



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Permanente overplaatsing personeel valt niet binnen de reikwijdte van de Uitzendrichtlijn

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). Permanente overplaatsing personeel valt niet binnen de reikwijdte van de Uitzendrichtlijn. 201. Case note on: HvJ EU, 22/06/23, C-427/21, ECLI:EU:C:2023:505 *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 32(11), 2279-2289.

**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.

## 201

**Permanente overplaatsing personeel valt niet binnen de reikwijdte van de Uitzendrichtlijn**

Hof van Justitie EU  
22 juni 2023, nr. C-427/21, ECLI:EU:C:2023:505  
(mr. Xuereb, mr. Kumin, mr. Ziemele)  
Noot mr. dr. J.P.H. Zwemmer

**Overgang van onderneming. Verzet. Permanente terbeschikkingstelling.**

[Richtlijn 2008/104/EG art. 1]

*De werknemer sluit in 2000 een arbeidsovereenkomst met de werkgever. Op de overeenkomst is de cao voor de openbare dienst van toepassing. In die overeenkomst staat dat de werknemer gehouden is de overeengekomen arbeidsprestatie op verzoek van de werkgever bij een derde voort te zetten als de taken van de werknemers aan die derde worden overgedragen. In die situatie blijft de arbeidsverhouding met de werkgever bestaan. In 2018 hevelt de werkgever de diensten post, archieven en bibliotheek alsook de taken van de werknemer over naar een dochtervennootschap. De werknemer maakt gebruik van zijn recht van verzet tegen de overgang van zijn arbeidsverhouding naar die dochteronderneming. De werknemer wordt wel verplicht om zijn arbeid (permanent) te verrichten bij de dochtervennootschap. De werknemer vraagt de Duitse rechter om vast te stellen dat hij niet verplicht is om zijn arbeidsprestatie permanent bij de dochtervennootschap te verrichten. Het 'Bundesarbeitsgericht' vraagt zich af of de overplaatsing van personeel onder voortzetting van de arbeidsverhouding met de huidige werkgever, zoals bedoeld in de cao, binnen de reikwijdte van Richtlijn 2008/104/EG (Uitzendrichtlijn) valt.*

*Het Hof stelt vast dat de situatie niet binnen de werkingssfeer van de Richtlijn valt. De Richtlijn ziet op de gevallen waarin een werknemer ter beschikking wordt gesteld van een inlenende onderneming om aldaar onder toezicht en leiding 'tijdelijk' te werken. Met 'tijdelijk' wordt niet bedoeld om uitzendarbeid te beperken tot functies die niet*

*permanent bestaan of die worden ingevuld ter vervanging van iemand. De term ziet op de wijze waarop een werknemer bij de inlenende onderneming ter beschikking wordt gesteld. De werkgever moet de bedoeling hebben om de werknemer tijdelijk ter beschikking te stellen. In dit geval wordt aan deze voorwaarde niet voldaan. De werknemer is in dienst genomen om specifieke taken van zijn werkgever uit te voeren waarbij niet het oogmerk bestond de werknemer ter beschikking te stellen aan een andere onderneming. Een voornemen tot tijdelijke terbeschikkingstelling ontbrak eveneens toen de werknemer, als gevolg van het beroep op het recht op verzet bij overgang van onderneming, bij de werkgever in dienst bleef en aan de dochteronderneming ter beschikking werd gesteld. De Richtlijn ziet niet op vaste arbeidsverhoudingen. Elk risico van misbruik of omzeiling van de Richtlijn is hier uitgesloten omdat de arbeidsverhouding, inclusief de arbeidsvoorwaarden, bleef voortbestaan.*

*NB. Het Hof wijst uitdrukkelijk op de tweeledige doelstelling van de Uitzendrichtlijn, namelijk het verzoenen van de behoefte van ondernemingen aan flexibiliteit met de behoefte van werknemers aan zekerheid. In «JAR» 2022/109, m.nt. Hoogveen (Daimler), overwoog het Hof dat de Richtlijn niet tot doel heeft om te bepalen vanaf welke duur terbeschikkingstelling niet meer tijdelijk is. Wel moeten lidstaten op grond van art. 5 lid 5 Richtlijn voorkomen dat terbeschikkingstelling bij dezelfde inlener een permanente situatie wordt. Het is uiteindelijk aan de nationale rechter om aan de hand van alle omstandigheden van het geval in een specifiek geval te bepalen of er sprake is van tijdelijke terbeschikkingstelling. Onderhavige situatie lijkt van andere situaties te verschillen doordat het van meet af aan de bedoeling was dat de werknemer permanent ter beschikking zou worden gesteld en de werknemer in feite zijn eigen werkzaamheden bleef verrichten.*

LD  
tegen  
ALB FILS Kliniken GmbH.

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 1, leden 1 en 2, van richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (PB 2008, L 327, blz. 9).

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen LD, een werknemer, en ALB FILS Kliniken GmbH, zijn voormalige werkgever, over de verplichting die hem was opgelegd om zijn arbeidsprestatie permanent bij A Service GmbH (hierna: “vennootschap A”) te verrichten nadat de taken die hij bij ALB FILS Kliniken verrichtte aan deze vennootschap waren overgedragen.

### *Toepasselijke bepalingen*

#### *Unierecht*

3. De overwegingen 11 en 15 van richtlijn 2008/104 luiden als volgt:

“(11) Uitzendarbeid beantwoordt niet alleen aan de behoeften van de ondernemingen aan flexibiliteit, maar ook aan de behoeften van de werknemers om werk en privéleven te combineren. Aldus draagt het tevens bij tot het scheppen van banen en tot de deelname aan en de inpassing op de arbeidsmarkt.

[...]

(15) Arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd zijn de algemene vorm van arbeidsverhouding. Voor werknemers die aan het uitzendbureau gebonden zijn door een overeenkomst voor onbepaalde tijd dient derhalve, gelet op de specifieke bescherming die de aard van hun arbeidsovereenkomst biedt, in de mogelijkheid te worden voorzien om af te wijken van de regels die in de inlenende onderneming gelden.”

4. Artikel 1 van deze richtlijn, met als opschrift “Toepassingsgebied”, bepaalt:

“1. Deze richtlijn is van toepassing 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.

2. Deze richtlijn is van toepassing op openbare en particuliere ondernemingen die uitzendbureaus of inlenende ondernemingen zijn en een economische activiteit uitoefenen, al dan niet met winstoogmerk.

[...]”

5. Artikel 2 van die richtlijn, met het opschrift “Doel”, luidt:

“Deze richtlijn heeft tot doel de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren door de naleving van het in artikel 5 vervatte beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van de uitzendkrachten

te waarborgen, en uitzendbureaus als werkgever te erkennen, daarbij rekening houdend met de noodzaak om een geschikt kader te creëren voor de gebruikmaking van uitzendwerk teneinde bij te dragen tot de schepping van werkgelegenheid en de ontwikkeling van flexibele arbeidsvormen.”

6. Artikel 3 van deze richtlijn, met als opschrift “Definities”, bepaalt in lid 1:

“In deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

b) ‘uitzendbureau’: iedere natuurlijke of rechtspersoon die, overeenkomstig het nationale recht, een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding aangaat met uitzendkrachten teneinde deze ter beschikking te stellen van inlenende ondernemingen om daar onder toezicht en leiding van deze ondernemingen tijdelijk te werken;

c) ‘uitzendkracht’: 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;

d) ‘inlenende onderneming’: iedere natuurlijke of rechtspersoon voor wie en onder wiens toezicht en leiding een uitzendkracht tijdelijk werkt;

e) ‘opdracht’: de periode tijdens welke de uitzendkracht ter beschikking wordt gesteld van de inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van die onderneming tijdelijk te werken; [...]

7. Artikel 5 van richtlijn 2008/104, met als opschrift “Het beginsel van gelijke behandeling”, bepaalt in de leden 1 en 5:

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

[...]

5. De lidstaten nemen passende maatregelen, overeenkomstig de nationale wetgeving en/of praktijk, met het oog op voorkoming van misbruik bij de toepassing van dit artikel, met name voorkoming van achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van deze richtlijn te omzeilen. [...]

8. Artikel 6 van deze richtlijn, met als opschrift “Toegang tot werk, collectieve voorzieningen en beroepsopleiding”, bepaalt in de leden 1 en 2:

“1. De uitzendkrachten worden ingelicht over de vacatures in de inlenende onderneming opdat zij dezelfde kansen op een vaste baan hebben als de overige werknemers van die onderneming. [...]”

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

#### *Duits recht*

#### *AÜG*

9. Het Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (wet tot regeling van de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten) van 7 augustus 1972 (BGBl. 1972 I, blz. 1393), in de op 3 februari 1995 gepubliceerde versie (BGBl. 1995 I, blz. 158), zoals laatstelijk gewijzigd bij het Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld (wet betreffende de tijdelijke verbetering, wegens de crisis, van de regels inzake vergoedingen voor gedeeltelijke werkloosheid) van 13 maart 2020 (BGBl. 2020 I, blz. 493) (hierna: “AÜG”), bepaalt in § 1, met als opschrift “Terbeschikkingstelling van werknemers, vergunningsplicht”:

“1. Werkgevers die als uitzendbureau in het kader van hun economische activiteit werknemers (uitzendkrachten) ter beschikking willen stellen van derde ondernemingen (inlenende ondernemingen) om daar arbeid te verrichten, moeten over een vergunning beschikken. Werknemers worden ter beschikking gesteld voor het verrichten van arbeid wanneer zij deel uitmaken van de arbeidsorganisatie van de inlenende onderneming en onderworpen zijn aan het gezag van deze laatste. [...] De terbeschikkingstelling van werknemers is tijdelijk, dat wil zeggen tot maximaal de in lid 1b vastgestelde duur, toegestaan. [...]”

1b. Het uitzendbureau mag dezelfde uitzendkracht niet langer dan 18 opeenvolgende maanden ter beschikking stellen van dezelfde inlener; de inlener mag dezelfde uitzendkracht niet langer dan 18 opeenvolgende maanden in dienst hebben. [...]”

3. Deze wet [...] is niet van toepassing op de terbeschikkingstelling van werknemers

[...]

2b) tussen werkgevers, wanneer de taken van een werknemer van de huidige werkgever worden overgedragen aan een andere werkgever en op grond van een collectieve overeenkomst voor de openbare dienst

a) de arbeidsverhouding met de huidige werkgever blijft bestaan en

b) de arbeid in de toekomst zal worden verricht bij de nieuwe werkgever,

[...]

10. § 9 AÜG, met als opschrift “Ongeldigheid”, bepaalt in lid 1:

“Ongeldig zijn

[...]

1b) arbeidsovereenkomsten tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht waarbij de toegestane maximale duur van terbeschikkingstelling zoals bepaald in § 1, lid 1b, wordt overschreden, tenzij de uitzendkracht binnen een maand na de overschrijding van de toegestane maximale duur van terbeschikkingstelling tegenover het uitzendbureau of de inlener schriftelijk verklaart dat hij de arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau wil voortzetten,

[...]

11. Artikel 10 AÜG, met als opschrift “Rechtsgevolgen van ongeldigheid”, bepaalt in lid 1:

“Indien de overeenkomst tussen een uitzendbureau en een uitzendkracht volgens artikel 9 ongeldig is, wordt er geacht tussen de inlener en de uitzendkracht een arbeidsverhouding te zijn ontstaan op het tijdstip dat tussen de inlener en het uitzendbureau voor de aanvang van de werkzaamheden is bedongen; [...] De werktijden die zijn overeengekomen tussen het uitzendbureau en de inlener worden geacht te zijn overeengekomen voor de arbeidsverhouding overeenkomstig de eerste zin. Voor het overige worden de inhoud en de duur van deze arbeidsverhouding bepaald overeenkomstig de voorschriften en andere regels die op die inlenende onderneming van toepassing zijn; bij ontstentenis van dergelijke voorschriften en regels gelden die welke van toepassing zijn op vergelijkbare ondernemingen. Het loon dat de inlenende onderneming aan de uitzendkracht verschuldigd is, is ten minste gelijk aan het loon dat met het uitzendbureau is overeengekomen.”

*BGB*

12. § 613a van het Bürgerliche Gesetzbuch (burgerlijk wetboek; hierna: “BGB”), met als opschrift “Rechten en verplichtingen bij overgang van een onderneming”, bepaalt:

“1) Indien een onderneming of een onderdeel van een onderneming door een rechtshandeling overgaat op een andere eigenaar, treedt deze laatste in de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsverhoudingen. [...]

[...]

6) De werknemer kan binnen een maand na ontvangst van de kennisgeving in de zin van lid 5 schriftelijk bezwaar maken tegen de overgang van zijn arbeidsverhouding. Zijn bezwaar kan bij de vorige werkgever of de nieuwe eigenaar worden ingediend.”

*TVöD*

13. De Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (collectieve arbeidsovereenkomst voor de openbare dienst van toepassing op de federatie van gemeentelijke werkgeversverenigingen) van 13 september 2015 (hierna: “TVöD”) bepaalt in § 4 (“Overplaatsing, detachering, tijdelijke terbeschikkingstelling, overplaatsing van personeel”), lid 3:

“Wanneer taken van werknemers aan een derde worden overgedragen, moet de contractueel overeengekomen arbeidsprestatie op verzoek van de betrokken werkgever bij de derde worden verricht, terwijl de arbeidsverhouding met die werkgever blijft bestaan (overplaatsing van personeel). Aan § 613a BGB en aan de wettelijke opzeggingsrechten wordt geen afbreuk gedaan.

Verklaring in het proces-verbaal betreffende lid 3: Onder overplaatsing van personeel wordt verstaan: een duurzame tewerkstelling bij de derde, terwijl de bestaande arbeidsverhouding wordt voortgezet. [...]

14. Aangezien de verklaring in het proces-verbaal betreffende § 4, lid 3, TVöD voorziet in een autonome definitie van de bestanddelen van de overplaatsing van personeel door de sociale partners, maakt zij een integrerend deel uit van de TVöD en heeft zij dus een normatief karakter.

*Hoofdgeding en prejudiciële vragen*

15. LD, een natuurlijke persoon, heeft in april 2000 een arbeidsovereenkomst gesloten met ALB

FILS Kliniken, een privaatrechtelijke vennootschap die een kliniek exploiteert en waarvan de enige vennoot een publiekrechtelijke rechtspersoon is. De TVöD was van toepassing op de aldus ontstane arbeidsverhouding.

16. In juni 2018 heeft ALB FILS Kliniken de diensten “post”, “archieven” en “bibliotheek” als ook de taken die LD binnen deze diensten verrichtte overgedragen aan vennootschap A (hierna: “in het hoofdgeding aan de orde zijnde overdracht”). Deze vennootschap is een dochteronderneming die door ALB FILS Kliniken is opgericht en waarvan het volledige maatschappelijk kapitaal in handen is van deze laatste.

17. Zoals blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing, heeft de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overdracht in beginsel tot gevolg gehad dat de arbeidsverhouding van LD met ALB FILS Kliniken was overgegaan op vennootschap A. LD heeft echter overeenkomstig § 613a, lid 6, BGB gebruikgemaakt van zijn recht van verzet tegen de overgang van zijn arbeidsverhouding, zodat deze met ALB FILS Kliniken bleef voortbestaan, ook wat betreft de arbeidsvoorwaarden en de contractuele bepalingen die vóór die overdracht van kracht waren.

18. LD was echter verplicht om zijn arbeid te verrichten bij vennootschap A, die in die context zowel technisch als organisatorisch zeggenschap over hem had. Krachtens § 4, lid 3, TVöD had ALB FILS Kliniken het recht om LD permanent ter beschikking te stellen van vennootschap A en had deze laatste het recht om instructies te geven aan LD.

19. LD is van mening dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling in strijd is met het Unierecht, in het bijzonder met richtlijn 2008/104, aangezien zij toestaat dat werknemers permanent ter beschikking worden gesteld. Bijgevolg heeft hij zich tot de rechter gewend met het verzoek om vast te stellen dat hij, ondanks de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overdracht, niet verplicht was om zijn arbeidsprestatie permanent bij vennootschap A te verrichten.

20. Nadat zijn beroep in eerste en tweede aanleg was verworpen, heeft LD bij de verwijzende rechter, het Bundesarbeitsgericht (hoogste federale rechter in arbeidszaken, Duitsland), beroep in *Revision* ingesteld.

21. De verwijzende rechter benadrukt ten eerste dat de uitkomst van het hoofdgeding afhangt van de vraag of de terbeschikkingstelling van LD aan

vennootschap A, die heeft plaatsgevonden op grond van § 4, lid 3, TVöD, binnen de werkings-sfeer van richtlijn 2008/104 valt.

22. Aangezien de overplaatsing van personeel op grond van § 4, lid 3, TVöD vooronderstelt dat er een arbeidsverhouding bestaat tussen de betrokken werkgever en de werknemer die ter beschikking van de derde onderneming is gesteld en dat deze werknemer aan de zeggenschap van die derde onderneming is onderworpen, kan volgens de verwijzende rechter worden aangenomen dat deze arbeidsverhouding wordt uitgevoerd onder “toezicht” en “leiding” van die derde onderneming in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104.

23. De verwijzende rechter is niettemin van oordeel dat de overplaatsing van personeel in de zin van § 4, lid 3, TVöD, gelet op de specifieke kenmerken en de doelstelling ervan – namelijk de inhoud en het voortbestaan van de arbeidsverhouding van de werknemer wiens werkzaamheden permanent worden overgedragen waarborgen –, zo sterk verschilt van het uitzendarbeidsmodel van richtlijn 2008/104 dat zij niet binnen de werkings-sfeer van deze richtlijn valt.

24. Deze rechter merkt namelijk op dat de overplaatsing van personeel in de zin van § 4, lid 3, TVöD betrekking heeft op de permanente overdracht van de taken van een werknemer die aanvankelijk in dienst was genomen om specifieke taken van zijn werkgever uit te voeren, aan een derde, teneinde die werknemer, wiens taken bij zijn werkgever definitief zijn weggevallen, bescherming en zekerheid te bieden, waardoor het risico wordt voorkomen dat hij zijn baan verliest of van werkgever moet veranderen.

25. Overigens betwijfelt de verwijzende rechter, gelet op de rechtspraak die voortvloeit uit het arrest van 17 november 2016, Betriebsrat der Ruhrlandklinik (C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883), of een dergelijke overplaatsing van personeel een activiteit van genoemde werkgever is die bestaat in het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt en dus een “economische activiteit” in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 2008/104.

26. Ten tweede wenst de verwijzende rechter, voor het geval dat het Hof zou beslissen dat een situatie als die in het hoofdgeding binnen de werkings-sfeer van richtlijn 2008/104 valt, te vernemen of het in overeenstemming is met de beschermings-

doelstelling van deze richtlijn dat de overplaatsing van personeel in de zin van § 4, lid 3, TVöD door § 1, lid 3, punt 2b, AÜG, te weten de Duitse regeling ter omzetting van deze richtlijn, wordt uitgesloten van de werkings-sfeer van het AÜG, zodat de beschermende bepalingen ervan niet van toepassing zijn, gelet erop dat een dergelijke overplaatsing tot doel heeft de baan en de arbeidsverhouding van de betrokken werknemer te behouden.

27. Volgens deze rechter voorziet het AÜG in een dergelijke uitsluiting omdat de overplaatsing van personeel op grond van het nationale recht een bijzondere vorm van overdracht van taken is, die plaatsvindt in het belang van de bescherming van de rechten die de door die overdracht getroffen werknemer heeft verworven, aangezien dezelfde arbeidsvoorwaarden als voorheen blijven gelden en de risico's die zijn verbonden aan tijdelijke arbeid niet bestaan, zodat elk risico van misbruik ten nadele van die werknemer uitgesloten is. Bovendien zou de toepassing van de beschermingsregels van het AÜG op een dergelijke overplaatsing van personeel in strijd kunnen zijn met de belangen van die werknemer, en met name met zijn belang om de arbeidsverhouding met zijn werkgever voort te zetten, aangezien er krachtens § 9, lid 1, punt 1b, en § 10, lid 1, AÜG een arbeidsverhouding zou ontstaan tussen deze werknemer en de derde aan wie zijn taken worden overgedragen.

28. Bovendien overlappen de belangen die ten grondslag liggen aan de doelstellingen van de beschermingsbepalingen in kwestie, namelijk enerzijds de belangen van de uitzendkrachten krachtens richtlijn 2008/104 en anderzijds de belangen van de werknemers die worden getroffen door een overplaatsing van personeel in de zin van § 4, lid 3, TVöD, elkaar niet, aangezien de bepalingen van deze richtlijn een niet-discriminatoir beschermingskader voor uitzendkrachten beogen vast te stellen, terwijl § 4, lid 3, TVöD tot doel heeft de arbeidsverhouding tussen de door de overdracht van hun taken getroffen werknemers en hun werkgever in stand te houden.

29. In deze omstandigheden heeft het Bundesarbeitsgericht de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

“1) Is artikel 1, leden 1 en 2, van richtlijn [2008/104] van toepassing wanneer – zoals in § 4, lid 3, TVöD is bepaald – taken van een werkne-

mer naar een derde worden verplaatst en deze werknemer, onder voortzetting van de arbeidsverhouding met zijn huidige werkgever, op diens verzoek de contractueel overeengekomen arbeidsprestatie permanent bij de derde moet verrichten en daarbij valt onder de vakinhoudelijke en organisatorische zeggenschap van de derde?

2) Voor zover de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

Is het verenigbaar met de beschermingsdoelstelling van richtlijn [2008/104] wanneer, zoals door § 1, lid 3, punt 2b, AÜG, de ‘overplaatsing van personeel’ (*Personalgestellung*) in de zin van § 4, lid 3, TVöD wordt uitgezonderd van de werkings sfeer van de nationale beschermingsbepalingen bij terbeschikkingstelling van werknemers, zodat deze beschermingsbepalingen niet kunnen worden toegepast op gevallen van ‘overplaatsing van personeel’?”

#### *Procedure bij het Hof*

30. Bij brief van 13 augustus 2021, ingekomen bij het Hof op 19 augustus 2021 (hierna: “brief over de schikking”), heeft de verwijzende rechter het Hof allereerst meegedeeld dat partijen in het hoofdgeding in een ander geschil tussen hen een schikkingsovereenkomst hadden gesloten in het kader waarvan zij zijn overeengekomen, ten eerste, dat LD uiterlijk op 31 december 2021 ontslag zou nemen tegen betaling van een uitredingsvergoeding, ten tweede, dat hij tot aan zijn ontslag van zijn taken zou worden vrijgesteld met behoud van bezoldiging en, ten derde, dat hij het recht zou hebben om zijn arbeidsovereenkomst vóór die datum eenzijdig op te zeggen.

31. Voorts heeft de verwijzende rechter in de brief over de schikking verduidelijkt dat een dergelijke schikking naar Duits recht geen rechtstreekse gevolgen heeft voor de procedure in het hoofdgeding, die dus moest worden voortgezet. LD heeft de verwijzende rechter met betrekking tot zijn “rechtmatig belang bij een declaratoire beslissing” (*Feststellungsinteresse*), zonder hetwelk niet ten gronde kan worden beslist op de door hem ingestelde vordering, laten weten dat hij de betrokken procedure wenste voort te zetten, aangezien de vraag of hij zijn arbeid in het verleden overeenkomstig de wet had verricht, voor hem van belang was.

32. Bij beslissing van de president van het Hof van 9 september 2021 is het verzoek om een prejudiciële beslissing ter kennis gebracht van de partijen

in het hoofdgeding en de andere belanghebbenden.

#### *Beantwoording van de prejudiciële vragen*

##### *Ontvankelijkheid*

33. Wat om te beginnen de ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft, heeft de verwijzende rechter het Hof meegedeeld dat partijen in het hoofdgeding in een andere nationale procedure een schikking hadden getroffen. Hij heeft daarbij aangegeven dat deze schikking geen rechtstreekse invloed heeft op het hoofdgeding en dat LD te kennen heeft gegeven dat hij de procedure in het hoofdgeding wenst voort te zetten, aangezien het voor hem van belang is te weten of hij in het verleden in overeenstemming met de wet heeft gewerkt. Volgens de informatie van de verwijzende rechter is de bij hem aanhangige procedure dus niet zonder voorwerp geraakt.

34. In herinnering dient te worden gebracht dat het volgens vaste rechtspraak uitsluitend een zaak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het geval zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis als de relevantie van de door hem aan het Hof voorgelegde vragen te beoordelen. Wanneer de gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van het recht van de Unie, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden (arrest van 8 december 2022, Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest, C-600/21, ECLI:EU:C:2022:970, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

35. Hieruit vloeit voort dat er een vermoeden van relevantie rust op de vragen inzake de uitlegging van het recht van de Unie die de nationale rechter heeft gesteld binnen het onder zijn verantwoordelijkheid geschetste feitelijke en wettelijke kader, waarbij het niet aan het Hof staat om de juistheid ervan na te gaan. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen op een verzoek van een nationale rechter om een prejudiciële beslissing, wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk

en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord op de gestelde vragen te geven (zie arresten van 8 december 2022, Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest, C-600/21, ECLI:EU:C:2022:970, punt 24, en 2 maart 2023, Eurocostruzioni, C-31/21, ECLI:EU:C:2023:136, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36. In casu blijkt uit de brief die de verwijzende rechter aan het Hof heeft gezonden dat het hoofdgeding nog steeds aldaar aanhangig is en dat niet duidelijk is dat het in het verzoek om een prejudiciële beslissing beschreven vraagstuk van hypothetische aard is geworden aangezien niet kan worden uitgesloten dat LD er nog steeds belang bij heeft om in het kader van dit geding een beslissing te verkrijgen over de rechtmatigheid van de verplichting om zijn arbeidsprestatie permanent bij vennootschap A te verrichten. Bijgevolg zal de verwijzende rechter bij zijn beslissing in deze zaak rekening moeten houden met het antwoord van het Hof op de gestelde vragen.

37. In die omstandigheden is het verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk.

#### *Ten gronde*

##### *Eerste vraag*

38. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, leden 1 en 2, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1, onder b) tot en met e), van richtlijn 2008/104, aldus moet worden uitgelegd dat deze richtlijn van toepassing is op een situatie waarin de taken van een werknemer door de werkgever definitief worden overgedragen aan een derde onderneming, en deze werknemer, wiens arbeidsverhouding met die werkgever blijft bestaan omdat hij gebruik heeft gemaakt van zijn recht van verzet tegen de overgang van zijn arbeidsverhouding op de derde onderneming, op verzoek van die werkgever verplicht kan zijn om de arbeid die contractueel is overeengekomen permanent bij de derde onderneming te verrichten en in dat kader vakinhoudelijk en organisatorisch onder de zeggenschap van deze laatste kan vallen.

39. Volgens vaste rechtspraak dient bij de uitlegging van een bepaling van het Unierecht niet alleen rekening te worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context ervan en de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt (arrest van 12 mei 2022,

Luso Temp, C-426/20, ECLI:EU:C:2022:373, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

40. Wat in de eerste plaats de letterlijke uitlegging van artikel 1 van richtlijn 2008/104 betreft, moet worden opgemerkt dat deze richtlijn volgens lid 1 van dat artikel van toepassing is “op werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau die ter beschikking worden gesteld van inlenende ondernemingen om onder hun toezicht en leiding tijdelijk te werken”.

41. In dit verband blijkt ten eerste uit de definities van de begrippen “uitzendbureau” en “uitzendkracht” in de zin van artikel 3, lid 1, onder b) en c), van richtlijn 2008/104 dat deze arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een werknemer moet worden aangegaan met het doel dat deze ter beschikking wordt gesteld van een inlenende onderneming.

42. Ten tweede blijkt zowel uit de bewoordingen zelf van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104 als uit de definities van deze begrippen en uit de begrippen “inlenende onderneming” en “opdracht” in de zin van artikel 3, lid 1, onder d) en e), van deze richtlijn dat de arbeidsverhouding met een inlenende onderneming naar haar aard tijdelijk is [zie in die zin arrest van 14 oktober 2020, KG (Opeenvolgende opdrachten in het kader van uitzendarbeid), C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, punt 61].

43. Er moet dan ook op worden gewezen dat met het woord “tijdelijk”, dat wordt gebruikt in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104, niet wordt beoogd de toepassing van uitzendarbeid te beperken tot functies die niet permanent bestaan of die worden ingevuld ter vervanging van iemand, aangezien deze term niet wordt 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 (zie arrest van 17 maart 2022, Daimler, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196, punt 31).

44. Wil een arbeidsverhouding binnen de werkingssfeer van richtlijn 2008/104 vallen, dan moet een werkgever dus zowel bij de sluiting van de betrokken arbeidsovereenkomst als bij elk van de daadwerkelijk verrichte terbeschikkingstellingen de bedoeling hebben om de betrokken werknemer tijdelijk ter beschikking te stellen van een inlenende onderneming.

45. In casu verricht de betrokken werknemer in een situatie als bedoeld in punt 38 van het onder-



havige arrest de arbeid die in het kader van de arbeidsverhouding met zijn werkgever contractueel is overeengekomen bij een derde onderneming en is hij in deze context onderworpen aan het “toezicht” en de “leiding” van die onderneming in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104.

46. Voor zover de betrokken werknemer in die situatie aanvankelijk in dienst is genomen om specifieke taken van zijn werkgever uit te voeren, moet evenwel worden vastgesteld dat niet is voldaan aan de in de punten 41 en 44 van het onderhavige arrest bedoelde vereisten, aangezien deze werkgever bij het sluiten van de betrokken arbeidsovereenkomst niet de bedoeling had om zijn werknemer ter beschikking te stellen van een inlenende onderneming. Verder ontbreekt dit voornemen niet alleen bij het sluiten van die overeenkomst, maar ook bij de terbeschikkingstelling van die werknemer aan de derde onderneming wanneer, zoals in casu, de arbeidsverhouding met de werkgever blijft bestaan om de enkele reden dat de betrokken werknemer gebruik heeft gemaakt van zijn recht van verzet tegen de overgang van zijn arbeidsverhouding op de derde onderneming.

47. Bovendien kan een permanente overdracht van de taken die een werknemer verricht bij de onderneming waarmee hij een arbeidsovereenkomst heeft gesloten, geen tijdelijke arbeidsverhouding met deze onderneming in de zin van de in de punten 42 en 43 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak doen ontstaan.

48. Onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten verificaties moet dus in navolging van de Duitse regering en de Europese Commissie worden vastgesteld dat een arbeidsverhouding als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2008/104 kan vallen, aangezien ALB FILS Kliniken niet voornemens was LD ter beschikking te stellen aan een inlenende onderneming en de betrokken terbeschikkingstelling niet tijdelijk was.

49. In de tweede plaats vindt deze letterlijke uitlegging van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104 steun in de context van deze bepaling.

50. Richtlijn 2008/104 vermeldt in overweging 15 en artikel 6, leden 1 en 2, weliswaar dat “arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd”, dat wil zeggen vaste arbeidsbetrekkingen, de algemene vorm van arbeidsverhouding zijn en dat uitzendkrachten moeten worden ingelicht over vacatures

in de inlenende onderneming opdat zij dezelfde kansen op een vaste baan hebben als de overige werknemers van deze onderneming, maar uit de rechtspraak van het Hof volgt dat deze richtlijn uitsluitend betrekking heeft op tijdelijke, voorbijgaande of in de tijd beperkte arbeidsbetrekkingen, en niet op vaste arbeidsverhoudingen [zie in die zin arrest van 14 oktober 2020, KG (Opeenvolgende opdrachten in het kader van uitzendarbeid), C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, punt 62].

51. Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het feit dat het Hof ook heeft geoordeeld dat richtlijn 2008/104 moet verzekeren dat de lidstaten ervoor zorgen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming geen permanente situatie voor een uitzendkracht wordt, en dat artikel 5, lid 5, eerste volzin, van deze richtlijn zich ertegen verzet dat een lidstaat geen maatregelen neemt om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen en dat een nationale regeling in geen enkele maatregel voorziet om te voorkomen dat aan dezelfde uitzendkracht achtereenvolgende opdrachten bij dezelfde inlenende onderneming worden toevertrouwd om de bepalingen van die richtlijn in haar geheel te omzeilen [zie in die zin arrest van 14 oktober 2020, KG (Opeenvolgende opdrachten in het kader van uitzendarbeid), C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, punten 60 en 72].

52. In dit verband was, gelet op de door de verwijzende rechter verstrekte informatie, in het onderhavige geval elk risico van misbruik of omzeiling van richtlijn 2008/104 uitgesloten, aangezien ALB FILS Kliniken, zoals blijkt uit punt 46 van het onderhavige arrest, niet voornemens was om LD ter beschikking te stellen van vennootschap A en voorts aangezien de arbeidsverhouding van LD met ALB FILS Kliniken bleef voortbestaan, met inbegrip van de arbeidsvoorwaarden en de contractuele bepalingen die golden vóór de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overdracht, omdat LD gebruik had gemaakt van zijn recht van verzet tegen de overgang van zijn arbeidsverhouding.

53. In de derde plaats moet worden vastgesteld dat de letterlijke en systematische uitlegging van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104, zoals die blijkt uit de punten 40 tot en met 52 van het onderhavige arrest, ook steun vindt in de doelstellingen van deze richtlijn.

54. In overweging 11 van richtlijn 2008/104 staat namelijk te lezen dat deze richtlijn ertoe strekt om

tegenwoordert te komen zowel aan de behoeften van de ondernemingen aan flexibiliteit, als aan de behoeften van de werknemers om werk en privéleven te combineren, en aldus bijdraagt tot het scheppen van banen en tot de deelname aan en de inpassing op de arbeidsmarkt. Deze richtlijn beoogt derhalve de door de ondernemingen nagestreefde doelstelling van flexibiliteit te verzoenen met de doelstelling van zekerheid die beantwoordt aan de bescherming van de werknemers. Deze tweeledige doelstelling beantwoordt dus aan de wens van de Uniewetgever om de voorwaarden voor uitzendarbeid aan te passen aan de “normale” arbeidsverhoudingen, temeer daar die wetgever in overweging 15 van deze richtlijn uitdrukkelijk heeft vermeld dat een overeenkomst voor onbepaalde tijd de algemene vorm van arbeid is. Deze richtlijn heeft bijgevolg ook tot doel de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen (arrest van 12 mei 2022, Luso Temp, C-426/20, ECLI:EU:C:2022:373, punten 42 en 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

55. Volgens artikel 2 van richtlijn 2008/104 heeft deze richtlijn eveneens tot doel “de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren door de naleving van het in artikel 5 vervatte beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van de uitzendkrachten te waarborgen, en uitzendbureaus als werkgever te erkennen, daarbij rekening houdend met de noodzaak om een geschikt kader te creëren voor de gebruikmaking van uitzendwerk teneinde bij te dragen tot de schepping van werkgelegenheid en de ontwikkeling van flexibele arbeidsvormen”.

56. In een situatie als aan de orde in het hoofdgeding, die erdoor wordt gekenmerkt dat de taken van een werknemer definitief worden overgedragen aan een derde onderneming, kunnen om te beginnen de door richtlijn 2008/104 nagestreefde doelstellingen van flexibiliteit van de ondernemingen, het scheppen van nieuwe banen of het bevorderen van de toegang van uitzendkrachten tot een vaste betrekking, niet relevant zijn, aangezien de arbeidsverhouding van de werknemer wiens taken zijn overgedragen, blijft bestaan. Verder kan de werknemer, zoals blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing, zich verzetten tegen de overgang van zijn arbeidsverhouding op de derde onderneming, hetgeen tot gevolg heeft dat hij alle arbeidsvoorwaarden behoudt die vóór

de overdracht van zijn taken op hem van toepassing waren. Bijgevolg vindt de bescherming van uitzendkrachten waarin richtlijn 2008/104 voorziet geen toepassing op een dergelijke situatie.

57. Uit een en ander volgt dat artikel 1, lid 1, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1, onder b) tot en met e), van richtlijn 2008/104, aldus moet worden uitgelegd dat deze richtlijn niet van toepassing is op een situatie waarin de taken van een werknemer door de werkgever definitief worden overgedragen aan een derde onderneming, en deze werknemer, wiens arbeidsverhouding met die werkgever blijft bestaan omdat hij gebruik heeft gemaakt van zijn recht van verzet tegen de overgang van zijn arbeidsverhouding op de derde onderneming, op verzoek van die werkgever verplicht kan zijn om de arbeid die contractueel is overeengekomen permanent bij de derde onderneming te verrichten en in dat kader vakinhoudelijk en organisatorisch onder de zeggenschap van deze laatste kan vallen.

#### *Tweede vraag*

58. Gelet op het antwoord op de eerste vraag, hoeft niet te worden ingegaan op de tweede vraag, die is gesteld voor het geval dat het Hof de eerste vraag bevestigend beantwoordt.

#### *Kosten*

59. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

#### *Het Hof (Zesde kamer) verklaart voor recht:*

Artikel 1, lid 1, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1, onder b) tot en met e), van richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid

moet aldus worden uitgelegd dat deze richtlijn niet van toepassing is op een situatie waarin de taken van een werknemer door de werkgever definitief worden overgedragen aan een derde onderneming, en deze werknemer, wiens arbeidsverhouding met die werkgever blijft bestaan omdat hij gebruik heeft gemaakt van zijn recht van verzet tegen de overgang van zijn arbeidsverhouding op de derde onderneming, op

verzoek van die werkgever verplicht kan zijn om de arbeid die contractueel is overeengekomen permanent bij de derde onderneming te verrichten en in dat kader vakinhoudelijk en organisatorisch onder de zeggenschap van deze laatste vallen.

## NOOT

Na een overgang van activiteiten van moedermaatschappij ALB Fils Kliniken naar haar dochtermaatschappij in 2018 bleef de bij deze activiteiten werkzame werknemer in dienst van de moedermaatschappij, maar werd hij werkzaam onder toezicht en leiding van de dochtermaatschappij. Intra-concern detachering dus. Die intra-concern detachering is permanent en exclusief. De werknemer stelt dat deze permanente terbeschikkingstelling in strijd is met de Uitzendrichtlijn (Richtlijn 2008/104/EG). Het Hof gaat hier niet in mee en overweegt in r.o. 44 van zijn arrest dat alleen wanneer een werkgever 'zowel bij de sluiting van de betrokken arbeidsovereenkomst als bij elk van de daadwerkelijk verrichte terbeschikkingstellingen de bedoeling [heeft] om de betrokken werknemer tijdelijk ter beschikking te stellen van een inlenende onderneming' sprake is van een arbeidsverhouding die binnen de werkingsfeer van de Uitzendrichtlijn valt. Dat is naar het oordeel van het Hof niet het geval omdat ALB Fils Kliniken bij het sluiten van de betrokken arbeidsovereenkomst niet de bedoeling had om de werknemer ter beschikking te stellen van een inlenende onderneming maar deze terbeschikkingstelling pas 'ontstond' nadat de werknemer, door gebruik te maken van zijn in Duitsland geldende Widerspruchsrecht bij overgang van onderneming, in dienst was gebleven van ALB Fils Kliniken. Het Hof overweegt dat de Uitzendrichtlijn 'uitsluitend betrekking heeft op tijdelijke, voorbijgaande of in de tijd beperkte arbeidsbetrekkingen, en niet op vaste arbeidsverhoudingen' (r.o. 50). Doel van de Uitzendrichtlijn is 'om de voorwaarden voor uitzendarbeid aan te passen aan de "normale" arbeidsverhoudingen', nu een 'overeenkomst voor onbepaalde tijd de algemene vorm van arbeid is' (r.o. 54). De Uitzendrichtlijn 'heeft bijgevolg ook tot doel de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen', zo overweegt het Hof in r.o. 54 onder verwijzing naar

eerdere arresten (r.o. 51 in zijn arrest van 14 oktober 2020, r.o. 37 in zijn arrest van 17 maart 2022 en r.o. 43 van zijn arrest van 12 mei 2022 («JAR» 2020/289 en «JAR» 2022/109, beiden m.nt. Hoogeveen en «JAR» 2022/145, m.nt. Zwemmer). De vraag is welke gevolgen deze overwegingen van het Hof hebben voor Nederlandse uitzendvarianten waarbij de werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een uitzendbureau of een payrollbedrijf permanent aan een derde ter beschikking wordt gesteld om onder toezicht van en leiding van die derde arbeid te verrichten. Hierbij heeft de werkgever immers – anders dan ALB Fils Kliniken – bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst de bedoeling om de betrokken werknemer ter beschikking te stellen van een opdrachtgever, maar is dat niet tijdelijk in die zin dat dit gedurende een vooraf vaststaande maximale periode plaatsvindt. Betekent dit dan in al deze gevallen dat de Uitzendrichtlijn niet van toepassing is? Bij uitzending beantwoord ik deze vraag in ieder geval ontkennend. Doel van de Uitzendrichtlijn is, zo herhaalt het Hof ook in dit arrest, de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen. Ook de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met het uitzendbureau zou derhalve niet permanent moeten kunnen zijn. Bovendien sluit het uitzendbureau – anders dan aan de orde in dit arrest waarbij de werknemer met gebruikmaking van het Duitse Widerspruchsrecht bij overgang van onderneming in dienst was gebleven van de werkgever die deze onderneming voorheen exploiteerde – de arbeidsovereenkomst met de uitzendwerknemer juist met het doel hem ter beschikking te stellen van een inlenende onderneming. Dat dit geschiedt op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de uitzendwerknemer neemt niet weg dat deze belang heeft bij het tot stand komen van een arbeidsovereenkomst met de inlenende onderneming. Ook in deze situatie gaat het ontbreken van een arbeidsovereenkomst met de onderneming waarin hij werkt ten koste van rechten en bescherming die de uitzendwerknemer zou hebben wanneer hij direct in dienst is van die onderneming. Het gelijkebeloningsvoorschrift in art. 8 Waadi strijkt dit niet glad. Niet alleen omdat hiervan bij cao kan worden afgeweken – ook in het nadeel van de uitzendkracht (zoals gebeurt in de

ABU-CAO) – maar ook omdat dit niet ziet op alle secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden en andere rechten en bescherming die de werknemer heeft wanneer hij direct in dienst is bij de inlenende onderneming. Hierbij gaat het onder andere om het recht op tewerkstelling, ontslagbescherming, investeringen in de (informele) leeromgeving, de toepassing van de Wet flexibel werken, de Wet melding collectief ontslag etc. Dat is in mindere mate ook aan de orde bij payrollrolling. Het bij payrollrolling door de Nederlandse wetgever in art. 7:692a BW, de Ontslagregeling en in art. 8a Waadi gelijkstellen van de ontslagbescherming en alle arbeidvoorwaarden met die van direct bij de inlenende onderneming in dienst zijnde werknemers, neemt niet weg dat zij nog steeds een minder gunstige (juridische) positie hebben dan wanneer zij rechtstreeks in dienst zouden zijn bij de inlenende onderneming (zie hierover nader J.P.H. Zwemmer, *Arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen. De uitzendovereenkomst, payrollrolling, detachering en contracting*, Den Haag: Boom juridisch 2021, par. 5.3). In zijn overwegingen in dit arrest lijkt het Hof geen rekening te houden met de mogelijkheid dat uitzendbureaus uitzendkrachten ook op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot in lengte van jaren ter beschikking kunnen stellen aan één of meer opdrachtgevers. Laat staan met de mogelijkheid van het van meet af aan en permanent uitbesteden aan een payrollbedrijf van het juridisch werkgeverschap van een door de opdrachtgever geworven werknemer. Het niet van toepassing zijn van de Uitzendrichtlijn op deze uitzendvarianten zou afbreuk doen aan wat eveneens het doel is van de Uitzendrichtlijn: ‘de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen’. Als het Hof zich zou moeten uitspreken over een casus als aan de orde in de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 12 december 2022 («JAR» 2023/25), waarbij een uitzendwerknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een uitzendbureau na dertien jaar ter beschikking gesteld te zijn geweest bij dezelfde opdrachtgever met lege handen stond, zou mijns inziens het oordeel van het Hof moeten zijn dat de Nederlandse regulering die dit mogelijk maakt in strijd is met dit doel van de Uitzendrichtlijn. Mede gelet op dit laatste adviseerde de Commissie Regulering van Werk (commissie-Borstlap) in haar advies van 23 januari 2020

om onder andere de periode waarin een uitzendwerknemer ter beschikking kan worden gesteld aan een opdrachtgever in tijd te begrenzen tot maximaal twee jaar, waarna (al dan niet) de keuze moet worden gemaakt voor een vaste baan bij de inlenende onderneming (zie bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 29544, nr. 970, p. 73). Nu dit inmiddels in vier arresten is bevestigd door het Hof, staat zelfs het demissionair worden van het kabinet-Rutte IV op 7 juli 2023 niet in de weg aan het op korte termijn werk maken van een maximalisering van de terbeschikkingstellingstermijn van de uitzendwerknemer aan dezelfde opdrachtgever in de regulering van de uitzendovereenkomst in Titel 7.10 BW en in de Waadi.

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