



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Een structurele personeelsbehoefte en uitzendwerk: een moeizame combinatie

Jansen, N.

DOI

[10.5553/ArA/156866392022021002003](https://doi.org/10.5553/ArA/156866392022021002003)

Publication date

2022

Document Version

Final published version

Published in

Arbeidsrechtelijke Annotaties

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Jansen, N. (2022). Een structurele personeelsbehoefte en uitzendwerk: een moeizame combinatie. Case note on: HvJ EU, 20/10/20, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823 (JH/KG). *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 21(2), 41-63.

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, P.O. Box 19185, 1000 GD Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Een structurele personeelsbehoefte en uitzendwerk: een moeizame combinatie

HvJ EU 20 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823 (JH/KG) en HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196 (Daimler)

Mr. dr. N. Jansen

1 Inleiding

Over de reikwijdte van de antimisbruikbepaling in de Richtlijn betreffende contracten voor bepaalde tijd¹ bestaat nagenoeg geen discussie meer vanwege enerzijds de toch redelijk scherpe formulering van die bepaling en anderzijds de behoorlijk uitgekristalliseerde rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof).² Het tegenovergestelde is het geval voor de antimisbruikbepaling van de Uitzendrichtlijn³ zoals die in artikel 5 lid 5 is geformuleerd en die als volgt luidt:

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

De tekst van deze bepaling is qua formulering vrij algemeen en rechtspraak van het Hof over deze bepaling ontbrak tot nog niet zo lang geleden. In de Nederlandse literatuur werd wel aangenomen dat de antimisbruikbepaling van de Uitzendrichtlijn niet veel om het lijf had.⁴ Het Hof heeft eind 2020 in de Italiaanse JH/KG-zaak⁵ en in het voorjaar van 2022 in de Duitse Daimler-zaak⁶ de antimisbruikbepaling (en aanverwante bepalingen) van de Uitzendrichtlijn uitgelegd. Uit die uitleg volgt dat deze bepaling inderdaad niet zo heel erg verstrekkend, maar toch ook weer niet geheel betekenisloos is. Kort gezegd verplicht de antimisbruikbepaling lidstaten

- 1 Richtlijn 99/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.
- 2 Zie onder meer: HvJ EU 3 juni 2021, ECLI:EU:C:2021:438; HvJ EU 25 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:859 (Sciotto); HvJ EU 26 november 2014, ECLI:EU:C:2014:2401 (Mascolo).
- 3 Richtlijn 2008/104 EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid.
- 4 Zie N. Zekić, Misbruik van uitzendwerk – Het Hof van Justitie EU geeft nadere uitleg, *ArbeidsRecht* 2021/6 en aldaar door Zekić aangehaald werk van Burri, Veldman, Pennings en Peters.
- 5 HvJ EU 14 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823.
- 6 HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196.

Mr. dr. N. Jansen

niet om een specifieke bepaling in het nationale recht op te nemen om het tijdelijk karakter van uitzendwerk te waarborgen, maar de antimisbruikbepaling laat het lidstaten ook niet toe om helemaal geen maatregelen hieromtrent te nemen. Het tijdelijke karakter van uitzendwerk ziet volgens het Hof overigens slechts op de terbeschikkingstelling aan de inlener en niet op de functie die de uitzendkracht bij de inlener gaat vervullen. Hierdoor kan uitzendwerk door de inlener ook worden gebruikt voor het vervullen van een op zichzelf structurele functie zonder dat bijvoorbeeld van ziektevervanging sprake is. In deze annotatie bespreek en analyseer ik het JH/KG-arrest en het Daimler-arrest en ga ik in de eerste plaats uitgebreid in op de uitleg van het begrip tijdelijk.

De Nederlandse literatuur die na het JH/KG-arrest verscheen, was verdeeld over de exacte betekenis van het JH/KG-arrest voor het Nederlandse uitzendregime. Door enkele auteurs werd wel betoogd dat het Nederlandse uitzendregime *Europa-proof* is omdat uitzendkrachten op enig moment in vaste dienst kunnen komen bij het uitzendbureau en de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten voor een belangrijk deel gelijk zijn aan die van werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij de inlener, waardoor van omzeiling van de Uitzendrichtlijn eigenlijk geen sprake kan zijn.⁷ Zekić was kritischer en betwijfelde of in het Nederlandse uitzendregime het tijdelijke karakter van uitzendwerk voldoende werd gewaarborgd.⁸ Op basis van mijn analyse kom ik tot de conclusie dat het Nederlandse uitzendregime niet zonder meer *Europa-proof* is omdat het Nederlandse wettelijke uitzendregime in elk geval niet verhindert dat een uitzendkracht permanent aan dezelfde inlener ter beschikking kan worden gesteld. Veel hangt in het Nederlandse systeem daarmee af van de bereidwilligheid van de rechter om in een concreet geval misbruik vast te stellen en dat ook te sanctioneren. Daartoe heeft de rechter wel mogelijkheden.

2 Feiten en procesgang

2.1 Feiten

Om de omvang van deze annotatie, waarin ik twee arresten behandel, te beperken, bespreek ik de feiten en het toepasselijk recht van de JH/KG-zaak en de Daimler-zaak heel beknopt. Om diezelfde reden komen de conclusies van A-G Sharpston⁹ en A-G Tanchev¹⁰ slechts aan de orde voor zover zij relevant zijn voor mijn analyse van beide zaken en de conclusies. Ik bespreek deze conclusies dus niet afzonderlijk.

7 Zie o.a. noot M. Hoogeveen, JAR 2020/289; noot H. Mouselli, JIN 2020/164 en in mindere mate H.H. Voogsgeerd, Welke eisen moeten worden gesteld aan voorkomen van misbruik in art. 5, lid 5 van de uitzendrichtlijn, TRA 2021/9.

8 N. Zekić, Misbruik van uitzendwerk – Het Hof van Justitie EU geeft nadere uitleg, ArbeidsRecht 2021/6.

9 Conclusie A-G Sharpston 23 april 2020, ECLI:EU:C:2020:300.

10 Conclusie A-G Tanchev 9 september 2021, ECLI:EU:C:2021:727.

- *JH/KG-zaak*

JH is een Italiaanse uitzendwerknemer die tussen 3 maart 2014 en 30 november 2016 als uitzendkracht door een uitzendbureau ter beschikking is gesteld aan KG op basis van meerdere opeenvolgende opdrachten tot terbeschikkingstelling voor bepaalde tijd (acht in totaal) en diverse verlengingen (zeventien in totaal). JH heeft bij de Italiaanse rechter een procedure aanhangig gemaakt omdat hij van mening is dat sprake is van onrechtmatig gebruik van achtereenvolgende overeenkomsten van terbeschikkingstelling voor bepaalde tijd. Het Italiaanse recht bevat geen wettelijke beperkingen over het aangaan of het opvolgen/verlengen van opdrachten tot terbeschikkingstelling voor bepaalde tijd.

- *Daimler-zaak*

NP is vanaf 1 september 2014 tot en met 31 mei 2019 in dienst van een uitzendbureau als uitzendkracht ter beschikking gesteld aan Daimler. De tewerkstelling van NP was niet bedoeld ter vervanging van een werknemer van Daimler. NP heeft een verklaring voor recht gevorderd dat tussen hem en Daimler op enig moment een dienstverband is ontstaan omdat zijn terbeschikkingstelling niet meer als 'tijdelijk' kon worden aangemerkt. Het Duitse recht bevat weliswaar een maximale termijn van terbeschikkingstelling maar het recht bevat ook een overgangsbepaling die op NP van toepassing is, waardoor hij op grond van het Duitse recht geen aanspraak kan maken op een dienstverband bij Daimler.

2.2 De prejudiciële vragen

Vanwege de twijfel over mogelijke strijd van het nationale recht met de Uitzendrichtlijn zijn door de nationale rechters (uitleg)vragen gesteld aan het Hof. Om de omvang van deze bijdrage te beperken, herhaal ik deze vragen niet letterlijk en verwijs ik daarvoor naar de uitspraken van het Hof.¹¹ Ik beperk mij op deze plaats tot een korte toelichting op de vragen en de samenhang daartussen. De in de JH/KG-zaak gestelde prejudiciële vragen gaan in de kern om de vraag waartoe de antimisbruikbepaling uit de Uitzendrichtlijn verplicht. Meer concreet: moet een lidstaat bepaalde specifieke maatregelen nemen om misbruik te voorkomen? Uit het oordeel van het Hof in de JH/KG-zaak volgt – en ik bespreek dat hierna uitgebreider – dat de antimisbruikbepaling niet meebrengt dat lidstaten bepaalde specifieke maatregelen moeten nemen om misbruik te voorkomen, maar wel dat deze bepaling zich ertegen verzet dat een lidstaat geen enkele maatregel neemt om het tijdelijke karakter van uitzendwerk te waarborgen. De eerste twee vragen in de Daimler-zaak zijn erop gericht meer duidelijkheid te verkrijgen rondom het begrip 'tijdelijkheid'. Ziet die tijdelijkheid alleen op de terbeschikkingstelling zelf of ook op de bij de inlener te vervullen functie, en is tijdelijkheid alleen een kwestie van duur? De overige vragen die in de Daimler-zaak zijn gesteld, zijn meer technisch van aard en gaan over sanctionering bij schending van de Uitzendrichtlijn (vraag 3), het lot van met de richtlijn strijdige nationale bepalingen (vraag 4) en de vrijheid van sociale partners (vraag 5). In deze annotatie ligt de nadruk op een nadere

11 HvJ EU 20 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, r.o. 30 en HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196, r.o. 27.

Mr. dr. N. Jansen

duiding van het begrip tijdelijkheid (en misbruiksituaties) en gelet daarop past het om in deze annotatie ‘gewoon’ te beginnen met een bespreking van het oordeel van het Hof in de JH/KG-zaak, om daarna het oordeel van het Hof in de Daimler-zaak te bespreken. Ik begin dan wel met de bespreking van de tweede prejudiciële vraag, die betrekking heeft op de relatie tussen tijdelijkheid en duur en pas daarna behandel ik de relatie tussen tijdelijkheid en de bij de inlener te vervullen functie. De vraag over de rol en de vrijheid van de sociale partners bij het reguleren van uitzendwerk (die volgens het Hof vrij groot is¹²) laat ik in deze bijdrage onbesproken en dat geldt ook voor vraag 4 over het lot van met de richtlijn strijdige wettelijke bepalingen.

2.3 Hof van Justitie in de JH/KG-zaak

Onder verwijzing naar het minimumkarakter van de Uitzendrichtlijn heeft het Hof vooropgesteld dat de tekst van de antimisbruikbepaling van de Uitzendrichtlijn (artikel 5 lid 5) lidstaten niet dwingt tot het nemen van specifieke maatregelen ter voorkoming van misbruik van uitzendwerk. Denk daarbij aan maatregelen die het aantal achtereenvolgende opdrachten van dezelfde werknemer bij dezelfde inlenende onderneming beperken.

Met het oordeel van het Hof dat de antimisbruikbepaling lidstaten niet verplicht tot het nemen van specifieke maatregelen, is het echter nog niet klaar met de beantwoording van de prejudiciële vragen. Het Hof leidt uit de vragen van de verwijzende rechter namelijk ook de algemenere vraag af of de Uienwetgever met de vaststelling van de Uitzendrichtlijn, en zoals met name blijkt uit de antimisbruikbepaling, het doel nastreeft lidstaten te verplichten het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen door onbeperkte verlengingen te verbieden van opdrachten die in werkelijkheid de vaste personeelsbehoeften van de betrokken inlenende onderneming dekken.¹³ Volgens het Hof dient artikel 5 lid 5 van de Uitzendrichtlijn aldus te worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzet dat een lidstaat geen maatregelen neemt om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen.¹⁴ Met het oog op de verplichting van lidstaten (en alle met overheidsgezag beklede instanties) om het nationale recht richtlijnconform te interpreteren, is het aan de verwijzende rechter om de juridische kwalificatie van de in het hoofdingang aan de orde zijnde arbeidsverhouding te toetsen aan zowel de Uitzendrichtlijn zelf als het nationale recht. Daarbij dient de rechter na te gaan of het gaat om een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd waaraan op kunstmatige wijze de vorm van opeenvolgende uitzendovereenkomsten is gegeven om de doelstellingen van Richtlijn 2008/104 EG, in het bijzonder het tijdelijke karakter van uitzendwerk, te omzeilen.¹⁵

12 HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196, r.o. 108 t/m 111.

13 R.o. 47 en 48.

14 Slotzin r.o. 63.

15 R.o. 64 t/m 67.

Volgens het Hof kan de nationale rechter bij die beoordeling rekening houden met de volgende overwegingen:

- Wanneer achtereenvolgende opdrachten van een uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming tot gevolg hebben dat de duur van de activiteit bij die onderneming langer is dan wat redelijkerwijs als ‘tijdelijk’ kan worden aangemerkt, zou dat een aanwijzing kunnen zijn voor misbruik van achtereenvolgende opdrachten en omzeiling van de Richtlijn.¹⁶
- Opvolgende opdrachten van terbeschikkingstelling van dezelfde arbeidskracht bij dezelfde onderneming omzeilen de essentie van de Uitzendrichtlijn en dragen bij aan misbruik van deze vorm van arbeidsverhouding, omdat ze de balans tussen flexibiliteit voor opdrachtgevers en zekerheid voor werkenden verstoren doordat de zekerheid wordt ondermijnd.¹⁷
- Wanneer geen objectieve rechtvaardiging is gegeven door de opdrachtgever voor het gebruik van achtereenvolgende uitzendovereenkomsten, is het aan de nationale rechter om te onderzoeken of een van de bepalingen van de Uitzendrichtlijn wordt omzeild en dat geldt temeer wanneer het dezelfde uitzendkracht is die op basis van de betrokken reeks overeenkomsten bij de inlenende onderneming wordt tewerkgesteld.¹⁸

Uit al het voorgaande volgt dan volgens het Hof dat artikel 5 lid 5 eerste volzin van Richtlijn 2008/104 aldus moet worden uitgelegd dat het zich *niet* verzet tegen een nationale wettelijke regeling die geen grenzen stelt aan het aantal achtereenvolgende opdrachten van dezelfde uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming, en die voor het rechtmatige gebruik van de terbeschikkingstelling van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet de voorwaarde stelt dat er technische redenen of redenen in verband met vereisten op het gebied van de productie, de organisatie of vervanging van personeelsleden bestaan.¹⁹

Daarentegen moet deze bepaling ook aldus worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzet dat:

- 1 een lidstaat geen enkele maatregel neemt om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen; en
- 2 een nationale regeling in geen enkele maatregel voorziet die voorkomt dat aan dezelfde uitzendkracht achtereenvolgende opdrachten bij dezelfde inlenende onderneming worden toevertrouwd om de bepalingen van Richtlijn 2008/104 EG in haar geheel te omzeilen.²⁰

Uit de beantwoording van het Hof en de overwegingen die daaraan ten grondslag liggen, volgt dus dat het Hof van oordeel is dat de Richtlijn lidstaten geen specifieke maatregelen voorschrijft, maar dat lidstaten wel iets moeten doen om misbruik te voorkomen.

16 R.o. 69.

17 R.o. 70.

18 R.o. 71.

19 R.o. 72.

20 R.o. 72.

Mr. dr. N. Jansen

2.4 *Hof van Justitie in de Daimler-zaak*

Zoals aangekondigd begin ik de bespreking van het oordeel van het Hof in de Daimler-zaak bij de beantwoording van de tweede prejudiciële vraag. Volgens het Hof wenst de Duitse rechter met de tweede vraag te vernemen of de antimisbruikbepaling van de Uitzendrichtlijn aldus moet 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. Kortom en in eigen woorden gesteld: kan bij een totale duur van de terbeschikkingstelling (als gevolg van verlengingen) van 55 maanden nog worden gesproken van tijdelijkheid en zo nee, is dan reeds op grond van dat enkele feit sprake van misbruik? Uit de overwegingen van het Hof volgt dat de vraag naar misbruik niet met een simpel ja of nee te beantwoorden is. Volgens het Hof is sprake van misbruik wanneer een uitzendkracht door het verlengen van achtereenvolgende opdrachten voor dezelfde functie bij een inlenende onderneming werkzaam is voor de duur van 55 maanden, indien:

- de achtereenvolgende opdrachten tot gevolg hebben dat de duur van de activiteit bij die onderneming langer is dan wat – gelet op alle relevante omstandigheden, waaronder met name de specifieke kenmerken van de sector, en in de context van de regeling – redelijkerwijs als ‘tijdelijk’ kan worden aangemerkt; en
- geen objectieve verklaring wordt gegeven voor het feit dat de betrokken inlenende onderneming gebruikmaakt van achtereenvolgende uitzendovereenkomsten.²¹

In eigen woorden: bij de beoordeling of van misbruik sprake is in geval van achtereenvolgende opdrachten van terbeschikkingstelling, gaat het dus om een combinatie van duur, relevante omstandigheden en reden.

Met de eerste prejudiciële vraag wenst de Duitse rechter te vernemen of de in artikel 1 van de Uitzendrichtlijn gebruikte term ‘tijdelijk’ zich ertegen verzet dat een uitzendkracht ter beschikking wordt gesteld van een inlenende onderneming ten einde een functie te vervullen die permanent bestaat zonder daarbij iemand te vervangen. Het Hof heeft deze vraag ontkennend beantwoord op grond van de tekst, de context en het doel van de Uitzendrichtlijn.²²

Met de derde prejudiciële vraag wenst de Duitse rechter van het Hof te vernemen of uitzendkrachten bij gebreke van een nationaalrechtelijke sanctie op de niet-naleving van de Uitzendrichtlijn door uitzendbureaus of inlenende ondernemingen aan het Unierecht een subjectief recht kunnen ontleenen op het ontstaan van een arbeidsverhouding met de inlenende onderneming.²³ Met betrekking tot de natio-

21 HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196, r.o. 63.

22 Het Hof heeft in rechtsoverweging 29 erop gewezen dat volgens vaste rechtspraak van het Hof bij de uitlegging van Unierechtelijke bepalingen niet alleen rekening wordt gehouden met de bewoordingen ervan, in overeenstemming met hun in de omgangstaal gebruikelijke betekenis, maar ook met de context van die bepalingen en met de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaken (ECLI:EU:C:2010:365 en ECLI:EU:C:2019:624).

23 HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196, r.o. 97.

naalrechtelijke sancties heeft het Hof onder verwijzing naar het Von Colson en Kamann-arrest²⁴ er allereerst op gewezen dat, hoewel artikel 288 VWEU lidstaten vrijlaat bij de keuze van de middelen en wegen voor de uitvoering van de richtlijn, deze vrijheid niet afdoet aan de verplichting van elke lidstaat om in het kader van zijn nationale rechtsorde alle maatregelen te treffen die nodig zijn om de volle werking van de richtlijn te verzekeren.²⁵ De Uitzendrichtlijn verplicht de lidstaten in artikel 10 om passende maatregelen te treffen indien uitzendbureaus of inlenende ondernemingen de richtlijn niet naleven. Artikel 10 bevat volgens het Hof echter geen nauwkeurige regels voor de vaststelling van sancties en laat lidstaten vrij te kiezen voor sancties die geschikt zijn om het doel van de Uitzendrichtlijn te verwezenlijken. Gelet hierop kan een uitzendkracht volgens het Hof bij schending van de Uitzendrichtlijn aan deze richtlijn geen subjectief recht ontlenen op het ontstaan van een arbeidsverhouding met de inlenende onderneming.²⁶

3 Het begrip tijdelijkheid en misbruiksituaties

3.1 Inleiding

Het Hof was in het JH/KG-arrest duidelijk over de vraag waartoe de antimisbruikbepaling van de Uitzendrichtlijn in elk geval niet verplicht. Lidstaten zijn niet verplicht tot het nemen van specifieke maatregelen om misbruik van achtereenvolgende opdrachten tot terbeschikkingstelling te voorkomen. Het tweede deel van het JH/KG-arrest, waarin het Hof heeft geoordeeld waartoe de antimisbruikbepaling wel verplicht, was minder duidelijk. Volgens het Hof verzet de antimisbruikbepaling zich ertegen dat een lidstaat geen maatregelen neemt om het tijdelijke karakter te waarborgen. In het Daimler-arrest is door het Hof verduidelijkt dat tijdelijkheid niet alleen een kwestie van duur is, maar dat de reden van de terbeschikkingstelling daarbij steeds een rol speelt en dat wat qua duur nog als tijdelijk kan worden aangemerkt mede afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. ‘Hard and fast’ rules zijn er dus niet. Tegelijkertijd heeft het Hof in het Daimler-arrest verduidelijkt dat een lidstaat wel de vrijheid heeft om voor ‘hard and fast’ rules te kiezen ter bescherming van uitzendkrachten met het oog op het voorkomen van misbruik. Uit het Daimler-arrest volgt voorts dat de tijdelijkheid ziet op de aard van de terbeschikkingstelling en niet de functie bij de inlener. Tot slot heeft het Hof in het Daimler-arrest verduidelijkt dat dat uitzendkrachten aan de Uitzendrichtlijn geen subjectief recht kunnen ontlenen op het ontstaan van een arbeidsverhouding met de inlenende onderneming in geval van misbruik.

Het Daimler-arrest is niet louter verduidelijkend, maar nodigt ook uit tot een reflectie ten aanzien van bijvoorbeeld de toets van de tijdelijkheid en de verhouding tussen duur en reden. Het Daimler-arrest nodigt ook uit tot een reflectie op het oordeel dat de tijdelijkheid geen betrekking heeft op de functie bij de inlener. Daarnaast blijft het de vraag of het oordeel over tijdelijkheid anders uitpakt wanneer

24 HvJ EG 10 april 1984, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153.

25 HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196, r.o. 93 en 94.

26 R.o. 97.

Mr. dr. N. Jansen

een uitzendkracht voor onbepaalde tijd in dienst is bij het uitzendbureau en of ook sprake kan zijn van misbruik wanneer er geen opeenvolgende opdrachten tot terbeschikkingstelling zijn, maar bijvoorbeeld slechts één hele lange opdracht die niet meer als tijdelijk kan worden aangemerkt of wanneer sprake is van opeenvolgende opdrachten van verschillende uitzendkrachten in dezelfde functie of van dezelfde uitzendkracht die voor dezelfde functie achtereenvolgens door verschillende uitzendbureaus ter beschikking wordt gesteld. In paragraaf 3.2 bespreek ik al deze aan het begrip tijdelijkheid verbonden kwesties, die weer verband houden met mogelijk misbruik.

3.2 *Tijdelijkheid ziet niet op de functie*

De Uitzendrichtlijn is op grond van artikel 1 lid 1 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. De term ‘tijdelijk’ wordt in de Uitzendrichtlijn ook gebruikt in de definities van uitzendbureau, uitzendkracht, inlenende onderneming en opdracht, steeds in relatie tot het ‘onder toezicht en leiding werken van’ de inlenende onderneming. In het licht hiervan is het niet vreemd dat het Hof in het Daimler-arrest heeft geoordeeld dat ‘tijdelijk’ ziet op de wijze waarop de uitzendkracht bij de inlener werkt en niet op de functie bij de inlener. Volgens het Hof wordt deze uitleg ondersteund door onder meer de opstapfunctie van uitzendwerk.²⁷

Op het argument van de opstapfunctie ter onderbouwing van de ‘enge’ (tegenover een ‘ruime’ uitleg die meebrengt dat ‘tijdelijk’ ook ziet op de functie van de inlener) uitleg van de term ‘tijdelijk’ is wel wat af te dingen. De Uitzendrichtlijn heeft mede tot doel dat de doorstroom naar een vaste baan bij de inlener wordt bevorderd en met het oog op die opstap- of doorstroomfunctie lijkt het wellicht contraproductief te zijn om uitzendwerk te beperken tot tijdelijk werk (ziek en piek), omdat dergelijk werk in beginsel niet bedoeld is om in door te stromen. Toch hoeven de twee (tijdelijk werk en doorstroom) elkaar niet uit te sluiten. Ook een uitzendkracht die in het kader van vervanging of piekdrukke bij een inlener werkt, kan doorstromen in een vaste functie bij de inlener. Dat zal dan naar verwachting mogelijk wel een andere functie zijn, maar dat hoeft niet (denk aan een vaste medewerker die in dezelfde functie werkzaam is en opzegt of de vervangen werknemer die niet terugkeert). Het doel van de Richtlijn (en artikel 6 in het bijzonder) is bovendien om de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen en dat is ruimer dan doorstromen in een bepaalde functie, in die zin het erom gaat dat een uitzendkracht een vast dienstverband krijgt.²⁸

27 HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196, r.o. 37.

28 Zie: Advies van het Economisch en Sociaal Comité over het ‘voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten’ (COM(2002) 149 def. – 2002/0072 (COM) en Conclusie A-G Sharpston 23 april 2020, ECLI:EU:C:2020:300, r.o. 51.

Daarnaast is het relevant om te bezien hoe de opstapfunctie in de praktijk werkt. Uit Nederlands onderzoek naar driehoeksverhoudingen op de arbeidsmarkt blijkt dat ziek en piek de belangrijkste redenen voor inleners zijn om voor uitzendwerk te kiezen.²⁹ Tegelijk volgt uit ander onderzoek dat de doorstroom van uitzendwerk naar tijdelijk of vast werk met name in de eerste twee jaar redelijk significant is.³⁰ In de Nederlandse praktijk blijkt uitzendwerk dus te worden gebruikt voor ziek en piek en vindt er niettemin doorstroming plaats. Deze cijfers bevestigen dat het voor de opstapfunctie van uitzendwerk in Nederland niet noodzakelijk lijkt dat uitzendwerk ook kan worden gebruikt voor het vervullen van een permanente functie bij de inlener.

Ook zonder de opstapfunctie blijft er voldoende rechtvaardiging voor de enge uitleg van de term ‘tijdelijk’, omdat de tekst van de richtlijn het begrip ‘tijdelijk’ wel erg expliciet koppelt aan de terbeschikkingstelling en dat geen enkele bepaling van de Uitzendrichtlijn betrekking heeft op de aard van het werk of de soort functie die binnen de inlenende onderneming moet worden verricht.³¹ Toch wringt die ‘enge’ uitleg enigszins wanneer de situatie in gedachten wordt genomen dat een inlener uitzendwerk wenst te gebruiken als de standaard arbeidsvorm voor het vervullen van bepaalde (structurele) functies. Stel dat een onderneming voor functies in de laagste loonschalen standaard uitzendkrachten gebruikt. Door de enge uitleg van het begrip ‘tijdelijk’ lijkt de Uitzendrichtlijn zich daartegen niet te verzetten, voor zover de terbeschikkingstelling van één bepaalde uitzendkracht maar tijdelijk is. Dit zou dan kunnen leiden tot opeenvolgende terbeschikkingstellingen van steeds verschillende uitzendkrachten die ieder afzonderlijk wel tijdelijk werkzaam zijn, maar waarvan de terbeschikkingstelling in dezelfde functie opgeteld niet meer een tijdelijk karakter heeft. Het voorkomen van deze situatie hoeft echter niet per se te geschieden door het begrip ‘tijdelijk’ ook te koppelen aan de functie bij de inlener. Dit zou ook kunnen via de uitleg van het begrip ‘opeenvolgende opdrachten’ uit de antimisbruikbepaling. Dat bespreek ik in paragraaf 3.2.3. Een andere manier om deze situatie zoveel mogelijk tegen te gaan is om – zoals A-G Tanchev in zijn conclusie voor het Daimler-arrest ook heeft betoogd – de eis te stellen dat de inzet van uitzendwerk altijd objectief moet kunnen worden verklaard wanneer het gaat om het vervullen van een permanente functie bij de inlener.³² Het Hof heeft dit betoog van Tanchev niet overgenomen, maar ik vind voor de uitleg van Tanchev wel wat te zeggen omdat daarmee wordt voorkomen dat misbruik van uitzendwerk wordt gemaakt en uitzendwerk tegelijkertijd wel ruim inzetbaar blijft.

3.3 Tijdelijkheid: een combinatie van duur, omstandigheden en reden

In het JH/KG-arrest overwoog het Hof dat niet meer sprake is van tijdelijkheid indien ‘de achtereenvolgende opdrachten [...] tot gevolg hebben dat de duur van de activiteit bij die inlener langer is dan wat redelijkerwijs als ‘tijdelijk’ kan worden

29 Driehoeksrelaties, de Beleidsonderzoekers, 12 februari 2020, p. 68.

30 De positie van uitzendwerknemers, SEO economisch onderzoek, Amsterdam februari 2020, p. 46 en 47.

31 Zie ook HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196, r.o. 31 en 33.

32 Conclusie A-G Tanchev 9 september 2021, ECLI:EU:C:2021:727, r.o. 6.

Mr. dr. N. Jansen

aangemerkt'.³³ Hoewel de Uitzendrichtlijn een lidstaat niet verplicht om bijvoorbeeld een maximale tijdsduur voor de terbeschikkingstelling op te nemen, staat het lidstaten wel vrij dit te doen vanwege het minimumkarakter van de Uitzendrichtlijn. Als lidstaten kiezen voor zo'n tijdsduur, moet die volgens het Hof wel in tijd beperkt zijn, in die zin dat de terbeschikkingstelling nog als tijdelijk kan worden aangemerkt.³⁴

In het JH/KG-arrest heeft het Hof een toets uitgedacht met betrekking tot de beoordeling door de rechter van de tijdelijkheid en deze toets heeft het Hof in het Daimler-arrest verder uitgewerkt tot een zogenoemde tweetrapsraket. Op grond van de eerste trap is van tijdelijkheid geen sprake meer indien de duur van de activiteit bij de inlenende onderneming langer is dan wat – gelet op alle omstandigheden van het geval – redelijkerwijs als 'tijdelijk' kan worden aangemerkt. Daarnaast is nodig – en dat is de tweede trap – dat geen objectieve verklaring wordt gegeven voor de langere duur van de activiteit bij de inlenende onderneming. Een objectieve verklaring kan dus een langere duur rechtvaardigen.

Wat nog tijdelijk is, wordt dus in eerste instantie bepaald op basis van hetgeen bij de inlenende onderneming gebruikelijk is. Daarbij moet worden gelet op specifieke kenmerken van de sector en de context van een nationale regeling. Het voorgaande brengt mee dat bij gebreke van een nationale regeling, een maximumtermijn in bijvoorbeeld een cao, en een duidelijk 'gebruik' in de sector, de inlenende onderneming wat betreft de tijdelijkheid zijn eigen 'maatman' is. Die maatman heeft wel een bovengrens, want zoals hiervoor opgemerkt, moet de terbeschikkingstelling uiteindelijk in tijd beperkt zijn om nog tijdelijk te kunnen zijn.

Het Hof gaat uit van een zekere bovengrens, aangezien een tijdsduur noodzakelijkerwijs tijdelijk van aard moet zijn, maar het Hof expliciteert of concretiseert deze bovengrens niet. Ten behoeve van het concretiseren van de 'bovengrens' kan het helpen een blik te werpen op andere richtlijnen die in het verlengde van de Uitzendrichtlijn liggen, of aanverwante onderwerpen betreffen en iets concreets over tijdelijkheid bevatten. Een voor de hand liggende Richtlijn om in dat kader te betrekken lijkt dan de Herzieningsrichtlijn.³⁵ De Herzieningsrichtlijn betreft de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het transnationaal verrichten van diensten. Net als de Uitzendrichtlijn beoogt de Herzieningsrichtlijn een juiste balans te vinden tussen enerzijds – en wat ik maar kort samenvat als – werkgeversbelangen (de behoefte aan flexibiliteit in geval van uitzenden, en het verrichten van diensten op het grondgebied van andere lidstaten in geval van dienstverrichting) en anderzijds werknemersbelangen (zekerheid en de eerbiediging van rechten van gedetacheerde werknemers). In overweging 9 van de Herzieningsrichtlijn staat expliciet dat detachering van tijdelijke aard is. Een gevolg van dit uitgangspunt is dat in de Herzieningsrichtlijn onderscheid wordt gemaakt tussen de

33 HvJ EU 14 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, r.o. 69.

34 HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196, r.o. 71.

35 Richtlijn (EU) 2018/957 tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten.

tachering tot de duur van twaalf maanden, met een uitloop naar achttien maanden, en detachering voor een langere duur. Bij detachering voor een langere duur moeten ondernemingen een extra reeks arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden toepassen op de gedetacheerde werknemers. Uit het samenstel van de uitgangspunten en regels van de Herzieningsrichtlijn kan de voorzichtige conclusie worden getrokken dat bij de toepassing van transnationale terbeschikkingstelling een periode tot hooguit achttien maanden nog als tijdelijk kan worden beschouwd (in die zin dat het gaat om grensoverschrijdende detachering). Daarna wordt de gastlidstaat geacht het land te zijn waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht.³⁶ Omdat de context en de aard van de Herzieningsrichtlijn wezenlijk verschillen van de Uitzendrichtlijn, lijkt het niet passend om bij terbeschikkingstelling zonder grensoverschrijdend karakter de bovengrens van 'tijdelijkheid' te koppelen aan een periode tot twaalf of achttien maanden. In de Daimler-zaak lijkt ook geen aanknopingspunt hiervoor te vinden, nu in de Duitse uitzend-cao voor de bouw de maximale termijn voor terbeschikkingstelling bijvoorbeeld was gesteld op 48 maanden en het Hof deze termijn niet per definitie in strijd acht met de Uitzendrichtlijn.

In hun publicatie in 2020 over de tijdelijkheid van uitzendwerk schreven Laagland en Van Braak geen reden te zien om aan de tijdelijkheid van de Uitzendrichtlijn een exacte tijdslimiet te koppelen (net als het Hof dus niet heeft gedaan).³⁷ Het gaat volgens Laagland en Van Braak om het antwoord op de vraag of het de intentie was om uitzendwerk tijdelijk te laten zijn en daarbij gaat het om meer omstandigheden dan alleen de duur van de opdracht. De visie van Laagland en Van Braak lijkt op die van het Hof, maar komt daarmee niet helemaal overeen, want het gaat volgens het Hof niet om de intentie maar om de vergelijking met wat gebruikelijk is. Wat wel overeenkomt, is dat de duur van de opdracht niet het enige aspect is waarnaar moet worden gekeken, want voor een langere termijn kan volgens het Hof een objectieve verklaring worden gegeven. Wat volstaat als objectieve verklaring is dan weer niet duidelijk. Het lijkt mij dat die verklaring iets moet zeggen over de rechtvaardiging van het langere gebruik en dus of het gebruik van de opvolgende opdrachten beantwoordt aan een daadwerkelijke, geobjectiveerde behoefte van de onderneming. A-G Tanchev lijkt ook de aanwezigheid van een geobjectiveerde behoefte bij de uitleg van het begrip 'objectieve verklaring' te bepleiten. In zijn conclusie geeft hij het volgende voorbeeld van de objectieve verklaring bij het gebruik van uitzendkrachten (in een permanente functie):

'Bijvoorbeeld, een onderneming die actief is op het gebied van onderzoek en ontwikkeling moet haar team van medewerkers uitbreiden voor de uitvoering van bepaalde activiteiten waarvoor zij normaliter alleen vaste medewerkers

36 Zie Toelichting bij COM(2016)128 – Wijziging van de Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, paragraaf 7. In de toelichting werd overigens nog gesproken van een termijn van 24 maanden en deze termijn is uiteindelijk vastgesteld op 12 maanden of, in voorkomend geval, 18 maanden (zie preambule Richtlijn 96/71/EG).

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

Mr. dr. N. Jansen

inzet. De behoefte aan uitzendkrachten kan het gevolg zijn van de voorlopige resultaten van een onderzoeks- en ontwikkelprogramma. Die uitbreiding van het team kan in eerste instantie worden gerealiseerd door de inzet van uitzendkrachten, omdat nog geen investeerders zijn aangetrokken om de resultaten van dat onderzoek verder te ontwikkelen of omdat het onderzoeksproces nog niet is afgerond. Dit is het type verklaring waarvan een nationale rechter, alle omstandigheden in aanmerking genomen, kan concluderen dat zij een objectieve verklaring vormt voor de achtereenvolgende inzet van uitzendkrachten, hoewel de betreffende functies niet bij wijze van plaatsvervangende zijn vervuld en anders als permanente functies binnen de inlenende onderneming zouden zijn vervuld.³⁸

Uit de rechtspraak van het Hof kan niet worden afgeleid dat de eis van een objectieve verklaring meebrengt dat de inzet van uitzendkrachten voor zover dat voor een langere duur dan tijdelijk is, ook op proportionaliteit (geschikt en noodzakelijk) wordt getoetst.

3.4 Achtereenvolgende opdrachten

Het is de vraag of het waarborgen van het tijdelijke karakter van uitzendwerk alleen betrekking heeft (of moet hebben) op de inzet van dezelfde uitzendkracht bij dezelfde inlener op basis van achtereenvolgende opdrachten door hetzelfde uitzendbureau (wat specifiek in de JH/KG-zaak en in de Daimler-zaak aan de orde was), of dat het waarborgen van het tijdelijke karakter van uitzendwerk ook ziet op achtereenvolgende opdrachten met de inzet van verschillende uitzendkrachten die ten aanzien van het werk geacht moeten worden elkaars vervanger te zijn of de inzet van dezelfde uitzendkracht bij dezelfde inlener op hetzelfde werk via verschillende uitzendbureaus. Ik zie aanleiding om het waarborgen van het tijdelijke karakter van uitzendwerk ruim uit te leggen en niet per definitie te beperken tot de inzet van dezelfde uitzendkracht bij de inlener via hetzelfde uitzendbureau.

In rechtsoverweging 60 van het JH/KG-arrest overwoog het Hof dat de Uitzendrichtlijn tot doel heeft dat de lidstaten ervoor zorgen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming voor een uitzendkracht geen permanente situatie wordt. Het gebruik van de term uitzendkracht in deze overweging duidt op een benadering van het Hof die meebrengt dat het misbruikverbod ziet op de bescherming van de individuele werknemer. Die zogenoemde individuele benadering is ook terug te zien in rechtsoverweging 67 van de JH/KG-zaak, waarin het Hof heeft overwogen dat het aan de nationale rechter is om te beoordelen of het gaat om een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd waaraan op kunstmatige wijze de vorm van opeenvolgende uitzendovereenkomsten is gegeven.

Deze overwegingen sluiten naar mijn mening een ruimere uitleg van het misbruikverbod niet uit. De woordkeuze van het Hof in voornoemde overwegingen kan heel goed het gevolg zijn van de specifieke omstandigheden van de JH/KG-zaak en de

38 Conclusie A-G Tanchev 9 september 2021, ECLI:EU:C:2021:727, r.o. 50.

Daimler-zaak, waarbij het in beide gevallen ging om de inzet van dezelfde uitzendkracht. Een individuele benadering in de JH/KG-zaak en de Daimler-zaak laat een ruimere strekking van het misbruikverbod best toe. Ik zie ook steun voor een ruimere toepassing van het misbruikverbod in de wijze waarop het Hof in het JH/KG-arrest de prejudiciële vragen heeft beantwoord. Volgens het Hof verzet de antimisbruikbepaling zich ertegen dat een lidstaat geen enkele maatregel neemt om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen *en* dat een nationale regeling in geen enkele maatregel voorziet die voorkomt dat aan dezelfde uitzendkracht achtereenvolgende opdrachten bij dezelfde inlenende onderneming worden toevertrouwd om de bepalingen van de richtlijn in het geheel te omzeilen.³⁹ De verplichting die voor het gecursiveerde woordje ‘en’ is geformuleerd, heeft een ruimere strekking dan de verplichting die na ‘en’ volgt en die tweede verplichting kan worden gezien als een verbijzondering van de eerste verplichting. Anders gezegd, uit de eerste verplichting volgt de ruime strekking van het misbruikverbod en uit de tweede verplichting de hiervoor besproken individuele benadering.

Eenzelfde combinatie van verplichtingen (algemeen en specifiek) volgt uit rechtsoverweging 71 van het JH/KG-arrest. Het Hof overwoog daarin het volgende:

‘Wanneer ten slotte in een concreet geval geen objectieve verklaring wordt gegeven voor het feit dat de betrokken inlenende onderneming gebruikmaakt van achtereenvolgende uitzendovereenkomsten, staat het aan de nationale rechter om in de context van de nationale regeling en rekening houdend met de omstandigheden van elk geval te onderzoeken of een van de bepalingen van richtlijn 2008/104 wordt omzeild, *temeer wanneer het dezelfde uitzendkracht*⁴⁰ is die op basis van de betrokken reeks overeenkomsten bij de inlenende onderneming wordt tewerkgesteld.’⁴¹

Uit de woorden ‘temeer wanneer het dezelfde uitzendkracht is’ kan worden afgeleid dat de opdracht voor lidstaten om het tijdelijk karakter van uitzendwerk te waarborgen niet beperkt lijkt te kunnen blijven tot dezelfde uitzendkracht. Het waarborgen van de tijdelijkheid betreft dus niet alleen de inzet van dezelfde uitzendkracht bij dezelfde inlener voor dezelfde activiteit, maar in het algemeen de inzet van uitzendkrachten op basis van achtereenvolgende opdrachten door de inlener (voor dezelfde activiteit).

Overigens sluit een ruime toepassing van het misbruikverbod aan bij de doelstelling van de Uitzendrichtlijn. Deze is niet alleen bedoeld om tegemoet te komen aan de behoefte van ondernemingen aan flexibiliteit. De Uitzendrichtlijn beoogt de door de ondernemingen nagestreefde doelstelling van flexibiliteit te verzoenen met de doelstelling van zekerheid die beantwoordt aan de bescherming van de werknemers. Het toestaan van achtereenvolgende opdrachten van terbeschikkingstelling van verschillende uitzendkrachten die ten aanzien van het werk geacht

39 HvJ EU 14 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, r.o. 72.

40 Cursivering is van de auteur.

41 HvJ EU 14 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, r.o. 71.

Mr. dr. N. Jansen

moeten worden elkaars opvolger te zijn, komt zonder meer tegemoet aan de behoefte van flexibiliteit van ondernemingen, maar holt de zekerheid en de bescherming van werknemers uit. De doelstelling van de Uitzendrichtlijn brengt naar mijn mening juist mee dat vanwege de omstandigheid dat uitzendwerk gebruikt kan worden om een permanente functie bij de inlener te vervullen (waarmee een zekere behoefte aan flexibiliteit kan zijn gediend), het waarborgen van de tijdelijkheid van uitzendwerk niet slechts betrekking moet hebben op de inzet van één uitzendkracht, maar ook zou moeten gelden voor de inzet van verschillende uitzendkrachten op basis van opeenvolgende opdrachten voor hetzelfde werk bij dezelfde inlener en de inzet van dezelfde uitzendkracht op hetzelfde werk bij dezelfde inlener via verschillende uitzendbureaus.

3.5 *Eén langdurige opdracht*

In het verlengde van het voorgaande komt de vraag op of de verplichting om het tijdelijke karakter van uitzendwerk te waarborgen zo moet worden uitgelegd dat de verplichting alleen betrekking heeft op opeenvolgende opdrachten tot terbeschikkingstelling of dat ze ook ziet op een enkele (langdurige) opdracht tot terbeschikkingstelling. De antimisbruikbepaling van de Uitzendrichtlijn lijkt te duiden op de eerste enge uitleg omdat daarin expliciet wordt gesproken van ‘achtereenvolgende opdrachten’. In de Richtlijn betreffende contracten voor bepaalde tijd wordt in de antimisbruikbepaling ook expliciet gesproken over ‘opeenvolgende arbeidsovereenkomsten’ en daarover heeft het Hof onlangs bevestigd dat die antimisbruikbepaling alleen van toepassing is op opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd, zodat de eerste of de enige arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet onder deze bepaling valt.⁴² Analoge toepassing van de rechtspraak van het Hof brengt dan mee dat de waarborg van tijdelijkheid van uitzendarbeid alleen aan de orde is bij opeenvolgende opdrachten tot terbeschikkingstelling. Toch wringt deze uitleg. Misschien is analoge toepassing toch ook niet op zijn plaats. Waar wringt het? Het wringt met de overweging van het Hof dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat uitzendarbeid geen permanente situatie wordt voor een uitzendkracht.⁴³ Die situatie kan zonder meer worden gecreëerd door opeenvolgende opdrachten tot terbeschikkingstelling, maar ook door een enkele maar hele lange opdracht tot terbeschikkingstelling. In het licht van de overweging van het Hof over het voorkomen van een permanente situatie en het uitgangspunt van de Richtlijn dat uitzendarbeid per definitie tijdelijk is, lijkt het passend(er) de verplichting om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen, zo ruim uit te leggen dat dit niet is beperkt tot opeenvolgende opdrachten en aldus ook betrekking heeft op de eerste of enige opdracht tot terbeschikkingstelling. Het gaat dus steeds in de kern om de vraag of gewaarborgd is dat het uitzendwerk (nog) tijdelijk is. En als dat niet het geval is, of voor de langere duur dan een objectieve verklaring kan worden gegeven. Voor deze ruime uitleg kan overigens steun worden gevonden in de arresten van het Hof. Opvolgende op-

42 HvJ EU 3 juni 2021, C-326/19, ECLI:EU:C:2021:438, r.o. 52.

43 HvJ EU 14 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, r.o. 60.

drachten kunnen volgens het Hof worden gezien als een aanwijzing van misbruik,⁴⁴ en sluiten misbruik bij één langdurige opdracht dus niet uit. Zie in dit kader ook de overweging van het Hof in het JH/KG-arrest dat het misbruikverbod tot doel heeft ervoor te zorgen dat lidstaten passende maatregelen nemen met het oog op voorkoming van *met name* achtereenvolgende opdrachten.⁴⁵

3.6 Verband met de arbeidsrelatie van de arbeidskracht met het uitzendbureau

Het laatste aspect van de tijdelijkheid dat ik bespreek, betreft de verhouding tussen enerzijds de terbeschikkingstelling bij de inlener en anderzijds de arbeidsrelatie tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau. Is het waarborgen van het tijdelijke karakter van uitzendwerk slechts nodig voor zover de uitzendkracht niet voor onbepaalde tijd in dienst is bij het uitzendbureau,⁴⁶ of is het een omstandigheid die meeweegt bij de beoordeling van de tijdelijkheid, of speelt het geen enkele rol? A-G Sharpston lijkt in haar conclusie voor het JH/KG-arrest voor te staan dat het waarborgen van het tijdelijke karakter van uitzendwerk alleen aan de orde is voor zover de uitzendkracht in tijdelijke dienst is bij het uitzendbureau. Het deel van haar antwoord dat hierop wijst, luidt:

‘Achtereenvolgende opdrachten van dezelfde arbeidskracht bij dezelfde inlenende onderneming die tezamen een zodanige duur hebben dat zij redelijkerwijs niet meer als ‘tijdelijk’ kunnen worden beschouwd en die geen verband houden met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau, omzeilen de essentie van de bepalingen van richtlijn 2008/104 en komen neer op misbruik van deze vorm van arbeidsverhouding.’⁴⁷

Het zinsdeel ‘en die geen verband houden met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau’ lijkt te veronderstellen dat wanneer een uitzendkracht een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft met het uitzendbureau, geen sprake is van misbruik, ook al wordt de uitzendkracht langdurig ter beschikking gesteld van een inlenende onderneming. Ik ben er niet zeker van dat de A-G deze uitleg ook bedoeld heeft, want het verband met de arbeidsovereenkomst tussen het uitzendbureau en de arbeidskracht enerzijds en de terbeschikkingstelling anderzijds, wordt nergens in de conclusie door haar toegelicht. De toevoeging (of voorwaarde) in het antwoord op de prejudiciële vragen komt in die zin dus wat uit de lucht vallen.

Het Hof legt noch in het JH/KG-arrest noch in het Daimler-arrest een verband tussen de terbeschikkingstelling, de tijdelijkheid en de aard van de tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau bestaande arbeidsverhouding en dat lijkt mij ook de juiste benadering. Ik licht dit toe. In eerste plaats wordt in de antimisbruikbepa-

44 HvJ EU 14 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, r.o. 70 en HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196, r.o. 61.

45 HvJ EU 14 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, r.o. 57.

46 In de literatuur lijkt Hoogeveen hiervan uit te gaan. Zie JAR 2020/289.

47 Conclusie A-G Sharpston 23 april 2020, ECLI:EU:C:2020:300.

Mr. dr. N. Jansen

ling gesproken over het voorkomen van achtereenvolgende opdrachten om de Richtlijn te omzeilen. Bij achtereenvolgende opdrachten gaat het om achtereenvolgende periodes van terbeschikkingstelling. Of daaraan (opvolgende) tijdelijke contracten bij het uitzendbureau ten grondslag liggen of een vast contract, doet er volgens de antimisbruikbepaling en de definitie van de term opdracht in de Uitzendrichtlijn niet toe. In de tweede plaats wordt in de preambule van de Richtlijn in overweging 15 weliswaar overwogen dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een uitzendbureau ook moet worden gezien als de algemene vorm van arbeidsverhouding en dat op grond daarvan in de Uitzendrichtlijn wordt voorzien in de mogelijkheid om af te wijken van de regels die gelden in de inlenende onderneming, maar dat heeft geen betrekking op de antimisbruikbepaling. Anders gesteld, in de antimisbruikbepaling is niet voorzien in een afwijkmogelijkheid voor opeenvolgende opdrachten van uitzendkrachten die in vaste dienst zijn bij het uitzendbureau. *A contrario* kan geredeneerd worden dat de antimisbruikbepaling dus niet anders uitwerkt naar gelang de aard van de tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau bestaande arbeidsverhouding. In de derde plaats verdient opmerking dat de Richtlijn volgens het Hof tot doel heeft te voorkomen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming voor een uitzendkracht een permanente situatie wordt. Of daarvan sprake is, staat los van de aard van de tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau bestaande arbeidsverhouding. Op grond van het voorgaande zie ik ook geen reden om de aard van de arbeidsrelatie van de uitzendkracht met de uitzendwerkgever mee te laten wegen bij het oordeel over de tijdelijkheid. Die tijdelijkheid gaat namelijk over de 'plaatsing' bij de inlener.

4 De rol van de rechter en sancties

Uit het JH/KG-arrest volgt dat de antimisbruikbepaling van de Uitzendrichtlijn lidstaten verplicht om passende maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming voor een uitzendkracht geen permanente situatie wordt.

Bij gebreke van een nationale regeling die bijvoorbeeld een tijdsduur stelt waarna een terbeschikkingstelling niet meer als tijdelijk kan worden aangemerkt, is het aan de nationale rechter om die tijdsduur te bepalen en vast te stellen of sprake is van misbruik. In paragraaf 3.2.2 heb ik uiteengezet hoe het toetsingskader daaromtrent eruitziet. De vervolgvraag is wat de nationale rechter moet doen als hij van mening is dat van tijdelijkheid geen sprake meer is. Artikel 10 lid 1 van de Uitzendrichtlijn verplicht lidstaten om passende maatregelen te nemen voor het geval de richtlijn niet wordt nageleefd door uitzendbureaus of inlenende ondernemingen. Het tweede lid van artikel 10 van de Uitzendrichtlijn verplicht lidstaten sancties te stellen die van toepassing zijn op schendingen van de ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde nationale bepalingen. Voorts zijn lidstaten gehouden maatregelen te treffen die nodig zijn om de daadwerkelijke toepassing van die sancties te garanderen. De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrik-

wekkend zijn. Artikel 10 van de Uitzendrichtlijn biedt lidstaten de ruimte om zelf te kiezen welke sancties zij geschikt achten in geval van schendingen. Uit het Daimler-arrest volgt dat die ruimte tot gevolg heeft dat een uitzendkracht, ingeval de terbeschikkingstelling niet langer tijdelijk is, aan het Unierecht geen subjectief recht kan ontleen op het ontstaan van een arbeidsverhouding met die onderneming.

Hier staat tegenover dat uit de rechtspraak van het Hof volgt dat de verplichting van lidstaten om het in richtlijnen voorgeschreven resultaat te bereiken en om maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van voornoemde verplichting te verzekeren, ook geldt voor rechters.⁴⁸ Met het oog op deze verplichting vereist het beginsel van richtlijnconforme uitleg dat nationale autoriteiten binnen hun bevoegdheden, met inachtneming van het gehele nationale recht en met toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, al het mogelijke doen om de volle werking van het Unierecht te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met de daarmee nagestreefde doelstelling.⁴⁹ De vraag is dan wat een nationale rechter moet doen als in het nationale recht een expliciete sanctie op de schending van een nationale bepaling omtrent misbruik van uitzendwerk ontbreekt, maar het nationale recht wel bekend is met andere misbruiksituaties en in dat kader ook sancties kent. Denk aan misbruik van recht, misbruik van omstandigheden, misbruik van rechtspersoonlijkheid, maar ook aan zogenoemde schijnconstructies. Als sancties op deze verschijningsvormen bestaan in het recht de schadevergoeding, de vernietiging, de doorbraaksituatie, de vereenzelviging, de conversie en de ‘wezen voor schijn’-leer. In het geval dat het nationale recht bekend is met misbruiksituaties en de sanctionering daarvan, brengt het Unierecht (en een richtlijnconforme interpretatie) naar mijn mening mee dat een nationale rechter voor de schending van de antimisbruikbepaling in de Uitzendrichtlijn aansluiting zoekt bij de wijze waarop in het nationale recht misbruik wordt gesanctioneerd. Als er meerdere sanctiemogelijkheden zijn, is het aan de nationale rechter om een sanctie te kiezen die doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend is en waarmee de volle werking van de Uitzendrichtlijn het best wordt verzekerd (en misbruik naar behoren wordt bestraft) om zodoende tot een oplossing te komen die het meest in overeenstemming is met de daarmee nagestreefde doelstelling. Het lijkt mij dat een nationale rechter ook aansluiting kan zoeken bij de wijze waarop in het nationale recht is voorzien in de schending van andere nationale bepalingen ter implementatie van Unierecht. Denk aan de conversie van een contract voor bepaalde tijd in onbepaalde tijd bij de schending van de Richtlijn betreffende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

48 HvJ EU 19 september 2019, C-467/18, ECLI:EU:C:2019:765, r.o. 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

49 HvJ EU 19 september 2019, C-467/18, ECLI:EU:C:2019:765, r.o. 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

Mr. dr. N. Jansen

5 De betekenis voor het Nederlandse uitzendregime

Het huidige Nederlandse uitzendregime bevat drie pijlers. De eerste pijler wordt gevormd door de regels over uitzenden die in titel 10 van Boek 7 staan. De kern daarvan wordt gevormd door artikel 7:690 BW, dat een definitie van de uitzendovereenkomst bevat, en artikel 7:691 BW, dat speciale regels voor de uitzendrelatie bevat, zoals het uitzendbeding en de bepaling dat gedurende een zekere tijd de ketenregeling ex artikel 7:668a BW niet van toepassing is. De tweede pijler is de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Waadi). In de Waadi zijn gedragsnormen voor intermediairs bij arbeidsbemiddeling en terbeschikkingstelling opgenomen. Kernbepaling van de Waadi is artikel 8, waarin de gelijke behandeling van uitzendkrachten is geregeld. De derde pijler wordt gevormd door de uitzend-cao. Van een aantal bepalingen in het BW en de Waadi kan bij cao worden afgeweken en dat is in de uitzend-cao gebeurd. Met het samenstel van regels ten aanzien van uitzenden en terbeschikkingstelling (in BW, Waadi en cao) is uitvoering gegeven aan de implementatie van de Uitzendrichtlijn.

De basis van het huidige uitzendregime vindt haar oorsprong in de Wet flexibiliteit en zekerheid (Wfz) en de Waadi, die beide aan het einde van de vorige eeuw in werking traden. Met de invoering van deze wetten werd tegelijkertijd het vergunningstelsel dat destijds voor uitzenden gold, afgeschaft. Voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten was destijds een vergunning verplicht en de vergunninghouder was onderworpen aan een specifiek regime. Dat regime werd te beperkend geacht voor het aanbieden van allocatieve diensten op de arbeidsmarkt.⁵⁰ Een markt waarop de dienstverleners zonder toetredingsdrempel met elkaar in vrijheid kunnen concurreren, zou kunnen leiden tot betere resultaten op het punt van de gewenste flexibiliteit, aldus de toenmalige regering.⁵¹ Voor de vergunninghouder gold onder meer dat aan de terbeschikkingstelling een maximumtermijn was verbonden van zes maanden (of 1000 uren).⁵² De tijdelijkheid van de terbeschikkingstelling verdween met invoering van de Waadi en in de memorie van toelichting is hieraan specifiek aandacht besteed onder het kopje 'De tijdelijkheid'. De regering merkte op dat 90% van de uitzendingen al werd beëindigd voordat de maximumtermijn was bereikt, waardoor handhaving van de termijn niet meer nodig was. Er zou volgens de regering een natuurlijke rem op uitzenden bestaan.⁵³ Een deel van de SER stelde voor om de maximumtermijn te vervangen door een rechtsvermoeden. Dat rechtsvermoeden zou moeten meebrengen dat voor de terbeschikkinggestelde die langer dan zes maanden bij dezelfde inlener werkzaam was, een arbeidsovereenkomst tussen hem en de terbeschikkingsteller ontstond.⁵⁴ De regering stond blijkens de memorie van toelichting niet onwelwillend ten opzichte van dit rechtsvermoeden, wat vervolgens leidde tot invoering van artikel 7:610a BW. Dit rechtsvermoeden heeft uiteindelijk niet de strekking gekregen

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

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

52 Kamerstukken II 1995/96, 25263, nr. 3, p. 3.

53 Kamerstukken II 1996/97, 25264, nr. 3, p. 15.

54 Kamerstukken II 1996/97, 25264, nr. 3, p. 15.

die het kabinet er kennelijk wel aan heeft willen geven. Het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW wordt namelijk veelal ingezet bij onduidelijkheid over een arbeidsrelatie tussen twee partijen en niet zozeer om de werkgever in een arbeidsrelatie van kleur te kunnen doen laten verschieten. Over dat geruisloos (dat wil zeggen zonder dat partijen zich jegens elkaar hebben verbonden) van kleur verschieten heeft de Hoge Raad een aantal jaar na invoering van de Wfz in het ABN AMRO/Malhi-arrest geoordeeld dat de rechtszekerheid zich daartegen verzet.⁵⁵

De zekerheid voor uitzendkrachten die met het vervallen van de maximumtermijn verloren ging, werd in het met de Wfz ingevoerde uitzendregime gezocht in de relatie van de uitzendkracht tot het uitzendbureau. Die relatie werd wettelijk gedefinieerd als een arbeidsovereenkomst en naarmate de arbeidsrelatie langer zou duren, zou de relatie tussen de arbeidskracht en het uitzendbureau ook bestendiger worden, doordat het zogenoemde uitzendbeding (waarmee een uitzendovereenkomst per direct eindigt als de inlening eindigt) na een zekere periode zijn werking zou verliezen.

Bij het ontwerp van de Uitzendrichtlijn werd door het Economische en Sociaal Comité erop gewezen dat het bij het reguleren op Europees niveau van uitzendarbeid problematisch is dat niet alleen de juridische situaties in de verschillende lidstaten uiteenlopen, maar ook de verscheidenheid op structureel en sociaal vlak groot is. Het Comité onderstreepte dat met die verschillen en uiteenlopende omstandigheden rekening diende te worden gehouden bij de totstandkoming van de Uitzendrichtlijn;⁵⁶ in dit verband breng ik in herinnering dat de Uitzendrichtlijn lidstaten veel speelruimte laat om de regels toe te passen overeenkomstig de nationale praktijk.⁵⁷ A-G Sharpston benadrukte in haar conclusie voor het JH/KG-arrest dat de Uitzendrichtlijn de diversiteit van arbeidsmarkten en de arbeidsverhoudingen eerbiedigt.⁵⁸ Het voorgaande neemt niet weg dat de Uitzendrichtlijn een duidelijk (minimum)beschermingskader voor uitzendkrachten vaststelt dat transparant, evenredig en niet discriminerend is (en dat beoogt het recht van lidstaten te harmoniseren).⁵⁹ Daarbovenop komt dat de Uitzendrichtlijn niet alleen betrekking heeft op arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten, maar ook op de voorwaarden die gelden voor het gebruik van uitzendwerk. Uit de Uitzendrichtlijn, het JH/KG-arrest en het Daimler-arrest volgt dat lidstaten moeten voorkomen dat misbruik van uitzendwerk plaatsvindt, in die zin dat lidstaten het tijdelijke karakter van uitzendwerk moeten waarborgen. Hoe lidstaten dat doen, is aan de lidstaten zelf, maar de Uitzendrichtlijn verzet zich ertegen dat een lidstaat geen enkele maatregel neemt die dit doel nastreeft. Hoewel Nederland dus veel ruimte heeft bij de vormgeving van het uitzendregime ter implementatie van de Uitzendrichtlijn,

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

56 Advies van het Economisch en Sociaal Comité over het 'voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten' (COM(2002) 149 def. – 2002/0072 (COM), punt 1.9.

57 Zie: IP/02/441, Brussel 20 maart 2002.

58 Conclusie A-G Sharpston 23 april 2020, ECLI:EU:C:2020:300, r.o. 38.

59 Conclusie A-G Sharpston 23 april 2020, ECLI:EU:C:2020:300, r.o. 38.

Mr. dr. N. Jansen

kan naar mijn mening niet gezegd worden dat het huidige Nederlandse uitzendregime waarborgt dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming voor een uitzendkracht geen permanente situatie wordt.⁶⁰ Een Nederlandse uitzendkracht kan op grond van het huidige uitzendregime op basis van één of achtereenvolgende opdrachten tot terbeschikkingstelling worden ingeleend door dezelfde inlener om zodoende permanent bij de inlener werkzaam te zijn. Vanuit de inlener bezien: een onderneming kan op grond van het huidige uitzendregime permanent gebruikmaken van dezelfde uitzendkracht. Volgens Hoogeveen, Mouselli en Van der Plas is het langdurig of zelfs permanent inlenen van dezelfde arbeidskracht door dezelfde inlener, en dat geldt ook voor payrolling, onder het Nederlandse uitzendregime toch niet in strijd met de Uitzendrichtlijn.⁶¹ Kort samengevat stellen zij (in steeds iets andere bewoordingen, maar met dezelfde strekking) dat het Nederlandse uitzendregime de uitzendwerknemer genoeg zekerheden biedt, waardoor het evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid, als hoofddoel van de Uitzendrichtlijn, niet verstoord raakt wanneer de inlening een structureel karakter krijgt. Misbruik van de Uitzendrichtlijn zal volgens Hoogeveen, Mouselli en Van der Plas dan ook niet snel aan de orde zijn.⁶² Deze auteurs missen naar mijn mening de essentie van de Uitzendrichtlijn en de arresten van het Hof, die inhoudt dat de inzet van een uitzendkracht door een inlener een tijdelijk karakter heeft en dat lidstaten maatregelen moeten nemen om dit tijdelijke karakter te waarborgen. Dat een ter beschikking gestelde uitzendkracht veel zekerheden heeft (wat daarvan ook zij) en dan met name jegens het uitzendbureau, doet aan het voorgaande niet af. De Uitzendrichtlijn heeft volgens het Hof immers niet alleen tot doel een balans te vinden tussen flexibiliteit en zekerheid, maar heeft ook tot doel te voorkomen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming voor een uitzendkracht een permanente situatie wordt. Uitzendwerk is een opstap naar werk bij de inlener, zo overweegt ook het Hof in het Daimler-arrest (en dat onderstrepen ook de Commissie-Borstlap⁶³ en de SER⁶⁴) en uitzendwerk is niet bedoeld om een werknemer permanent en kunstmatig (als eigenlijk sprake is van een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd met de inlener) als uitzendkracht in te zetten. Dat uitzend-

60 Deze conclusie lijkt te worden gedeeld door de Commissie-Borstlap en de SER. Zie: In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk (Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk van 23 januari 2020), p. 67 onderaan; en SER: Sociaal-economisch beleid 2021-2025. Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving, SER-advies 21/08, juni 2021, p. 18 onderaan.

61 M. Hoogeveen, JAR 2020/289; H. Mouselli, JIN 2020/164; S. van der Plas, Ontbreken van 'redelijke tijdelijkheid' kan leiden tot misbruik van uitzendarbeid, 11 november 2020 (blog.allenoverly.com) en zie in zekere zin ook H.H. Voogsgaard, Welke eisen moeten worden gesteld aan voorkomen van misbruik in art. 5, lid 5 van de uitzendrichtlijn?, TRA 2021/9. In zekere zin ook, maar met belangrijke nuances: N. Gundt, Bescherming van uitzendkracht tegen misbruik van opvolgende uitzendcontracten, TRA 2021/29.

62 M. Hoogeveen, JAR 2020/289; H. Mouselli, JIN 2020/164; S. van der Plas, Ontbreken van 'redelijke tijdelijkheid' kan leiden tot misbruik van uitzendarbeid, 11 november 2020 (blog.allenoverly.com).

63 Commissie Regulering van Werk, In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk, 23 januari 2020.

64 Sociaal-economisch beleid 2021-2025. Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving, SER-advies 21/08, juni 2021.

werk in Nederland daarvoor mogelijk wel wordt gebruikt, zoals Mouselli ook erkent,⁶⁵ doet hieraan niet af. Sterker: die stelling bevestigt eerder dat het Nederlandse systeem de tijdelijkheid van uitzendwerk onvoldoende waarborgt (zo is ook de analyse van de Commissie-Borstlap en de SER⁶⁶) en is in die zin dus niet Richtlijn-*proof*. Hoogeven, Mouselli en Van der Plas leggen naar mijn mening de nadruk ten onrechte alleen op de balans tussen flexibiliteit en zekerheid (wat er van die balans ook zij, want zekerheid zit vooral in de zekerheid om in principe werkzaam te zijn op een vaste locatie, voor een vaste werkgever en met vaste arbeidsomstandigheden⁶⁷) en vergeten dat uitzendwerk juist een belangrijke opstapfunctie heeft. Juist die functie vereist dat uitzendwerk naar haar aard tijdelijk is en dat lidstaten het tijdelijke karakter van uitzendarbeid moeten waarborgen. Deze waarborg zit niet (alleen) in het opbouwen van zekerheden bij het uitzendbureau, maar met name in het voorkomen dat aan een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd op kunstmatige wijze de vorm van uitzendwerk is gegeven.⁶⁸

In de Nederlandse wet ontbreken passende maatregelen om het tijdelijke karakter van uitzendwerk te waarborgen en dat legt een last op de schouders van de nationale rechter om het Nederlandse uitzendregime Richtlijn-*proof* te laten zijn. Van de nationale rechter wordt in het kader van richtlijnconforme uitleg behoorlijk wat lenigheid verwacht, die slechts wordt begrensd door een uitlegging *contra legem* van het nationale recht. Voornoemde lenigheid komt wel overeen met de wijze waarop de rechtbank en het hof in de Taxi/Dorenbos-zaak door een payrollovereenkomst heen prikten omdat geen reële overeenkomst tot stand was gekomen.⁶⁹ De payrollconstructie in die zaak was immers slechts aangegaan om onder de voor de werknemer uit de ketenregeling voortvloeiende bescherming uit te komen. De Taxi/Dorenbos-zaak illustreert fraai dat het Nederlandse recht de rechter geenszins verhindert door een uitzendconstructie heen te prikken.

Ontleend aan de wijze waarop contracten voor bepaalde tijd converteren in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in geval van misbruik, zou een nationale rechter in geval van misbruik van uitzendwerk de arbeidsovereenkomst tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau ook kunnen converteren in een arbeidsovereenkomst met de inlener. Ik wil niet zeggen dat het aannemen van een arbeidsovereenkomst tussen de uitzendkracht en de inlener de meest gereede sanctie is in het geval van misbruik, maar ik zie tegelijkertijd geen belemmeringen voor de Nederlandse rechter om een arbeidsovereenkomst met de inlener aan te nemen indien het uitzendwerk niet meer als tijdelijk kan worden aangemerkt. Die sanctie, het aannemen van een arbeidsovereenkomst met de inlener, is volgens Laagland en Van Braak overigens niet in strijd met de Uitzendrichtlijn.⁷⁰

65 H. Mouselli, JIN 2020/164.

66 Zie noot 64.

67 Rb. Limburg 11 maart 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:4003.

68 Vgl. F.G. Laagland & M.J. van Braak, Uitzending en tijdelijkheid: onlosmakelijk verbonden of niets gemeen, TRA 2020/22, paragraaf 2.3 laatste alinea.

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

70 F.G. Laagland & M.J. van Braak, Uitzending en tijdelijkheid: onlosmakelijk verbonden of niets gemeen, TRA 2020/22, paragraaf 3.2.

Mr. dr. N. Jansen

Het eerder aangehaalde ABN AMRO/Malhi-arrest staat naar mijn mening niet in de weg aan voornoemde conversie, hoewel de Hoge Raad in dit arrest overwoog dat van een geruisloze overgang van de uitzendkracht van het uitzendbureau naar de inlener geen sprake kan zijn.⁷¹ In de eerste plaats ging het in de casus van de heer Malhi niet per se om misbruik, hoewel de situatie van de heer Malhi bij ABN AMRO in redelijkheid niet meer als tijdelijk kon worden getypeerd. Belangrijker is dat voor zover conversie van de uitzendovereenkomst naar een dienstverband bij de inlener een breuk is met de ABN AMRO/Malhi-leer, die breuk geen uitleg *contra legem* is. Het vereiste van Unierechtconforme uitlegging houdt voor nationale rechterlijke instanties de verplichting in om in voorkomend geval vaste rechtspraak te wijzigen wanneer deze berust op een met de doelstelling van een richtlijn onverengbare uitlegging van het nationale recht.⁷²

6 Conclusie

De antimisbruikbepaling van de Uitzendrichtlijn verplicht lidstaten niet tot het nemen van specifieke maatregelen om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen, maar het staat lidstaten ook niet vrij om geen maatregelen te nemen. Kortom, de Uitzendrichtlijn verplicht partijen dat ze iets moeten doen, maar niet precies wat en hoe ze dat moeten doen (en hoe ze dit moeten sanctioneren). Voogsgeerd spreekt in dit verband van een spanningsverhouding tussen ‘het de lidstaten niet verplichten om een “regeling” in te voeren, maar wel dat “passende maatregelen” moeten worden genomen om het tijdelijk karakter van uitzendwerk te waarborgen’.⁷³ Uit het oordeel van het Hof volgt dat wanneer een nationale regeling ontbreekt, het aan de nationale rechter is om een arbeidsverhouding te toetsen aan de Uitzendrichtlijn (lees: plicht om het nationale recht richtlijnconform te interpreteren). Wegens het ontbreken van een nationale bepaling (en veelal ook cao-bepalingen) omtrent het waarborgen van het – kort gezegd – tijdelijke karakter van uitzendwerk, ligt het antwoord op de vraag of het Nederlandse uitzendregime Richtlijn-*proof* is in handen van de nationale rechter.

Aanpassing van het uitzendregime door invoering van een wettelijke bepaling die de inlening door een opdrachtgever in de tijd limiteert, zoals ook door Commissie-Borstlap is voorgesteld en in Duitsland is gebeurd, maakt het Nederlandse systeem minder afhankelijk van het oordeel van de rechter en schept rechtszekerheid. Over de duur van de maximumtermijn valt te twisten, maar voor een termijn die langer is dan de door de Commissie-Borstlap voorgestelde 24 maanden zie ik niet direct een reden. De termijn van 24 maanden sluit ook aardig aan bij cijfers over de doorstroom uit uitzendwerk. In de eerste 12 maanden is die doorstroom hoog, in

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

72 HvJ EU 13 juli 2000, C-456/98, ECLI:EU:C:2000:402 (Centrosteel) en HvJ EU 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (Rasmussen).

73 H.H. Voogsgeerd, Welke eisen moeten worden gesteld aan voorkomen van misbruik in art. 5, lid 5 van de uitzendrichtlijn?, TRA 2021/9.

de 12 maanden daarna vlak de doorstroom af en na 24 maanden blijkt van doorstroom nog nauwelijks sprake.⁷⁴

Ik zie geen reden om een maximumtijdsduur van terbeschikkingstelling slechts betrekking te laten hebben op opeenvolgende opdrachten en/of op de terbeschikkingstelling van dezelfde uitzendkracht. De essentie van de Uitzendrichtlijn is dat uitzendwerk tijdelijk is en dat dit tijdelijke karakter moet worden gewaarborgd. Maatregelen die qua reikwijdte te beperkt zijn, waarborgen de essentie van de richtlijn onvoldoende omdat ze ruimte bieden aan de inlener om via een andere invulling van terbeschikkingstelling (met meerdere uitzendkrachten die elkaar opvolgen voor eenzelfde activiteit of door een enkele opdracht van terbeschikkingstelling voor lange tijd of door een uitzendkracht voor eenzelfde activiteit via verschillende uitzendbureaus) het tijdelijke karakter van uitzendwerk te omzeilen. En dat is nu net wat moet worden voorkomen. Zolang de wetgever niets doet, zijn uitzendkrachten zeker niet aangewezen op allerhande schadeprocedures jegens de Nederlandse staat wegens het niet juist of niet volledig implementeren van de Uitzendrichtlijn,⁷⁵ want de Nederlandse rechter heeft voldoende mogelijkheden om door driehoeksrelaties met een permanent karakter (die daarmee een contract voor onbepaalde tijd bij de inlener verhullen) heen te prikken en een arbeidsovereenkomst met de inlener aan te nemen. In afwachting van de wetgever zijn de ogen gericht op de rechtspraak.

74 De positie van uitzendwerknemers, SEO economisch onderzoek, Amsterdam februari 2020, p. 46 en 47.

75 Zie voor deze route: H. Mouselli, JIN 2020/164.