

149. Hof van Justitie: terbeschikkingstelling van uitzendkracht is tijdelijk. Gevolgen voor de praktijk?

MR. DR. S. PALM

Uitzendwerkgevers (waaronder payrollondernemingen) mogen werknemers op grond van het Nederlandse arbeidsrecht voor lange duur ter beschikking stellen aan inlenende ondernemingen. Volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt uit Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid dat de verhoudingen tussen deze werknemers en inlenende ondernemingen naar hun aard tijdelijk zijn, zo blijkt uit twee arresten. Wat zijn de gevolgen van deze arresten voor de Nederlandse rechtspraktijk?

1. Inleiding

Op 14 oktober 2020 wees het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) het arrest *JH tegen KG* (hierna: *JH/KG*) en op 17 maart 2022 het arrest *NP tegen Daimler* (hierna: *NP/Daimler*). Het latere arrest is in wezen een uitwerking van het eerdere arrest.¹ Het Hof van Justitie oordeelt in beide zaken over de grenzen die Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid (hierna: Uitzendrichtlijn) stelt aan de duur van (opeenvolgende) terbeschikkingstellingen van uitzendkrachten aan één en dezelfde inlenende onderneming. Beide zaken gaan (onder meer) over de vraag wanneer een terbeschikkingstelling redelijkerwijs niet (langer) als tijdelijk kan worden aangemerkt en de maatregelen die lidstaten moeten treffen ter voorkoming van te lang durende terbeschikkingstellingen en misbruiksituaties. De centrale vraag in dit artikel is: wat zijn de gevolgen van deze arresten voor de Nederlandse rechtspraktijk? De volgende deelvragen komen hierna aan de orde. In paragraaf 2: wat is de betekenis van de term ‘tijdelijk’ in de Uitzendrichtlijn? In paragraaf 3: is het aan de Nederlandse rechter om in concrete geschillen de tijdsduur vast te stellen waarna een terbeschikkingstelling redelijkerwijs niet langer als tijdelijk kan worden aangemerkt? In paragraaf 4: zo ja, op basis van welke criteria of gezichtspunten moet die vaststelling plaatsvinden? In paragraaf 5: kan een Nederlandse rechter rechtsgevolgen verbinden aan een overschrijding van die tijdsduur? In paragraaf 6: moet de Nederlandse wetgever (aanvullende) maatregelen nemen? Afsluitend volgt een conclusie (paragraaf 7).

2. Betekenis van de term ‘tijdelijk’ in de Uitzendrichtlijn

Het tijdelijke karakter van de terbeschikkingstelling keert in de Uitzendrichtlijn terug in zowel de omschrijving van het toepassingsgebied als de definities. De Uitzendrichtlijn is op grond van art. 1 lid 1 van deze richtlijn ‘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’. Volgens de in art. 3 Uitzendrichtlijn opgenomen definities van ‘uitzendbureau’, ‘uitzendkracht’, ‘inlenende onderneming’ en ‘opdracht’ werkt de uitzendkracht tijdelijk onder toezicht en leiding van de inlenende onderneming. Tijdelijke terbeschikkingstelling vormt dus het uitgangspunt.

In *JH/KG* benadrukt het Hof van Justitie dat de Uitzendrichtlijn ‘ook tot doel heeft dat de lidstaten ervoor zorgen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming voor een uitzendkracht geen permanente situatie wordt’.² Art. 5 lid 5 Uitzendrichtlijn legt lidstaten de verplichting op ‘om passende maatregelen te nemen met het oog op voorkoming van achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van deze richtlijn te omzeilen’, aldus het Hof van Justitie.³ Lidstaten moeten – zo vervolgt het Hof van Justitie – derhalve maatregelen nemen ‘om het tijdelijke karakter van

1 HvJ EU 14 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 (*NP/Daimler*).

2 Het Hof van Justitie verwijst in dat verband naar overweging 15, art. 3 lid 1 onder b t/m e, art. 5 lid 5 en art. 6 lid 1 en 2 Uitzendrichtlijn (punt 60-63 van *JH/KG*).

3 Punt 59 van *JH/KG*.

uitzendarbeid te waarborgen.⁴ Die maatregelen zien op de verhouding tussen de uitzendkracht en de inlenende onderneming en niet op de overeenkomst tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau. Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd rechtvaardigt juist afwijkingen van het in de Uitzendrichtlijn opgenomen voorschrift over gelijke beloning, mits de uitzendkracht een vergoeding ontvangt voor de periode tussen twee terbeschikkingstellingen, zo volgt uit overweging 15 in samenhang met art. 5 lid 2 van deze richtlijn. Het tijdelijkheidsbegrip heeft in de Uitzendrichtlijn dus géén betrekking op de arbeidsovereenkomst tussen de uitzendwerkgever en uitzendwerknemer, naar Nederlands recht: de uitzendovereenkomst als bedoeld in art. 7:690 Burgerlijk Wetboek (BW).⁵ (Ter volledigheid, op uitzendarbeid is Richtlijn 1999/70/EG inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd niet van toepassing.⁶)

De Uniewetgever tart de logica

Uit *NP/Daimler* blijkt dat het tijdelijkheidsbegrip in de Uitzendrichtlijn evenmin betrekking heeft op de bij de inlenende onderneming te vervullen arbeidsplaats.⁷ De Uitzendrichtlijn verzet zich niet tegen een tijdelijke terbeschikkingstelling van een uitzendkracht aan een inlenende onderneming voor de invulling van een permanente arbeidsplaats binnen die onderneming zonder dat sprake is van tijdelijke vervanging van een werknemer van die onderneming.⁸

Tegenstrijdig of zorgvuldig compromis?

De aan lidstaten opgelegde verplichting maatregelen te nemen om het tijdelijke karakter van terbeschikkingstellingen te waarborgen strookt niet met de omschrijving van het toepassingsgebied in de Uitzendrichtlijn en de gehanteerde definities. De Uniewetgever tart de logica: waarom verplicht de Uniewetgever tot invoering van maatregelen ter waarborging van het tijdelijke karakter, terwijl uitzendarbeid zonder tijdelijk karakter in de Uitzendrichtlijn überhaupt niet als uitzendarbeid lijkt te worden aangemerkt althans buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn lijkt te vallen?

Die tegenstrijdigheid vormt echter de kern van de Uitzendrichtlijn, want deze richtlijn heeft tot doel enerzijds de

uitzendkracht te beschermen en anderzijds uitzendwerk te bevorderen. Zekić merkt op dat de Uitzendrichtlijn met veel moeite is aangenomen en een sterk compromiskarakter heeft.⁹ Het tweede doel (de bevordering van uitzendwerk) is uitgewerkt in art. 4 Uitzendrichtlijn: alleen redenen van algemeen belang rechtvaardigen beperkingen van en een verbod op de inzet van uitzendkrachten. Verdedigbaar is dat deze strenge norm ten aanzien van de beperkingen die lidstaten mogen opleggen aan de inzet van uitzendkrachten (waaronder een verbod) alleen behoort te gelden voor terbeschikkingstellingen van tijdelijke aard. Zo beschouwd is de toevoeging van het tijdelijke karakter aan de begripsomschrijving logisch. Deze strengere toets aan redenen van algemeen belang voor de invoering van beperkingen van of een verbod op de inzet van uitzendkrachten geldt – vanuit die gedachtegang – niet voor permanente terbeschikkingstellingen van uitzendkrachten aan dezelfde inlenende onderneming. Tegelijkertijd heeft de Uitzendrichtlijn – zo benadrukt het Hof van Justitie in zowel *JH/KG* als *NP/Daimler* – ook tot doel ‘dat de lidstaten ervoor zorgen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming voor een uitzendkracht geen permanente situatie wordt’ (het eerste doel: bescherming van de uitzendkracht).¹⁰ Het Hof van Justitie oordeelt in beide zaken dat (i) art. 5 lid 5 Uitzendrichtlijn ‘verplicht om passende maatregelen te nemen ter voorkoming van misbruik dat bestaat in het achtereenvolgens ter beschikking stellen van uitzendopdrachten met het doel de bepalingen van die richtlijn te omzeilen’ en (ii) ‘deze bepaling aldus moet worden uitgelegd dat zij zich er tegen verzet dat een lidstaat geen maatregelen neemt om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen’.¹¹

Tot slot, ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Uitzendrichtlijn blijkt volgens Van Braak en Laagland dat de Uniewetgever niet heeft beoogd dat deze richtlijn slechts van toepassing is op terbeschikkingstellingen die daadwerkelijk van tijdelijke aard zijn.¹²

4 Punt 63 van *JH/KG*. Een opdracht – zo volgt uit de begripsomschrijving in art. 3 lid 1 onder e Uitzendrichtlijn – is ‘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’.

5 Aldus ook F.G. Laagland & M.J. van Braak, ‘Uitzending en tijdelijkheid: onlosmakelijk verbonden of niets gemeen?’, *TRA* 2020/22, voetnoot 39.

6 Preambule en clause 3 punt 1 van de raamovereenkomst bij Richtlijn 1999/70/EG en HvJ EU 11 april 2013, C-290/12, ECLI:EU:C:2013:235, «JAR» 2013/141 (*Della Rocca/Poste Italiane*).

7 Punt 31 van *NP/Daimler*.

8 Punt 38 van *NP/Daimler*.

9 N. Zekić, ‘Flexibele arbeid’, in: F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters (red.), *Europees arbeidsrecht (MSR nr. 2)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 5.2 (over de moeizame totstandkoming en het compromiskarakter van de Uitzendrichtlijn) en 5.5.5 (over de bevordering van uitzendwerk). Het Hof van Justitie spreekt van een verzoening tussen (i) de door ondernemingen nagestreefde doelstelling van flexibiliteit en (ii) de doelstelling van zekerheid die beantwoordt aan de bescherming van werknemers (punt 50 van *JH/KG*).

10 Punt 61 van *JH/KG* en punt 56 van *NP/Daimler*.

11 Punt 63 van *JH/KG* en punt 67 van *NP/Daimler*. Art. 5 lid 5 Uitzendrichtlijn is dus een antimisbruikbepaling die niet alleen betrekking heeft op de in art. 5 lid 2 t/m 4 van deze richtlijn opgenomen afwijkingen van het beginsel van gelijke beloning (aldus ook: Amaury Mechelynck, ‘Misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor uitzendarbeid: een mijlpaalarrest van het Hof van Justitie’, *Arbeidsrecht Journaal* 2022, punt 5 en 6 (Belgisch online journaal: www.arbeidsrechtjournaal.be), en N.M.Q. van der Neut & M. Tanja, ‘Het Nederlandse uitzendstelsel: door de Europeesrechtelijke beugel?’, in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst* (art. 7:690 BW, aant. 18), Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 1 februari 2022).

12 F.G. Laagland & M.J. van Braak, ‘Uitzending en tijdelijkheid: onlosmakelijk verbonden of niets gemeen?’, *TRA* 2020/22, par. 2.1 en 2.2.

3. Vaststelling van maximale tijdsduur door Nederlandse rechter?

Lidstaten mogen – zo merkt het Hof van Justitie in *NP/Daimler* op – een precieze tijdsduur vaststellen waarna een terbeschikkingstelling niet meer als tijdelijk kan worden aangemerkt, met name wanneer opeenvolgende opdrachten zich over een langere tijd uitstrekken.¹³ Ingeval de nationale regeling geen dergelijke tijdsduur vaststelt, zo vervolgt het Hof van Justitie, is het aan de nationale rechter om die tijdsduur in elk concreet geval te bepalen en ‘zich ervan te vergewissen dat de toewijzing van achtereenvolgende opdrachten aan een uitzendkracht niet tot doel heeft de doelstellingen van [de Uitzendrichtlijn] en in het bijzonder de tijdelijke aard van uitzendarbeid te omzeilen.’¹⁴ De door het Hof van Justitie omschreven volgorde impliceert mogelijk dat de Nederlandse rechter in concrete geschillen zelf – aan de hand van de omstandigheden van het geval (waarover meer in de volgende paragraaf) – de tijdsduur moet vaststellen waarna een terbeschikkingstelling redelijkerwijs niet langer als tijdelijk kan worden aangemerkt, indien het Nederlandse recht geen precieze tijdsduur voorschrijft en het processuele debat tot het vaststellen daarvan aanleiding geeft.

Geen beperking terbeschikkingstellingen, wel maximering opvolgende overeenkomsten

Het Nederlandse recht bevat überhaupt geen regels over de duur van de terbeschikkingstelling. Art. 7:668a en 7:691 BW – in combinatie met een collectieve arbeidsovereenkomst – maximeren het aantal en de duur van opvolgende uitzendovereenkomsten voor bepaalde tijd. Die maximering betreft echter de relatie tussen de uitzendwerkgever en uitzendwerknemer en niet de duur van de terbeschikkingstelling aan een inlenende onderneming. De vraag is of het systeem van art. 7:668a en 7:691 BW op één lijn kan worden geplaatst met de door het Hof van Justitie genoemde precieze tijdsduur van de terbeschikkingstelling, tevens rekening houdend met de Nederlandse voorschriften omtrent gelijke beloning bij uitzendarbeid. Anders geformuleerd, bevat het Nederlandse systeem voldoende waarborgen, zodat de Nederlandse rechter niet zelf (ook nog) in concrete geschillen de tijdsduur mag of moet vaststellen waarna de terbeschikkingstelling redelijkerwijs niet langer als tijdelijk kan worden aangemerkt?

Standpunten in de literatuur

Hoogeveen lijkt deze vraag in haar annotatie bij *JH/KG* bevestigend te beantwoorden. Het Nederlandse recht kent

volgens Hoogeveen juist veel waarborgen, zoals de gelijke beloningsvoorschriften in art. 8 en 8a Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi).¹⁵ Een vergelijkbaar betoog leest men deels terug in de annotatie van Mouselli bij hetzelfde arrest. Mouselli schrijft dat de arbeidskracht die op basis van payrolling als bedoeld in art. 8a Waadi ter beschikking wordt gesteld, recht heeft op (minimaal) dezelfde arbeidsvoorwaarden als werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies (i) in dienst van de inlenende onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt of (ii) in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven, waarin de inlenende onderneming opereert.¹⁶ Het begrip arbeidsvoorwaarden wordt in de Waadi zeer ruim uitgelegd en de gelijkstelling qua arbeidsvoorwaarden is nagenoeg volledig, aldus Mouselli.¹⁷ Volgens Verburg oogt de Nederlandse aanpak van uitzendarbeid sinds de invoering van de Wet arbeidsmarkt in balans robuust in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie over misbruik van uitzendovereenkomsten.¹⁸ Ten aanzien van payrolling stelt Laagland dat deze vorm van terbeschikkingstelling ook na het arrest *JH/KG* (nog steeds) niet in strijd is met de Uitzendrichtlijn.¹⁹

Het Nederlandse recht bevat überhaupt geen regels over de duur van de terbeschikkingstelling

Hoogeveen stelt daarnaast dat het Hof van Justitie in *JH/KG* blijkbaar tot uitgangspunt neemt dat de situatie, waarin sprake is van achtereenvolgende opdrachten bij dezelfde inlenende onderneming, impliceert dat de onderliggende uitzendovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn. Naar Nederlands recht ontstaat in dergelijke situaties op den duur een uitzendovereenkomst voor onbepaalde tijd met de uitzendwerkgever. En bij een uitzendovereenkomst voor onbepaalde tijd is geen sprake van misbruik, aldus Hoogeveen. Hetzelfde geldt volgens Hoogeveen bij een als payrollovereenkomst aan te merken uitzendovereen-

- 15 E.M. Hoogeveen, annotatie bij HvJ EU 14 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, «JAR» 2020/289 (*JH/KG*). Dit standpunt herhaalt de auteur bij het latere arrest: E.M. Hoogeveen, annotatie bij HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196, «JAR» 2022/109 (*NP/Daimler*).
- 16 Zie over de wijze waarop deze vergelijking plaats moet vinden een recent oordeel van rechtbank Zeeland West-Brabant en de bijbehorende, zeer kritische annotatie van Zwemmer (Rb. Zeeland-West-Brabant 26 januari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:324, «JAR» 2022/66, m.nt. J.P.H. Zwemmer).
- 17 H. Mouselli, annotatie bij HvJ EU 14 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, «JIN» 2020/164 (*JH/KG*).
- 18 L.G. Verburg, ‘Het belang van de economische werkelijkheid in arbeidsrechtelijke relaties, in het bijzonder in driehoeksverhoudingen’, *TRA* 2021/34, voetnoot 38.
- 19 F.G. Laagland e.a. (red.), Verburg: *Geciteerd en besproken. Liber Amicorium ter gelegenheid van het emeritaat van professor mr. Leonard Gerardus Verburg, hoogleraar Sociaal recht aan de Radboud Universiteit* (Onderneming en recht nr. 124), Verburg-bundel, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. I.2.4.1, voetnoot 6.

13 Punt 57 van *NP/Daimler*.

14 Punt 58 van *NP/Daimler*.

komst.²⁰ Het standpunt van Hoogeveen kan men verder onderbouwen met de constatering dat het Hof van Justitie zich ook in het arrest *NP/Daimler* richt op achtereenvolgende opdrachten tot terbeschikkingstelling aan dezelfde inlenende onderneming voor dezelfde arbeid.²¹ Het Hof van Justitie oordeelt in zowel *JH/KG* als *NP/Daimler* weliswaar dat art. 5 lid 5 eerste volzin Uitzendrichtlijn ‘zich ertegen verzet dat een lidstaat geen maatregelen neemt om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen’, maar noemt die maatregelen in de context van achtereenvolgende terbeschikkingstellingen.²² Volgt men de gedachtegang van Hoogeveen dan is verdedigbaar dat een Nederlandse rechter niet in elk concreet geval de tijdsduur behoort vast te stellen waarna de terbeschikkingstelling redelijkerwijs niet langer als tijdelijk kan worden aangemerkt.

De redenering van Hoogeveen is echter niet sluitend. Uit beide uitspraken blijkt immers niet expliciet dat het Hof van Justitie tot uitgangspunt neemt dat achtereenvolgende opdrachten tot terbeschikkingstelling in alle gevallen meebrengen dat tevens sprake is van opvolgende uitzendovereenkomsten voor bepaalde tijd. Daarom blijft onzeker of de Uitzendrichtlijn bij uitzendovereenkomsten voor *onbepaalde* tijd niet vereist dat de terbeschikkingstellingen van tijdelijke aard zijn. Hetzelfde geldt bij een uitzendovereenkomst voor bepaalde tijd die kan worden aangemerkt als payrollovereenkomst in de zin van art. 7:692 BW en art. 8a lid 1 of lid 8 Waadi.²³ Onduidelijk is of de aanvullende bescherming van payrollwerknemers moet worden beschouwd als een waarborg (tegen misbruik) die voldoet aan de Uitzendrichtlijn.

Zekić volgt de redenering van Hoogeveen niet. ‘Ongeacht de vraag of de uitzendkracht een contract voor bepaalde of onbepaalde tijd heeft met het uitzend- of payrollbureau, het inlenen van personeel zou een tijdelijke situatie moeten zijn. Dat is althans het uitgangspunt van de Uitzendrichtlijn’, aldus Zekić. De Nederlandse wetgeving bevat volgens Zekić geen enkele beperking aangaande de duur van de terbeschikkingstelling en daarom moet de rechter zelf in concrete geschillen toetsen of sprake is van misbruik.²⁴

Gundt lijkt een middenweg te kiezen. Permanente terbeschikkingstelling is volgens deze auteur niet per definitie strijdig met de Uitzendrichtlijn. *JH/KG* vormt volgens deze auteur wel de bevestiging dat art. 7:692 en 7:692a BW (inzake de payrollovereenkomst) van toepassing zijn op permanente terbeschikkingstellingen en dat uitzendwerkgevers bij permanente terbeschikkingstellingen daarom geen gebruik kunnen maken van het verlichte uitzendregime uit art. 7:691 BW.²⁵ Die conclusie brengt mee dat naast art. 7:692a BW ook art. 8a Waadi (waarin het voorschrift omtrent gelijke beloning voor payrollwerknemers is uitgewerkt) van toepassing is. De opvatting van Gundt leidt in wezen tot een ruimere toepassing van het payrollregime, omdat aldus bij een permanente terbeschikkingstelling sprake zou zijn van een payrollovereenkomst, ongeacht of aan de wetsomschrijving van de payrollovereenkomst is voldaan.²⁶ De Nederlandse rechter moet – als de opvatting van Gundt juist is – in concrete geschillen zelf vaststellen of een terbeschikkingstelling tijdelijk of permanent is.

Sommige auteurs lijken meer terughoudend in het formuleren van hun opvatting. Zowel Van der Beek en Zwemmer als Van der Neut en Tanja schetsen de hiervoor beschreven opvattingen, maar nemen geen uitdrukkelijk standpunt in.²⁷ Terughoudendheid bij het innemen van een standpunt is wellicht terecht, omdat *JH/KG* en *NP/Daimler* sterk verweven zijn met de concrete feiten van het geval en het nationale recht in die (niet-Nederlandse) zaken.

Relevantie van collectieve arbeidsovereenkomsten

Tot slot, (algemeen verbindend verklaarde) bepalingen uit een collectieve arbeidsovereenkomst mogen de duur van een terbeschikkingstelling aan één en dezelfde inlenende onderneming beperken. Het Hof van Justitie benadrukt in *NP/Daimler* dat de Uitzendrichtlijn zich niet verzet tegen invoering van beschermende maatregelen door de sociale partners.²⁸ Deze door de Uitzendrichtlijn geboden ruimte brengt wellicht mee dat, ingeval toepasselijke bepalingen in een collectieve arbeidsovereenkomst voorzien in een precieze tijdsduur waarna een terbeschikkingstelling niet meer als tijdelijk moet worden aangemerkt, de rechter niet

20 E.M. Hoogeveen, annotatie bij HvJ EU 14 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, «JAR» 2020/289 (*JH/KG*). A.P. van der Mei, ‘Nogmaals: de tijdelijkheid van uitzendwerk’, *TRA* 2022/55, neemt een vergelijkbaar standpunt in. Ook H.H. Voogsgeerd, ‘Welke eisen moeten worden gesteld aan voorkomen van misbruik in art. 5, lid 5 van de uitzendrichtlijn?’, *TRA* 2021/9, lijkt tot uitgangspunt te nemen dat Nederland met het maximum aantal maanden en het maximum aantal verlengingen als zodanig (voldoende) maatregelen heeft genomen ter voorkoming van misbruik door tijdelijke terbeschikkingstellingen.

21 Zie de herformulering door het Hof van Justitie van de tweede vraag (punt 52 van *NP/Daimler*).

22 Punt 63, 67 en 71 van *JH/KG* en punt 62, 63 en 67 en het dictum van *NP/Daimler*.

23 Voor de toepassing van art. 8a lid 1 of lid 8 Waadi is overigens alleen vereist dat sprake is van payrolling in de zin van de Waadi en niet dat tevens sprake is van een payrollovereenkomst in zin van art. 7:690 BW in combinatie met art. 7:692 BW.

24 N. Zekić, ‘Misbruik van uitzendwerk – Het Hof van Justitie EU geeft nadere uitleg’, *ArbeidsRecht* 2021/6.

25 N. Gundt, ‘Bescherming van uitzendkracht tegen misbruik opvolgende uitzendcontracten’, *TRA* 2021/29.

26 Vergelijk de opmerkingen van J.P.H. Zwemmer, ‘Payrollovereenkomst’ in: J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 1 januari 2022), par. 4.4.3.3, en K. Hakvoort & I. Lintsen, ‘Het payrollregime en de aanbesteding van uitzendwerk door de overheid’, *TRA* 2021/14. Zij zijn van mening dat een langdurige terbeschikkingstelling als zodanig niet doorslaggevend is voor de vraag of sprake is van een payrollovereenkomst. Deze auteurs verwijzen naar de parlementaire geschiedenis van de Wet arbeidsmarkt in balans (*Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 9, p. 44-45 (NV II)).

27 J.W.M. van der Beek & J.P.H. Zwemmer, ‘NOW: Flexwerknemers (en flexwerkgevers) tussen wal en schip en de TOFA-regeling’, *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context* 2020-3, voetnoot 22; N.M.Q. van der Neut & M. Tanja, ‘Het Nederlandse uitzendstelsel: door de Europeesrechtelijke beugel?’, in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst* (art. 7:690 BW, aant. 18), Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 1 februari 2022).

28 Punt 101-111 van *NP/Daimler*.

meer hoeft te oordelen of in het concrete geschil een andere tijdsduur zou moeten gelden.

4. Criteria (gezichtspunten) voor vaststelling

Het Nederlandse recht bevat, als gezegd, (veel) maatregelen ten aanzien van de inzet van uitzendarbeid, maar geen concrete beperkingen van de duur van (opeenvolgende) terbeschikkingstellingen (tenzij de duur van deze terbeschikkingstellingen in een toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst van een limiet is voorzien). Indien men op grond van het arrest *NP/Daimler* inderdaad mag concluderen dat de Nederlandse rechter in een concreet geval zelf de tijdsduur moet vaststellen waarna de terbeschikkingstelling redelijkerwijs niet langer als tijdelijk kan worden aangemerkt – omdat de Nederlandse wetgever geen maximale duur van terbeschikkingstellingen heeft vastgesteld – dan behoort de rechter vervolgens een aantal specifieke in *JH/KG* en *NP/Daimler* genoemde gezichtspunten bij deze vaststelling te betrekken. Voor de vaststelling van wat redelijkerwijs nog als tijdelijk kan worden aangemerkt, moet de nationale rechter letten op alle relevante omstandigheden, waaronder met name de specifieke kenmerken van de sector. Volgens het Hof van Justitie is mogelijk sprake van misbruik van achtereenvolgende opdrachten indien de totale duur van de terbeschikkingstelling langer is dan wat redelijkerwijs als tijdelijk kan worden beschouwd.²⁹ In de woorden van advocaat-generaal Sharpston in de conclusie bij *JH/KG*: ‘veelvuldig herhaalde achtereenvolgende opdrachten van dezelfde uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming’ omzeilen ‘de essentie (...) van de [Uitzendrichtlijn] en vormen (...) misbruik van deze vorm van arbeidsverhouding’.³⁰ Het Hof van Justitie verwijst in *JH/KG* uitdrukkelijk naar deze opmerking van de advocaat-generaal.³¹ Die verwijzing brengt wellicht mee dat bij achtereenvolgende opdrachten als zodanig nog geen sprake is van misbruik, maar dat dit anders kan zijn als sprake is van veelvuldige herhaling van achtereenvolgende opdrachten. Wanneer – zo merkt het Hof van Justitie in zowel *JH/KG* als *NP/Daimler* over deze vaststelling ten slotte op – ‘in een concreet geval geen objectieve verklaring wordt gegeven voor het feit dat de betrokken inlenende onderneming gebruikmaakt van achtereenvolgende uitzendovereenkomsten, staat [of beter: ‘is’, toevoeging SP] het aan de nationale rechter om in de context van de nationale regeling en rekening houdend met de omstandigheden van elk geval te onderzoeken of een van de bepalingen van [de Uitzendrichtlijn] wordt omzeild, temeer wanneer het dezelfde uitzendkracht is die op basis van de betrokken reeks over-

eenkomsten bij de inlenende onderneming wordt tewerkgesteld’.³² Ook bij een reeks van opvolgende overeenkomsten met verschillende uitzendkrachten kan dus sprake zijn van misbruik.³³ Uit beide arresten blijkt bovendien dat de nationale rechter zich niet alleen moet bezighouden met de vaststelling van wanneer (opeenvolgende) terbeschikkingstellingen redelijkerwijs niet langer als tijdelijk kunnen worden aangemerkt, maar ook (of wellicht: vooral) met de vraag in welke concrete gevallen de doelstelling van de Uitzendrichtlijn, in het bijzonder de tijdelijke aard van uitzendarbeid wordt omzeild.

5. Rechtsgevolgen bij niet-tijdelijke terbeschikkingstellingen?

Indien men aanneemt dat de Nederlandse rechter in concrete geschillen zelf aan de hand van de omstandigheden van het geval de tijdsduur moet vaststellen waarna een terbeschikkingstelling redelijkerwijs niet langer als tijdelijk kan worden aangemerkt (tenzij een toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst voorziet in een precieze tijdsduur), mag of moet de Nederlandse rechter dan rechtsgevolgen verbinden aan een niet (langer) als tijdelijk aan te merken terbeschikkingstelling?

Oordelen Hof van Justitie

Een direct beroep op de Uitzendrichtlijn – zo wordt bevestigd in *NP/Daimler* – is niet mogelijk, althans in ieder geval niet in een geschil tussen uitsluitend particulieren. Een nationale rechter mag een met een richtlijn strijdige bepaling van het nationale recht niet buiten toepassing laten, indien aldus een extra verplichting wordt opgelegd aan een particulier, aldus het Hof van Justitie met een verwijzing naar eigen jurisprudentie.³⁴ Daarnaast volgt uit de formulering van art. 10 Uitzendrichtlijn (omtrent maatregelen en sancties) dat lidstaten volgens het Hof van Justitie een zeer grote mate van vrijheid hebben in hun keuze voor de te treffen maatregelen en sancties ter verwezenlijking van het doel van deze richtlijn. Een uitzendkracht van wie de terbeschikkingstelling aan een inlenende onderneming in strijd met de Uitzendrichtlijn redelijkerwijs niet (langer) tijdelijk is, kan niet rechtstreeks aan het Unierecht een subjectief recht op het ontstaan van een arbeidsovereenkomst met de inlenende onderneming ontnemen, aldus het Hof van Justitie.³⁵ De mogelijkheid dat het nationale recht niet strookt met het Unierecht kan wel leiden tot aansprakelijkheid van de lidstaat jegens de benadeelde partij, zoals blijkt uit het arrest *Franovich* van het Hof van Justitie.³⁶

29 Punt 60 van *NP/Daimler* en punt 69 van *JH/KG*.

30 Punt 57 van de conclusie van A-G E. Sharpston, ECLI:EU:C:2020:300, bij *JH/KG*.

31 Punt 70 van *JH/KG*. In punt 61 van *NP/Daimler* verwijst het Hof van Justitie weer naar punt 70 van *JH/KG*.

32 Punt 71 van *JH/KG* en punt 62 van *NP/Daimler*.

33 Vergelijk in die zin over Richtlijn 1999/70/EG: Ruben Houweling, ‘De permanente tijdelijkheid. Over arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en EU-recht’, *ArA* 2021/3, p. 38-39.

34 Punt 81 van *NP/Daimler* met een verwijzing naar HvJ EU 18 januari 2022, C-261/20, ECLI:EU:C:2022:33, «JAR» 2022/55 (*Thelen Technopark Berlin/MN*), punt 32.

35 Punt 96 en 97 van *NP/Daimler*.

36 HvJ EG 19 november 1991, C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428, *NJ* 1994/2 (*Franovich*), punt 28-46.

Mag of moet de Nederlandse rechter rechtsgevolgen verbinden aan een niet (langer) als tijdelijk aan te merken terbeschikkingstelling?

In de zaak *JH/KG* herhaalt het Hof van Justitie wel de bestaande plicht om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van de verplichtingen uit richtlijnen te verzekeren. Die bestaande plicht geldt voor alle met overheidsgezag beklede instanties van de lidstaten, waaronder de rechterlijke instanties. Nationale instanties moeten ‘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’, aldus het Hof van Justitie. De verplichting van de nationale rechter om bij de uitleg en toepassing van bepalingen van het nationale recht te refereren aan Unierecht wordt echter begrensd door algemene rechtsbeginselen. Bovendien mag een richtlijnconforme interpretatie niet dienen voor een uitleg *contra legem* van het nationale recht.³⁷

Indiensttreding bij inlenende onderneming?

Indachtig *JH/KG* zou een uitzendkracht – indien de duur van de (achtereenvolgende) terbeschikkingstelling(en) langer is dan redelijkerwijs als tijdelijk kan worden aangemerkt – wellicht kunnen verwijzen naar bijvoorbeeld het arrest *Taxi Dorenbos* van de Hoge Raad. In die zaak zou de werkgever (*Taxi Dorenbos*) bij de eerstvolgende verlenging van de arbeidsovereenkomst van de desbetreffende werknemer op grond van art. 7:668a BW worden geconfronteerd met een conversie naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ter voorkoming van die conversie en op initiatief van *Taxi Dorenbos* trad de werknemer vervolgens op basis van een uitzendovereenkomst voor bepaalde tijd in dienst bij een uitzendbureau. Deze zaak speelde zich af voorafgaand aan de invoering van de extra bescherming van payrollwerknemers via art. 7:692a BW en art. 8a Waadi en daarom was naar de letter van de wet een verlenging voor bepaalde tijd via een uitzendwerkgever mogelijk. De Hoge Raad overwoog dat de gedachtegang van het hof Arnhem-Leeuwarden was dat de constructie uitsluitend was bedoeld om de gevolgen van de ketenregeling te ontwijken en dat van een ‘reële uitzendovereenkomst’ tussen de werknemer en het uitzendbureau geen sprake was. Ook de laatste arbeidsovereenkomst was volgens het hof Arnhem-Leeuwarden met *Taxi Dorenbos* (en niet met het uitzendbureau) tot stand gekomen. Die gedachtegang getuigt volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting en

berust op een afweging en waardering van feitelijke aard.³⁸ Hoewel *Taxi Dorenbos* niet zozeer ging over de tijdelijkheid van de terbeschikkingstelling maar om misbruik via opvolgende overeenkomsten, bevestigt die zaak wel dat een rechter een uitzendbureau als formele werkgever kan passeren en kan oordelen dat een werknemer rechtstreeks in dienst is getreden bij de inlenende onderneming. Ook via een beroep op goed werkgeverschap (art. 7:611 BW), de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 of 2 BW) of misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) heeft de (uitzend) werknemer wellicht mogelijkheden om – bijvoorbeeld – een dienstverband met de inlenende onderneming te claimen.³⁹ Zo benoemde de Hoge Raad in het arrest *Care 4 Care/StiPP* expliciet de mogelijkheid voor de rechter om op grond van de redelijkheid en billijkheid af te wijken van het Nederlandse uitzendregime.⁴⁰ Een kanttekening is dat de Hoge Raad in *Care 4 Care/StiPP* vooral oog leek te hebben voor de relatie tussen de uitzendwerkgever en uitzendwerknemer en niet zozeer voor de relatie tussen de uitzendwerknemer en de inlenende onderneming.

Wat zou een wettelijke maximering van de duur van de terbeschikkingstelling oplossen?

Tegen een rechtstreekse indiensttreding bij de inlenende onderneming, zoals in *Taxi Dorenbos*, of het toewijzen van beroep op één van de hiervoor genoemde wettelijke bepalingen kan worden ingebracht dat (i) de Nederlandse wetgever een zeer uitgebreid systeem van bescherming van uitzendkrachten bij opvolgende uitzendovereenkomsten en precieze voorschriften over gelijke beloning bij uitzendovereenkomsten heeft ingevoerd en dat (ii) de wetgever dat systeem en die voorschriften telkens verder heeft aangescherpt en uitgewerkt. Verdedigbaar is dat bij gebruikmaking van dat systeem en naleving van die voorschriften (vrijwel) nooit sprake kan zijn van misbruik in juridische zin.⁴¹ Voor payrollwerknemers lijkt een succesvolle verdediging – gebaseerd op de stelling dat de terbeschikkingstelling redelijkerwijs niet (langer) als tijdelijk kan worden aangemerkt – al helemaal onmogelijk. De Nederlandse wetgever heeft met de wettelijke verankering van de payrollovereenkomst immers in wezen bevestigd dat een permanente terbeschikkingstelling van payrollwerknemers rechtsgeldig is.⁴² Een richtlijnconforme interpretatie helpt de werkne-

37 Punt 64-66 van *JH/KG*.

38 HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:312, «JAR» 2020/87 (*Taxi Dorenbos*). Zie ook HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, «JAR» 2007/231 (*Thuiszorg Rotterdam/PGGM*).

39 Zie ook P.A. Hogewind-Wolters, ‘De contractsvrijheid van de werkgever na afloop van een arbeidsovereenkomst’, *TRA* 2020/88, par. 2.

40 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, «JAR» 2016/286 (*Care 4 Care/StiPP*).

41 S. Palm, ‘Opvolgende arbeidsovereenkomsten en misbruik: van Campina tot en met *Taxi Dorenbos*’, *TvO* 2020-4, p. 142-151.

42 Aldus ook A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 258.

mer daarom niet.⁴³ Bij opvolgende uitzendovereenkomsten die niet als payrollovereenkomsten kunnen worden aangemerkt, biedt het arrest *Taxi Dorenbos* wellicht meer mogelijkheden, maar ook dan heeft de werknemer geen eenvoudige zaak. *Taxi Dorenbos* ging niet over de duur van de terbeschikkingstelling en het uitzendbureau had in die zaak geen enkele inhoudelijke rol als werkgever vervuld.⁴⁴ Als de uitzendwerkgever een zelfstandige en inhoudelijke rol vervult bij de totstandkoming en uitvoering van de uitzendovereenkomst zijn de omstandigheden niet vergelijkbaar met die van de zaak *Taxi Dorenbos*.

Conversie naar payrollovereenkomst?

In plaats van (of subsidiair aan) de stelling dat een arbeidsovereenkomst met de inlenende onderneming tot stand is gekomen, kan de uitzendkracht betogen dat na een reeks van verlengingen de nieuwe (opvolgende) uitzendovereenkomst moet worden aangemerkt als een payrollovereenkomst. De eerdere uitzendovereenkomsten kunnen in dat geval weliswaar nog niet worden aangemerkt als payrollovereenkomsten, maar de laatste uitzendovereenkomst wel. Als sprake is van een payrollovereenkomst heeft de uitzendkracht recht op extra bescherming (art. 7:692a BW en art. 8a Waadi). De uitzendkracht zal zich dan op het standpunt stellen dat de uitzendwerkgever ten aanzien van deze nieuwe uitzendovereenkomst geen allocatiefunctie heeft vervuld en dat de terbeschikkingstelling (inmiddels) exclusief is. De uitzendkracht heeft echter waarschijnlijk weinig kans op succes met dit betoog. Zo heeft hof Arnhem-Leeuwarden – overigens in een andere context dan *JH/KG* en *NP/Daimler* – geoordeeld dat een allocatiefunctie bij een eerdere uitzendovereenkomst doorwerkt in een opvolgende uitzendovereenkomst. Een andere uitleg zou volgens dit hof immers meebrengen dat bij elke verlenging (mits uiteraard tevens sprake is van een exclusieve terbeschikkingstelling) een payrollovereenkomst ontstaat. Die consequentie zou indruisen tegen het Nederlandse systeem waarin een reeks van opvolgende uitzendovereenkomsten (niet zijnde payrollovereenkomsten) met dezelfde uitzendwerkgever op grond van art. 7:691 BW juist rechtsgeldig is.⁴⁵

Vervanging of conversie gedurende de looptijd?

Tot slot, *tijdens* de looptijd van een uitzendovereenkomst verzet de rechtszekerheid zich al snel tegen een (geruisloze) vervanging van het uitzendbureau door de inlenende onderneming als werkgever, zo volgt uit het (vóór de totstandkoming van de Uitzendrichtlijn) door de Hoge Raad gewezen

arrest *ABN AMRO* uit 2002.⁴⁶ Met een verwijzing naar datzelfde arrest merkte de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Wet arbeidsmarkt in balans ook nog op dat enkel door het verstrijken van de tijd ‘geen sprake kan zijn van een geruisloze overgang naar een andersoortige overeenkomst’. Met die opmerking leek de regering te bedoelen dat enkel door het verstrijken van de tijd gedurende de looptijd van een uitzendovereenkomst (niet zijnde een payrollovereenkomst) geen conversie naar een payrollovereenkomst kan plaatsvinden.⁴⁷ Uiteraard is niet uitgesloten dat die conversie door bijkomende omstandigheden wel kan plaatsvinden.⁴⁸

6. Rol voor de Nederlandse wetgever?

Kan men in de arresten *JH/KG* en *NP/Daimler* mogelijk (ook) een concrete opdracht voor de Nederlandse wetgever lezen? Meer in het bijzonder: moet de Nederlandse wetgever gerichte maatregelen treffen ter voorkoming van de situatie dat een terbeschikkingstelling langer kan zijn dan redelijkerwijs als tijdelijk kan worden aangemerkt?

Oordelen Hof van Justitie

Deze arresten bieden geen eenduidig antwoord op die vraag. Als gezegd, onduidelijk blijft namelijk of de Uitzendrichtlijn verplicht tot invoering van maatregelen ter verzekering dat een terbeschikkingstelling in *alle gevallen* slechts van tijdelijke aard is, of dat die verplichting alleen geldt voor situaties waarin werkgevers via achtereenvolgende uitzendovereenkomsten of opdrachten tot terbeschikkingstelling beogen de bepalingen uit de Uitzendrichtlijn te omzeilen (dus in gevallen van misbruik). Als een lidstaat alleen maatregelen moet nemen tegen omzeiling van het tijdelijke karakter via achtereenvolgende uitzendovereenkomsten of opdrachten tot terbeschikkingstelling, is wellicht verdedigbaar dat de Nederlandse wetgever al voldoende maatregelen heeft genomen met het systeem van beperkingen ten aanzien van het aantal en de duur van opvolgende uitzendovereenkomsten en de aanvullende bescherming van payrollwerknemers. De oordelen van het Hof van Justitie in *JH/KG* en *NP/Daimler* zijn, als gezegd, bovendien sterk verweven met de concrete feiten van het geval en het nationale recht (en geen van beide waren Nederlandse zaken). De arresten zijn daarom niet heel richtinggevend voor de wetgever. De Uitzendrichtlijn schrijft in elk geval niet dwingend voor *welke* maatregelen een nationale wetgever moet nemen en dwingt evenmin tot invoering van een concrete maximum tijdsduur voor terbeschikkingstellingen, aldus uitdrukkelijk het Hof van Justitie in beide zaken.⁴⁹

43 Zie over de Belgische rechtspraktijk naar aanleiding van het arrest *JH/KG*, de problematiek rondom richtlijnconforme interpretatie en de figuur van rechtsmisbruik: Amaury Mechelynck, ‘Misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor uitzendarbeid: een mijlpaalarrest van het Hof van Justitie’, *Arbeidsrecht Journaal* 2022, punt 16 (Belgisch online journaal: www.arbeidsrechtjournaal.be).

44 Vergelijk J.P.H. Zwemmer, annotatie bij HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:312, «JAR» 2020/87, met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van de Wet arbeidsmarkt in balans, te weten: *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, F, p. 41 (nadere memorie van antwoord).

45 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 mei 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:5003, «JAR» 2021/167.

46 HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186, «JAR» 2002/100 (*ABN AMRO*).

47 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 9, p. 44-45 (NV II).

48 Vergelijk hof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2199, «JAR» 2014/173, waarin het hof tot het voorlopige oordeel komt ‘dat met een voldoende mate van zekerheid te verwachten is dat de bodemrechter zal oordelen dat de samenwerkingsrelatie (...) is geëvolueerd tot een arbeidsovereenkomst’.

49 Punt 42 van *JH/KG* en punt 54 van *NP/Daimler*.

Rechtspolitieke vraag

De vraag of de Nederlandse wetgever verdere maatregelen behoort te treffen lijkt meer van rechtspolitieke aard. Met het advies van de Commissie Regulering van Werk (Borstlap) uit 2020 kreeg die rechtspolitieke discussie over de bescherming bij uitzending en payrolling hernieuwde aandacht. Deze commissie adviseerde de duur van een terbeschikkingstelling aan één en dezelfde inlenende onderneming te maximaleren tot twee jaar (naast enkele andere maatregelen, zoals het recht vanaf dag één op arbeidsvoorwaarden gelijk aan werknemers in dienst van de inlenende onderneming). Als de uitzendwerknemer na die termijn doorwerkt bij dezelfde inlenende onderneming, treedt hij van rechtswege bij die inlenende onderneming in dienst.⁵⁰ Een vergelijkbare aanbeveling keerde nadien echter niet terug in het advies van de Sociaal-Economische Raad, uitgebracht ten behoeve van de kabinetsperiode 2021-2025.⁵¹ De huidige kabinetspartijen verwijzen op hun beurt in het coalitieakkoord van december 2021 weliswaar naar beide adviezen, maar met betrekking tot de voorgenomen maatregelen voor een betere regulering van uitzendwerk noemt de regering uitsluitend het advies van de Sociaal-Economische Raad en dus niet het concrete advies van Commissie Regulering van Werk (Borstlap) over de inperking van de duur van terbeschikkingstellingen van uitzendkrachten.⁵² Initiatieven van de regering omtrent maatregelen ter inperking van de duur van terbeschikkingstellingen van uitzendkrachten zijn – indien men uitgaat van het coalitieakkoord – daarom niet snel te verwachten.

Nog een eindeloze en vruchteloze discussie?

Wat zou een wettelijke maximering van de duur van de terbeschikkingstelling oplossen? Een wetgevingsproces gericht op deze maximering zal mogelijk veel gelijkenissen vertonen met het eindeloze en weinig vruchtbare debat over de ketenregeling, te weten: de maximering van het aantal en de duur van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd – (weer) iets meer of (weer) iets minder?⁵³ Wellicht moet de positie van uitzendwerknemers daarom vooral op andere manieren worden verstevigd. Bijvoorbeeld door – zoals voorgesteld door de Commissie Regulering van Werk (Borstlap) – een (nagenoeg) volledige gelijkstelling qua beloning en overige arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten met werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de inlenende onderneming (in ieder geval voor de periode dat de uitzendkracht

aan die desbetreffende onderneming ter beschikking wordt gesteld). Daarnaast kan worden gedacht aan het volledig schrappen van art. 7:691 BW, het speciale ‘flexrecht’ voor uitzendkrachten. Beide maatregelen (een volledige gelijkstelling qua beloning en arbeidsvoorwaarden en een volledige afschaffing van het speciale flexrecht voor uitzendkrachten) zijn echter vrij drastisch. Organisaties hebben bovendien (grote) behoefte aan flexibiliteit. Daarom zijn dergelijke maatregelen mogelijk alleen (politiek) haalbaar indien – een ‘open deur’ – werkgevers meer flexibiliteit wordt geboden voor (tijdelijke) wijzigingen gedurende een arbeidsovereenkomst.

7. Conclusie

De Uitzendrichtlijn is – zoals door Zekić opgemerkt – een moeizaam compromis en heeft daarom een ambigu karakter. Het oordeel van het Hof van Justitie in zowel *JH/KG* als *NP/Daimler* leidt niet tot een echte aanscherping van de Uitzendrichtlijn. Enerzijds lijkt het Hof van Justitie de ‘wens’ te uiten dat nationale lidstaten (zowel de wetgevende macht als de rechterlijke macht) zoveel als mogelijk maatregelen nemen om het tijdelijke karakter van terbeschikkingstellingen te waarborgen. Anderzijds lijkt het Hof van Justitie een scherp oordeel te schuwen. De Nederlandse rechter kan worden geconfronteerd met de stelling van een uitzendkracht dat de duur van de terbeschikkingstelling in een concreet geval leidt tot misbruik. Deze uitzendkracht baseert zijn vordering dan mogelijk op art. 3:13, 6:248 of 7:611 BW, enkele uitspraken van de Hoge Raad of een combinatie van gronden. De kans dat een dergelijke vordering slaagt, lijkt echter klein en het oordeel van het Hof van Justitie in zowel *JH/KG* als *NP/Daimler* lijkt die slagingskans niet te vergroten. Deze arresten zijn wellicht een reden voor de Nederlandse wetgever om de duur van terbeschikkingstellingen te maximaleren. Onzeker is echter of de wetgever deze maatregel daadwerkelijk (op korte termijn) zal invoeren. Bovendien kan men zich afvragen of een maximering van terbeschikkingstellingen een effectieve maatregel is. Misschien kan de bescherming van uitzendkrachten beter op andere manieren worden gewaarborgd.

Dit artikel is afgesloten op 1 juni 2022.

Over de auteur



Mr. dr. S. (Steven) Palm

Advocaat te Rotterdam bij Windt Le Grand Leeuwenburgh

50 *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. 72-75 en 88, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 29544, nr. 970, en online: www.rijksoverheid.nl.

51 *Sociaal-economisch beleid 2021-2025. Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving* (SER-advies 21/08 van juni 2021, uitgebracht aan de informateur en het kabinet ten behoeve van de kabinetsperiode 2021-2025), Den Haag: SER 2021.

52 *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst* (coalitieakkoord 2021-2025 tussen VVD, D66, CDA en ChristenUnie), p. 23, bijlage bij *Kamerstukken II 2021/22*, 35788, nr. 77, en online: www.rijksoverheid.nl.

53 S.S.M. Peters, ‘Commissie-Borstlap en de regulering van arbeidsrelaties’, *TRA 2020/52*, spreekt van ‘twee/drie-jaar-pingpongspel’.