



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Misbruik van uitzendwerk

Het Hof van Justitie EU geeft nadere uitleg

Zekić, Nuna

Publication date

2021

Published in

ArbeidsRecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zekić, N. (2021). Misbruik van uitzendwerk: Het Hof van Justitie EU geeft nadere uitleg. *ArbeidsRecht*, 28(2), 3-8.

General rights

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

Disclaimer/Complaints regulations

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

Tilburg University

Misbruik van uitzendwerk

Zekić, Nuna

Published in:
ArbeidsRecht

Publication date:
2021

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Zekić, N. (2021). Misbruik van uitzendwerk: Het Hof van Justitie EU geeft nadere uitleg. *ArbeidsRecht*, 28(2), 3-8. [2021/6].

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Misbruik van uitzendwerk – Het Hof van Justitie EU geeft nadere uitleg

N. Zekić¹

De Uitzendrichtlijn 2008/104 bevat een misbruikverbod in lid 5 van artikel 5, eerste volzin. Dit misbruikverbod was echter enigszins vergeten in de literatuur. Aangenomen werd dat in vergelijking met het misbruikverbod bij opeenvolgende tijdelijke overeenkomsten uit Richtlijn 1999/70, dat niet van toepassing is op uitzendovereenkomsten, dit misbruikverbod aanzienlijk minder vэрstrekking was.² In oktober 2020 gaf het Hof van Justitie EU hier echter een uitleg aan die tamelijk ver lijkt te strekken en waarvan de implicaties nog niet zijn uitgekristalliseerd ('JH/KG-arrest').³ Zoals bij de andere 'flexrichtlijnen' kiest het Hof van Justitie hier voor een extensieve uitleg, maar hoe ver die uitleg strekt, is niet meteen evident.

1. Hof van Justitie over passende maatregelen om misbruik te voorkomen

De feiten uit het *JH/KG*-arrest laten zich gemakkelijk uiteenzetten. JH was iets langer dan twee jaar werkzaam als uitzendkracht bij de inlenende onderneming KG. Hij werd daar aangesteld op basis van meerdere opeenvolgende uitzendovereenkomsten (acht in totaal) en diverse verlengingen daarvan (zeventien in totaal). In 2017 heeft JH de verwijzende rechter, de Tribunale ordinario di Brescia (Italië), verzocht te verklaren dat tussen hem en KG een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd is ontstaan, omdat er onrechtmatig gebruik is gemaakt van achtereenvolgende en ononderbroken opdrachten. De Italiaanse rechter stelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie over de uitleg van artikel 5, lid 5 van de Uitzendrichtlijn. Dit artikel luidt: '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

¹ Mr. dr. Nuna Zekić is universitair hoofddocent arbeidsrecht aan Tilburg University, departement Private, Business and Labour Law.

² Zie bijv. S. Burri en A.G. Veldman, 'Flexibele arbeid', in F.J.L. Pennings en S.S.M. Peters, *Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 242.

³ HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823 (*JH/KG*).

maatregelen in kennis.' De rechter wenst in wezen te vernemen of artikel 5 lid 5, eerste volzin, aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling die geen grenzen stelt aan het aantal achtereenvolgende opdrachten van dezelfde uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming, en die voor het rechtmatige gebruik van de terbeschikkingstelling van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet de voorwaarde stelt dat er technische redenen of redenen in verband met vereisten op het gebied van de productie, de organisatie of vervanging van personeelsleden bestaan.

Het Hof stelt vast dat artikel 5, lid 5 niet zo ver gaat dat het de lidstaten verplicht om het aantal achtereenvolgende opdrachten van dezelfde uitzendkracht bij dezelfde inlener te beperken of om het gebruik van uitzendarbeid van bepaalde duur afhankelijk te stellen vermelding van bepaalde redenen. Deze vaststelling door het Hof is niet onbegrijpelijk. De Uitzendrichtlijn heeft als doel gelijke behandeling van uitzendkrachten te bewerkstelligen waar het 'essentiële arbeidsvoorwaarden' betreft. Er was echter altijd ook een nevendoeel, namelijk de liberalisering van de uitzendmarkt in Europa.⁴ Tegen het eind van 2011 moesten alle beperkingen van of een eventueel verbod op het inzetten van uitzendkrachten heroverwogen worden (artikel 4, lid 2). Hoewel het effect van artikel 4 door het Hof van Justitie in 2015 is beperkt door, kort gezegd, te voorkomen dat artikel 4, lid 1 rechtstreeks door particulieren voor de rechter kan worden afgedwongen,⁵ geeft artikel 4, lid 1 een kader waarbinnen de regelgeving op het gebied van verboden en beperkingen van de inzet van uitzendkrachten tot stand moet komen. Artikel 4, lid 1 bepaalt dat beperkingen van en een verbod op de inzet van uitzendkrachten uitsluitend kunnen worden gerechtvaardigd met redenen van algemeen belang, die met name verband houden met de bescherming van de uitzendkrachten, de eisen ten aanzien van de gezondheid en veiligheid op het werk of de noodzaak de goede werking van de arbeidsmarkt te garanderen, en misbruik te voorkomen. Ook in dit arrest haalt het Hof artikel 4, lid 1 aan als het kader voor eventuele wetgeving op dit gebied.⁶

Artikel 5, lid 5, verplicht de lidstaten dus om passende maatregelen te nemen ter voorkoming van misbruik, maar het voorziet niet in specifieke maatregelen die de lidstaten daartoe moeten vaststellen. Het Hof had het hierbij kunnen laten, aangezien de prejudiciële vragen strikt genomen hiermee beantwoord waren. In navolging van de A-G Sharpston, interpreteert het Hof echter de prejudiciële vragen zo dat de verwijzende rechter 'meer in het algemeen' de vraag stelt of de Uniewetgever met de vaststelling van Uitzendrichtlijn niet het doel heeft nagestreefd, zoals met name blijkt uit artikel 5, lid 5, de lidstaten te verplichten 'het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen door onbeperkte verlengingen te verbieden van

⁴ De Uitzendrichtlijn is een van de belangrijkste uitkomsten van het *flexicurity*-beleid van de Europese Commissie: een bewuste strategie om de flexibiliteit van de arbeidsmarkt, de organisatie van de arbeid als de arbeidsverhoudingen te versterken en tegelijkertijd meer zekerheid voor werknemers te ontwikkelen. Zie bijv. N. Zekić, *Werkzekerheid in het arbeidsrecht*, (diss. Tilburg) Deventer: Kluwer 2014, p. 173-175; A. Sartori, 'Temporary Agency Work in Europe. Degree of Convergence Following Directive 2008/104/EU', *European Labour Law Journal* 2016 vol. 7 nr. 1, p. 111.

⁵ HvJ EU 17 maart 2015, ECLI:EU:C:2015:173 (*AKT/Shell Aviation*).

⁶ HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823 (*JH/KG*), r.o. 43-44.

opdrachten die in werkelijkheid de vaste personeelsbehoeften van de betrokken inlenende onderneming dekken en aldus de bepalingen van deze richtlijn omzeilen'.⁷

'Dat is nou een goede vraag', lijkt het Hof te willen zeggen en hij gaat uitgebreid in op deze vraag. Ten eerste was volgens het Hof het oogmerk van de Uniewetgever om de arbeidsvoorwaarden van uitzendwerk dichter in de buurt te brengen van de arbeidsvoorwaarden van 'normale' arbeidsverhoudingen,⁸ aangezien in overweging 15 van de Uitzendrichtlijn uitdrukkelijk staat dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de standaard is. Deze richtlijn heeft dus ook tot doel de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen.⁹

Het beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van de 'essentiële arbeidsvoorwaarden', neergelegd in artikel 5, lid 1 maakt deel uit van dezelfde doelstelling, aldus het Hof. Hoewel het lijkt alsof in artikel 3, lid 1, onder f van de Richtlijn uitputtend is opgesomd wat onder 'essentiële arbeidsvoorwaarden' dient te worden verstaan,¹⁰ toont het Hof zich voorstander van een ruime interpretatie van de term 'arbeidsvoorwaarden' – het tweede algemene punt dat het Hof maakt.¹¹

Het Hof komt dan terug op artikel 5, lid 5, en oordeelt dat hier twee afzonderlijke verplichtingen zijn neergelegd: 1) het nemen van passende maatregelen met het oog op voorkoming van misbruik 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 richtlijn 2008/104 in haar geheel te omzeilen. Deze twee verplichtingen van de lidstaten hebben een heel verschillende omvang, aldus het Hof. De eerste legt hun op om passende maatregelen te nemen louter om te voorkomen dat er misbruik wordt gemaakt van de krachtens artikel 5, leden 2 tot en met 4 van richtlijn 2008/104 toegestane afwijkingen. De tweede verplichting is daarentegen ruimer geformuleerd en heeft tot doel ervoor te zorgen dat diezelfde lidstaten passende maatregelen nemen met het oog op voorkoming van met name achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van deze richtlijn in haar geheel te omzeilen.¹² Deze tweede verplichting heeft betrekking op alle bepalingen de Uitzendrichtlijn.

Het volgende algemene punt is kort, maar in potentie verstrekkend. De Uitzendrichtlijn heeft ook tot doel dat de lidstaten ervoor zorgen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming voor een uitzendkracht geen permanente situatie wordt.¹³ Uit de definities

⁷ HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823 (*JH/KG*), r.o. 48.

⁸ In de Nederlandse vertaling staat "... om voorwaarden voor uitzendarbeid aan te passen aan de 'normale' arbeidsverhoudingen...", r.o. 51.

⁹ Een doelstelling die met name tot uiting komt in artikel 6, leden 1 en 2, van de richtlijn.

¹⁰ Het gaat om de geldende arbeidsvoorwaarden met betrekking tot de arbeidstijd, overuren, pauzes, rusttijden, nachtarbeid, vakantie- en feestdagen en de bezoldiging.

¹¹ In navolging van de A-G, verwijst het Hof in dit verband naar artikel 31 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, zie HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823 (*JH/KG*), r.o. 54.

¹² HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823 (*JH/KG*), r.o. 57.

¹³ HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823 (*JH/KG*), r.o. 60.

gegeven in artikel 3, lid 1, onder b tot en met e, volgt dat de arbeidsverhouding met een inlenende onderneming naar haar aard tijdelijk is. Tot slot overweegt het Hof dat de bepaling uit artikel 5, lid 5 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzet dat een lidstaat geen maatregelen neemt om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen.

2. De rol van de rechter

Het Hof gaat vrij uitgebreid in op de rol van de nationale rechter in dit kader. Hij wenst gegevens te verschaffen over de uitlegging van het Unierecht om de nationale rechter een 'bruikbaar antwoord' te geven en hem in staat te stellen zelf uitspraak te doen over de verenigbaarheid van het nationale recht met het Unierecht bij uitzendconstructies.¹⁴ In tegenstelling tot een toetsing aan artikel 4, lid 1,¹⁵ is een toetsing aan artikel 5, lid 5 van de Uitzendrichtlijn door nationale rechterlijke instanties dus wel toegestaan.¹⁶

Het is volgens het Hof aan de nationale rechter om de juridische kwalificatie te toetsen aan zowel de Uitzendrichtlijn zelf als aan het nationale recht en om na te gaan of het gaat om 'een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd waaraan op kunstmatige wijze de vorm van opeenvolgende uitzendovereenkomsten is gegeven om de doelstelling van richtlijn 2008/104, in het bijzonder het tijdelijke karakter van uitzendarbeid, te omzeilen'.¹⁷ Dit is geen eenvoudige taak. Het Hof geeft de nationale rechter nog drie handvatten: (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; (2) evenzo omzeilen achtereenvolgende opdrachten die aan een uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming worden toevertrouwd de kern van de bepalingen van richtlijn 2008/104 en vormen zij misbruik van deze vorm van arbeidsverhouding, aangezien zij het door deze richtlijn bereikte evenwicht tussen flexibiliteit voor werkgevers en zekerheid voor werknemers aantasten door deze zekerheid te ondermijnen; (3) wanneer ten slotte in een concreet geval geen objectieve verklaring wordt gegeven voor het feit dat de betrokken inlenende onderneming gebruikmaakt van achtereenvolgende uitzendovereenkomsten, staat 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 richtlijn 2008/104 wordt omzeild, temeer wanneer het dezelfde uitzendkracht is die op basis van de betrokken reeks overeenkomsten bij de inlenende onderneming wordt tewerkgesteld.

¹⁴ HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823 (*JH/KG*), r.o. 49.

¹⁵ HvJ EU 17 maart 2015, ECLI:EU:C:2015:173 (*AKT/Shell Aviation*), r.o. 23-28.

¹⁶ Zie ook r.o. 64-67.

¹⁷ HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823 (*JH/KG*), r.o. 67.

3. Vertaling naar de Nederlandse context

De Nederlandse wet kent geen maximale duur van uitzenden. De ketenbepaling van artikel 7:668a is wel van toepassing op de uitzendovereenkomst, zij het pas na verloop van tijd en met ruime mogelijkheden om bij cao de termijnen verder op te rekken (art. 7:691 lid 1 jo. lid 8 BW). In de Cao voor Uitzendkrachten (art. 10 ABU-cao) is gebruik gemaakt van die mogelijkheden wat resulteert in de verplichting voor de uitzendwerkgever om de uitzendwerknemer na uiterlijk 5 ½ jaar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden (de zogenoemde fase C). Het is dus niet uitgesloten dat een uitzendwerknemer permanent en bij dezelfde inlener ter beschikking wordt gesteld. Er is ook een speciale vorm van uitzenden, die per definitie niet tijdelijk is, aangezien het om exclusieve tewerkstelling gaat: de payrollovereenkomst. Uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming mag echter voor een uitzendkracht geen permanente situatie worden, aldus het Hof.¹⁸

Hoogeveen stelt de vraag of dit arrest nu betekent dat in situaties waarin de werknemer een fase C-contract heeft, waar in de meeste gevallen toe wordt overgegaan omdat de(zelfde) inlener de uitzendkracht wil blijven inlenen, sprake is van strijdigheid met de Uitzendrichtlijn.¹⁹ Of eerder al, bij de zoveelste achtereenvolgende terbeschikkingstelling aan dezelfde inlener? En wat geldt dan bij payrolling, waar het uitgangspunt is dat de werknemer langdurig en exclusief aan één inlener ter beschikking wordt gesteld? Geen van deze situaties zijn volgens haar per definitie strijdig met de Uitzendrichtlijn. Er wordt volgens Hoogeveen misbruik gemaakt van de Uitzendrichtlijn 'als het door de richtlijn beoogde evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid wordt verstoord omdat door achtereenvolgende opdrachten de zekerheid voor werknemers wordt ondermijnd'. Onze nationale regeling kent juist vele waarborgen op het gebied van zekerheid voor de werknemer, zoals de gelijke beloningsnormen van art. 8 en 8a Waadi en de verschillen tussen uitzending en payrolling.

Het Nederlandse recht eist inderdaad niet dat de bij de derde te verrichten arbeid tijdelijk is, maar de Uitzendrichtlijn lijkt dat wel te doen. De bovenstaande mening van Hoogeveen gaat dan ook voorbij aan het feit dat Nederland geen maatregelen heeft genomen die als doel hebben het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen, terwijl het Hof expliciet overweegt dat de bepaling uit artikel 5, lid 5 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzet dat een lidstaat geen maatregelen neemt om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen. Ook geeft het Hof een andere interpretatie van misbruik zoals omschreven in dit lid. Volgens het Hof moet de nationale rechter nagaan of het gaat om 'een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd waaraan op kunstmatige wijze de vorm van opeenvolgende uitzendovereenkomsten is gegeven om de doelstelling van richtlijn 2008/104, in het bijzonder het tijdelijke karakter van uitzendarbeid, te omzeilen'.²⁰

¹⁸ HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823 (*JH/KG*), r.o. 60.

¹⁹ E.M. Hoogeveen in haar noot bij HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823, *JAR* 2020/289.

²⁰ HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823 (*JH/KG*), r.o. 67.

Het Hof besteedt echter geen aandacht aan het feit dat de Uitzendrichtlijn ook uitgaat van de mogelijkheid dat de uitzendwerknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met het uitzendbureau heeft. Juist in artikel 5 van de Uitzendrichtlijn, waar het beginsel van gelijke behandeling is neergelegd, wordt in het tweede lid de mogelijkheid gegeven om met betrekking tot de beloning af te wijken van de plicht tot gelijke behandeling wanneer de uitzendkracht voor onbepaalde tijd in dienst is van het uitzendbureau en ook wordt vergoed tijdens de periode tussen de uitvoering van twee opdrachten.

Naar mijn mening moet de conclusie van het *JH/KG*-arrest dan ook zijn dat uitzendovereenkomsten voor onbepaalde tijd toegestaan zijn, maar dat de situatie waarbij de uitzendkracht steeds ter beschikking wordt gesteld aan dezelfde inlener op basis van achtereenvolgende opdrachten *wel* problematisch is.²¹ De zinsnede uit het arrest 'een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd waaraan op kunstmatige wijze de vorm van opeenvolgende uitzendovereenkomsten is gegeven' ziet volgens mij dan ook op de verhouding tussen de uitzendkracht en de inlener, want met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met het uitzendbureau is op zichzelf niets mis. Ongeacht de vraag of de uitzendkracht een contract voor bepaalde of onbepaalde tijd heeft met het uitzend- of payrollbureau, het *inlenen* van personeel zou een tijdelijke situatie moeten zijn. Dat is althans het uitgangspunt van de Uitzendrichtlijn. Dat zien we ook terug in de definities gegeven in artikel 3, lid 1, onder b tot en met e, bijvoorbeeld de definitie van de uitzendkracht (art.3 lid 1 onder c): 'een werknemer met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau teneinde ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van laatstgenoemde onderneming tijdelijk te werken'.

Ook Laagland en Van Braak benadrukken dit en hoewel ze duidelijke voorstanders zijn van het koppelen van een maximumlimiet aan uitzendarbeit, komen ze tot de conclusie dat de Uitzendrichtlijn geen obstakels werpt tegen langdurige uitzendopdrachten.²² De Uitzendrichtlijn zou niet dwingen tot een maximumlimiet.²³ Dat laatste is waar; artikel 5, lid 5 gaat niet zo ver dat het de lidstaten verplicht om het aantal achtereenvolgende opdrachten van dezelfde uitzendkracht bij dezelfde inlener te beperken of om het gebruik van uitzendarbeit afhankelijk te stellen van bepaalde redenen. Maar het doel van de Uitzendrichtlijn is wel dat de lidstaten ervoor zorgen dat uitzendarbeit bij dezelfde inlenende onderneming voor een uitzendkracht geen permanente situatie wordt.²⁴ Hoe ze dat doen, is aan de lidstaten. Artikel 4, lid 1 van de Uitzendrichtlijn zou hier als kader moeten dienen.

De Commissie Borstlap heeft al geadviseerd een maximumtermijn aan de terbeschikkingstelling van een uitzendwerknemer aan een specifieke opdrachtgever te

²¹ Zie ook J.W.M. van der Beek en J.P.H. Zwemmer, 'NOW: Flexwerknemers (en flexwerkgevers) tussen wal en schip en de TOFA-regeling', *TAC* 2020/3, p. 5.

²² F.G. Laagland en M.J. van Braak, 'Uitzending en tijdelijkheid: onlosmakelijk verbonden of niets gemeen?', *TRA* 2020/22.

²³ De schrijvers hebben het artikel geschreven voordat het arrest *JH/KG* was gewezen.

²⁴ HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823 (*JH/KG*), r.o. 60.

verbinden.²⁵ Op deze manier zal volgens de Commissie uitzending worden ingezet waar het voor is bedoeld ('piek en ziek') en wordt voorkomen dat ondernemingen structurele arbeidsplaatsen binnen hun organisatie invullen met uitzendwerknemers. Voor de duur van deze maximumtermijn wordt aangesloten bij die in de ketenregeling. Als de werknemer na afloop van deze termijn doorwerkt bij de opdrachtgever, wordt de uitzendwerknemer geacht van rechtswege in dienst te zijn getreden van de opdrachtgever. Dit zou mijns inziens een goede oplossing zijn die in lijn is met de Uitzendrichtlijn.²⁶

De vraag kan gesteld worden of het een verbetering is voor de positie van de uitzendwerknemer wanneer hij niet meer permanent bij een inlener tewerkgesteld kan worden op basis van een uitzendconstructie. De uitzendkracht met een contract voor onbepaalde tijd heeft toch een prima arbeidsovereenkomst? Dat is ook het achterliggende idee bij de mening van Hoogeveen. De Uitzendrichtlijn heeft echter als doel de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen. Zoals de kantonrechter in Roermond recentelijk overwoog, betekent een vaste baan in dit verband niet zozeer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, maar 'vast werk' in de zin van zekerheid om in principe werkzaam te zijn op een vaste locatie, voor een vaste werkgever en met vaste arbeidsomstandigheden.²⁷ Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij de uitlener biedt die zekerheid niet. De opdrachtovereenkomst tussen de inlener en de uitlener kan altijd beëindigd worden, waarna de uitzendwerknemer bij een andere inlener tewerk wordt gesteld. In de praktijk hoeft dat niet altijd goed uit te pakken voor de uitzendwerknemer.²⁸

4. Gevolgen

Een regime dat de tijdelijkheid van uitzendwerk waarborgt hebben we nu echter niet. Wat moet dan de sanctie zijn als de nationale rechter misbruik in de zin van artikel 5, lid 5 van de Uitzendrichtlijn vaststelt? De Uitzendrichtlijn regelt niet wat de sanctie moet zijn wanneer misbruik geconstateerd wordt.²⁹ Laagland en Van Braak constateren dan ook dat de Uitzendrichtlijn het Hof van Justitie geen grondslag biedt op basis waarvan het kan oordelen dat de inlener de werkgever is bij permanente terbeschikkingstelling bij die inlener.³⁰ Dat doet het Hof inderdaad niet. Wel verwacht het Hof dat de nationale rechter de juridische kwalificatie van de arbeidsverhouding toetst aan zowel de Uitzendrichtlijn zelf als aan het

²⁵ Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk van 23 januari 2020, *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, p. 72-75.

²⁶ Zie ook F.G. Laagland en M.J. van Braak, 'Uitzending en tijdelijkheid: onlosmakelijk verbonden of niets gemeen?', *TRA* 2020/22.

²⁷ Rb. Limburg 11 maart 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:4003, *JAR* 2020/152.

²⁸ Idem. Het ging hier om een uitzending gelegen ver van de woonplaats van de werknemer, waarbij hij geen aanspraak had op een vergoeding van de reistijd, en in een werkomgeving waarin hij zich niet op zijn plaats voelde.

²⁹ Artikel 10 regelt de sancties, maar daarin staat slechts dat de lidstaten passende maatregelen moeten treffen voor het geval de richtlijn door uitzendbureaus of inlenende ondernemingen niet wordt nageleefd. De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.

³⁰ F.G. Laagland en M.J. van Braak, 'Uitzending en tijdelijkheid: onlosmakelijk verbonden of niets gemeen?', *TRA* 2020/22.

ationale recht en om na te gaan of het gaat om 'een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd waaraan op kunstmatige wijze de vorm van opeenvolgende uitzendovereenkomsten is gegeven om de doelstelling van richtlijn 2008/104, in het bijzonder het tijdelijke karakter van uitzendarbeid, te omzeilen'.³¹

Wanneer 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. Hierbij kan mijns inziens aansluiting worden gezocht bij de ketenbepaling ex artikel 7:668a BW en de vormgeving van deze bepalingen in de cao voor de betreffende sector waar de uitzendwerknemer ter beschikking is gesteld. Wanneer achtereenvolgende uitzendopdrachten bij dezelfde inlener een periode van 36 maanden hebben overschreden³² – of langer als dat in de toepasselijke cao zo is geregeld – dan is dat een aanwijzing voor misbruik.

Welk gevolg dient de rechter daaraan echter te verbinden? Kan de rechter in dat geval door de gehele driepartijenconstructie heen kijken en als gevolg daaraan verbinden dat de laatste arbeidsovereenkomst met de inlener en niet met de uitzendwerkgever tot stand is gekomen, net zoals in de *Taxi Dorenbos*-zaak het geval was.³³ In *Taxi Dorenbos* ging het om een constructie waarin de werknemer aanvankelijk op drie opvolgende, tijdelijke arbeidscontracten voor de werkgever (Taxi Dorenbos) werkte, om vervolgens aansluitend daarop en op wens en initiatief van de werkgever dezelfde werkzaamheden voort te zetten, maar dan op basis van een tijdelijke uitzendovereenkomst (payrollovereenkomst) met T4T. In cassatie stelde de werkgever onder andere dat het hem in principe vrijstaat om met een dergelijke constructie onder de bescherming van de ketenregeling uit te komen, zolang zij binnen de wettelijke kaders blijft. Er zou, met andere woorden, geen sprake zijn van misbruik; de werkgever maakt enkel gebruik van de wet. De Hoge Raad volgde die redenering echter niet, maar volgde de redenering van het hof. Het hof had geoordeeld dat weliswaar op papier tussen de werknemer en T4T een uitzendovereenkomst bestond, maar dat deze overeenkomst slechts was geconstrueerd om onder de voor de werknemer uit de ketenregeling voortvloeiende bescherming uit te komen. Daarom was van een reële uitzendovereenkomst tussen de werknemer en T4T geen sprake. Volgens de Hoge Raad geeft dit oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

In de *Taxi Dorenbos*-zaak was echter gebruikgemaakt van de payroll-constructie om onder de voor de werknemer uit de ketenregeling voortvloeiende bescherming uit te komen. Wanneer vanaf dag één voor een uitzendconstructie wordt gekozen, ligt het veel minder voor de hand om van misbruik te spreken. Het nationale juridische kader biedt daar in elk weinig aanknopingspunten voor. In het *Care4Care*-arrest werd immers overwogen dat art. 7:690 BW

³¹ HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823 (*JH/KG*), r.o. 67.

³² De tussenpozen van ten hoogste zes maanden inbegrepen.

³³ HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:312, *JAR* 2020/87 m.nt. Zwemmer (*Taxi Dorenbos*).

niet vereist dat de uitzendwerkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt.³⁴ Noch hoeft het om tijdelijk werk te gaan. Zwemmer beargumenteert echter dat uit het feit dat geen allocatiefunctie vereist is om sprake te doen zijn van een uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW, niet afgeleid moet worden dat daarmee ook vaststaat dat tussen het uitzendbureau of payrollbedrijf en de werknemer een arbeidsovereenkomst tot stand komt op grond van het door hen gesloten schriftelijke arbeidscontract.³⁵ Het door de driehoeksrelatie 'heen kijken', zoals in het arrest *Taxi Dorenbos* is gebeurd, kan gewoon wanneer geen sprake is van een 'reële uitzendovereenkomst'. Volgens Zwemmer is er pas sprake van een arbeidsovereenkomst tussen het payrollbedrijf en de werknemer wanneer het payrollbedrijf een voldoende zelfstandige en inhoudelijke rol vervult bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

In het *JH/KG*-arrest kan in ieder geval steun gevonden worden voor het door de driehoeksverhouding heen kijken wanneer een uitzendkracht achtereenvolgend bij dezelfde inlener tewerk wordt gesteld voor een langere periode dan wat redelijkerwijs als tijdelijk kan worden aangemerkt. Het door de driehoeksverhouding heen kijken lijkt echter alleen mogelijk te zijn wanneer vastgesteld kan worden dat er nooit een 'reële uitzendovereenkomst (payrollconstructie)' tot stand is gekomen. Anders kan de inlener zich echter beroepen op het arrest *ABN Amro/Malhi* waarin de Hoge Raad oordeelde dat de rechtszekerheid zich verzet tegen een geruisloze vervanging van de bestaande verhouding van ingeleende werknemer tot inlener in een arbeidsovereenkomst, waarvan voor geen van de partijen duidelijk zou zijn op welk tijdstip zij zich zou hebben voltrokken.³⁶ Onderzoeken of er werkelijk een 'reële' uitzendovereenkomst is gesloten, is mijns inziens mogelijk. Op basis van de feitelijke situatie zou de rechter – zoals Zwemmer betoogt – bijvoorbeeld kunnen onderzoeken of de uitzend- of payrollonderneming een zelfstandige en inhoudelijke rol speelt bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

5. Duidelijk signaal, maar een onzekere toekomst

Het Hof van Justitie geeft met zijn uitleg van de Uitzendrichtlijn een duidelijk signaal af dat uitzendwerk tijdelijk hoort te zijn. De lidstaten dienen passende maatregelen te nemen om het tijdelijke karakter van uitzendwerk te waarborgen. Onze wetgever is dus aan zet. De wetgever heeft met de Wab actie ondernomen om de positie van de payrollwerknemer te verbeteren, maar hij heeft daarbij niet de voor de hand liggende 'oplossingen' geïntroduceerd. In plaats van artikel 7:690 BW aan te passen om expliciet tot uitdrukking te brengen dat het bij uitzendwerk moet gaan om het samenbrengen van vraag en aanbod van tijdelijk werk, heeft de wetgever, zoals bekend, een nieuw artikel 7:692 geïntroduceerd waarin de definitie van de payrollovereenkomst is opgenomen. De wetgever heeft het verlichte regime dat bij

³⁴ HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *JAR* 2016/286 m.nt. Knipschild (*Care4Care*).

³⁵ Zwemmer in zijn noot bij HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:312, *JAR* 2020/87.

³⁶ HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186, *NJ* 2003/124 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss, *JAR* 2002/100 m.nt. E. Verhulp (*ABN Amro*).

uitzendwerk geldt buiten toepassing gesteld en de payrollwerknemers recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden gegeven als werknemers direct bij de inlener in dienst. De wetgever heeft echter geen maatregelen genomen om het tijdelijke karakter van dit type werk te waarborgen. Of moet worden aangenomen dat bij deze bijzondere uitzendovereenkomst geen sprake is van uitzending in de zin van de Uitzendrichtlijn omdat hier geen sprake is van tijdelijke terbeschikkingstelling in de zin van artikel 3 van de Uitzendrichtlijn?³⁷ Ten aanzien van uitzendwerk in de zin van de Uitzendrichtlijn moet in ieder geval de tijdelijkheid gewaarborgd worden en daar ligt nog steeds een taak voor de Nederlandse wetgever. De voorstellen van de Commissie Borstlap bieden daartoe voldoende inspiratie.

Het Hof van Justitie ziet echter duidelijk ook een taak voor de rechters weggelegd. Rechters zijn verplicht het nationale recht in het licht van de relevante richtlijn(en) uit te leggen. Het is – helaas – niet meteen helder op welke manier rechters deze taak kunnen vervullen. In ieder geval zou de Uitzendrichtlijn meer in aanmerking kunnen worden genomen dan nu gebeurt in de rechtspraak.³⁸ In het JH/KG-arrest is mijns inziens concreet te lezen dat het aan de nationale rechter is om de juridische kwalificatie aan de eis van tijdelijkheid te toetsen. De rechter kan daarbij goed kijken naar de precieze rol van het uitzend- of payrollbedrijf en onderzoeken of de inlener gebruik maakt van achtereenvolgende uitzendconstructies voor permanent werk. Wanneer er geen objectieve rechtvaardiging kan worden gegeven voor het feit dat de inlener gebruikmaakt van achtereenvolgende overeenkomsten om steeds dezelfde uitzendkracht in te lenen en de duur van de activiteiten langer is dan wat redelijkerwijs als tijdelijk kan worden aangemerkt, dan is dat een serieuze aanwijzing voor misbruik. In dat geval kan de rechter door de constructie heen kijken en vaststellen dat een arbeidsovereenkomst met de inlener bestaat, omdat er nooit een echte uitzendovereenkomst is gesloten. Dit brengt wel meer rechtsonzekerheid met zich en daarom heeft het voorkeur dat de wetgever optreedt.

³⁷ Zie ook Van der Beek en Zwemmer die dit arrest bespreken in voetnoot 22, J.W.M. van der Beek en J.P.H. Zwemmer, 'NOW: Flexwerknemers (en flexwerkgevers) tussen wal en schip en de TOFA-regeling', *TAC* 2020/3, p. 5.

³⁸ Laagland en Van Braak merkten op dat Hoge Raad in de zaak *Care4Care* ten onrechte geen enkele aandacht heeft besteed aan de Uitzendrichtlijn, zie F.G. Laagland en M.J. van Braak, 'Uitzending en tijdelijkheid: onlosmakelijk verbonden of niets gemeen?', *TRA* 2020/22.