibiliteit voor werkgevers en zekerheid voor werknemers aantasten door deze zekerheid te ondermijnen.

²³ *Daimler*-arrest, r.o. 31.

²⁴ *Daimler*-arrest, r.o. 38.

Sanctie op niet-naleving

- 3.19 In het *Daimler*-arrest gaat het HvJEU ook in op de consequenties indien een rechter concludeert dat sprake is van schending van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn.
- 3.20 Artikel 10 van de Richtlijn verplicht lidstaten om passende maatregelen te treffen bij niet-naleving van de Richtlijn. Het tweede lid van dit artikel verplicht lidstaten om sancties vast te stellen die van toepassing zijn op schendingen van de ter uitvoering van deze Richtlijn vastgestelde nationale bepalingen. De lidstaten moeten alle maatregelen treffen die nodig zijn om de daadwerkelijke toepassing van die sancties te garanderen. Deze sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn, zoals ook volgt uit overweging 21 van de Richtlijn.²⁵
- 3.21 Artikel 10 van de Richtlijn schrijft dus geen specifieke sancties voor, maar biedt lidstaten de ruimte om zelf te kiezen welke sancties zij geschikt achten in geval van een schending van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn.²⁶
- 3.22 Dit maakt volgens het HvJEU dat een uitzendkracht aan het Unierecht geen subjectief recht kan ontleen op het ontstaan van een arbeidsverhouding met die onderneming. Op grond van het Unierecht ontstaat er dus niet van rechtswege een arbeidsovereenkomst tussen de uitzendkracht en de inlenende onderneming.²⁷

Onzekere factor: verhouding tijdelijkheid en misbruik van uitzendarbeid

- 3.23 Uit de arresten volgt kort gezegd dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat het tijdelijke karakter van uitzendarbeid kan worden gewaarborgd om te voorkomen dat de doelstellingen van de Richtlijn kunnen worden omzeild. De arresten geven echter geen duidelijkheid over de exacte verhouding tussen het vereiste van tijdelijkheid enerzijds en de conclusie dat sprake is van misbruik van uitzendarbeid anderzijds. Een belangrijke vraag in dit verband is of het enkele feit dat de achtereenvolgende opdrachten redelijkerwijs niet meer als "tijdelijk" kunnen worden aangemerkt, reeds maakt dat de bepalingen in de Richtlijn worden omzeild, of dat er nog een mogelijkheid bestaat om deze situatie te rechtvaardigen.²⁸ In de literatuur en (beperkte) rechtspraak lijkt voorzichtig te worden aangenomen dat het hier een twee-

²⁵ *Daimler*-arrest, r.o. 95.

²⁶ *Daimler*-arrest, r.o. 96.

²⁷ *Daimler*-arrest, r.o. 100.

²⁸ Zie ook S. Palm, 'Hof van Justitie: terbeschikkingstelling van uitzendkracht is tijdelijk. Gevolgen voor de praktijk?', *TAP* 2022/5.

stappentoets betreft.²⁹ Deze houdt in dat (1) eerst wordt getoetst of sprake is van tijdelijkheid, en (2) zo nee, of hiervoor een objectieve verklaring is. Wij vinden een dergelijke uitleg in het licht van de twee besproken arresten goed verdedigbaar. Het HvJEU heeft immers geoordeeld dat als de duur van de terbeschikkingstelling langer is dan wat redelijkerwijs als "tijdelijk" kan worden aangemerkt, dit een aanwijzing zou *kunnen* zijn van misbruik en dat als er geen objectieve verklaring kan worden gegeven voor de achtereenvolgende uitzendovereenkomsten, het aan de rechter is om te onderzoeken of een van de bepalingen in de Richtlijn worden omzeild.

In dit verband is een uitspraak van de kantonrechter van rechtbank Rotterdam van 12 december 2022 interessant.³⁰ Daarin is geoordeeld dat een aaneengesloten inleenperiode van ongeveer dertien jaar weliswaar een lange periode is, maar dat niet enkel op die grond sprake is van misbruik als bedoeld in de Richtlijn. De uitzendkracht stelde zich op het standpunt dat er geen sprake was van een reële uitzendovereenkomst met de uitlenende onderneming, maar de kantonrechter volgde dat standpunt niet. Volgens de kantonrechter is er in dit geval bovendien sprake van een objectieve verklaring voor de achtereenvolgende uitzendovereenkomsten bij dezelfde inlener. De inlenende onderneming heeft volgens de kantonrechter een gerechtvaardigd belang bij het hebben van een flexibele schil.

3.24 In het verlengde hiervan rijst de vraag of de Richtlijn het onder omstandigheden toestaat dat een werknemer voor onbepaalde tijd ter beschikking wordt gesteld bij een inlenende onderneming, bijvoorbeeld als de arbeidsvoorwaarden voor de uitzendkracht volledig gelijk zijn aan de voorwaarden van de werknemers in vaste dienst in dezelfde functie.³¹ Het antwoord op deze vraag zal afhankelijk zijn van de aanlegroute die het HvJEU in voorkomend geval kiest. In de arresten heeft het HvJEU als gezegd verschillende doelstellingen van de Richtlijn geadresseerd. Het HvJEU heeft daarbij benadrukt dat de Richtlijn *ook* tot doel heeft om de toegang van de uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen (de 'opstapfunctie').³² De vraag is hoe zwaar deze doelstelling weegt ten opzichte van het beginsel van gelijke behandeling. Beide maken deel uit van de doelstelling van de Richtlijn om werknemers te beschermen en geven uitdrukking aan de wens van de Uniewetgever om de voorwaarden voor uitzendarbeid aan te passen aan de "normale" arbeidsverhoudingen.

²⁹ Bijvoorbeeld N. Zekic, 'Hoe moet het tijdelijke karakter van uitzendwerk worden gewaarborgd?', *TAC* 2022/4; N. Jansen, 'Een structurele personeelsbehoefte en uitzendwerk: een moeizame combinatie', *ArA* 2022/2, p. 46. Advocaat-Generaal Tanchev noemt verschillende elementen waaraan moet worden getoetst. i) Hebben de achtereenvolgende opdrachten bij dezelfde inlenende onderneming tot gevolg dat de duur van de activiteit redelijkerwijs niet meer kan worden aangemerkt als terbeschikkingstelling om bij een inlenende onderneming „tijdelijk te werken” in de zin van artikel 1, lid 1, van de Richtlijn? ii) Is er een objectieve verklaring gegeven voor het feit dat de inlenende onderneming gebruikmaakt van achtereenvolgende uitzendovereenkomsten? iii) Wordt een van de bepalingen van de Richtlijn omzeild? iv) Gaat het, gelet op al deze factoren en omstandigheden, om een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd waaraan op kunstmatige wijze de vorm van opeenvolgende uitzendovereenkomsten is gegeven in strijd met artikel 5, lid 5, van de Richtlijn? (Conclusie van advocaat-generaal E. Tanchev van 9 september 2021, C-232/20, ECLI:EU:C:2021:727).

³⁰ Rechtbank Rotterdam, 12 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11010, r.o. 5.6.

³¹ Daarbij zij verondersteld dat de Richtlijn op deze arbeidsverhouding van toepassing is. (zie randnr. 3.27).

³² *JH/KG*-arrest r.o. 51.

- 3.25 Indien meer gewicht moet worden toegekend aan het doel om een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen, zou dit betekenen dat reeds sprake is van een schending van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn vanwege het enkele feit dat een werknemer langer dan "tijdelijk" bij de inlenende onderneming ter beschikking is gesteld, ongeacht welke arbeidsvoorwaarden op hem van toepassing zijn. De tijdelijkheid vormt in dit verband als het ware een zelfstandig criterium. Een aanknopingspunt voor deze aanvliegroute kan worden gevonden in de overwegingen van het HvJEU in de arresten *Daimler* en *JH/KG* dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat uitzendarbeid geen permanente situatie wordt³³ en dat achtereenvolgende opdrachten die aan een uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming worden toevertrouwd de kern van de bepalingen van de Richtlijn omzeilen, aangezien zij het door deze Richtlijn bereikte evenwicht tussen flexibiliteit voor werkgevers en zekerheid voor werknemers aantasten door deze zekerheid te ondermijnen.³⁴ Deze aanvliegroute zou betekenen dat een langere of permanente terbeschikkingstelling onder de Richtlijn niet mogelijk is.
- 3.26 Indien daarentegen meer gewicht moet worden toegekend aan de beschermingsgedachte, zou dit tot een andere conclusie kunnen leiden. Aan de doelstelling van de Richtlijn om de werknemers te beschermen wordt immers voldaan, terwijl tegelijkertijd de doelstellingen van de Richtlijn ten aanzien van de vrijheid van ondernemerschap en de behoefte van ondernemers aan flexibiliteit worden gewaarborgd. De inzet van uitzendkrachten mag immers niet op ongerechtvaardigde wijze worden beperkt (artikel 4 van de Richtlijn). Bovendien bepaalt overweging 12 dat de Richtlijn de diversiteit van de arbeidsmarkten en de arbeidsverhoudingen eerbiedigt.³⁵ Op basis hiervan zou kunnen worden betoogd dat permanente terbeschikkingstelling gerechtvaardigd is, zolang de arbeidsvoorwaarden volledig gelijk zijn en er geen sprake is van misbruik van uitzendarbeid. Een aanknopingspunt voor deze aanvliegroute kan worden gevonden in de overweging van het HvJEU dat als er geen objectieve verklaring kan worden gegeven voor het feit dat de inlenende onderneming gebruikmaakt van achtereenvolgende uitzendovereenkomsten, de nationale rechter 'in de context van de nationale regeling en rekening houdend met de omstandigheden van elk geval' dient te onderzoeken of de bepalingen in de Richtlijn worden omzeild.³⁶
- 3.27 Kortom, op dit moment is niet met zekerheid te zeggen hoe het vereiste dat een lidstaat het tijdelijke karakter van uitzendarbeid moet waarborgen, zich precies verhoudt tot de conclusie dat sprake is van misbruik van uitzendarbeid. Ook in de juridische literatuur verschillen auteurs hierover van mening. Deze onzekere factor zal zich verder moeten uitkristalliseren in de rechtspraak van het HvJEU en dient uiteraard

³³ *Daimler*-arrest, r.o. 56 en *JH/KG*-arrest, r.o. 60.

³⁴ *JH/KG*-arrest, r.o. 70, *Daimler*-arrest r.o. 61.

³⁵ Vgl. HvJEU 15 december 2022, *TimePartner*, ECLI:EU:C:2022:983, r.o. 38: "De afwijking van het beginsel van gelijke behandeling mag bovendien niet verder gaan dan wat strikt noodzakelijk is om het ermee beschermde belang veilig te stellen, namelijk de noodzaak om op flexibele wijze om te gaan met de diversiteit van de arbeidsmarkten en de arbeidsverhoudingen".

³⁶ *JH/KG*-arrest, r.o. 71 en *Daimler*-arrest, r.o. 62.

te worden betrokken bij de vraag welke passende maatregelen Nederland moet nemen om aan de Richtlijn te voldoen.

Het is nog van belang om op te merken dat het HvJEU in het arrest *LD* heeft geoordeeld dat de Richtlijn niet ziet op vaste arbeidsverhoudingen, maar uitsluitend betrekking heeft op tijdelijke, voorbijgaande of in de tijd beperkte arbeidsbetrekkingen.³⁷ Daarbij moet het gaan om een situatie waarin de (uitlenende) werkgever een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een werknemer aangaat met het doel de werknemer ter beschikking te stellen aan een inlenende onderneming en bovendien bij elk van de daadwerkelijk verrichte terbeschikkingstellingen de bedoeling heeft om de betrokken werknemer tijdelijk ter beschikking te stellen van een inlenende onderneming.³⁸ Het arrest zag op de situatie waarin werknemer LD een arbeidsovereenkomst had met ALB FILS Kliniken. ALB FILS Kliniken droeg zijn taken over aan vennootschap A, maar LD maakte gebruik van zijn recht van verzet tegen de overgang van zijn arbeidsverhouding op deze derde onderneming. Het gevolg was dat ALB FILS Klinieken de werknemer permanent ter beschikking stelde aan vennootschap A. Het HvJEU concludeerde dat deze situatie niet binnen de werkingssfeer van de Richtlijn viel, aangezien ALB FILS Kliniken niet voornemens was LD ter beschikking te stellen aan een inlenende onderneming en de betrokken terbeschikkingstelling niet tijdelijk was. Het HvJEU voegde hieraan toe dat in dit geval elk risico van misbruik of omzeiling van de Richtlijn was uitgesloten, aangezien ALB FILS Kliniken niet voornemens was om LD ter beschikking te stellen van vennootschap A en aangezien de arbeidsverhouding van LD met ALB FILS Kliniken bleef voortbestaan, met inbegrip van de arbeidsvoorwaarden en de contractuele bepalingen die golden vóór de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overdracht, omdat LD gebruik had gemaakt van zijn recht van verzet tegen de overgang van zijn arbeidsverhouding. Hieruit volgt dat onder (bijzondere) omstandigheden permanente terbeschikkingstelling niet in strijd is met de Richtlijn.³⁹

Betekenis van de arresten voor de Nederlandse situatie

- 3.28 Op Nederland rust de verplichting om de Uitzendrichtlijn correct ten uitvoer te leggen. In het licht van de arresten van het HvJEU betekent dit concreet het volgende:
- i. Nederland moet passende maatregelen nemen om misbruik van uitzendarbeid of omzeiling van de bepalingen in de Uitzendrichtlijn te voorkomen;
 - ii. Nederland moet er in het bijzonder voor zorgen dat uitzendarbeid, bij dezelfde inlenende onderneming, voor een uitzendkracht geen permanente situatie wordt;
 - iii. Het is nog onduidelijk of de Richtlijn verlangt dat een terbeschikkingstelling *in alle gevallen* van tijdelijke aard is, of dat die verplichting alleen geldt voor

³⁷ HvJEU 22 juni 2023, C-427/21, LD tegen ALB FILS Kliniken GmbH, ECLI:EU:C:2023:505.

³⁸ *LD*-arrest, r.o. 40-41.

³⁹ *Idem.* r.o. 52.

situaties waarin werkgevers via achtereenvolgende opdrachten beogen de bepalingen uit de Uitzendrichtlijn daadwerkelijk te omzeilen (dus in gevallen van misbruik). Het antwoord op deze vraag zal nog moeten worden opgehelderd door het HvJEU;

- iv. Hoewel Nederland verplicht is maatregelen te nemen die zien op het voorkomen van misbruik van de Richtlijn, hoeven deze maatregelen *niet* te worden vastgesteld in nationale wet- of regelgeving;
- v. Nederland mag de beoordeling of sprake is van schending van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn overlaten aan de rechter. Daarbij moet Nederland zorgen voor passende administratieve of gerechtelijke procedures om de uit de Richtlijn voortvloeiende verplichtingen te doen naleven;
- vi. Nederland is ook *niet* verplicht om in een nationale regeling een maximumduur vast te stellen van een terbeschikkingstelling of het aantal verlengingen daarvan;
- vii. Nederland is ook *niet* verplicht om in een nationale regeling het ter beschikking stellen van uitzendkrachten afhankelijk te stellen van de voorwaarde dat sprake is van redenen van technische aard of redenen die verband houden met vereisten van de productie, de organisatie of vervanging van personeelsleden;
- viii. Het staat Nederland wel vrij om in nationale regelgeving een maximumduur van de terbeschikkingstelling op te nemen, uiteraard binnen de grenzen van het Unierecht;
- ix. De rechter zal in dat geval over voldoende middelen moeten beschikken om de volle werking van de Richtlijn, overeenkomstig het ermee beoogde doel te kunnen verzekeren. Dit betekent dat de rechter niet-naleving van de antimisbruikbepaling moet kunnen sanctioneren;
- x. Indien onverhoopt door een rechter wordt vastgesteld dat artikel 5 lid 5 van de Richtlijn wordt geschonden, ontstaat niet op grond van de Richtlijn een arbeidsverhouding tussen de uitzendkracht en de inlenende onderneming.

4 Nederlands juridisch kader van het uitzendregime

- 4.1 Het Nederlandse uitzendregime is vastgelegd in diverse wetten en regelingen. Belangrijke voorbeelden daarvan zijn de bepalingen opgenomen in artikel 7:690 e.v. van het Burgerlijk Wetboek ("**BW**") en de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs ("**Waadi**"). Daarnaast is er specifieke fiscale wetgeving en zijn er twee uitzendcao's die brede toepassing vinden.
- 4.2 Voor toegang tot het uitzendregime moet sprake zijn van het begrip 'uitzending'. De Nederlandse wetgeving hanteert niet één uniforme definitie van wat uitzending is. De definities die in de voornaamste regelingen worden gehanteerd, zijn evenwel grotendeels gelijklopend en nemen tot uitgangspunt dat bij uitzending sprake is van een zogenoemde driehoeksrelatie tussen inlener, uitzendwerkgever en uitzendkracht (ook wel: 'uitzendwerknemer'). Daarbij bestaat er een arbeidsovereenkomst tussen

uitzendkracht en uitzendwerkgever. De uitzendwerknemer wordt vervolgens op basis van een tussen de uitzendwerkgever en inlener gesloten overeenkomst van opdracht voor arbeid ter beschikking gesteld aan de inlener. Tussen de inlener en de uitzendwerknemer bestaat in principe geen rechtstreekse contractuele relatie; wel berusten het toezicht en de leiding over de werkzaamheden bij de inlener.

- 4.3 De arbeidsovereenkomst tussen uitzendwerkgever en de uitzendkracht wordt in Nederland aangeduid als een uitzendovereenkomst. In artikel 7:690 BW is de uitzendovereenkomst als volgt gedefinieerd:

“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.”

- 4.4 Blijkens deze definitie is tijdelijkheid geen vereiste voor het bestaan van een uitzendovereenkomst. Dit betekent dat ook sprake is van een uitzendovereenkomst bij niet-tijdelijke terbeschikkingstelling.
- 4.5 De Nederlandse definitie van de uitzendovereenkomst dateert van vóór de Richtlijn. Bij de implementatie van de Richtlijn meende de regering onder verwijzing van 7:690 BW dat artikel 1 van de Richtlijn waarin het toepassingsbereik van de Richtlijn is geregeld, geen implementatie behoefde. Voorts meende de regering dat de begrippen *werknemer*, *uitzendbureau*, *uitzendkracht*, *inlenende onderneming* en *opdracht* zoals gedefinieerd in artikel 3 a t/m e van de Richtlijn geen implementatie behoefden. Deze sloten naar het oordeel van de regering aan bij definities van de *uitzendovereenkomst* in artikel 7:690 BW en van het *ter beschikking stellen* in artikel 1 lid 1, onder c, van de Waadi (zie hierna).⁴⁰
- 4.6 Omdat een uitzendovereenkomst een arbeidsovereenkomst is, rusten op de uitzendwerkgever in beginsel dezelfde arbeidsrechtelijke verplichtingen als op een ‘normale’ werkgever. Wel geldt ten aanzien van een aantal arbeidsrechtelijke bepalingen het zogeheten ‘verlicht regime’ uit artikel 7:691 BW. Daarmee kan ten gunste van de uitzendwerkgever van bepaalde (arbeidsrechtelijke) regels worden afgeweken. De mogelijkheid om van dit verlicht regime gebruik te maken is in duur beperkt tot 26 weken waarin gewerkt is. Bij cao kan dit worden uitgebreid naar 78 weken. Na afloop kan de uitzendwerkgever de uitzendwerknemer nog driemaal een tijdelijke arbeidsovereenkomst aanbieden, met gezamenlijk een maximale duur van 36 maanden. Bij cao kan het aantal van drie arbeidsovereenkomsten worden verhoogd naar maximaal zes en de termijn 36 maanden worden verlengd naar maximaal 48 maanden.

⁴⁰ Kamerstukken II 2010/11, 32 895, nr. 3, p 2-3.

- 4.7 Het voorgaande betekent dat in het meest verstrekkende geval een uitzendkracht na vijfeneenhalf jaar werkzaam te zijn geweest, een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd krijgt met de uitzendwerkgever. Een uitzendkracht kan echter ook als hij een contract voor onbepaalde tijd heeft (nog) worden uitgezonden al dan niet bij dezelfde inlener.
- 4.8 Daarnaast is de ontslagbescherming van uitzendkrachten minder sterk, ook als zij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben. Een inlener kan de overeenkomst van opdracht die ten grondslag ligt aan de uitzending in beginsel te allen tijde opzeggen. Het beëindigen van een inleenopdracht vormt voor de uitzendwerkgever een redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst, indien aannemelijk is dat de uitzendkracht niet binnen 26 weken, bij de betreffende inlener dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden zal kunnen verrichten, en de uitzendwerkgever zich gedurende een periode gelijk aan de redelijke termijn van maximaal vier maanden tevergeefs heeft ingespannen om de werknemer te herplaatsen in een passende functie.⁴¹ Bij een eventuele reorganisatie bij de inlener waarbij functies komen te vervallen is het zelfs zo dat eerst alle uitzendkrachten moeten worden aangezegd die deze functies vervullen alvorens wordt overgegaan tot ontslag of herplaatsing van eigen personeel. Dit ongeacht hoe lang die uitzendkracht al bij de inlener werkzaam is.
- 4.9 Naast de reguliere uitzendovereenkomst kent de Nederlandse wet een bijzondere vorm van die overeenkomst in de vorm van de zogenoemde payrollovereenkomst (art. 7:692 BW). 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 (dus zonder uitvoering van de zogenoemde 'allocatieve functie' die een uitzendwerkgever normaliter vervult), en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen (een zogenoemd 'exclusiviteitsbeding').
- 4.10 Bij een payrollovereenkomst kan geen gebruik worden gemaakt van het verlicht regime van artikel 7:691 BW. Bovendien is de ontslagbescherming van een payrollwerknemers feitelijk (zo goed als) gelijkwaardig aan die van een 'eigen werknemer'.⁴² Daarnaast geldt voor payrollwerknemers – anders dan voor uitzendkrachten – niet dat zij bij een reorganisatie eerder moeten worden aangezegd dan eigen medewerkers.⁴³ Een voornaam verschil tussen een payrollwerknemer en een eigen werknemer is de zeer beperkte mogelijkheid voor een payrollwerknemer om wedertewerkstelling in de eigen werkzaamheden af te dwingen. Een dergelijke vordering wordt als het om een payrollwerknemer (of een reguliere uitzendkracht)

⁴¹ Artikel 7 Ontslagregeling.

⁴² Artikel 20 Ontslagregeling.

⁴³ Artikel 17 Ontslagregeling.

gaat vrijwel altijd afgewezen, terwijl voor een eigen werknemer een dergelijke vordering tamelijk kansrijk is.⁴⁴

Waadi

- 4.11 In de Waadi zijn (arbeidsrechtelijke) beschermingsbepalingen opgenomen die beogen de positie van uitzendkrachten te versterken. Artikel 5 van de Richtlijn die de gelijke behandeling van uitzendkrachten regelt, is geïmplementeerd in artikel 8 van de Waadi.
- 4.12 De beschermingsbepalingen uit de Waadi zijn van toepassing indien sprake is van “ter beschikking stellen van arbeidskrachten”. De Waadi definieert dit als:
- “het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht en leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, verrichten van arbeid;”
- 4.13 Evenals bij de uitzendovereenkomst is tijdelijkheid geen vereiste om van ter beschikking stelling (uitzending) in de zin van de Waadi te spreken. Dit betekent dat de beschermingsbepalingen uit de Waadi ook in acht genomen moeten worden als sprake is van niet-tijdelijke uitzending.
- 4.14 De beschermingsbepalingen richten zich in meer of mindere mate op alle verhoudingen in de driehoeksrelatie. Deze houden onder andere in dat de uitzendkracht aanspraak maakt op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als de werknemers die in directe dienst zijn bij de inlener, op het terrein van financiële beloning (loon en andere vergoedingen) en arbeidstijden (overwerk, rusttijden, pauzes, feestdagen etc.).⁴⁵ Bij cao kan hiervan worden afgeweken. Verder moet de uitzendkracht toegang krijgen tot dezelfde bedrijfsvoorzieningen,⁴⁶ is de inlener verplicht aan de uitzendkracht melding te doen van openstaande vacatures binnen zijn bedrijf,⁴⁷ mag door de uitzendwerkgever voor zijn bemiddelaarswerkzaamheden aan de uitzendkracht geen vergoeding vragen⁴⁸ en mag de uitzendwerkgever niet belemmeren dat de uitzendkracht in dienst treedt bij de inlener.
- 4.15 Voor arbeidskrachten die in het kader van payrollrolling ter beschikking worden gesteld kent de Waadi aanvullende beschermingsbepalingen. Artikel 8a Waadi bepaalt dat deze arbeidskrachten ten minste recht hebben op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Dit ziet niet alleen op arbeidsvoorwaarden waarop aanspraak gemaakt kan worden tijdens het dienstverband, maar ook op post-contractuele rechten (zoals bijv. bovenwettelijke

⁴⁴ J.P.H. Zwemmer & H.L. Doorn, *ArbeidsRecht* 2022/8; Zie ook: Gerechtshof Amsterdam 14 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1077, *JAR* 2020/118, m.nt. E.M. Hoogeveen.

⁴⁵ Artikel 8 (1) sub a en b Waadi.

⁴⁶ Artikel 8b Waadi.

⁴⁷ Artikel 8c Waadi.

⁴⁸ Artikel 9 Waadi.

uitkeringsrechten) en een eventueel bij de inlener geldend sociaal plan. Echter, volledig gelijkwaardig zijn de posities niet. Payrollkrachten maken net als uitzendkrachten geen aanspraak op dezelfde pensioenregeling als de eigen werknemers van de inlener. Wel hebben zij recht op een adequate pensioenvoorziening.⁴⁹

Op onderdelen vergelijkbaar, maar zeker niet gelijk

- 4.16 Het Nederlandse uitzendregime resulteert erin dat de positie van een uitzendkracht, zeker als hij langere tijd ter beschikking wordt gesteld, in belangrijke mate overeenkomt met een reguliere werknemer van de inlenende onderneming waar hij of zij te werk is gesteld. Immers, de uitzendkracht zal dan mogelijk werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en heeft onder andere recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden met betrekking tot het loon en overige vergoedingen. Er blijven echter ook belangrijke verschillen bestaan.
- 4.17 Zo zal een uitzendkracht, ook als deze lange tijd (of zelfs permanent) ter beschikking wordt gesteld, geen aanspraak kunnen maken op de bij inlener geldende pensioenregeling, zijn veel van de secundaire arbeidsvoorwaarden die een inlener kan hebben niet op hem van toepassing en heeft hij feitelijk een minder sterke ontslagbescherming. Tot slot kan een uitzendkracht veelal geen rechten ontlenuen aan een eventueel bij inlener geldend sociaal plan of post-contractuele rechten uit een cao, zoals bijvoorbeeld een bovenwettelijke uitkering.
- 4.18 Bij payrolling zijn de positie van een payrollwerknemer en een eigen werknemer nagenoeg gelijk, behoudens waar het gaat om een eventuele pensioenvoorziening en de mogelijkheid om wedertewerkstelling in de eigen werkzaamheden af te dwingen, zoals toegelicht onder randnummer 4.15.

Nederlandse wet bevat geen maximumduur

- 4.19 Als gezegd, is voor de toepasselijkheid van het Nederlandse uitzendregime niet van belang of sprake is van enige vorm van tijdelijkheid (noch in relatie tot de inlener, noch in relatie tot de uitzendwerkgever). Ook als sprake is van permanente ter beschikking stelling is sprake van een uitzendovereenkomst en gelden de betreffende beschermingsbepalingen uit de Waadi. De bescherming die de Uitzendrichtlijn voor tijdelijke terbeschikkingstelling beoogt te bieden, geldt in Nederland dus ook in het geval van permanente terbeschikkingstelling. Daartegenover staat dat in het Nederlandse arbeidsrecht geen maximumduur geldt voor het ter beschikking stellen van uitzendkrachten.
- 4.20 Overigens gold in het verleden een ander regime voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Onder dat regime had een bedrijf een vergunning nodig voor het ter

⁴⁹ Artikel 8a Waadi en Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs.

beschikking stellen van arbeidskrachten. Daarnaast was een terbeschikkingstelling gebonden aan een maximumtermijn van zes maanden of duizend uren.⁵⁰ Doel daarvan was het tegengaan van vervanging van arbeid in rechtstreekse dienstbetrekking door uitzendarbeid.⁵¹ Dit regime werd echter restrictief bevonden, omdat het uitzendwerkgevers belemmerde goed te opereren op de arbeidsmarkt. Een markt waarop uitzendwerkgevers in vrijheid en zonder toegangsdrempel konden concurreren, zou volgens de regering kunnen leiden tot betere resultaten.⁵² Bovendien werd 90% van de uitzendingen reeds beëindigd vóórdat de maximumtermijn was bereikt, waardoor handhaving van de termijn niet meer nodig werd bevonden. Volgens de regering bestond er 'een natuurlijke rem op het uitzenden'.⁵³ Het gevolg hiervan was dat het vergunningsvereiste en de maximale termijn sinds 1998 niet meer in de wet is opgenomen.

5 Bestaat er risico op strijdigheid van het Nederlandse recht met de Uitzendrichtlijn?

- 5.1 In dit hoofdstuk analyseren wij in hoeverre het Nederlandse recht voldoet aan de verplichtingen in artikel 5 lid 5 van de Richtlijn, zoals uitgelegd door het HvJEU in de twee besproken arresten. Daarmee geven wij antwoord op uw eerste vraag: welk risico bestaat er op strijdigheid van het Nederlandse recht met de Uitzendrichtlijn in het licht van de recente uitspraken van het HvJEU?

Analyse

- 5.2 De Nederlandse wet- en regelgeving voorziet als gezegd niet in een maximumduur voor het ter beschikking stellen van arbeid of het aantal verlengingen daarvan. Er is op grond van wet- en regelgeving dus niet gewaarborgd dat uitzendarbeid tijdelijk is. Dit is op zichzelf nog niet strijdig met de Richtlijn. De Richtlijn verplicht immers niet om in wet- of regelgeving normen vast te leggen die de duur van de terbeschikkingstelling of het aantal verlengingen beperken. De naleving van de Richtlijn mag, zo blijkt uit de arresten *JH/KG* en *Daimler*, ook worden overgelaten aan de nationale rechter.
- 5.3 Echter, een analyse van de mogelijkheden die een rechter op basis van het huidige recht heeft, maakt duidelijk dat deze over zeer beperkte instrumenten en bevoegdheden beschikt om misbruik van uitzendarbeid te sanctioneren.⁵⁴ Dit klemt temeer nu, zoals hierboven uiteen gezet, de uitzendkracht arbeidsrechtelijk gezien een (aanzienlijk) minder gunstige positie heeft dan een werknemer direct in dienst bij de inlener. Een terbeschikkingstelling die niet tijdelijk van aard is, kan de uitzendkracht dus in een nadeliger positie brengen. De mogelijkheden waarover de rechter beschikt

⁵⁰ *Kamerstukken II 1995/96*, 25 263, nr. 3, p. 3.

⁵¹ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 264, nr. 3, p. 15.

⁵² Stichting van de Arbeid, Nota flexibiliteit en zekerheid, Publicatienummer 2/96, 3 april 1996, p. 19.

⁵³ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 264, nr. 3, p. 15.

⁵⁴ Anders: N. Jansen, 'Een structurele personeelsbehoefte en uitzendwerk: een moeizame combinatie', *ArA* 2022/2, p. 61.

lijken dan ook onvoldoende om te kwalificeren als passende maatregel in de zin van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn.

- 5.4 Hieronder bespreken wij kort drie bevoegdheden die een rechter (in potentie) heeft om de naleving van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn te waarborgen als de rechter tot de conclusie komt dat dit artikel is geschonden. Een rechter komt aan deze beoordeling toe als een uitzendkracht een juridische procedure start tegen de inlenende onderneming of de uitlener, in het kader waarvan bijvoorbeeld een verklaring voor recht wordt gevorderd.

Directe indiensttreding bij de inlener?

- 5.5 In theorie zou een rechter bij schending van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn kunnen vaststellen dat de uitzendkracht direct bij de inlener in dienst is getreden gedurende de looptijd van de uitzendopdracht(en). Echter, het *ABN AMRO/Malhi*-arrest verzet zich tegen deze 'oplossing'. In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat de formele werkgever van een werknemer niet geruisloos kan overgaan in een andere formele werkgever. Contractspartijen moeten zich uitdrukkelijk jegens elkaar hebben verbonden, aldus de Hoge Raad.⁵⁵ Hiervan zal in principe geen sprake kunnen zijn omdat de inlener zich juist (uitdrukkelijk) niet als formele werkgever verbindt jegens de uitzendkracht en vice versa. Tot op heden is er geen rechtspraak van de Hoge Raad die verandering heeft gebracht in deze leer.
- 5.6 De Hoge Raad sluit overigens niet uit dat in sommige situaties wel een arbeidsovereenkomst met de inlener kan worden aangenomen. Daarbij gaat het echter om situaties waarin constructies worden opgetuigd (enkel) om aan arbeidsrechtelijke bescherming van een werknemer te ontkomen.⁵⁶ In dit verband kan worden gewezen op het arrest van de Hoge Raad van 21 februari 2021 (*Taxi Dorenbos*). Hierin overwoog de Hoge Raad dat er weliswaar op papier tussen de werknemer en uitzendwerkgever een uitzendovereenkomst bestond, maar dat deze overeenkomst slechts was geconstrueerd om onder de voor de werknemer uit de ketenregeling voortvloeiende bescherming uit te komen, en dat daarom van een reële uitzendovereenkomst tussen de werknemer en uitzendwerkgever geen sprake was. Alleen als het gaat om evidente misbruiksituaties / bijzondere omstandigheden zal de rechter dus kunnen ingrijpen en een arbeidsovereenkomst tussen de inlener en uitzendkracht aannemen.⁵⁷ Het enkele feit dat sprake is van langdurige of permanente terbeschikkingstelling zal ons inziens daarvoor onvoldoende zijn.

⁵⁵ Hoge Raad 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186 (*ABN AMRO/Malhi*), r.o. 3.5.

⁵⁶ Vgl. in dit verband o.a. Hoge Raad 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:312 (*Taxi Dorenbos*).

⁵⁷ In rechtspraak en literatuur wordt aangenomen dat bij evidente misbruiksituaties de regel van ABN AMRO kan worden doorkruist: zie bijv. Rechtbank Amsterdam 9 juni 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:3266 rov. 21. Zie ook W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 1.3.6.

Conversie van een uitzendovereenkomst naar een payrollovereenkomst?

- 5.7 Een andere gedachte is dat de uitzendovereenkomst converteert naar een payrollovereenkomst. De formele werkgever blijft in dat geval dezelfde omdat de driehoeksverhouding blijft bestaan. Gevolg is dat de (oud-)uitzendkracht als payrollkracht betere bescherming toekomt. Zo mag in een payroll-relatie immers geen gebruik worden gemaakt van het verlicht uitzendregime (art. 7:691 BW), hebben payrollkrachten recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als de 'eigen werknemers' van de inlener en is ook de ontslagbescherming van payrollwerknemers feitelijk (zo goed als) gelijkwaardig aan die van een 'eigen werknemer'.⁵⁸ Echter, volledig gelijkwaardig zijn de posities niet. Payrollkrachten maken - net als uitzendkrachten - geen aanspraak op dezelfde pensioenregeling als de eigen werknemers van de inlener. Ook is het vorderen van wedertewerkstelling in de eigen werkzaamheden lastiger.⁵⁹
- 5.8 Over de mogelijkheid van het converteren van een uitzendovereenkomst naar een payrollovereenkomst is tot op heden slechts één uitspraak gewezen. Deze uitspraak is gedaan door het hof Arnhem-Leeuwarden.⁶⁰ In deze zaak stelde de uitzendkracht kortweg dat zij geen uitzendovereenkomst meer had, maar dat er een payrollovereenkomst was ontstaan. Het hof toetst aan de criteria voor een payrollovereenkomst, te weten (i) of de payrollwerkgever een allocatieve functie heeft vervuld, en (ii) of de uitzendwerkgever toestemming van de inlener behoeft om de uitzendkracht aan een ander ter beschikking te stellen. Het hof oordeelt dat geen payrollovereenkomst tot stand is gekomen, omdat de (oud-)werkgever van de uitzendkracht een allocatieve functie heeft vervuld bij het aannemen van de uitzendkracht. Het hof oordeelt in een tussenconclusie dat het uitvoeren van die allocatieve activiteiten ook van belang is in de opvolgende overeenkomsten. Het hof lijkt evenwel niet uit te sluiten dat de allocatiefunctie van een uitzendwerkgever op enig moment ophoudt.⁶¹

Dit sluit ook aan bij hetgeen minister Koolmees op 24 mei 2019 in een brief aan de Eerste Kamer schreef. Kort gezegd, als uitzendkrachten als gevolg van een nieuwe aanbesteding overgaan van de ene uitzendwerkgever naar de andere (zoals in de kwestie die voorlag bij het hof) is het volgens de minister afhankelijk van de omstandigheden van het geval of de nieuwe uitzendwerkgever jegens de overeenkomende uitzendkrachten een allocatiefunctie vervult.⁶²

- 5.9 Voorts oordeelt het hof dat tussen uitzendwerkgever en inlener geen sprake was van een zogenoemd exclusiviteitsbeding. Dit beding houdt in dat de werkgever alleen met

⁵⁸ Artikel 20 Ontslagregeling.

⁵⁹ Artikel 8a Waadi en Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs.

⁶⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 25 mei 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:5003.

⁶¹ Zo overweegt het hof in ro. 3.7 van het arrest dat migratie van uitzendkrachten van het ene naar het andere uitzendbureau niet hetzelfde is als allocatie, maar dat dit niet uit dat ook in dat geval het nieuwe uitzendbureau wel allocatieactiviteiten ontplooit zoals ook in de betreffende casus het geval is geweest. Dat kan volgens het hof worden afgeleid uit de brief van minister Koolmees aan de Eerste Kamer van 24 mei 2019 (pagina 10).

⁶² Kamerstukken I, 2018–2019, 35 074, J, p. 9.

toestemming van de inlener bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen en daarvan was geen sprake.

- 5.10 Hoewel deze uitspraak op zichzelf niet uitsluit dat onder andere omstandigheden een uitzendovereenkomst op enig moment kan converteren naar een payrollovereenkomst, lijkt de ruimte daarvoor wel beperkt. Reeds hierom kan niet worden aangenomen dat via een conversie naar een payrollovereenkomst de volledige werking van de Uitzendrichtlijn kan worden verzekerd.

Een andere gedachte zou kunnen zijn dat een uitzendwerkgever op grond van het goed werkgeverschap (7:611 BW) onder omstandigheden verplicht kan zijn om in te stemmen met een voorstel van de uitzendwerknemer om de uitzendovereenkomst te converteren naar een payrollovereenkomst. Vgl. in dit verband de *Xella*-uitspraak van de Hoge Raad van 8 november 2019 (ECLI:NL:HR:2019:1734). Hierin oordeelde de Hoge Raad dat de norm van goed werkgeverschap de werkgever onder omstandigheden ertoe verplicht in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van een 'slapend dienstverband', onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer ter hoogte van het bedrag dat de werkgever op grond van de Wet compensatie transitievergoeding kan verhalen op het UWV. Opmerking hierbij verdient wel dat deze beschikking zag op een zeer specifieke situatie.

- 5.11 Los van de (on)mogelijkheden van conversie van een uitzendovereenkomst naar een payrollovereenkomst, is het ook onzeker of een dergelijke conversie wel zou kwalificeren als een passende maatregel in de zin van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn.
- 5.12 In de Nederlandse juridische literatuur bestaat hier discussie over.⁶³ Deze discussie ziet in de eerste plaats op de eerdergenoemde onduidelijke verhouding tussen het tijdelijke karakter van uitzendarbeid en de conclusie dat sprake is van misbruik van uitzendarbeid. Een aantal auteurs betoogt dat het payrollregime niet voorkomt dat een werknemer permanent ter beschikking wordt gesteld aan dezelfde inlener en reeds daarom geen passende maatregel is.⁶⁴ Andere auteurs menen dat met payrolling kan worden voldaan aan de Richtlijn, omdat het Nederlandse regime de uitzendkracht genoeg zekerheden biedt, waardoor het evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid niet verstoord raakt wanneer de inlening een structureel karakter krijgt.⁶⁵ Zij menen dat een langdurige of permanente payrolling onder deze omstandigheden gerechtvaardigd is en geen misbruik van uitzendarbeid oplevert.
- 5.13 Dit laatste raakt aan een tweede discussiepunt in de literatuur over de toelaatbaarheid van payrollovereenkomsten in het licht van de Richtlijn, namelijk of met een payrollovereenkomst een gelijke behandeling van de uitzendkracht is gegarandeerd.

⁶³ Zie S. Palm, 'Hof van Justitie: terbeschikkingstelling van uitzendkracht is tijdelijk. Gevolgen voor de praktijk?', *TAP* 2022/5.

⁶⁴ Bijvoorbeeld N. Zekić, 'Misbruik van uitzendwerk – Het Hof van Justitie EU geeft nadere uitleg', *ArbeidsRecht* 2021/6.

⁶⁵ Bijvoorbeeld: M.A.N. van Schadewijk en S.R. Koster, 'Het verbod op permanente terbeschikkingstelling en de gevolgen voor platformarbeid', *ArA* 2022 (21) 3 (10.5553/ArA/156866392022021003001); Hierover: N. Jansen, 'Een structurele personeelsbehoefte en uitzendwerk: een moeizame combinatie', *ArA* 2022/2.

Dat is onzes inziens niet het geval. Zoals hierboven aangegeven onder randnummer 4.18, is de juridische positie van een payrollkracht nog niet volledig hetzelfde als die van een eigen werknemer van de inlener.⁶⁶

- 5.14 Kortom, ook als ervan moet worden uitgegaan dat de nationale rechter een uitzendovereenkomst wél kan converteren naar een payrollovereenkomst, staat daarmee niet vast dat met een dergelijke sanctie de naleving van de Richtlijn kan worden verzekerd indien sprake is van niet-tijdelijke payrolling.

Een (rechtsreeks) beroep op artikel 5 van de Richtlijn

- 5.15 Een (rechtstreeks) beroep op artikel 5 van de Richtlijn biedt een uitzendkracht geen soelaas. Richtlijnen kunnen geen verplichtingen opleggen aan particulieren. Op grond van artikel 288 van het VWEU zijn richtlijnen immers verbindend ten aanzien van “elke lidstaat waarvoor zij bestemd zijn”. Een rechter kan een bepaling die strijdig is met de Richtlijn dus niet buiten toepassing laten indien daarmee een extra verplichting wordt opgelegd aan een particulier.⁶⁷ De rechter kan dus niet enkel op grond van de Richtlijn oordelen dat tussen de uitzendkracht en de inlenende onderneming door het vervallen van de tijdelijkheid aan een uitzendrelatie een arbeidsovereenkomst is ontstaan, of dat de inlenende of uitlenende onderneming bepaalde (aanvullende) arbeidsvoorwaarden ten aanzien van de uitzendkracht in acht moet nemen.⁶⁸ Voor het opleggen van een sanctie is derhalve een grondslag in het nationale recht noodzakelijk. Wij zien niet in hoe een rechter via de band van de richtlijnconforme interpretatie een dergelijke sanctiemogelijkheid in de Nederlandse wet- en regelgeving zou kunnen inlezen.

Tussenconclusie

- 5.16 Uit het voorgaande volgt dat de Nederlandse wet- en regelgeving geen maatregelen bevat op basis waarvan de naleving van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn kan worden verzekerd. Daarnaast beschikt de Nederlandse rechter over onvoldoende instrumenten om een schending van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn te sanctioneren en aldus te voorkomen dat de bepalingen in de Richtlijn worden omzeild.⁶⁹ Dit leidt tot de conclusie dat het Nederlandse uitzendregime op dit moment onvoldoende waarborgen lijkt te bieden om nakoming van de Richtlijn in het licht van de twee arresten te verzekeren.⁷⁰

⁶⁶ Zie bijvoorbeeld ook J.P.H. Zwemmer in zijn annotatie bij HvJEU 12 mei 2022, C-426/20, *Luso Temp* ECLI:EU:C:2022:373, *JAR* 2022/145.

⁶⁷ Daimler-arrest, r.o. 79-83 en 94-99.

⁶⁸ Zie ook Rechtbank Rotterdam, 12 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11010.

⁶⁹ Zie ook F.M. Dekker ‘Het Nederlands uitzendregime is niet Europa-proof’, *TRA* 2023/31; N. Zekic, ‘Hoe moet het tijdelijke karakter van uitzendwerk worden gewaarborgd?’, *TAC* 2022/4.

⁷⁰ Zie ook: Hoofdlijnenbrief Arbeidsmarkt van 5 juli 2022 “Nederland heeft geen expliciete waarborgen om te voorkomen dat uitzendkrachten permanent aan een inlener ter beschikking worden gesteld.” (Kamerstukken II, 2021–2022, 29 544, nr. 1112, p. 11.

- 5.17 Interessant in dit verband is de eerdergenoemde uitspraak van de kantonrechter van Rechtbank Rotterdam van 12 december 2022⁷¹ waarin deze in r.o. 56 overwoog:

“Naar het oordeel van de kantonrechter is het aan de wetgever om (al dan niet) een maximale termijn van inlening - alsmede de sancties bij overschrijding van deze termijn - wettelijk te regelen. Gelet op de verschillende rapporten en adviezen waarnaar [verzoeker01] heeft verwezen sluit de kantonrechter niet uit dat er in de toekomst (aanvullende) wetgeving voor uitzendkrachten komt, waarmee de duur van het aantal achtereenvolgende opdrachten van een uitzendkracht bij dezelfde inlener in tijd wordt beperkt. Het is niet aan de kantonrechter om daar op vooruit te lopen en ‘op de stoel van de wetgever te gaan zitten’. Mogelijk zou dit anders kunnen zijn indien sprake is van een misbruiksituatie.”

- 5.18 Zwemmer refereert aan deze uitspraak in zijn noot bij het bij randnummer 3.28 aangehaalde arrest van het HvJEU van 22 juni 2023 (ECLI:EU:C:2023:505) in *JAR* 2023/201. Daarin schrijft Zwemmer o.a.:

“Als het Hof zich zou moeten uitlaten over een casus als aan de orde in de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 12 december 2022 («JAR» 2023/25), waarbij een uitzendwerknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een uitzendbureau na dertien jaar ter beschikking gesteld te zijn geweest bij dezelfde opdrachtgever met lege handen stond, zou mijns inziens het oordeel van het Hof moeten zijn dat de Nederlandse regulering die dit mogelijk maakt in strijd is met dit doel van de Uitzendrichtlijn. Mede gelet op dit laatste adviseerde de Commissie Regulering van Werk (commissie-Borstlap) in haar advies van 23 januari 2020 om onder andere de periode waarin een uitzendwerknemer ter beschikking kan worden gesteld aan een opdrachtgever in tijd te begrenzen tot maximaal twee jaar, waarna (al dan niet) de keuze moet worden gemaakt voor een vaste baan bij de inlenende onderneming ([...]). Nu dit inmiddels in vier arresten is bevestigd door het Hof, staat zelfs het demissionair worden van het kabinet-Rutte IV op 7 juli 2023 niet in de weg aan het op korte termijn werk maken van een maximering van de terbeschikkingstellingstermijn van de uitzendwerknemer aan dezelfde opdrachtgever in de regulering van de uitzendovereenkomst in Titel 7.10 BW en in de Waadi.”

- 5.19 Om de volle werking van de Richtlijn te kunnen verzekeren, verdient het gelet op het bovenstaande aanbeveling passende maatregelen te treffen. In hoofdstuk 7 bespreken wij een aantal oplossingsrichtingen. Eerst gaan wij evenwel in op uw vragen 2 en 3 naar de mogelijke gevolgen van niet-naleving van de Uitzendrichtlijn.

⁷¹ Rechtbank Rotterdam 12 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11010.

6 Wat zijn de gevolgen van eventuele niet-naleving van de Uitzendrichtlijn?

- 6.1 Uw tweede en derde vraag zien op de mogelijke gevolgen van niet-naleving van de Uitzendrichtlijn.
- 6.2 Een eerste mogelijkheid is dat een uitzendkracht een juridische procedure aanhangig maakt tegen de inlenende onderneming en/of de Staat, in het kader waarvan wordt betoogd dat in strijd wordt gehandeld met de Uitzendrichtlijn. De rechter kan in dit kader het Nederlandse uitzendregime toetsen aan de Richtlijn.
- 6.3 Het ligt als gezegd naar de huidige stand van het recht niet in de lijn der verwachting dat de rechter zal oordelen dat er tussen de uitzendkracht en de inlenende onderneming van rechtswege een arbeidsovereenkomst is ontstaan of dat bepaalde arbeidsvoorwaarden van overeenkomstige toepassing worden verklaard. De rechter beschikt naar de huidige stand van de rechtspraak niet over bevoegdheden om dit te doen. De Uitzendrichtlijn biedt hiervoor evenmin een grondslag, omdat een richtlijn zoals hierboven genoemd geen horizontale werking kan hebben. Het ligt evenmin in de rede dat een rechter snel zal aannemen dat een uitzendovereenkomst is geconverteerd naar een payrollovereenkomst.
- 6.4 Een aannemelijk scenario is dat een uitzendkracht de rechter vraagt om een oordeel te geven over de verenigbaarheid van het nationale recht met de Uitzendrichtlijn. Het is gelet op het voorgaande niet uitgesloten dat de rechter tot de conclusie komt dat het nationale recht in het licht van de twee recente arresten niet in overeenstemming is met artikel 5 lid 5 van de Uitzendrichtlijn. Dit zal een precedent scheppen voor vergelijkbare gevallen. Indien de rechter inderdaad tot deze conclusie komt, zullen uitzendkrachten de Staat aansprakelijk kunnen stellen en een schadeclaim kunnen indienen voor de schade die zij menen te hebben geleden als gevolg van het ontbreken van middelen om naleving van de Richtlijn af te dwingen. Het is wel aan de uitzendkrachten om deze schade aannemelijk te maken.
- 6.5 Voor de positie van de Staat is er naast juridische risico's, derhalve ook sprake van financiële risico's.
- 6.6 Een andere mogelijkheid is dat de Europese Commissie een inbreukprocedure start tegen Nederland wegens niet-nakoming van de Uitzendrichtlijn. Dit betekent dat het HvJEU zal oordelen over de Nederlandse situatie en dat Nederland hiernaar zal moeten handelen. Wij kunnen niet overzien of dit risico zich zal verwezenlijken.

7 Oplossingsrichtingen

- 7.1 Uw vierde en laatste vraag ziet op de mogelijkheden om eventuele strijdigheid met de Uitzendrichtlijn te voorkomen of op te lossen. In dit hoofdstuk beschrijven wij op hoofdlijnen twee mogelijke oplossingsrichtingen, zonder daarbij uitputtend te willen

zijn. Daarbij gaan wij tevens in op mogelijke sancties die zouden kunnen worden gehanteerd indien wordt vastgesteld dat sprake is van misbruik van uitzendarbeid in de zin van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn. De Richtlijn schrijft als gezegd niet voor welke sancties moeten worden opgelegd. Het is aan de lidstaten om te bepalen welke sancties zij geschikt vinden.

- 7.2 Daaraan voorafgaand merken wij het volgende op. In randnummer 3.23 e.v. hebben wij uiteengezet dat de exacte verhouding tussen het vereiste van tijdelijkheid enerzijds en de conclusie dat misbruik wordt gemaakt van uitzendarbeid anderzijds, nog niet duidelijk is. Het is onzes inziens van belang deze onduidelijkheid te betrekken bij de vraag welke maatregelen passend zijn om de naleving van de Uitzendrichtlijn te verzekeren.

Oplossingsrichting 1: opnemen maximumduur in de wet

In de wet wordt een maximumduur opgenomen

- 7.3 Een eerste oplossingsrichting is om in nationale wetgeving een maximumduur van de terbeschikkingstelling op te nemen, zodat de tijdelijkheid van de uitzendarbeid is gewaarborgd. Deze oplossingsrichting is bepleit door de Commissie Regulering van Werk (Commissie-Borstlap). In haar rapport schreef de commissie hier onder andere over:

“Een ander advies heeft betrekking op de duur van de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer aan de opdrachtgever. De huidige wetgeving staat toe dat de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer aan een opdrachtgever langdurig en zelfs onbeperkt van duur kan zijn. De Commissie meent dat deze benadering niet past bij het hiervoor beschreven uitgangspunt dat de werknemer in beginsel in dienst is van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin of waarvoor hij werkzaam is. Het past evenmin bij het feit dat de rechtvaardiging voor het werkgeverschap van de uitzendwerkgever ligt in het vervullen van een actieve allocatiefunctie op de arbeidsmarkt. Het begrip tijdelijkheid geeft een nadere invulling aan deze functie en is bovendien opgenomen in de Europese Uitzendrichtlijn (2008/104/EG). Hoewel de Uitzendrichtlijn geen expliciete termijn aan tijdelijkheid verbindt, staat de Uitzendrichtlijn nationale wetgevers toe tijdelijkheid te maximeren om misbruik (waaronder langdurige uitzending) tegen te gaan. De Commissie raadt aan van deze mogelijkheid gebruik te maken en een maximumtermijn aan de terbeschikkingstelling van een uitzendwerknemer aan een specifieke opdrachtgever te verbinden.”⁷²

- 7.4 Voordeel van deze oplossingsrichting is dat voor alle partijen duidelijkheid bestaat over de maximale duur van de terbeschikkingstelling (inclusief verlengingen). Bovendien is het risico op strijdigheid met de Uitzendrichtlijn zeer klein, omdat is gewaarborgd dat

⁷² Kamerstukken II 2019/20, 29 544, nr. 970, p. 73.

de terbeschikkingstelling van tijdelijke aard is. Mogelijk nadeel is dat het vaststellen van een maximumduur in beginsel geen ruimte meer laat om een langere terbeschikkingstelling objectief te rechtvaardigen. Als dit wenselijk wordt geacht, dient hiervoor een voorziening te worden opgenomen in de wet (zie hieronder de tussenvariant).

- 7.5 In de twee in dit advies besproken arresten heeft het HvJEU niet bepaald welke duur nog als "tijdelijk" kan worden aangemerkt. Dit is aan de lidstaten om te bepalen.⁷³ Daarbij kan onder meer worden gekeken naar de specifieke kenmerken van de sector. Bij het vaststellen van een maximumduur zullen uiteraard de grenzen van het Unierecht in acht moeten worden genomen. Zo mag de maximumduur niet langer zijn dan wat onder de Richtlijn als "tijdelijk" kan worden beschouwd en mag de maximumduur niet leiden tot een lager beschermingsniveau dan dat de Richtlijn de werknemers beoogt te bieden (artikel 9, lid 2 van de Richtlijn).⁷⁴ De inzet van uitzendwerk mag bovendien niet ongerechtvaardigd worden belemmerd (zie artikel 4 van de Richtlijn).

Sanctie op niet-naleving

- 7.6 De consequentie van het overschrijden van die maximumduur zou in de wet kunnen worden opgenomen. Zo kan worden bepaald dat de uitzendkracht bij overschrijding van de maximumduur van rechtswege in dienst treedt bij de inlener. Met deze variant lijkt wel optimaal invulling te worden gegeven aan de doelstelling van de Richtlijn om een (vast) contract bij de inlener te bevorderen.⁷⁵ Nadeel van deze variant is dat er in potentie behoorlijk wat administratieve en fiscale consequenties kunnen zijn indien het formele werkgeverschap op enig moment verschuift van de uitzendwerkgever naar de inlener en partijen pas geruime tijd later constateren dat die verschuiving heeft plaatsgevonden. Bovendien kan deze oplossing afbreuk doen aan de doelstelling van de Richtlijn om inlenende ondernemingen flexibiliteit te bieden.⁷⁶
- 7.7 Een alternatief zou zijn om in de wet op te nemen dat de uitzendovereenkomst van rechtswege converteert naar een payrollovereenkomst in de zin van artikel 7:692 BW. Voordeel hiervan is dat er geen wijziging van het formele werkgeverschap optreedt. Nadeel is wel dat de juridische positie van een payrollkracht nog steeds niet volledig hetzelfde is als die van een eigen werknemer van de inlener. Dit zou in de wet eventueel kunnen worden ondervangen door voor deze situatie een versterkt payrollregime op te nemen waarmee de laatste verschillen worden weggenomen c.q. gecompenseerd. Onzeker blijft echter of, zoals hierboven uiteengezet, niet-tijdelijke payrolling de toets van de Richtlijn kan doorstaan (zie hierboven 5.11 e.v.). De meningen in de literatuur hierover zijn verdeeld.

⁷³ *Daimler*-arrest, r.o. 58; HvJEG 18 december 2008, C-306/07, *Ruben Andersen*, ECLI:EU:C:2008:743, punt 52.

⁷⁴ *Daimler*-arrest, r.o. 74.

⁷⁵ Niet in alle gevallen zal er direct een vast contract met de inlener zijn, maar in veel gevallen wel omdat de overeenkomsten bij de uitlener als gevolg van de ketenregeling en het opvolgend werkgeverschap veelal meegeteld zullen moeten worden bij het bepalen of nog een tijdelijk contract met de inlener mogelijk is.

⁷⁶ Zie o.a. overwegingen 8, 9 en 11 van de Uitzendrichtlijn.

- 7.8 Naast bovenstaande consequenties, zijn ook andere sancties denkbaar in geval van schending van de Richtlijn door een inlenende ondernemer of een uitlener, zoals een (bestuurlijke) boete.⁷⁷ Dit vereist wel dat er ook toezicht wordt gehouden op de naleving van de norm en zo nodig wordt gehandhaafd. Het opleggen van een (bestuurlijke) boete leidt er in het concrete geval niet toe dat de arbeidsverhouding van de uitzendkracht wijzigt.

Oplossingsrichting 2: open norm waarbij de rechter bepaalt of sprake is van misbruik

In de wet wordt open norm opgenomen

- 7.9 Een tweede oplossingsrichting is om in de wet een meer open norm op te nemen met de strekking dat een uitzendrelatie een tijdelijk karakter heeft, in die zin dat de bepalingen in de Richtlijn niet mogen worden omzeild. Het HvJEU laat in het arrest *Daimler* de ruimte voor een dergelijke open norm.⁷⁸ De beoordeling van de vraag of de toewijzing van achtereenvolgende opdrachten aan een uitzendkracht tot doel heeft de doelstellingen van de Richtlijn en in het bijzonder de tijdelijke aard van uitzendarbeid te omzeilen, wordt in dat geval aan de rechter overgelaten.⁷⁹ Voordeel hiervan is dat maatwerk mogelijk is. Belangrijk nadeel is dat een open norm leidt tot onzekerheid voor de praktijk, hetgeen gelet op de daaruit voortvloeiende consequenties onwenselijk is. Op voorhand is immers niet duidelijk hoe lang een uitzendrelatie kan duren. Ook zal de uitzendkracht naar de rechter moeten stappen om zijn rechten te effectueren. Daar staat tegenover dat deze oplossing wel flexibiliteit biedt: in de nationale rechtspraak kan zich gaandeweg een lijn ontwikkelen, waarbij de rechtspraak kan meebewegen met ontwikkelingen op Europees niveau.

Sancties op niet-naleving

- 7.10 Een rechter zal over instrumenten en bevoegdheden moeten beschikken voor het geval deze tot de conclusie komt dat de Richtlijn wordt geschonden. Op die manier kan de naleving van de Richtlijn volledig worden gewaarborgd. Het kan gaan om de consequenties zoals hierboven beschreven, maar mogelijk zijn ook andere maatregelen denkbaar, zoals een schadevergoeding. Afhankelijk van de gewenste sanctie, zullen de bevoegdheden aan de rechter in de wet moeten worden toegekend. Aan de rechter kan daarbij meer of minder ruimte worden gegeven om een consequentie te verbinden aan de conclusie dat de Richtlijn is geschonden.

⁷⁷ Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld artikel 7a dat uitzendwerkgevers verbiedt om arbeidskrachten ter beschikking te stellen zonder een zogenoemde Waadi-registratie en inleners verbiedt om uitzendkrachten in te zetten als de uitzendwerkgever niet een dergelijke registratie heeft. Zowel de uitzendwerkgever als de inlener kunnen een bestuurlijke boete krijgen als in strijd met deze verplichting wordt gehandeld, zie hoofdstuk 5 Waadi.

⁷⁸ HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, *Daimler*, ECLI:EU:C:2022:196, r.o. 58.

⁷⁹ Zie *Daimler*-arrest, r.o. 58.

Tussenvariant van oplossingsrichting 1 en 2

- 7.11 Een tussenvariant tussen oplossingsrichting 1. en 2. zou een weerlegbaar rechtsvermoeden kunnen zijn waarbij geacht wordt dat na een bepaalde periode het tijdelijk karakter aan een uitzendrelatie is komen te ontvallen, *tenzij* de uitzendwerkgever aantoont dat zulks niet het geval is.⁸⁰ Daarbij zou kunnen worden bepaald onder welke voorwaarden of omstandigheden een langere duur geoorloofd is. De consequenties zouden in dit geval kunnen zijn het van rechtswege in dienst treden bij de inlener, of het converteren van de uitzendovereenkomst naar payrollovereenkomst.
- 7.12 Voordeel van de tussenvariant ten opzichte van oplossingsrichting 1 is dat onder omstandigheden de mogelijkheid wordt geboden om een langere duur van de terbeschikkingstelling te rechtvaardigen. De juridische positie van de uitzendkracht wordt bovendien aanzienlijk versterkt ten opzichte van oplossingsrichting 2, al blijft er enige onzekerheid over zijn positie bestaan omdat niet duidelijk is of van de uitzondering gebruik kan worden gemaakt.

8 Tot slot

- 8.1 Tot zover ons advies. Voor een managementsamenvatting verwijzen wij graag naar hoofdstuk 2.

⁸⁰ Vergelijk bijvoorbeeld 7:610a en 7:610b BW waarin de rechtsvermoedens voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst en de arbeidsomvang zijn vastgelegd.