



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Hoe moet het tijdelijke karakter van uitzendwerk worden gewaarborgd?

Annotatie: Hof van Justitie EU, 17/03/22, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196

Zekić, N.

Publication date

2022

Document Version

Author accepted manuscript

Published in

Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zekić, N. (2022). Hoe moet het tijdelijke karakter van uitzendwerk worden gewaarborgd? Annotatie: Hof van Justitie EU, 17/03/22, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196. *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context*, 3(4), 156-164.

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.

Hoe moet het tijdelijke karakter van uitzendwerk worden gewaarborgd?

Annotatie bij Hof van Justitie van de EU 17 maart 2022, C-232/20, EU:C:2022:196 (NP/Daimler AG)

Dit artikel is gepubliceerd in Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context (TAC), 2022 vol. 3 nr. 4, p. 156-164.

Mr. dr. Nuna Zekić¹

De in Uitzendrichtlijn gehanteerde term ‘tijdelijk’ verzet zich volgens het Hof van Justitie er niet tegen dat een uitzendwerknemer ter beschikking wordt gesteld aan een inlener om daar een functie te vervullen die permanent bestaat zonder daarbij iemand te vervangen. Het is de relatie met de inlener die tijdelijk moet zijn. Uitzendkrachten mogen dus slechts op tijdelijke basis bij de inlener werken. Daimler laat echter nog veel vragen onbeantwoord, omdat het geen specifieke eisen stelt aan de manier waarop de tijdelijkheid van uitzendwerk moet worden gewaarborgd. De lidstaten zijn vrij om een maximumtermijn aan terbeschikkingstelling te verbinden, maar zijn hiertoe niet verplicht. Ontbreekt die termijn, zoals in Nederland het geval is, dan staat het de nationale rechters vrij om deze in elk concreet geval te bepalen.

1. Inleiding

Er is lang uitgekeken naar het *Daimler*-arrest.² In deze zaak is aan het Hof van Justitie EU (hierna: HvJ of het Hof) gevraagd de term ‘tijdelijk’ uit te leggen die verschillende keren in de richtlijn 2008/104 (hierna: de Uitzendrichtlijn) voorkomt. Zo is in artikel 1, lid 1 van de richtlijn bepaald dat de richtlijn van toepassing is op werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau, die ter beschikking worden gesteld van inlenende ondernemingen om onder toezicht en leiding van genoemde ondernemingen *tijdelijk* te werken. In het *JH/KG*-arrest³ had het Hof de antimisbruikbepaling van artikel 5, lid 5 van de Uitzendrichtlijn tamelijk ruim uitgelegd en daarin onder andere geoordeeld dat op de lidstaten de verplichting rust het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen.⁴ De lidstaten moeten voorkomen dat opeenvolgende opdrachten bij dezelfde inlenende onderneming aan dezelfde uitzendkracht worden toevertrouwd om de bepalingen van Uitzendrichtlijn in haar geheel te omzeilen. In

¹ Nuna Zekić is als Universitair Hoofddocent Arbeidsrecht verbonden aan Tilburg University.

² HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, EU:C:2022:196 (*NP/Daimler AG*).

³ HvJ EU 14 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823 (*JH/KG*).

⁴ De uitleg in *JH/KG*-arrest is ‘ruim’, omdat het Hof twee verschillende verplichtingen afleidt uit art. 5, lid 5 (zoals hieronder zal worden toegelicht) en omdat het Hof ruim interpreteert wat onder ‘essentiële arbeidsvoorwaarden’ (art. 3, lid 1, onder f Uitzendrichtlijn) dient te worden verstaan.

de Nederlandse literatuur ontstond discussie over de vraag of Nederland aan deze verplichtingen voldoet. *Daimler* zou wellicht verduidelijking brengen aangezien daar nog meer dan in het *JH/KG*-arrest de tijdelijkheid van uitzendwerk op de voorgrond staat. Heeft *Daimler* inderdaad de stand van zaken verduidelijkt?

2. Feiten en overwegingen van het HvJ EU

Van 3 februari 1995 tot en met 31 maart 2017 was in Duitsland het Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung van kracht (hierna: AÜG). § 1 van het AÜG bepaalde in lid 1: “Werkgevers die als uitlener in het kader van hun economische activiteit werknemers (uitzendkrachten) ter beschikking willen stellen van derde ondernemingen (inleners), moeten over een vergunning beschikken. De terbeschikkingstelling van werknemers aan inleners is van tijdelijke aard.” Die laatste zin was echter niet nader uitgewerkt. Ook al was het dus in de wet bepaald dat terbeschikkingstelling van tijdelijke aard diende te zijn, was er geen maximumtermijn gesteld aan terbeschikkingstelling en was er ook geen sanctie bepaald voor wanneer de maximumtermijn wordt overschreden.

De maximumtermijn kwam er wel per 1 april 2017. Het AÜG werd gewijzigd en per 1 april 2017 kwam § 1 te luiden: “[...] De terbeschikkingstelling van werknemers is tijdelijk – tot maximaal de in lid 1b vastgestelde duur – toegestaan.” In lid 1b werd bepaald dat het uitzendbureau dezelfde uitzendkracht niet langer dan 18 opeenvolgende maanden ter beschikking mag stellen van dezelfde inlener. De inlener mag dezelfde uitzendkracht niet langer dan 18 opeenvolgende maanden inlenen.⁵ Bij cao kan een andere maximale duur worden bepaald. In de in deze zaak toepasselijke cao is de maximale duur van terbeschikkingstelling vanaf 1 juni 2017 verlengd naar 36 maanden.

Indien de maximale duur van de terbeschikkingstelling wordt overschreden, is de arbeidsovereenkomst tussen het uitzendbureau (de uitlener) en de uitzendkracht ongeldig, tenzij de uitzendkracht binnen een maand na de overschrijding van de toegestane maximale duur tegenover de uitlener of de inlener schriftelijk verklaart dat hij vasthoudt aan de arbeidsovereenkomst met de uitlener (§ 9 AÜG). Als de arbeidsovereenkomst met de uitlener ongeldig is, wordt aangenomen dat er een dienstverband tussen inlener en uitzendkracht tot stand is gekomen op het tijdstip waarop de ongeldigheid is ontstaan (§ 10 AÜG). Dit gevolg gaat dus verder dan een soort juridische presumptie over het bestaan van een arbeidsovereenkomst. In de overgangsbepaling (§ 19 AÜG) is bepaald dat – en dit is belangrijk voor het arrest – bij de berekening van de vastgestelde maximale duur van terbeschikkingstelling geen rekening wordt gehouden met perioden van terbeschikkingstelling vóór 1 april 2017.

De uitzendkracht, NP, was vanaf 1 september 2014 in dienst van een uitzendbureau en werd van die datum tot en met 31 mei 2019 uitsluitend ter beschikking gesteld aan Daimler. De terbeschikkingstelling was niet bedoeld ter vervanging van een afwezige werknemer. In

⁵ De perioden waarin de uitzendkracht eerder door dezelfde of door een andere uitlener ter beschikking is gesteld van dezelfde inlener, tellen ook mee indien tussen deze perioden telkens niet meer dan drie maanden liggen.

juni 2019 heeft NP bij het *Arbeitsgericht* in Berlijn beroep ingesteld strekkende tot vaststelling dat tussen hem en Daimler een dienstverband bestaat sinds 1 september 2015 of een latere datum. Dit beroep is afgewezen, waarna NP hoger beroep heeft ingesteld bij het *Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg*. Dat is de verwijzende rechter die prejudiciële vragen stelt aan het HvJ.

Overwegingen van HvJ: permanente functies verricht door uitzendwerknemers

Ten eerste vraagt de verwijzende rechter of artikel 1, lid 1, van Uitzendrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de in deze bepaling gehanteerde term “tijdelijk” zich ertegen verzet dat een werknemer met een arbeidsovereenkomst met een uitzendbureau ter beschikking wordt gesteld van een inlenende onderneming teneinde een functie te vervullen die permanent bestaat zonder daarbij iemand te vervangen. Zonder veel omhaal leidt het Hof uit de bewoordingen van deze bepaling af dat met de term “tijdelijk” niet wordt beoogd de toepassing van uitzendarbeid te beperken tot functies die niet permanent bestaan of worden ingevuld ter vervanging van iemand. Deze term wordt immers niet gebruikt ter omschrijving van de bij de inlenende onderneming te vervullen functie, maar van de wijze waarop een werknemer bij die onderneming ter beschikking wordt gesteld.⁶ Deze letterlijke uitlegging van artikel 1, lid 1, vindt volgens het Hof steun in de context van deze bepaling en in het bijzonder in de opzet van de Uitzendrichtlijn. Geen enkele bepaling van de Uitzendrichtlijn heeft immers betrekking op de aard van het werk of het soort functie dat binnen de inlenende onderneming moet worden ingevuld. Evenmin geeft de Uitzendrichtlijn een opsomming van de gevallen waarin gebruikmaking van uitzendwerk gerechtvaardigd kan zijn. De Uitzendrichtlijn stelt alleen *minimumeisen* vast.⁷

De term “tijdelijk” wordt ook gebruikt in artikel 3, lid 1, onder b) tot en met e), van Uitzendrichtlijn, waarin de begrippen “uitzendbureau”, “uitzendkracht”, “inlenende onderneming” en “opdracht” worden gedefinieerd. Het Hof roept in herinnering dat het eerder heeft geoordeeld dat uit deze definities volgt dat de arbeidsverhouding met de inlener naar haar aard tijdelijk is.⁸ Daarnaast herhaalt het Hof dat hoewel artikel 5, lid 5, eerste volzin, bepaalt dat de lidstaten passende maatregelen dienen te nemen om misbruik bij de toepassing van dit artikel te voorkomen, met name dat door achtereenvolgende opdrachten de bepalingen van deze richtlijn worden omzeild, diezelfde bepaling de lidstaten niet verplicht om het gebruik van uitzendarbeid afhankelijk te stellen van de vermelding van redenen van technische aard of redenen die verband houden met productie- of organisatorische vereisten of met de vervanging van personeelsleden.⁹

Kortom, de Uniewetgever heeft de inzet van uitzendarbeid niet willen beperken door uitsluitend toe te staan dat uitzendkrachten een tijdelijke functie vervullen. De Uitzendrichtlijn heeft (ook) tot doel de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen.¹⁰ Daarin vindt het Hof steun voor de uitlegging dat ‘een tijdelijke werknemer ter beschikking kan worden gesteld van een inlenende

⁶ *Daimler*, r.o. 31.

⁷ *Daimler*, r.o. 33.

⁸ *JH/KG*, r.o. 61.

⁹ *Daimler*, r.o. 35; *JH/KG*, r.o. 42.

¹⁰ *JH/KG*, r.o. 51.

onderneming teneinde tijdelijk een functie te vervullen die permanent bestaat en die hij in de toekomst mogelijk in vaste dienst zou kunnen vervullen'.¹¹

Misbruik door lange achtereenvolgende opdrachten

De tweede prejudiciële vraag luidt na herformulering door het Hof: moeten artikel 1, lid 1, en artikel 5, lid 5, van Uitzendrichtlijn aldus worden uitgelegd dat door het verlengen van achtereenvolgende opdrachten voor dezelfde functie bij een inlenende onderneming voor een duur van 55 maanden, misbruik wordt gemaakt van de toewijzing van achtereenvolgende opdrachten aan een uitzendkracht? Het Hof kan op deze vraag geen eenduidig antwoord geven. De Uitzendrichtlijn bepaalt niet vanaf welke duur de terbeschikkingstelling niet meer als tijdelijk kan worden aangemerkt noch verplicht zij de lidstaten om in het nationale recht een dergelijke tijdsduur vast te stellen. De Uitzendrichtlijn bepaalt nu eenmaal niet welke specifieke maatregelen de lidstaten moeten nemen om te voorkomen dat opeenvolgende opdrachten worden toegewezen met het doel de bepalingen van de Uitzendrichtlijn te omzeilen. Zo hoeft de lidstaat het aantal opdrachten van een uitzendkracht bij dezelfde inlener niet te beperken. Hieruit volgt, aldus het Hof, dat 'richtlijn 2008/104 de lidstaten niet verplicht om een bepaalde regeling ter zake vast te stellen'.¹²

Toch benadrukt het Hof vervolgens dat artikel 5, lid 5, eerste volzin, de lidstaten 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. Het Hof brengt hier het *JH/KG*-arrest in herinnering. In dat arrest had het Hof geoordeeld dat artikel 5, lid 5, twee afzonderlijke verplichtingen bevat: 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 de Uitzendrichtlijn in haar geheel te omzeilen.¹³ De eerste verplichting houdt in passende maatregelen te nemen om te voorkomen dat er misbruik wordt gemaakt van de krachtens artikel 5, leden 2 tot en met 4 van de Uitzendrichtlijn toegestane afwijkingen. De tweede verplichting is 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.¹⁴ Deze tweede verplichting heeft betrekking op alle bepalingen de Uitzendrichtlijn. In *Daimler* herhaalt het Hof dat de lidstaten in het bijzonder ervoor moeten zorgen dat uitzendarbeid, bij dezelfde inlenende onderneming, voor een uitzendkracht geen permanente situatie wordt.¹⁵ Het staat de lidstaten in dit verband vrij om in het nationale recht een precieze tijdsduur vast te stellen waarna een terbeschikkingstelling niet meer als tijdelijk kan worden aangemerkt, met name wanneer opeenvolgende verlengingen van de terbeschikkingstelling van een uitzendkracht aan

¹¹ *Daimler*, r.o. 37.

¹² *Daimler*, r.o. 55.

¹³ Zie ook N. Zekić, 'Misbruik van uitzendwerk – Het Hof van Justitie EU geeft nadere uitleg', *ArbeidsRecht* 2021/6.

¹⁴ *JH/KG*, r.o. 57.

¹⁵ *JH/KG*, r.o. 55 en 60; *Daimler*, r.o. 56.

dezelfde inlenende onderneming zich over langere tijd uitstrekken. Het Hof vervolgt: “Dit neemt niet weg dat een dergelijke tijdsduur overeenkomstig artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104 noodzakelijkerwijs tijdelijk van aard moet zijn, dat wil zeggen, volgens de betekenis van die term in de omgangstaal, in de tijd beperkt moet zijn.”¹⁶

Nationale rechters

Indien de toepasselijke regeling van een lidstaat niet een dergelijke tijdsduur vaststelt, staat het aan de nationale rechters om deze in elk concreet geval te bepalen aan de hand van alle relevante omstandigheden, waaronder met name de specifieke kenmerken van de sector en om zich ervan te vergewissen dat de toewijzing van achtereenvolgende opdrachten aan een uitzendkracht niet tot doel heeft de doelstellingen van de Uitzendrichtlijn en in het bijzonder de tijdelijke aard van uitzendarbeid te omzeilen. Het Hof benoemt vervolgens de overwegingen waarmee de nationale rechter rekening mee kan houden. Wanneer de opdrachten bij dezelfde inlener tot gevolg hebben dat de duur van de terbeschikkingstelling 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. Minder concreet is de volgende overweging van het Hof. “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.”¹⁷ 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 de Uitzendrichtlijn wordt omzeild, te meer wanneer het dezelfde uitzendkracht is die op basis van de betrokken reeks overeenkomsten bij de inlenende onderneming wordt tewerkgesteld.

Overgangsbepaling

De volgende vraag die aan bod komt, is of Uitzendrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling die een maximumduur vaststelt voor de terbeschikkingstelling van een uitzendkracht aan dezelfde inlenende onderneming, maar waarbij, op grond van een overgangsbepaling, perioden van vóór de inwerkingtreding van deze regeling niet in aanmerking worden genomen voor de berekening van die duur. Zo ja, dan wenst de verwijzende rechter te vernemen of hij, in een geding tussen uitsluitend particulieren, gehouden is een dergelijke overgangsbepaling buiten toepassing te laten.

Het Hof merkt op dat aangezien de lidstaten uiterlijk op 5 december 2011 de Uitzendrichtlijn geïmplementeerd moesten hebben, ervan moet worden uitgegaan dat zij vanaf die datum verplicht waren om te waarborgen dat uitzendkrachten niet ter beschikking

¹⁶ *Daimler*, r.o. 57.

¹⁷ *Daimler*, r.o. 61.

zouden worden gesteld voor een dusdanig lange periode dat deze niet meer als tijdelijk kan worden aangemerkt.¹⁸ Een overgangsbepaling mag geen afbreuk doen aan het nuttige effect van de bescherming die de Uitzendrichtlijn biedt. Het is aan de nationale rechter om te onderzoeken of de overgangsbepaling hieraan voldoet.

Hoewel de nationale rechter het nationale recht zoveel mogelijk in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn moet uitleggen, gelden hier evenwel bepaalde beperkingen. De richtlijn kan niet dienen als grondslag voor uitlegging *contra legem*.¹⁹ Met een richtlijn kunnen geen verplichtingen worden opgelegd aan particulieren en een richtlijn kan als zodanig dus niet tegenover een particulier worden ingeroepen voor een nationale rechter. Een nationale rechter mag derhalve niet op grond van een bepaling van een richtlijn, zelfs al is deze duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk, een hiermee strijdige bepaling van zijn nationale recht buiten toepassing laten indien aldus een extra verplichting wordt opgelegd aan een particulier.²⁰ Een nationale rechter bij wie een geding tussen uitsluitend particulieren aanhangig is, is dus niet verplicht een strijdige overgangsbepaling buiten toepassing te laten.²¹

Subjectief recht

Vervolgens wordt de vraag beantwoord of uitzendkrachten aan het Unierecht een subjectief recht kunnen ontlenen op het ontstaan van een arbeidsverhouding met de inlener wanneer het nationale recht niet in een sanctie voorziet op de niet-naleving van de Uitzendrichtlijn door uitzendbureaus of inleners.²²

Artikel 10 van de Uitzendrichtlijn verplicht de lidstaten om passende maatregelen te treffen voor het geval uitzendbureaus of inlenende ondernemingen deze richtlijn niet naleven. De lidstaten zijn echter vrij te kiezen welke sancties geschikt zijn om het doel van de Uitzendrichtlijn te verwezenlijken. Een uitzendkracht kan dus aan het Unierecht geen subjectief recht ontlenen op het ontstaan van een arbeidsverhouding met die inlener.²³ Het Hof voegt hieraan toe dat de uitzendkracht zich wel kan beroepen op de rechtspraak die voortvloeit uit het *Francovich*-arrest om eventueel vergoeding van de geleden schade te verkrijgen wanneer het nationale recht niet in overeenstemming is met het Unierecht.²⁴

Afwijkingen bij cao

Het Hof buigt zich tot slot over de vraag of de Uitzendrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling waarbij de sociale partners worden gemachtigd om, op het niveau van de sector van de inlenende ondernemingen, af te wijken

¹⁸ *Daimler*, r.o. 72.

¹⁹ Zie *Daimler*, r.o. 77 en aldaar genoemde rechtspraak.

²⁰ Zie *Daimler*, r.o. 81 en aldaar genoemde rechtspraak.

²¹ Zoals hieronder wordt toegelicht, kan er wel recht bestaan op schadevergoeding.

²² In deze zaak is het nog de vraag of Duits recht inderdaad niet voorziet in een sanctie vóór 1 april 2017, zoals de verwijzende rechter stelde. Voor die tijd werd namelijk de vergunning ingetrokken wanneer de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht niet tijdelijk van aard was, zie r.o. 90.

²³ *Daimler*, r.o. 97.

²⁴ HvJ EU 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, EU:C:1991:428 (*Francovich*); HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12, EU:C:2014:2 (*Association de médiation sociale*).

van de in die regeling vastgestelde maximumduur voor de terbeschikkingstelling van uitzendkrachten. Volgens de verwijzende rechter hebben de sociale partners, gelet op artikel 5, lid 3 van de Uitzendrichtlijn, uitsluitend de bevoegdheid om af te wijken van het beginsel van gelijke behandeling en geen bevoegdheid met betrekking tot het regelen van de duur van de terbeschikkingstelling. Het Hof ziet dit echter anders. Volgens het Hof is de rol van de sociale partners bij de uitvoering van de Uitzendrichtlijn groter. In de Uitzendrichtlijn is hen een breed werkterrein toebedeeld.²⁵ De prejudiciële vraag wordt derhalve ontkennend beantwoord. De Uitzendrichtlijn verzet zich dus niet tegen een nationale regeling waarbij de sociale partners worden gemachtigd om, op het niveau van de sector van de inlenende ondernemingen, af te wijken van de in die regeling vastgestelde maximumduur voor de terbeschikkingstelling van uitzendkrachten.

3. Analyse

Langdurige uitzendconstructies

Er zijn verschillende (empirische) studies verricht naar uitzendwerk in Nederland. Daaruit blijkt dat in de afgelopen jaren het langdurige verblijf in uitzendwerk steeds is toegenomen: “Uitzendwerknemers blijven sinds 2006 steeds langer werken in uitzendbanen, ongeacht de economische conjunctuur, niet alleen op korte termijn, ook op langere termijn.”²⁶ Van de mensen die in 2014 als uitzendwerknemer begonnen te werken, verrichtte 21% na drie jaar nog steeds uitzendwerk; nog eens 23% was uitgestroomd naar ander tijdelijk werk. Diris en Van Vliet stellen vast dat 16% van de uitzendkrachten ook 10 jaar later nog in de uitzendsector werkt.²⁷ Zij zien ook dat na 10 jaar 60% van de mensen die in 2010 werkzaam waren als uitzendkracht uiteindelijk werkzaam is op basis van een vast contract. Maar de overstap naar een vast contract gaat zelfs bij mensen die aanvankelijk een WW-uitkering ontvingen sneller dan bij uitzendwerkers.²⁸ Zij spreken daarom van een ‘lock-in effect’: wanneer mensen werkzaam zijn in de uitzendsector maken zij minder snel een overstap naar werk met meer zekerheid. Daarnaast is het ‘piek en ziek’ argument wel een belangrijke reden om uitzendwerknemers in te huren, maar niet (meer) het dominante argument voor de inhuur van uitzendwerknemers. Ongeveer twee derde van de uitzendwerknemers wordt ingezet op werkzaamheden bij de inlener die niet tijdelijk zijn maar een structureel karakter hebben.²⁹

Al met al kunnen we constateren dat een aanzienlijk deel van uitzendwerknemers in Nederland langdurig uitzendwerk verricht, waarbij we ook kunnen aannemen dat sommige uitzendwerknemers langdurig bij dezelfde inlener te werk worden gesteld. De uitzendwerknemer heeft te maken met zogenoemd ‘verlicht arbeidsrechtelijk regime’, wat

²⁵ *Daimler*, r.o. 104-107.

²⁶ A. Heyma e.a., *De positie van uitzendwerknemers. Ontwikkelingen 1998 – 2019*, SEO Economisch Onderzoek, Amsterdam februari 2020, p. 48-49.

²⁷ R. Diris en O. van Vliet, ‘De langetermijnontwikkeling van uitzendwerkers op de arbeidsmarkt’, in F. Laagland en J. Kloostera (red.), *Driehoeksverhoudingen in het arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (nog te verschijnen in 2023).

²⁸ *Idem*.

²⁹ A. Heyma e.a., *De positie van uitzendwerknemers. Ontwikkelingen 1998 – 2019*, SEO Economisch Onderzoek, Amsterdam februari 2020, p. 41.

kort gezegd betekent dat de uitzendwerknemer arbeidsrechtelijk gezien een (aanzienlijk) minder gunstige positie heeft dan een werknemer direct in dienst bij de inlener. Tegelijk laten de empirische studies zien – zoals hierboven aangehaald – dat de opstapfunctie van uitzendwerk in veel gevallen te wensen overlaat. De praktijk laat zien dat de opstapfunctie het beste is gediend wanneer de werknemer uitzendwerk snel verlaat en direct in dienst treedt bij een werkgever (al dan niet de oude inlener). Dat is ook wat de Uitzendrichtlijn vereist: dat lidstaten passende maatregelen nemen om het tijdelijke karakter van uitzendwerk te waarborgen. De vraag is of Nederland daaraan voldoet.

Wat houdt het tijdelijke karakter van uitzendwerk in?

De term “tijdelijk” wordt tamelijk vaak in de Uitzendrichtlijn gebruikt, bijvoorbeeld om het toepassingsbereik aan te geven of de belangrijkste begrippen te definiëren. Het lijkt dan ook geen grote stap om op basis daarvan te zeggen: uitzendwerk is tijdelijk werk. Maar de term “tijdelijk” ziet niet op het werk of de functies die verricht worden, maar op de wijze waarop een werknemer bij de inlener ter beschikking wordt gesteld, zo kunnen we uit de jurisprudentie van het Hof afleiden. Een uitzendwerknemer werkt dus tijdelijk bij de inlener.

Het Hof heeft reeds eerder in het *JH/KG*-arrest geoordeeld dat uit de definities die gebruikt worden in de Uitzendrichtlijn volgt dat de arbeidsverhouding met een inlenende onderneming naar haar aard tijdelijk is.³⁰ In *Daimler* voegt het Hof hieraan toe dat met de term “tijdelijk” in de Uitzendrichtlijn niet beoogd is de toepassing van uitzendarbeid te beperken tot functies die niet permanent bestaan of worden ingevuld ter vervanging van iemand, aangezien deze term niet wordt gebruikt ter omschrijving van de bij de inlenende onderneming te vervullen functie. De term tijdelijk wordt gebruikt ter omschrijving van “de wijze waarop een werknemer bij die onderneming ter beschikking wordt gesteld”.³¹ Het is dus duidelijk dat het werk dat de uitzendkracht verricht niet tijdelijk hoeft te zijn. Op die manier heeft de Uniewetgever de inzet van uitzendarbeid niet willen beperken.³² Dit is belangrijk voor de Nederlandse discussie over uitzendarbeid waar vaak gesproken wordt over het probleem dat uitzendwerk niet voor ‘ziek en piek’ wordt gebruikt, maar steeds meer voor structureel werk.³³ Duidelijk is dat de Uitzendrichtlijn niet vereist dat uitzendwerk alleen voor ‘ziek en piek’ wordt gebruikt. Hoewel er aanwijzingen zijn dat dit juist wel de bedoeling was van de Nederlandse wetgever, is de Nederlandse wetgever hierover nooit expliciet geweest. De tekst van art. 7:690 BW vereist in elk geval niet dat de bij de derde te verrichten arbeid tijdelijk is en de Hoge Raad heeft uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:690 BW geconcludeerd dat daaruit niet kan worden afgeleid dat voor het aannemen van een uitzendovereenkomst andere vereisten gelden dan vermeld in deze bepaling.³⁴

Impliciete aanwijzingen in de richting van de bedoeling van de Nederlandse wetgever dat uitzendwerk primair voor ‘ziek en piek’ gebruikt zou moeten worden, zijn er wel. Met name

³⁰ *JH/KG*, r.o. 61.

³¹ *Daimler*, r.o. 31.

³² *Daimler*, r.o. 36.

³³ Zie bijv. E.M. Kneppers-Heijnert en W.W. Wijnbeek, ‘Zelfstandige of werknemer in de arbeidsgevaardendriehoek’, *TAC* 2021, nr. 2, p. 81.

³⁴ HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*Care4are*).

sinds de invoering van de Wwz is de wetgever gebruik gaan maken van de termen ‘oneigenlijk gebruik van flexibele contracten’ om aan te geven dat in sommige gevallen gebruik van flexibele arbeid ongewenst is.³⁵ Dit narratief van ‘oneigenlijk gebruik’ geeft echter weinig sturing voor de praktijk.³⁶ De ondernemingen die oneigenlijk gebruikmaken van flexibele arbeid doen misschien iets wat onwenselijk is, maar wat juridisch gezien vaak gewoon mag. Het is daarnaast moeilijk in elk concreet geval vast te stellen wat nu het doorslaggevende motief is geweest voor de inhuur van uitzendkrachten.³⁷

In die zin maakt *Daimler* mijns inziens de discussie eenvoudiger: het is op grond van de Uitzendrichtlijn niet verplicht dat uitzendwerknemers werk verrichten dat tijdelijk van aard is, zoals bij ‘ziek en piek’. Uitzendkrachten kunnen dus *tijdelijk* functies vervullen die permanent bestaan bij de inlenende onderneming. Het is wellicht eenvoudiger, maar het kan ook als een teleurstellende uitkomst worden gezien. De inlener kan, ondanks de doorgaans hogere kosten die daarmee gemoeid zijn, steeds andere uitzendkrachten inhuren voor permanente posities, bijvoorbeeld omdat hij het aantal werknemers in (vaste) dienst wil beperken voor het geval krimp in de formatie op enig moment nodig zou zijn. Dat is vaak het gemakkelijkst bij laagbetaald werk, dat wordt verricht door werknemers die, gezien hun kwetsbare positie, juist de meeste bescherming nodig hebben. Ook aan de inzet van (steeds nieuwe) arbeidsmigranten op permanente functies hoeft hierdoor niets te veranderen, hoewel de misstanden (arbeidsuitbuiting inbegrepen) bij de inzet van arbeidsmigranten door malafide uitzendbureaus al enige tijd bekend zijn.³⁸ Wanneer de lidstaten dat onwenselijk vinden, *kunnen* ze verder gaan dan de minimumbescherming die de Uitzendrichtlijn biedt en langs de weg van artikel 4 van de richtlijn de inzet van uitzendwerk beperken door voorwaarden te stellen aan de aard van het werk of het soort arbeidsplaats dat binnen de inlenende onderneming wordt verricht. Dat kan ook per sector verschillend zijn. Zo is in België en Duitsland inhuur van uitzendkrachten in de bouwsector alleen in uitzonderlijke gevallen toegestaan.³⁹ Tijdens de Covid-pandemie is in Duitsland inhuur van uitzendkrachten ook in de vleesverwerkende industrie verboden gesteld. Daarnaast hebben deze landen, net als bijvoorbeeld Spanje, Italië, Frankrijk en Luxemburg, door wettelijke maatregelen of cao’s uitzendwerk beperkt tot ‘piek-en-ziek’ of situaties waarbij geen sprake is van normale bedrijfsarbeid, om zo verdringing van werknemers op vaste contracten te voorkomen. Mits in lijn met artikel 4 van de Uitzendrichtlijn *kunnen* de lidstaten weldegelijk

³⁵ Zie bijv. *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 818, nr. 3 (MvT), p. 4; *Kamerstukken I 2013-2014*, 33 818, nr. C, p. 27.

³⁶ Zie ook N. Zekić, ‘Uitzendwerk gezien vanuit de grondslagen van het arbeidsrecht’, in F. Laagland en J. Kloostera (red.), *Driehoeksverhoudingen in het arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (nog te verschijnen in 2023).

³⁷ Dit heeft Jansen ook betoogd t.a.v. contracting, zie N. Jansen ‘Contracting en ontduiking van collectieve afspraken: over onwenselijkheid en (juridische) constructies’, position paper i.o.v. het Ministerie van SZW, 2020, p. 2.

³⁸ Zie bijv. het zogenoemde Roemer-rapport van Aanjaagteam bescherming arbeidsmigranten, ‘Geen tweederangsburgers. Aanbevelingen om misstanden bij arbeidsmigranten in Nederland tegen te gaan’, bijlage bij de brief van 30 oktober 2020, *Kamerstukken II 20/21*, 29861. Zie recentelijk ook C. Rijken en E. de Volder, ‘Arbeidsuitbuiting onder de loep. Een analyse van de uitleg van arbeidsuitbuiting in Nederland’, onderzoek in opdracht van FNV en CoMensha, augustus 2022.

³⁹ Zie bijv. C. Hiessl, ‘Working, Yet Poor: A Comparative Appraisal’, in In L. Ratti (red.), *In-work poverty in Europe: Vulnerable and under-represented persons in a comparative perspective*, Bulletin of Comparative Labour Relations, Kluwer Law International 2022, p. 339.

dergelijke voorwaarden stellen aan de inhuur van uitzendkrachten, maar op basis van de Uitzendrichtlijn is het dus niet verplicht.

Daar staat tegenover dat de aard van de relatie tussen de inlenende onderneming en de uitzendkracht wel tijdelijk moet zijn.⁴⁰ De lidstaten moeten ervoor zorgen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming voor een uitzendkracht geen permanente situatie wordt.⁴¹ Lidstaten moeten ‘passende maatregelen’ nemen om misbruik te voorkomen zoals in lid 5 van artikel 5 van de Uitzendrichtlijn is bepaald, met name wanneer het gaat om opeenvolgende uitzendopdrachten. De lidstaten zijn vrij in het bepalen welke passende maatregelen ze nemen en, als een lidstaat daar als onderdeel van dergelijke maatregelen toe zou overgaan, te bepalen wat ‘tijdelijk’ concreet inhoudt. Het Hof geeft wel – met name in het *JH/KG*-arrest – wat sturing in hoe de lidstaten het tijdelijke karakter van uitzendarbeid dienen te waarborgen. Net als in eerdere arresten over flexibele arbeid, herhaalt het Hof dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de standaard is. Het oogmerk van de Uniewetgever was volgens het Hof om de arbeidsvoorwaarden van uitzendwerk dichter in de buurt te brengen van de arbeidsvoorwaarden van ‘normale’ arbeidsverhoudingen. Volgens het Hof is een van de doelen van de Uitzendrichtlijn om de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen.⁴² Het Hof overweegt dat de antimisbruikbepaling aldus moet worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzet dat een lidstaat *geen* maatregelen neemt om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen.⁴³

Mijns inziens heeft Nederland *geen* passende maatregelen genomen om te waarborgen dat de uitzendkracht tijdelijk bij de inlener te werk wordt gesteld. De minister van SZW erkent dat ook in de Hooflijnenbrief Arbeidsmarktbeleid van 2022: “Nederland heeft tot nu toe geen expliciete waarborgen om te voorkomen dat uitzendkrachten permanent aan een inlener ter beschikking worden gesteld.”⁴⁴ De meest voor de hand liggende maatregel is dan ook om een maximale tijdsduur voor de terbeschikkingstelling in de wet op te nemen, met eventueel de mogelijkheid om die duur bij cao te verlengen, zoals in Duitsland is gedaan en zoals de Commissie Borstlap heeft voorgesteld.⁴⁵ De Uitzendrichtlijn verplicht dit niet, maar staat er ook niet aan de weg. Het Hof overweegt in *Daimler* expliciet dat het de lidstaten vrijstaat om in het nationale recht een precieze tijdsduur vast te stellen waarna een terbeschikkingstelling niet meer als tijdelijk kan worden aangemerkt.⁴⁶ Een dergelijke tijdsduur moet noodzakelijkerwijs tijdelijk van aard zijn, dat wil zeggen in de tijd beperkt.

Rol van de rechter

Het Hof ziet een grote rol weggelegd voor de nationale rechter om de juridische kwalificatie van de arbeidsverhouding te toetsen aan zowel de Uitzendrichtlijn zelf als aan het nationale

⁴⁰ *JH/KG*, r.o. 61; *Daimler*, r.o. 34.

⁴¹ *JH/KG*, r.o. 60; *Daimler*, r.o. 56.

⁴² Een doelstelling die met name tot uiting komt in artikel 6, leden 1 en 2, van de richtlijn. Zie *JH/KG*, r.o. 51.

⁴³ *JH/KG*, r.o. 63; *Daimler*, r.o. 67.

⁴⁴ Brief Minister SZW Hooflijnenbrief Arbeidsmarktbeleid p. 12.

⁴⁵ Commissie Regulering van Werk, *In wat voor land willen we werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, eindrapport 23 januari 2020, p. 73.

⁴⁶ *Daimler*, r.o. 57.

recht en om na te gaan of er sprake is van misbruik in de zin van artikel 5 lid 5 van de richtlijn.⁴⁷ Indien de toepasselijke regeling van een lidstaat niet een maximumduur voor de terbeschikkingstelling vaststelt, is het aan de nationale rechters om in elk concreet geval de maximumduur te bepalen aan de hand van alle relevante omstandigheden. Het HvJ benoemt expliciet dat de rechter daarbij met name moet kijken naar de specifieke kenmerken van de sector.⁴⁸ Indien de duur van de terbeschikkingstelling bij de inlener langer is dan wat in het gegeven geval redelijkerwijs als tijdelijk kan worden aangemerkt, kan dit een aanwijzing zijn voor misbruik. Wanneer vervolgens geen objectieve verklaring wordt gegeven voor de langere duur van de terbeschikkingstelling – waarover later meer – 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 één van de bepalingen van de Uitzendrichtlijn wordt omzeild.

Het geheel van de rechterlijke toetsing zoals het Hof voor ogen heeft, kan ingepast worden in ons systeem waar we al bekend zijn met juridische concepten zoals misbruik van recht en schijnconstructies en de bijbehorende sancties.⁴⁹ Hoewel een uitzendkracht geen subjectief recht kan ontlenen aan de Uitzendrichtlijn op het ontstaan van een arbeidsverhouding met de inlener wanneer de terbeschikkingstelling niet meer als tijdelijk is aan te merken, behoort dit wel tot de mogelijke sancties. De manier waarop het hof en de Hoge Raad in de *Taxi Dorenbos-zaak*⁵⁰ door de driehoeksverhouding ‘heen prikken’ zou dus een voorbeeld kunnen zijn hoe de nationale rechter misbruik kan sanctioneren, al is de verhouding met het *ABN AMRO/Malhi-arrest*⁵¹ niet uitgekristalliseerd.

Zoals gezegd dienen de nationale rechters volgens het HvJ, indien een maximumtermijn voor terbeschikkingstelling ontbreekt, deze termijn “in elk concreet geval te bepalen aan de hand van alle relevante omstandigheden, waaronder met name de specifieke kenmerken van de sector”.⁵² Dit is echter erg omslachtig, casuïstisch en biedt, zoals gezegd, de praktijk weinig houvast. Jansen legt uit hoe het ontbreken van een wettelijk kader om het tijdelijke karakter van uitzendwerk te waarborgen een last legt op de schouders van de nationale rechter om het Nederlandse uitzendregime ‘Richtlijn-proof’ te laten zijn.⁵³ Daaraan kan toegevoegd worden dat door het ontbreken van de wettelijke regeling de bal bij de rechtszoekende wordt gelegd, in dit geval de uitzendwerknemer, die zich vaak in een kwetsbare positie bevindt. Een duidelijke (nationale of sectorale) maatstaf voor wat nu redelijkerwijs als tijdelijk kan worden aangemerkt, zou daarin een significante verbetering betekenen. Uit de Uitzendrichtlijn en de jurisprudentie van het HvJ kan de uitzendwerknemer wel afleiden dat zijn werk bij de inlener tijdelijk zou moeten zijn, maar veel meer handvatten heeft hij niet. Wat overblijft is een onduidelijk juridisch kader en daarmee een zeer aanzienlijk procesrisico.

⁴⁷ *JH/KG*, r.o. 67.

⁴⁸ Hierbij zou men m.i. kunnen kijken naar de ketenregeling zoals die in de specifieke sector- of ondernemingscao is neergelegd.

⁴⁹ Zie N. Jansen, ‘Een structurele personeelsbehoefte en uitzendwerk: een moeizame combinatie’, *ArA* 2022, nr. 2, p. 57.

⁵⁰ HR 21 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:312.

⁵¹ HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186.

⁵² *Daimler*, r.o. 58.

⁵³ N. Jansen, ‘Een structurele personeelsbehoefte en uitzendwerk: een moeizame combinatie’, *ArA* 2022, nr. 2, p. 61.

Wanneer de hobbel van de tijdelijkheid genomen is en vaststaat dat een uitzendwerknemer op basis van achtereenvolgende opdrachten bij dezelfde inlener te werk wordt gesteld voor de duur die langer is dan wat redelijkerwijs als ‘tijdelijk’ kan worden aangemerkt, dan is daarmee niet gezegd dat gehandeld is in strijd is met de Uitzendrichtlijn. Dit gegeven is immers alleen een *aanwijzing* voor misbruik in de zin van artikel 5, lid 5 van de Uitzendrichtlijn. Er kan sprake zijn van een *objectieve verklaring* voor het feit dat de betrokken inlener gebruikmaakt van achtereenvolgende uitzendovereenkomsten. Een objectieve verklaring kan dus een langere duur rechtvaardigen wanneer de wet geen concrete handvatten biedt om de maximumduur te bepalen. Ook dit is casuïstisch en daarom is ook hier onduidelijk en dus onvoorspelbaar wat we ons precies hierbij moeten voorstellen. Wat kan een objectieve verklaring zijn voor het feit dat een uitzendwerknemer langer ter beschikking wordt gesteld dan wat redelijkerwijs als ‘tijdelijk’ kan worden aangemerkt, terwijl de functie die deze uitzendwerknemer vervult zonder problemen permanent van aard kan zijn? Kan het feit dat het uitzendbureau geen andere geschikte uitzendkracht kon uitlenen een objectieve verklaring zijn voor een langdurige terbeschikkingstelling? In het arrest zijn geen aanwijzingen te vinden voor wat een objectieve verklaring zou kunnen zijn, behalve dat die verklaring ook per sector kan verschillen. Bovendien is het nog onduidelijk of er *meer* nodig is om misbruik vast te stellen, bijvoorbeeld dat een bepaalde intentie bewezen moet worden bij het uitzendbureau en/of de inlener om de wettelijke regels te omzeilen.⁵⁴

Bescherming door gelijke behandeling ten opzichte van werknemers van de inlener

Het Hof benadrukt in *Daimler* dat de Uitzendrichtlijn alleen minimumeisen stelt. Daarbij verwijst het Hof naar het *JH/KG*-arrest waarin geoordeeld was dat deze minimumeisen ten doel hebben de naleving van het in artikel 5 van deze richtlijn neergelegde beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten te waarborgen en de door de lidstaten vastgestelde verbodsbepalingen en beperkingen inzake uitzendarbeid te heroverwegen teneinde alleen die verbodsbepalingen en beperkingen te handhaven die om redenen van algemeen belang gerechtvaardigd zijn en die verband houden met de bescherming van de werknemers, zoals bepaald in artikel 4 van deze richtlijn.⁵⁵ Het Hof laat volgens mij hiermee zien dat de Uitzendrichtlijn een compromis is tussen aan de ene kant het faciliteren van uitzendwerk door beperkingen op de inzet van uitzendwerk alleen onder voorwaarden van algemeen belang⁵⁶ toe te staan en aan de andere kant het uitzendwerk zo veel mogelijk in de buurt brengen van normale arbeidsrelaties met name door de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling. In het *Luso Temp*-arrest – dat ongeveer twee maanden na *Daimler* is geweest – geeft het Hof in lijn met dit compromis een brede uitlegging van het beginsel van gelijke behandeling.⁵⁷ Zwemmer constateert dat het Hof geen strikte eisen

⁵⁴ Zie bijv. A. Mechelynck, ‘Misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor uitzendarbeid: een mijlpaalarrest van het Hof van Justitie’, *Arbeidsrecht Journaal* 2022.

⁵⁵ *JH/KG*, r.o. 41.

⁵⁶ Algemeen belang dient met name verband te 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.

⁵⁷ HvJ EU 12 mei 2022, C-426/20, ECLI:EU:C:2022:373, *JAR* 2022/145 m.nt. Zwemmer.

stelt aan het langdurig ter beschikking stellen van uitzendkrachten en in plaats daarvan meer lijkt te zien in een ruime uitleg van het gelijkebeloningsvoorschrift.⁵⁸

Sommige Nederlandse auteurs zijn van mening dat de arresten *JH/KG* en *Daimler* geen consequenties hebben voor de Nederlandse situatie juist vanwege de bescherming die geboden wordt door gelijke behandeling die in Nederland verder gaat dan de ‘essentiële arbeidsvoorwaarden’, het beschermingsniveau dat de Uitzendrichtlijn minimaal vereist.⁵⁹ In de literatuur wordt inderdaad verschillend gedacht over de consequenties van de arresten *JH/KG* en *Daimler* voor de Nederlandse situatie en het Hof maakt verschil van mening mogelijk door veel ruimte open te laten voor lidstaten voor specifieke maatregelen en in feite weinig écht te vereisen.⁶⁰ Feit blijft echter, dat uitzendwerk in de Uitzendrichtlijn gedefinieerd wordt als tijdelijk werk en ook uit de in de richtlijn gehanteerde definities leidt het Hof uitdrukkelijk af dat de arbeidsverhouding met de inlener naar haar aard tijdelijk is.⁶¹ Lidstaten hebben voorts de verplichting het tijdelijke karakter van uitzendwerk te waarborgen.⁶² Dat de Nederlandse uitzendwerknemers bepaalde rechten hebben, die overigens zeker niet gelijk zijn aan de rechten van ‘normale’ werknemers, doet niet af aan het feit dat de Nederlandse wet niet voldoet aan het bieden van een waarborg dat deze werknemers tijdelijk bij de inlener werken.

4. Conclusie

Het *Daimler*-arrest heeft op één punt duidelijkheid gebracht, namelijk dat gehanteerde term ‘tijdelijk’ zich er niet tegen verzet dat een uitzendwerknemer ter beschikking wordt gesteld van een inlenende onderneming teneinde een functie te vervullen die permanent bestaat zonder daarbij iemand te vervangen. Het is de relatie met de inlener die tijdelijk moet zijn. Uitzendkrachten mogen dus slechts op tijdelijke basis bij de inlener werken. *Daimler* laat echter nog veel vragen onbeantwoord, omdat het geen specifieke eisen stelt aan de manier waarop de tijdelijkheid van uitzendwerk moet worden gewaarborgd. De lidstaten zijn vrij om een maximumtermijn aan terbeschikkingstelling te verbinden, maar zijn hiertoe niet verplicht. Ontbreekt die termijn, dan staat het aan de nationale rechters om deze in elk concreet geval te bepalen aan de hand van alle relevante omstandigheden, waaronder met name de specifieke kenmerken van de sector en om zich ervan te vergewissen dat de toewijzing van achtereenvolgende opdrachten aan een uitzendkracht niet tot doel heeft de doelstellingen van de Uitzendrichtlijn en in het bijzonder de verplichte tijdelijke aard van uitzendarbeid te omzeilen. Ons systeem biedt nog weinig handvatten voor deze rechterlijke toetsing. Mijns inziens is het beter – zoals ook vaker is voorgesteld – om een maximumtermijn aan terbeschikkingstelling te (her)introduceren. Dat biedt niet alleen meer

⁵⁸ Noot Zwemmer, *JAR* 2022/145.

⁵⁹ Zie bijv. E.M. Hoogeveen in haar noot bij HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, EU:C:2022:196, *JAR* 2022/109.

⁶⁰ Zie bijv. S. Palm, ‘Hof van Justitie: terbeschikkingstelling van uitzendkracht is tijdelijk. Gevolgen voor de praktijk?’, *TAP* 2022/149. Volgens hem uit het HvJ alleen een wens dat de lidstaten (zowel de wetgevende macht als de rechterlijke macht) maatregelen nemen om het tijdelijke karakter van terbeschikkingstellingen te waarborgen.

⁶¹ *JH/KG*, r.o. 61; *Daimler*, r.o. 34.

⁶² *JH/KG*, r.o. 63; *Daimler*, r.o. 67.

rechtszekerheid voor vaak kwetsbare werknemers, maar dient ook de opstapfunctie van uitzendwerk.