



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Geen arbeidsovereenkomst voor uitzendkracht die dertien jaar bij dezelfde inlener werkt

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2023

Document Version

Final published version

Published in

Jurisprudentie Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2023). Geen arbeidsovereenkomst voor uitzendkracht die dertien jaar bij dezelfde inlener werkt. 25. Case note on: Rb. Rotterdam, 12/12/22, ECLI:NL:RBROT:2022:11010 *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 32(2), 226-234.

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.

25

Geen arbeidsovereenkomst voor uitzendkracht die dertien jaar bij dezelfde inlener werkt

Kantonrechter Rechtbank Rotterdam zp
 Rotterdam
 12 december 2022, nr. 10060250 VZ VERZ
 22-10927, ECLI:NL:RBROT:2022:11010
 (mr. Van der Wildt)
 Noot mr. dr. J.P.H. Zwemmer

Uitzendrichtlijn. Misbruik. Schijnconstructie. Allocatiefunctie.

[BW art. 7:690; Richtlijn 2008/104/EG]

De werknemer is uitzendkracht en werkt vanaf 2 juli 2009 voor de inlener. Bij de uitlener heeft de werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (fase C). Zowel de inlener als uitlener wisselen enkele keren, maar steeds wordt de werknemer mee overgenomen en blijft hij werken op een overeenkomst in fase C. De uitlener beslist

al die tijd over loonsverhogingen, vergoedde een opleiding voor de werknemer en nam eventuele loondoorbetaling en re-integratie bij ziekte op zich. De werknemer is in het verleden ook bij andere inleners tewerkgesteld, maar niet meer sinds juli 2009. In maart 2021 kondigt de inlener aan dat de locatie waar de werknemer werkt zal sluiten. Voor de werknemers in vaste dienst is met de vakbond een sociaal plan opgesteld. De werknemer vindt dat hij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft bij de inlener en dat hij aanspraak maakt op toepassing van het sociaal plan en betaling van achterstallig loon krachtens de toepasselijke cao's. De lange periode van inlening is volgens hem een teken van misbruik conform art. 5 lid 5 Uitzendrichtlijn. Ook verzoekt hij om verschillende vergoedingen, waaronder die uit het sociaal plan.

De kantonrechter stelt voorop dat de wet geen beperking van de duur van het aantal achtereenvolgende opdrachten van een uitzendkracht bij dezelfde inlener kent. Lidstaten mogen zelf passende maatregelen nemen om misbruik van de Uitzendrichtlijn te voorkomen. Richtlijnen hebben ook geen directe, horizontale werking. Een uitzendkracht kan aan het unierecht geen subjectief recht ontlenen op het ontstaan van een arbeidsverhouding met de inlener. De werknemer miskent dat op grond van ABN Amro/Malhi («JAR» 2002/100) een inleenrelatie niet geruisloos kan veranderen in een arbeidsovereenkomst. Het is aan de wetgever om (al dan niet) een maximale termijn van inlening te regelen en niet aan de rechter om daarop vooruit te lopen, alleen al niet omdat het effect ervan in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel zou zijn. Dit zou mogelijk anders kunnen zijn in het geval van misbruik, maar daarvan is geen sprake. Er bestaat een reële uitzendovereenkomst met de uitlener. Daarnaast heeft de inlener voldoende onderbouwd dat de benodigde bezetting varieert en dat zij door de aard van haar onderneming belang heeft bij het hebben van een flexibele schil. Er is geen sprake van een ontoelaatbare (schijn)constructie of het doelbewust omzeilen van werknemersbescherming. Het gaat het in deze zaak namelijk niet om het omzeilen van de ketenregeling door middel van een draai-deurconstructie. De vorderingen van de werknemer worden afgewezen.

NB. De term 'tijdelijk' komt meermaals in de Uitzendrichtlijn voor, maar zowel de Europese Com-

7 bron: google

missie als het HvJ EU bepaalde dat lidstaten niet verplicht zijn een maximumduur vast te stellen voor uitzending. Wel moeten lidstaten borgen dat de uitzending bij dezelfde inlener geen permanente situatie wordt. In «JAR» 2020/89, m.nt. Hoogeven geeft het Hof de nationale rechter handvaten waar in deze zaak ook de werknemer naar verwijst (vanaf r.o. 68). De aanwijzing van misbruik lijkt wel aanwezig, maar blijkbaar is er voldoende objectieve verklaring voor het feit dat achtereenvolgens gebruik wordt gemaakt van inleenopdrachten in plaats van deze werknemer een arbeidsovereenkomst aan te bieden.

[Verzoeker01] te [woonplaats01],
verzoeker,
gemachtigden: mr. J. Ipenburg en mr. R. Sauer (FNV),
tegen
Upfield Sourcing Nederland B.V. te Rotterdam,
verweerster
gemachtigden: mr. S.A. Tan en mr. A. van Toledo.

1. De procedure
(...; red.)

2. De feiten

2.1. [verzoeker01], geboren op [geboortedatum01], is op 5 augustus 1996 in dienst getreden van [bedrijf01]. Sinds 11 maart 1999 is [verzoeker01] werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (fase C) in de functie algemeen productiemedewerker voor (een dochter van) [bedrijf01].

2.2. In 2003 is [verzoeker01] door [bedrijf01] tewerk gesteld bij [bedrijf02] aan de Nassaukade in Rotterdam. In juli 2006 is de inlening van [verzoeker01] door [bedrijf02] beëindigd.

2.3. Met ingang van 2 juli 2009 is [verzoeker01] door [bedrijf01] opnieuw tewerk gesteld bij [bedrijf02]. [verzoeker01] heeft bij [bedrijf02] eerst als heftruckchauffeur gewerkt. Sinds 1 augustus 2009 is [verzoeker01] bij [bedrijf02] werkzaam als productiemedewerker.

2.4. In 2015 is [bedrijf02] van uitzendbureau gewisseld. Op 24 augustus 2015 heeft [bedrijf03] (hierna: [bedrijf03]) [verzoeker01] van [bedrijf01] overgenomen. Er is tussen [verzoeker01] en [bedrijf03] een ‘Detacheringsovereenkomst fase C’ overeengekomen. [verzoeker01] heeft na zijn indiensttreding bij [bedrijf03] onafgebroken

als productiemedewerker voor [bedrijf02] gewerkt.

2.5. Op 1 juli 2018 heeft [bedrijf02] haar margarine-activiteiten verkocht. Deze activiteiten zijn voortgezet door Upfield.

2.6. Eind 2018 is Upfield van uitzendbureau gewisseld, van [bedrijf03] (terug) naar [bedrijf01]. Met ingang van 31 december 2018 is [verzoeker01] met [bedrijf01] een detachingsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangegaan. [verzoeker01] is door [bedrijf01] tewerkgesteld bij Upfield in de functie expeditiemedewerker. [verzoeker01] heeft, toen hij van [bedrijf03] weer naar [bedrijf01] over ging, onafgebroken voor Upfield gewerkt.

2.7. Op 18 maart 2021 heeft Upfield aangekondigd dat de fabriek aan de Nassaukade zal worden gesloten. Vanaf medio 2022 is de productie gefaseerd afgeschaald. Op 24 juni 2022 heeft [verzoeker01] voor het laatst bij Upfield gewerkt.

2.8. De sluiting van de fabriek heeft gedwongen ontslagen tot gevolg. Voor de werknemers die in vaste dienst zijn van Upfield is door Upfield, CNV en FNV het ‘Sociaal plan Nassaukade 2021-2022’ overeengekomen, waarin de sociale en financiële gevolgen van de ontslagen worden geregeld. In de werkingssfeerbepaling van het sociaal plan (artikel 3.2) staat vermeld dat het sociaal plan (onder meer) niet van toepassing is op werknemers die als inleenkracht werkzaam zijn.

2.9. Bij brief van 14 juni 2022 heeft (de gemachtigde van) [verzoeker01] aan Upfield kenbaar gemaakt dat hij van mening is dat hij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft met Upfield. [verzoeker01] maakt aanspraak op toepassing van het sociaal plan en betaling van achterstallig loon krachtens de toepasselijke cao’s.

2.10. Bij e-mail van 28 juni 2022 heeft Upfield hierop afwijzend gereageerd.

2.11. Op 24 juni 2022 heeft [verzoeker01] zich ziek gemeld. [bedrijf01] betaalt [verzoeker01] sindsdien het loon tijdens ziekte door en begeleidt hem in het re-integratietraject.

2.12. Op 30 september 2022 is de fabriek van Upfield aan de Nassaukade in Rotterdam gesloten.

3. Het verzoek

3.1. [verzoeker01] verzoekt, na wijzigingen, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. een verklaring van recht uit te spreken dat [verzoeker01] vanaf 2 juli 2009, althans vanaf een door de kantonrechter te bepalen datum, bij Up-

field werkzaam is krachtens een arbeidsovereenkomst en dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd;

II. een verklaring van recht uit te spreken dat Upfield's CAO "Collectieve Arbeids Overeenkomst Upfield" op de arbeidsovereenkomst tussen Upfield en [verzoeker01] van toepassing is;

III. een verklaring voor recht uit te spreken dat het sociaal plan van Upfield geheten "Nassaukade 2021-2022" op [verzoeker01] van toepassing is; primair:

IV. Upfield te veroordelen om aan [verzoeker01] binnen een maand na betekening van de beschikking te betalen de blijfbonus zoals opgenomen in artikel 4.5 van het sociaal plan "Nassaukade 2021-2022" ten bedrage van € 6.966,42 bruto, dan wel een door de kantonrechter te bepalen bedrag;

V. Upfield te veroordelen om aan [verzoeker01] binnen een maand na betekening van de beschikking te betalen de beëindigingsvergoeding zoals opgenomen in artikel 4.7 van het sociaal plan "Nassaukade 2021-2022" ten bedrage van € 149.973,02 bruto, dan wel, ingeval de kantonrechter oordeelt dat het sociaal plan niet op [verzoeker01] van toepassing is, de transitievergoeding ten bedrage van € 22.509,28 bruto, althans een door de kantonrechter te bepalen bedrag;

VI. Upfield te veroordelen om aan [verzoeker01] binnen een maand na betekening van de beschikking te betalen de gefixeerde schadevergoeding ex artikel 7:672 lid 11 BW van drie maandsalarissen ten bedrage van € 15.969,91 bruto, dan wel een door de kantonrechter te bepalen bedrag;

VII. Upfield te veroordelen om aan [verzoeker01] binnen een maand na betekening van de beschikking te betalen de billijke vergoeding ex artikel 7:681 lid 1 BW ten bedrage van € 31.017,37 bruto, dan wel een door de kantonrechter te bepalen bedrag;

VIII. Upfield te veroordelen tot het opstellen van de eindafrekening en het uitbetalen daarvan aan [verzoeker01] binnen één maand na betekening van de beschikking, onder verbeurte van een dwangsom van € 500,00 per dag voor elke dag dat Upfield nalaat om aan deze veroordeling te voldoen;

subsidiar, ingeval de kantonrechter oordeelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen Upfield en [verzoeker01], maar dat geen sprake is geweest van een opzegging door Upfield:

IX. Upfield te veroordelen tot wedertewerkstelling van [verzoeker01] in zijn functie binnen twee

dagen na betekening van de in dezen te wijzen beschikking, op straffe van een dwangsom van € 500,00 per dag dat Upfield in gebreke blijft om [verzoeker01] te werk te stellen;

X. Upfield te veroordelen tot hervatting van de salarisbetaling aan [verzoeker01] vanaf 25 juni 2022 ter hoogte van het salaris van € 20,88 bruto per uur gedurende 40 uren per week, te vermeerderen met 8% vakantietoelagen en overige emolumenten, tot aan de dag dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen wel rechtsgeldig zal zijn beëindigd;

primair en subsidiair:

XI. Upfield te veroordelen om een correcte en inzichtelijke berekening aan [verzoeker01] te verstrekken van het vanaf 14 juni 2017 achterstallige loon en de achterstallige overige arbeidsvoorwaarden, dit binnen één maand na betekening van de beschikking, onder verbeurte van een dwangsom van € 500,00 per dag voor elke dag dat Upfield nalaat om aan deze veroordeling te voldoen, waarbij het maximum te verbeuren dwangsommen, wordt gesteld op € 50.000,00;

XII. Upfield te veroordelen om aan [verzoeker01] binnen twee maanden na betekening van de beschikking te betalen het vanaf 14 juni 2017 achterstallige loon en de overige achterstallige arbeidsvoorwaarden, onder gelijktijdige verstrekking van een bruto/nettospecificatie;

XIII. Upfield te veroordelen tot het aanmelden van [verzoeker01] bij het pensioenfonds PGB of een pensioenverzekeraar met terugwerkende kracht vanaf 14 juni 2017 onder gelijktijdige afdracht van de pensioenpremies voor zowel de werkgever als de werknemer;

XIV. Upfield te veroordelen om aan [verzoeker01] binnen een maand na betekening van de beschikking te betalen de buitengerechtelijke incassokosten ten bedrage van € 2.745,00;

XV. Upfield te veroordelen om aan [verzoeker01] te betalen de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW en wettelijke rente;

XVI. Upfield te veroordelen in de proceskosten.

3.2. [verzoeker01] heeft, kort samengevat weergegeven, het volgende naar voren gebracht. Van een tijdelijke uitzending naar Upfield is geen sprake is geweest. [verzoeker01] heeft langdurig exclusief voor Upfield gewerkt. De tijdsduur van de achtereenvolgende opdrachten van [verzoeker01] bij Upfield – en dus de tijdsduur van uitzending – is langer dan wat redelijkerwijs als tijdelijk kan worden aangemerkt. Ingevolge de rechtspraak van het

Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) is dat een belangrijke aanwijzing voor misbruik in de zin van artikel 5, lid 5 Richtlijn 2008/104/EG¹ (hierna: Uitzendrichtlijn) door Upfield. De uitzending van bijna dertien jaar kwalificeert als misbruik. Daarbij is tussen [verzoeker01] en [bedrijf01] geen sprake van een reële uitzendovereenkomst. Er is sprake van een arbeidsovereenkomst tussen [verzoeker01] en Upfield. Als het aan [verzoeker01] had gelegen, was hij al lang geleden in vaste dienst van Upfield gekomen. Hij had dan recht gehad op arbeidsvoorwaarden waar een uitzendkracht geen recht op heeft zoals een eindejaarsuitkering, ploegen-sprong-vergoeding, een fatsoenlijke pensioenopbouw en vergoedingen krachtens het sociaal plan (een blijfbonus en een beëindigingsvergoeding ter hoogte van de kantonrechtformule met C=1,3).

3.3. [verzoeker01] heeft de omstandigheid dat hij door Upfield niet meer werd ingeroosterd gecombineerd met het Whatsappbericht van de planingsafdeling van Upfield dat vrijdag 24 juni 2022 zijn laatste werkdag zou zijn, mogen begrijpen als een opzegging van zijn arbeidsovereenkomst. Er is sprake van een met artikel 7:671 lid 1 BW strijdige opzegging.

4. Het verweer

4.1. Het verweer van Upfield strekt tot afwijzing van de verzoeken van [verzoeker01], met veroordeling van [verzoeker01] in de proceskosten. Daartoe heeft Upfield, kort samengevat weergegeven, het volgende aangevoerd. Tussen [verzoeker01] en Upfield bestaat geen arbeidsovereenkomst. Het Nederlandse stelsel voor uitzendkrachten is niet in strijd met de Uitzendrichtlijn. Er is, mede in ogenschouw genomen de rechtspraak van het HvJ EU, geen sprake van misbruik in de zin van de Uitzendrichtlijn. Als al zou kunnen worden vastgesteld dat sprake is van misbruik in de zin van de Uitzendrichtlijn, dan kan dat niet tot de rechtsgevolgen leiden die [verzoeker01] met zijn vorderingen tracht te bewerkstelligen. [verzoeker01] kan op grond van de rechtspraak van het HvJ EU Upfield als individuele partij niet aanspreken. Al zou dit wel mogelijk zijn, dan nog kan dat niet tot het rechtsgevolg van

indiensttreding bij Upfield leiden. Het niet bestaan (hebben) van een arbeidsovereenkomst, betekent dat alle verzoeken van [verzoeker01] moeten worden afgewezen.

4.2. De verdere standpunten van [verzoeker01] en Upfield worden, voor zover voor de beoordeling van belang, hierna besproken.

5. De beoordeling

Arbeidsovereenkomst tussen [verzoeker01] en Upfield?

5.1. De kern van het geschil tussen partijen betreft de vraag of door de duur van de inlening van [verzoeker01] door (de rechtsvoorganger van) Upfield in de periode 2 juli 2009 tot 24 juni 2022 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan tussen [verzoeker01] en Upfield.

Uitzendrichtlijn

5.2. De kantonrechter stelt voorop dat een beperking van de duur van het aantal achtereenvolgende opdrachten van een uitzendkracht bij dezelfde inlener niet in de Nederlandse wet is geregeld. De Uitzendrichtlijn verplicht lidstaten ook niet tot het nemen van specifieke maatregelen om het aantal terbeschikkingstellingen aan dezelfde inlener te beperken. Wel bepaalt artikel 5 lid 5 van de Uitzendrichtlijn 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 Uitzendrichtlijn te omzeilen. De invulling hiervan is aan de lidstaten overgelaten.

5.3. [verzoeker01] heeft zich onder verwijzing naar de Uitzendrichtlijn op het standpunt gesteld dat hij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft met Upfield. Hiermee miskent [verzoeker01] dat richtlijnen (anders dan verordeningen) geen directe, horizontale werking hebben. Dit betekent dat particulieren – in dit geval [verzoeker01] en Upfield – jegens elkaar niet rechtstreeks een beroep kunnen doen op een richtlijn. Dit volgt ook uitdrukkelijk uit artikel 288 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie dat onder meer bepaalt: 'Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.' Zelfs indien zou worden aangenomen dat een terbeschikkingstelling aan

1 Richtlijn 2008/104 EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid.

een inlener niet langer tijdelijk is, kan de uitzendkracht aan het unierecht geen subjectief recht ontlenen op het ontstaan van een arbeidsverhouding met de inlener (vgl. HvJ EU 17 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:196, *NP/Daimler*, overweging 97). Richtlijnconforme interpretatie zoals [verzoeker01] die voorstaat en die volgens [verzoeker01] tot gevolg zou moeten hebben dat hij voor onbepaalde tijd in dienst is van Upfield, is bovendien in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Upfield zou dan immers geconfronteerd worden met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (sinds 2009, toen Upfield nog niet eens in beeld was) met [verzoeker01], waar zij op grond van de Nederlandse wetgeving niet op bedacht hoefde te zijn. Hierbij weegt de kantonrechter ook mee dat [verzoeker01] met zijn standpunt dat hij sinds 2009 (of enig ander moment) feitelijk in dienst is van Upfield miskent dat een inleenrelatie niet geruisloos kan veranderen in een arbeidsovereenkomst (HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186, *ABN Amro/Malhi*).

Maximale duur van inlening: een taak voor de wetgever

5.4. Partijen hebben de vraag aan de orde gesteld of het Nederlandse uitzendregime, in het bijzonder gelet op de arresten HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823, *JAR 2020/289 (JH/KG)* en HvJ EU 17 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:196 (*NP/Daimler*), wel voldoende 'Europa- en Uitzendrichtlijn-proof' is. [verzoeker01] verwijst naar auteurs die van mening zijn dat het Nederlandse uitzendregime niet Europa-proof is, omdat de Nederlandse wetgeving niet verhindert dat een uitzendkracht permanent aan dezelfde inlener ter beschikking wordt gesteld. Volgens deze auteurs heeft de Nederlandse rechter voldoende mogelijkheden om door driehoeksrelaties met een permanent karakter heen te prikken en een arbeidsovereenkomst met de inlener aan te nemen.² [verzoeker01] heeft verder nog verwezen naar het FNV-rapport 'Vast in de draaideur', het rapport van de Commissie regulering van werk (Commissie Borstlap), het MLT-advies van de SER en de

Hoofdpijnenbrief Arbeidsmarkt, waarin (onder andere) uitzendwerk en de tijdelijkheid hiervan aan de orde wordt gesteld.

5.5. Upfield haalt – onder verwijzing naar de doelstellingen van de Uitzendrichtlijn, te weten bescherming van de uitzendkracht en uitzendwerk bevorderen – auteurs aan die juist een tegenovergestelde mening zijn toegeedaan.³ Deze auteurs zijn van mening dat de Nederlandse wetgeving een uitgebreid systeem van bescherming van uitzendkrachten bij opvolgende uitzendovereenkomsten kent – verwezen wordt onder meer naar artikel 7:691 BW, artikel 8 en 8a Waadi, de verschillen tussen uitzending en payroll – en dat bij een fase C uitzendovereenkomst misbruik niet (snel) aan de orde zal kunnen zijn. Dit wordt volgens Upfield in de rechtspraak bevestigd.⁴

5.6. 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.

Er is geen sprake van misbruik

5.7. Toegegeven dat een aaneengesloten inleenperiode van ongeveer dertien jaar bij (eerst [bedrijf02] en daarna) Upfield een lange periode is, betekent dat niet dat enkel op grond daarvan sprake is van misbruik als bedoeld in de Uitzendrichtlijn.

5.8. Het standpunt van [verzoeker01] dat van een reële uitzendovereenkomst met [bedrijf01] geen

2 [naam03], 'Een structurele personeelsbehoefte en uitzendwerk: een moeizame combinatie', *Arbeidsrechtelijke Annotaties 2022* (21) 2, [naam04], 'Misbruik van uitzendwerk – Het Hof van Justitie EU geeft nadere uitleg', *ArbeidsRecht 2021/6*.

3 HvJ EU 14 oktober 2020, *JAR 2020/289 (JH/KG)* [naam05], [naam06], 'Het belang van de economische werkelijkheid in arbeidsrechtelijke relaties, in het bijzonder in driehoeksverhoudingen', *TRA 2021/34*, voetnoot 38 en [naam07], 'Opvolgende arbeidsovereenkomsten en misbruik: van Campina tot en met Taxi Dorenbos', *TvO 2020-4*, p. 142-151.

4 Hof Amsterdam 14 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2010, r.o. 3.10.

sprake is, volgt de kantonrechter niet. [verzoeker01] is voordat hij door [bedrijf02] werd ingeleend door [bedrijf01] ook bij andere opdrachtgevers tewerkgesteld. [verzoeker01] heeft bovendien sinds 1999 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (uitzendovereenkomst fase C) met [bedrijf01]. [verzoeker01] heeft niet betwist dat hij in 2009 ook bij een andere opdrachtgever (te weten [bedrijf04]) heeft gewerkt en dat [bedrijf01] [verzoeker01] zogenoemde leegloopuren heeft betaald; contracturen die [verzoeker01] niet heeft gewerkt vanwege het ontbreken van voldoende uren bij opdrachtgevers. Met andere woorden: [bedrijf01] heeft een allocatiefunctie vervuld. Dat [bedrijf01] naast de betaling van het loon aan [verzoeker01] geen wezenlijke rol heeft vervuld bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, is niet komen vast te staan. Nadat evaluatiegesprekken over het functioneren van [verzoeker01] hadden plaatsgevonden, besliste [bedrijf01] over een loonsverhoging. Dat de beoordeling van het functioneren van [verzoeker01] voornamelijk door Upfield werd gedaan is gelet op de uitzendrelatie begrijpelijk, nu vooral de inlener zicht heeft op het functioneren van een uitzendkracht. Ook betaalt [bedrijf01] loon bij ziekte door, begeleidt zij [verzoeker01] in de re-integratie, heeft [bedrijf01] de kosten voor een opleiding vergoed en is [verzoeker01] lid is van de flex-ondernemingsraad van [bedrijf01]. Dit alles laat zich niet rijmen met de stelling van [verzoeker01] dat slechts sprake is van een 'papieren werkelijkheid' met [bedrijf01].

5.9. Verder is er naar het oordeel van de kantonrechter in dit geval een objectieve verklaring voor de achtereenvolgende uitzendovereenkomsten bij dezelfde inlener. Upfield heeft voldoende onderbouwd dat zij, gelet op de aard van haar onderneming (een productie-omgeving) een gerechtvaardigd belang heeft bij het hebben van een flexibele schil. Zo is de bemensing van de margarijnen gebaseerd op een bepaald verzuimquotum, maar zal het 'gat' in de bemensing als er meerdere werknemers afwezig zijn moeten worden opgevuld. Een uitzendkracht kan de relatief eenvoudigste positie innemen, waarvoor minder vaardigheden zijn vereist. Van belang hierbij is, dit is door [verzoeker01] niet weersproken, dat uitzendkrachten – anders dan werknemers die in dienst zijn van Upfield – geen zogenoemde lijnverantwoordelijkheid hebben. Door Upfield is onweersproken gesteld dat de hoeveelheid werk

zowel per seizoen als binnen de week verschilt, doordat sommige lijnen op een specifieke dag in de week klaar moeten zijn en meerdere bekerlijnen om verschillende redenen (zoals onderhoud) voor langere tijd niet draaien. Het gevolg hiervan is dat de benodigde bezetting op deze lijnen varieert, waarbij de inzet van flexibele krachten wordt afgeschaald in de minder drukke periodes. Partijen verschillen van mening over hoe lang [verzoeker01] op de verschillende productielijnen binnen Upfield heeft gewerkt. Volgens [verzoeker01] heeft hij onafgebroken zes jaar op de expeditieafdeling en drie jaar op de pindakaasafdeling gewerkt. Upfield heeft dit weersproken en gesteld dat dat [verzoeker01] steeds op verschillende afdelingen en aan verschillende productielijnen werd ingezet en dat [verzoeker01] – anders dan werknemers in vaste dienst van Upfield – niet meedeed in de driewekelijkse diensten bij Upfield en ook geen vaste plek aan een lijn had. Hoe dan ook, [verzoeker01] heeft in ieder geval flexibel op verschillende lijnen van Upfield gewerkt, zonder dat hij daarbij lijnverantwoordelijkheid had.

5.10. [verzoeker01] heeft verder – onder meer door het overleggen van correspondentie met zijn gemachtigde en e-mails aan Upfield – naar voren gebracht dat hij Upfield in de periode van 2017 tot 2021 herhaaldelijk heeft verzocht hem in vaste dienst te nemen. In 2019 heeft tussen [verzoeker01] en Upfield een gesprek plaatsgevonden over de functie van operator. Deze functie betrof andere werkzaamheden dan die [verzoeker01] deed. Voor deze functie is een vapro-opleiding vereist en wordt als lijnverantwoordelijke gewerkt. Upfield heeft [verzoeker01] vanwege de opleiding die voor deze functie nog gevolgd moest worden en de andere werkzaamheden die [verzoeker01] als operator zou moeten gaan uitvoeren niet direct een vast contract, maar een jaarcontract aangeboden. Upfield heeft onweersproken gesteld dat een werknemer in de functie operator altijd een jaarcontract krijgt. Het aanbod van Upfield heeft [verzoeker01], mede vanwege de zekerheid die hij bij [bedrijf01] had, niet aanvaard en dat is zijn goed recht. Niet gezegd kan echter worden dat Upfield [verzoeker01] in het geheel niet in dienst heeft willen nemen. Naar aanleiding van vragen van de gemachtigde van [verzoeker01] heeft Upfield bovendien een overzicht verstrekt van uitzendkrachten die zij in dienst heeft genomen (productie 3 bij het verweerschrift). Dit betreft weliswaar hoger inge-

schaalde functies dan de functie van [verzoeker01], hieruit blijkt wel dat het geen beleid bij Upfield was om onder geen beding uitzendkrachten in dienst te nemen.

5.11. Gelet op hetgeen de kantonrechter hiervoor heeft overwogen is in dit geval sprake van *gebruik* van uitzendovereenkomsten, maar niet van *misbruik*. Van een opgezette ontoelaatbare (schijn) constructie of het doelbewust omzeilen van werknemersbescherming is geen sprake. [verzoeker01] heeft verwezen naar de arresten *Campina* (HR 22 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0421, NJ 1992/7070) en *Taxi Dorenbos* (HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:312, JAR 2020/87) en gesteld dat uit deze uitspraken blijkt dat de rechter door schijnconstructies heen kijkt om de werknemer de benodigde dwingendrechtelijke bescherming te geven. Naar het oordeel van de kantonrechter gaat de vergelijking met de arresten *Campina* en *Taxi Dorenbos* niet op, omdat die zaken niet vergelijkbaar zijn met de onderhavige zaak. In die arresten ging het om de toepassing (of beter gezegd de omzeiling) van de ketenregeling (artikel 7:668a BW) waarbij dienstverbanden voor bepaalde tijd telkens aansluitend werden afgewisseld met tewerkstelling(en) als uitzendkracht; de zogenoemde draaieurconstructie. Daarvan is bij [verzoeker01] geen sprake: hij is immers sinds 1999 voor onbepaalde tijd in dienst van [bedrijf01]. Bovendien vervulde het uitzendbureau in het arrest *Taxi Dorenbos* geen enkele inhoudelijke rol als uitzendwerkgever (de werknemer stond slechts op de ‘payroll’), terwijl [bedrijf01] dat in het onderhavige geval wel doet.

Conclusie: afwijzing verzoeken van [verzoeker01]

5.12. Concluderend is de kantonrechter van oordeel dat er geen arbeidsovereenkomst tussen [verzoeker01] en Upfield bestaat of heeft bestaan. Alle (primaire en subsidiaire) verzoeken van [verzoeker01] zijn gebaseerd op het (onjuiste) uitgangspunt dat wél sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen [verzoeker01] en Upfield. In de werkingsfeerbepaling van het ‘Sociaal plan Nassaaukade 2021-2022’ – dat overigens is overeengekomen met vakbonden FNV en CNV – zijn inleenkrachten van de toepassing van het sociaal plan uitgezonderd. [verzoeker01] heeft derhalve geen recht op de vergoedingen die in dit sociaal plan zijn opgenomen. Het voorgaande betekent dat alle verzoeken van [verzoeker01] zullen worden afgewezen.

Proceskosten komen voor rekening van [verzoeker01]

5.13. De proceskosten komen voor rekening van [verzoeker01], omdat [verzoeker01] in het ongelijk is gesteld. Daarbij zal het salaris van de gemachtigde van Upfield worden vastgesteld op € 996,00.

6. De beslissing

De kantonrechter:

- wijst de verzoeken af;
- veroordeelt [verzoeker01] tot betaling van de proceskosten aan Upfield, die de kantonrechter aan de kant van Upfield tot en met vandaag vaststelt op € 996,00;
- verklaart deze beschikking ten aanzien van de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

In titel 7.10 BW is geen maximumperiode opgenomen waarin een uitzendkracht ter beschikking kan worden gesteld aan een opdrachtgever van het uitzendbureau. Dat de uitzendkracht gedurende een aaneengesloten periode van 13 jaren op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam is geweest bij dezelfde inlener, vormt daarom naar het oordeel van de kantonrechter geen grond om aan te nemen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst met die inlener. Evenmin kan worden gesteld dat deze lange terbeschikkingstellingduur meebrengt dat geen sprake is van een reële uitzendovereenkomst waardoor, conform de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Taxi Dorenbos* (HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:312), in wezen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen met de inlener. Dit omdat de uitzendkracht in 2009 ook bij een andere opdrachtgever van het uitzendbureau had gewerkt, het uitzendbureau besliste over een loonsverhoging na van de inlener verkregen input over het functioneren van de uitzendkracht en omdat het uitzendbureau de uitzendkracht begeleidde bij re-integratie en de opleidingskosten vergoedde. De arbeidsovereenkomst tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau kwalificeert dan naar het oordeel van de kantonrechter niet als een ‘papieren werkelijkheid’. Het beroep van de uitzendkracht op de Uitzendrichtlijn en het feit dat hieruit volgt dat moet worden voorkomen

dat de uitzendkracht op grond van achtereenvolgende opdrachten ter beschikking wordt gesteld aan dezelfde inlener wijst de kantonrechter af – richtlijnen hebben geen directe werking. Bovendien, zo overweegt de kantonrechter, volgt uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof) van 17 maart 2022 (ECLI:EU:C:2022:196) dat wanneer geen sprake is van tijdelijke terbeschikkingstelling in de zin van de Uitzendrichtlijn, de uitzendkracht aan het unierecht geen subjectief recht kan ontleenen op het ontstaan van een arbeidsverhouding met de inlener. De kantonrechter sluit niet uit dat in de toekomst de duur van het aantal achtereenvolgende opdrachten van een uitzendkracht bij dezelfde inlener in tijd wordt beperkt, maar acht dit een taak voor de wetgever.

De uitzendkracht eindigt dus na 13 jaar werkzaam te zijn geweest bij dezelfde opdrachtgever met lege handen. Zelfs de subsidiair door hem gevraagde verklaring voor recht dat dan in ieder geval wel het op de werknemers van de inlener van toepassing zijnde sociaal plan ook op hem van toepassing is, wordt afgewezen. Deze uitspraak maakt eens te meer duidelijk dat de Nederlandse wetgever werk moet gaan maken van het in lijn brengen met de Uitzendrichtlijn van de regulering van terbeschikkingstelling in de Waadi en uitzending in titel 7.10 BW. Terbeschikkingstelling dient een tijdelijk karakter te hebben, zo volgt uit art. 1 lid 1 en art. 3 lid 1 sub b t/m e Uitzendrichtlijn. Weliswaar is in art. 7:691 lid 8 sub a en c BW de terbeschikkingstellingsduur van een uitzendkracht op basis van tijdelijke arbeidsovereenkomsten aan een maximumperiode gebonden, maar op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan een uitzendkracht tot in lengte van jaren ter beschikking worden gesteld aan dezelfde opdrachtgever. Dit is naar het oordeel van Hof niet verenigbaar met het tijdelijkheidsvereiste in de Uitzendrichtlijn. Onder r.o. 51 in zijn arrest van 14 oktober 2020 (ECLI:EU:C:2020:823), onder r.o. 37 in zijn voormelde arrest van 17 maart 2022 en onder r.o. 43 in zijn arrest van 12 mei 2022 (ECLI:EU:C:2022:373) overweegt het Hof dat de Uitzendrichtlijn ook tot doel heeft 'de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen.' In deze arresten was eveneens sprake van situaties waarin de uitzendkracht jarenlang ter beschikking werd gesteld aan dezelfde inlener. In geen van deze

arresten worden door het Hof echter concrete begrenzings geformuleerd bij de duur van de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht aan dezelfde inlener. Het meest concrete dat het Hof hierover overweegt is dat 'de lidstaten ervoor [moeten] zorgen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming voor een uitzendkracht geen permanente situatie wordt' (r.o. 60 in HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823). In de daaropvolgende arresten van het Hof over de uitleg van de Uitzendrichtlijn – ook in zijn meest recente arrest hierover van 15 december 2022, ECLI:EU:C:2022:983 – lijkt het Hof dit enigszins los te laten en in plaats daarvan meer te zien in een ruime uitleg van het gelijkebeloningsvoorschrift in de Uitzendrichtlijn. In zijn voormelde arrest van 15 december 2022 gaat het Hof hierin zelfs zover dat wanneer bij cao wordt afgeweken van het gelijkebeloningsvoorschrift (zoals gebeurt in de ABU-cao), afwijkingen in het nadeel van de uitzendkracht in diezelfde cao moeten worden gecompenseerd met afwijkingen in het voordeel van de uitzendkracht. In mijn noot bij het hiervoor aangehaalde arrest van het Hof van 12 mei 2022 («JAR» 2022/145) werp ik al de vraag op of dit voldoende bijdraagt aan de doelstelling van de Uitzendrichtlijn. Doordat bij langdurige terbeschikkingstelling de rechtstreekse contractuele band tussen de werknemer en de onderneming waarin hij werkt is doorgesneden, gaat dit permanent ten koste van rechten en bescherming gekoppeld aan het juridische werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Naast aan (niet essentiële) secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden kan dan bijvoorbeeld worden gedacht aan het recht op tewerkstelling, ontslagbescherming, investeringen in de (informele) leeromgeving, maar ook aan de toepassing van de Wet flexibel werken, de Wet melding collectief ontslag etc. Dit kan niet worden gecompenseerd met een ruime uitleg van het gelijkebeloningsvoorschrift.

De uitzendkracht in de onderhavige uitspraak had de inlener in de periode van 2017 tot 2021 herhaaldelijk verzocht hem in vaste dienst te nemen. Doordat de inlener dit had geweigerd kwam de uitzendkracht geen beroep toe op het sociaal plan voor de werknemers van de inlener in verband met de sluiting van de fabriek. Deze uitzendkracht had wel aanspraak gemaakt op het sociaal plan als de kantonrechter had geoordeeld

dat sprake was van payrolling. In dat geval had het uitzendbureau op grond van art. 8a Waadi dit sociaal plan op de uitzendkracht moeten toepassen. Van payrolling zou sprake zijn geweest wanneer de inlener de uitzendkracht, die eerder in de periode 2003-2006 aan haar ter beschikking was gesteld door het uitzendbureau, in 2009 direct had benaderd waarna deze – opnieuw via het uitzendbureau – aan haar ter beschikking was gesteld.

mr. dr. J.P.H. Zwemmer
Universiteit van Amsterdam
