

47. Beloning van uitzendkrachten

Hof van Justitie en Hoge Raad verruimen het gelijkebehandelingsvoorschrift

MR. DR. S. PALM

In december 2024 deelden vakbonden FNV en CNV in hun nieuwsberichten mee dat de onderhandelingen over de nieuwe cao voor uitzendkrachten zijn vastgelopen. Vooral FNV is fel. De werkgeversorganisaties negeren volgens FNV de rechtspraak van zowel het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie) als de Hoge Raad over de rechten op een betere beloning. Door de opstelling van de werkgeversorganisaties krijgen uitzendkrachten niet de beloning waar zij recht op hebben, aldus FNV.¹

1. Inleiding

Deze discussie tussen de vakbonden en werkgeversorganisaties gaat over het beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten. Dat beginsel houdt in dat uitzendkrachten voor de duur van een terbeschikkingstelling recht hebben op ten minste dezelfde essentiële arbeidsvoorwaarden als die voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks bij de inlenende onderneming in een gelijke of gelijkwaardige functie in dienst waren getreden, zo volgt uit art. 5 Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid (Uitzendrichtlijn).² Het begrip ‘essentiële arbeidsvoorwaarden’ is in art. 3 lid 1 onder f Uitzendrichtlijn als volgt omschreven: ‘de in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve arbeidsovereenkomsten en/of andere in de inlenende onderneming vigerende bindende bepalingen van algemene strekking vastgelegde arbeidsvoorwaarden met betrekking tot: i) de arbeidstijd, overuren, pauzes, rusttijden, nachtarbeid, vakantie en feestdagen; ii) de bezoldiging.’ Het gelijkebehandelingsvoorschrift als bedoeld in art. 5 Uitzendrichtlijn beperkt zich tot arbeidsvoorwaarden die onder deze definitie vallen.³ De nationale uitwerking van dit gelijkebehandelingsvoorschrift is opgenomen in art. 8 en art. 8a Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi).

Voor ter beschikking gestelde arbeidskrachten, niet in het kader van payrolling, schrijft art. 8 Waadi gelijke behandeling voor ten aanzien van loon, overige vergoedingen en arbeidstijden.

De rechtspraak die heeft geleid tot deze hoogopgelopen discussie tussen de vakbonden en werkgeversorganisaties betreft de arresten *Luso Temp*, *TimePartner*, *Randstad Empleo* van het Hof van Justitie en het arrest *Dosign* van de Hoge Raad.⁴ De zaken *Luso Temp* en *Randstad Empleo* gaan over de uitleg van onderscheidenlijk het begrip ‘arbeidsvoorwaarden’ en het begrip ‘bezoldiging’ in de Uitzendrichtlijn. In het arrest *TimePartner* behandelde het Hof van Justitie de mogelijkheid om via afspraken met de sociale partners af te wijken van het in de Uitzendrichtlijn opgenomen gelijkebehandelingsvoorschrift. De Hoge Raad oordeelde in de zaak-*Dosign* tot een richtlijnconforme interpretatie van het begrip ‘loon’ als bedoeld in art. 8 Waadi. De arresten van het Hof van Justitie, zo zal hierna worden toegelicht, brengen mee dat het begrip arbeidsvoorwaarden en in het bijzonder het begrip bezoldiging, zoals opgenomen in de Uitzendrichtlijn, (zeer) ruim moeten worden uitgelegd en dat de Nederlandse wetgeving op dit moment niet voldoet aan deze richtlijn. De door de Hoge Raad voorgeschreven richtlijnconforme interpretatie kan die onjuiste (onvolledige) implementatie niet volledig ‘corrigeren’. Ook de voorgenomen wijziging van art. 8 Waadi, zoals opgenomen in het aan de Raad van State voorgelegde Wetsvoorstel meer zekerheid flexwerkers, zal de onzekerheid over de reikwijdte van het gelijkebehande-

1 Sander Wageman, ‘Uitzendwerkgevers onthouden uitzendkrachten recht op meer beloning. Onderhandelingen nieuwe cao opgeschort’, *Nieuws op fnv.nl*, 10 december 2024; Marten Jukema, ‘Cao ABU en NBBU uitzendkrachten: Onderhandelingen liggen stil’, *Uitzendbureaus, nieuws op cnv.nl*, 18 december 2024.

2 Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (*PbEU* 2008, L 327).

3 Het gelijkebehandelingsvoorschrift uit art. 5 Uitzendrichtlijn ziet daarnaast op ‘de in de inlenende onderneming geldende regels betreffende: a) de bescherming van zwangere vrouwen en zogende moeders en van kinderen en jongeren, alsmede b) de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en maatregelen ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid’.

4 HvJ EU 12 mei 2022, C-426/20, ECLI:EU:C:2022:373 (*Luso Temp*); HvJ EU 15 december 2022, C-311/21, ECLI:EU:C:2022:983 (*TimePartner*); HvJ EU 22 februari 2024, nr. C-649/22, ECLI:EU:C:2024:156 (*Randstad Empleo*); HR 27 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1303 (*Dosign*).

lingsvoorschrift niet volledig kunnen wegnemen.⁵ Een van de aandachtspunten bij de discussie over de reikwijdte van het gelijkebehandelingsvoorschrift is pensioen.

De centrale vraag van dit artikel luidt: Wat zijn de (mogelijke) gevolgen van de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de Hoge Raad voor de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten, in het bijzonder met betrekking tot de reikwijdte van het begrip bezoldiging? Hierna volgt eerst een bespreking van de arresten *Luso Temp*, *Randstad Empleo*, *TimePartner* en *Dosign* (respectievelijk paragraaf 2 tot en met 5). Daarna worden de knelpunten behandeld, te weten: de onduidelijkheid door het uitblijven van een duidelijke begripsomschrijving (paragraaf 6), de grenzen aan de richtlijnconforme interpretatie (paragraaf 7), de onjuiste (onvolledige) implementatie van de Uitzendrichtlijn (paragraaf 8) en het risico dat de wetgever weer de fout ingaat (paragraaf 9). Afsluitend volgt een conclusie (paragraaf 10).⁶ Het onderhavige artikel beperkt zich tot de gevolgen voor de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten die niet in het kader van payrolling plaatsvindt (art. 8 Waadi).

2. *Luso Temp*: ruime uitleg begrip arbeidsvoorwaarden

In de Portugese zaak *Luso Temp* verklaarde het Hof van Justitie in 2022 voor recht dat de Uitzendrichtlijn ‘zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan de vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantiedagen met behoud van loon – en de overeenkomstige vakantie-toeslag – waarop uitzendkrachten recht hebben bij de beëindiging van hun arbeidsverhouding met een inlenende onderneming, lager is dan de vergoeding waarop die uitzendkrachten in dezelfde situatie en om dezelfde reden recht zouden hebben indien zij rechtstreeks door die inlenende onderneming in dienst waren genomen om er gedurende dezelfde periode dezelfde functie uit te oefenen’.⁷ De vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantiedagen met behoud van loon en de overeenkomstige vakantie-

toeslag beschouwde het Hof van Justitie als een essentiële arbeidsvoorwaarde.

Het oordeel van het Hof van Justitie is gebaseerd op de volgende punten. Allereerst benoemde het Hof van Justitie dat loon met behoud van vakantie behoort tot het begrip essentiële arbeidsvoorwaarden als bedoeld in art. 3 lid 1 onder f Uitzendrichtlijn.⁸ Vervolgens onderbouwde het Hof van Justitie dat de context en doelstellingen van de Uitzendrichtlijn meebrengen dat ook een vergoeding voor niet-opgenomen vakantiedagen wegens de beëindiging van de uitzendarbeidsbetrekking kan worden beschouwd als een essentiële arbeidsvoorwaarde.⁹ Het Hof van Justitie woog mee dat de Uitzendrichtlijn een aanvulling is op zowel Richtlijn 1999/70/EG betreffende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd als Richtlijn 1997/81/EG betreffende deeltijdarbeid.¹⁰ Arbeidsvoorwaarden refereren in die twee richtlijnen volgens het Hof van Justitie ook aan de voorwaarden waaronder die arbeidsverhouding kan worden beëindigd, zoals – kort gezegd – een beëindigingsvergoeding en een vergoeding voor niet-genoten vakantiedagen.¹¹ Het gelijkebehandelingsvoorschrift (art. 5 lid 1 eerste alinea Uitzendrichtlijn) is volgens het Hof van Justitie ‘in nog sterkere mate’ dan deze andere twee richtlijnen ‘toegesplitst op het waarborgen van een doeltreffende bescherming van atypische werknemers en werknemers in een preciaire arbeidssituatie’. Daarom noopt de vaststelling van de draagwijdte van het begrip arbeidsvoorwaarden in art. 5 Uitzendrichtlijn *a fortiori* tot een soortgelijke oplossing als die waarvoor met betrekking tot de uitleg van het begrip arbeidsvoorwaarden in deze twee andere richtlijnen is gekozen, aldus het Hof van Justitie.¹² Daarna verwees het Hof van Justitie naar zijn rechtspraak over Richtlijn 2003/88/EG betreffende de arbeidstijd, waaruit eveneens een recht op een vergoeding voor niet-genoten vakantiedagen volgt bij een beëindiging van de arbeidsverhouding.¹³ Tot slot refereerde het Hof van Justitie aan de doelstellingen van de Uitzendrichtlijn. Het Hof van Justitie constateerde dat de met Uitzendrichtlijn beoogde bescherming van uitzendkrachten noopt tot een ruime uitleg van het begrip arbeidsvoorwaarden.¹⁴ ‘[H]et evenwicht tussen enerzijds de bevordering van de werkge-

5 Raadpleegbaar via wetgevingskalender.overheid.nl, met ketenID:

WGK014090 (Wetsvoorstel meer zekerheid flexwerkers). De Raad van State heeft inmiddels zijn advies uitgebracht.

6 Deze rechtspositivistische analyse is hoofdzakelijk gebaseerd op voornoemde vier arresten. Delen van dit artikel zijn eerder gepubliceerd en behandeld in: S. Palm, ‘Gelijke behandeling van uitzendkrachten: twee arresten van het Hof van Justitie en een conceptwetsvoorstel’, *TAP* 2023/340; S. Palm, Annotatie bij Hof van Justitie EU 22 februari 2024, ECLI:EU:C:2024:156 (*Randstad Empleo*), *JIN Geannoteerd* 2024/53. Voor de beantwoording van de vraag hoe rechters in de nationale rechtspraak over het gelijkebehandelingsvoorschrift hebben geoordeeld, waren voor de eerdere publicatie in *TAP* de op Rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken tot en met 2022 geanalyseerd. De selectie van uitspraken was uitgevoerd met de volgende zoektermen: ‘inlenersbeloning’, ‘loonverhoudingsnorm’, ‘loonverhoudingsvoorschrift’ en ‘8 waadi’. Voor het onderhavige artikel zijn de in 2023 en 2024 gepubliceerde uitspraken van de feitenrechters geselecteerd op basis van dezelfde zoektermen en vervolgens geanalyseerd. Die uitspraken nopen niet tot een herziening van de eerdere analyse van de nationale rechtspraak.

7 Dictum en punt 48 *Luso Temp*.

8 Punt 30-31 *Luso Temp*.

9 Punt 32-47 *Luso Temp*.

10 Richtlijn 1999/70/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 (*PbEG* 1999, L 175); Richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid (*PbEG* 1998, L 14), gewijzigd bij Richtlijn 98/23/EG van de Raad van 7 april 1998 betreffende de uitbreiding tot het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland van Richtlijn 97/81/EG betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid (*PbEG* 1998, L 131); punt 32 *Luso Temp*.

11 Punt 33-35 *Luso Temp*.

12 Punt 36-37 *Luso Temp*.

13 Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (*PbEU* 2003, L 299); punt 38 *Luso Temp*.

14 Punt 40-41 *Luso Temp*.

legenheid en anderzijds de zekerheid op de arbeidsmarkt [wordt] alleen tot stand (...) gebracht indien het beginsel van gelijke behandeling ten volle wordt geëerbiedigd', zo benadrukte het Hof van Justitie.¹⁵ Indien art. 5 Uitzendrichtlijn niet van toepassing zou zijn op een vergoeding wegens een beëindiging, zou dat volgens het Hof van Justitie in strijd zijn met de doelstellingen van deze richtlijn.¹⁶

Alle hiervoor genoemde redenen worden door het Hof van Justitie aangedragen ter onderbouwing van het oordeel dat de vergoeding voor niet-genoten vakantiedagen onder het gelijkebehandelingsvoorschrift van de Uitzendrichtlijn valt. Deze redenen bieden tegelijkertijd gezichtspunten voor de beoordeling van welke andere arbeidsvoorwaarden onder art. 5 Uitzendrichtlijn kunnen vallen. Bij het vaststellen van deze gezichtspunten is wel voorzichtigheid geboden, omdat de genoemde redenen verband houden met de beantwoording van de prejudiciële vraag op grond van art. 267 VWEU en de concrete casus. Als het Hof van Justitie een nieuwe prejudiciële vraag krijgt voorgelegd over bijvoorbeeld de vraag of een (wettelijke) ontslagvergoeding of pensioenregeling onder het begrip bezoldiging in de Uitzendrichtlijn valt, kan dit hof mogelijk (deels) andere redenen aandragen ter onderbouwing van zijn oordeel. In ieder geval is duidelijk dat het Hof van Justitie het begrip arbeidsvoorwaarden ruim uitlegt en op basis van die uitleg kan ook een (wettelijke) ontslagvergoeding onder het gelijkebehandelingsvoorschrift vallen.

3. Randstad Empleo: ruime uitleg begrip bezoldiging

In de Spaanse zaak *Randstad Empleo* richtte het Hof van Justitie zich in 2024 specifiek op het begrip bezoldiging, één van de in art. 3 lid 1 onder f Uitzendrichtlijn genoemde essentiële arbeidsvoorwaarden. Uit het arrest volgt allereerst dat het begrip bezoldiging in de Uitzendrichtlijn op een autonome wijze moet worden uitgelegd. Echter, de Uitzendrichtlijn bevat geen definitie. Daarom moeten de betekenis en draagwijdte van dit begrip volgens het Hof van Justitie 'worden bepaald in overeenstemming met de in de omgangstaal gebruikelijke betekenis ervan, met inachtneming van de context waarin zij worden gebruikt en de doeleinden die worden nagestreefd door de regeling waarvan zij deel uitmaken'.¹⁷ Aan de hand van deze uitlegmethode kwam het Hof van Justitie tot het oordeel 'dat een vergoeding die aan een uitzendkracht verschuldigd is wegens zijn volledige blijvende ongeschiktheid om zijn gebruikelijke beroep uit te oefenen als gevolg van een arbeidsongeval dat zich heeft voorgedaan bij de inlenende onderneming en dat heeft geleid tot de beëindiging van zijn arbeidsverhouding als uitzendkracht, valt onder het begrip "essentiële arbeids-

voorwaarden" in de zin van art. 5 [lid 1 Uitzendrichtlijn]'.¹⁸ Deze autonome uitleg betekent dat geen acht mag worden geslagen op de betekenis van het begrip bezoldiging in een nationaal stelsel.¹⁹

Het begrip bezoldiging moet volgens het Hof van Justitie op een soortgelijke wijze worden uitgelegd als het begrip 'beloning' in de zin van art. 157 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Deze bepaling schrijft voor dat '[i]edere lidstaat (...) er zorg voor [draagt] dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast'. Op grond van art. 157 lid 2 VWEU wordt onder beloning verstaan 'het gewone basis- of minimumloon of -salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt.' Het begrip beloning in art. 157 VWEU omvat zowel huidige als toekomstige voordelen in geld of in natura, mits deze voordelen – direct of indirect – door de werkgever aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking worden toegekend.²⁰ Tot een beloning bedoeld in art. 157 VWEU behoren volgens het Hof van Justitie 'juist de voordelen (...) die door de werkgever uit hoofde van een betrekking in loondienst worden betaald en die tot doel hebben de werknemers een inkomen te bezorgen, ook indien zij in specifieke gevallen geen van de in hun arbeidsovereenkomst bedoelde werkzaamheden verrichten'. Vervolgens schreef het Hof van Justitie dat 'de enkele omstandigheid dat dergelijke uitkeringen mede uit overwegingen van sociaal beleid worden toegekend, nog niet weg[neemt] dat het om een beloning gaat'.²¹ Het begrip bezoldiging als bedoeld in art. 3 lid 1 onder f Uitzendrichtlijn is, gezien deze redenen, ruim genoeg om een vergoeding te omvatten wegens volledige blijvende arbeidsongeschiktheid als gevolg van een ongeval dat zich heeft voorgedaan bij de inlenende onderneming.²²

In deze zaak woog het Hof van Justitie mee dat de vergoeding werd toegekend ter compensatie van schade als gevolg van de verwezenlijking van gevaren voor de veiligheid en gezondheid op het werk.²³ Een dergelijke vergoeding valt dus snel(ler) onder het begrip bezoldiging als bedoeld in

15 Punt 42-44 *Luso Temp.*

16 Punt 44-47 *Luso Temp.*

17 Punt 38-41 *Randstad Empleo*. Het Hof van Justitie verwijst ook naar HvJ EU 17 november 2016, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (*Ruhrlandklinik*), punt 30-32.

18 Punt 63 en dictum *Randstad Empleo*.

19 *Asser/Hartkamp 3-I* 2023/97, met een verwijzing naar HvJ EG 27 januari 2005, C-188/03, ECLI:EU:C:2005:59 (*Junk*), punt 29: (HvJ) 'Dienaangaande zij eraan herinnerd dat (...) gemeenschapsrechtelijke bepaling die voor de vaststelling van de betekenis en draagwijdte daarvan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, in de gehele Gemeenschap autonoom en op eenvormige wijze worden uitgelegd (...)'.²⁰

20 Punt 44-47 *Randstad Empleo*.

21 Punt 45-47 *Randstad Empleo*.

22 Punt 49 *Randstad Empleo*.

23 Het Hof van Justitie verwees in punt 50-58 *Randstad Empleo* naar Richtlijn 91/383/EEG van de Raad van 25 juni 1991 ter aanvulling van de maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van de werknemers met arbeidsbetrekkingen voor bepaalde tijd of uitzendarbeidsbetrekkingen (*PbEG* 1991, L 206), gewijzigd bij Richtlijn 2007/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2007 (*PbEU* 2007, L 165).

art. 3 lid 1 onder f Uitzendrichtlijn. Ook haalde het Hof van Justitie – net als in *Luso Temp* – de bescherming van de rechten van uitzendkrachten als doelstelling van de Uitzendrichtlijn aan. Als de financiële risico's met betrekking tot uitzendkrachten geringer zouden zijn (want geen, althans een lagere vergoeding ter compensatie van een arbeidsongeval), zou dat tot gevolg kunnen hebben dat ondernemingen minder geneigd zullen zijn om te investeren in de veiligheid van uitzendkrachten.²⁴

Randstad Empleo lijkt ook een beperking van het begrip bezoldiging te bevatten. Het Hof van Justitie benadrukte dat het arbeidsongeval heeft plaatsgevonden tijdens de opdracht bij de inlenende onderneming. De vergoeding wegens arbeidsongeschiktheid als gevolg van dat ongeval is derhalve niet uitsluitend terug te voeren op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.²⁵ Men zou aldus kunnen concluderen dat een vergoeding die uitsluitend verband houdt met de beëindiging van de arbeidsverhouding tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau niet onder het begrip bezoldiging valt (bijvoorbeeld een vergoeding voor ontslag wegens bedrijfseconomische reden). Onduidelijk blijft echter wanneer een vergoeding uitsluitend verband houdt met de beëindiging van deze arbeidsverhouding (uitzendovereenkomst).

Een kanttekening met betrekking tot de 'gelijkstelling' van het begrip bezoldiging als bedoeld in art. 3 lid 1 onder f Uitzendrichtlijn met het begrip beloning als bedoeld in art. 157 lid 2 VWEU is de volgende. In art. 3 lid 1 Uitzendrichtlijn wordt bezoldiging weliswaar als essentiële arbeidsvoorwaarde aangemerkt, maar wordt eveneens benoemd dat het moet gaan om 'de in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve arbeidsovereenkomsten en/of andere in de inlenende onderneming vigerende bindende bepalingen van algemene strekking vastgelegde arbeidsvoorwaarden'. Wellicht moet – anders dan met betrekking tot het begrip beloning in art. 157 lid 2 VWEU – bij bezoldiging in de zin van art. 3 lid 1 Uitzendrichtlijn tevens worden getoetst of sprake is van een bepaling van algemene strekking.

4. TimePartner: alle afwijkingen volledig compenseren

Art. 5 lid 3 Uitzendrichtlijn biedt sociale partners de mogelijkheid om af te wijken van het gelijkebehandelingsvoorschrift (dus bij cao), mits bij die afwijking de algemene bescherming van de uitzendkrachten in acht wordt genomen. Uit het arrest *TimePartner* blijkt dat inachtneming van die algemene bescherming van uitzendkrachten meebrengt dat een afwijking van het gelijkebehandelingsvoorschrift in het concrete geval volledig moet worden gecompenseerd.²⁶

²⁴ Punt 56-57 *Randstad Empleo*.

²⁵ Punt 59-62 *Randstad Empleo*.

²⁶ Deze verplichting wordt door het Hof van Justitie herhaald in *Randstad Empleo* (punt 68-70).

Uit dit arrest blijkt dat deze in een cao opgenomen afwijking moet voldoen aan de volgende criteria:

1. Bij elke afwijking van de gelijke behandeling van essentiële arbeidsvoorwaarden moet het algemene beschermingsniveau in acht worden genomen.²⁷
2. Die afwijking mag niet verder gaan dan wat strikt noodzakelijk is om het ermee te beschermen belang veilig te stellen, namelijk de noodzaak om op flexibele wijze om te gaan met de diversiteit van de arbeidsmarkten en de arbeidsverhoudingen.²⁸
3. De bescherming van dit algemene belang is enkel gewaarborgd als in ruil voor die afwijking aan de uitzendkracht voordelen worden verschafte die het verschil in behandeling compenseren.²⁹
4. Die voordelen moeten betrekking hebben op de in art. 3 lid 1 onder f Uitzendrichtlijn genoemde essentiële arbeidsvoorwaarden. Anders gezegd: essentiële arbeidsvoorwaarden kunnen alleen worden gecompenseerd door een verbetering van of aanvulling met andere essentiële arbeidsvoorwaarden.³⁰
5. Die uitruil moet in een concreet geval – op het niveau van de individuele werknemer – worden vergeleken: van welke essentiële arbeidsvoorwaarden is ten aanzien van deze individuele uitzendkracht in negatieve zin afgeweken en op welke wijze is dat voor deze individuele uitzendkracht gecompenseerd?³¹

5. Dosign: richtlijnconforme uitleg

In *Dosign* stond de vraag centraal of de uitzendkracht op grond van art. 8 lid 1 Waadi recht had op gelijke behandeling met betrekking tot de bij de inlener geldende resultaatsafhankelijke bonus, prestatievergoeding en zogeheten 'Akzo-bonus'.³² Het uitgangspunt in cassatie was dat niet bij cao van de hoofdregel van art. 8 lid 1 Waadi was afgeweken.³³ De Hoge Raad heeft vervolgens vooropgesteld dat in art. 8 lid 1 Waadi het gelijkebehandelingsvoorschrift uit art. 5 lid 1 Uitzendrichtlijn is geïmplementeerd.³⁴ Na een uitgebreid citaat uit *Randstad Empleo* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het begrip loon als bedoeld in art. 8 lid 1 Waadi in overeenstemming met het begrip bezoldiging in de Uitzendrichtlijn moet worden uitgelegd – een richtlijnconforme uitleg. Ten aanzien van de resultaatsafhankelijke bonus, de prestatievergoeding en de Akzo-bonus is er volgens de Hoge Raad 'geen redelijke twijfel over mogelijk

²⁷ Punt 38 *TimePartner*.

²⁸ Punt 38 *TimePartner*.

²⁹ Punt 39 *TimePartner*. Opvallend is overigens dat deze derde voorwaarde als enige voorwaarde niet terugkeert in het dictum van *TimePartner*.

³⁰ Punt 41 *TimePartner*.

³¹ Punt 46-50 *TimePartner*.

³² Rb. Noord-Holland 29 mei 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:5502 (r.o. 2.23; eindvonnis van Rb. Noord-Holland 13 december 2023,

ECLI:NL:RBNHO:2023:14213) volgde de ruime uitleg van het begrip bezoldiging uit *Randstad Empleo* en wachtte uitdrukkelijk niet het cassatieoordeel in de zaak *Dosign* af.

³³ R.o. 2.5 *Dosign*.

³⁴ R.o. 3.2.2 *Dosign*, met een verwijzing naar *Kamerstukken II* 2010/11, 32895, nr. 3, p. 6 (MvT).

dat deze beloningselementen' onder het begrip bezoldiging als bedoeld in art. 3 lid 1 onder f Uitzendrichtlijn vallen.³⁵

6. Knelpunt: geen nadere definitie

Als het Hof van Justitie inderdaad heeft bedoeld het begrip bezoldiging in de Uitzendrichtlijn volledig gelijk te stellen met het begrip beloning in art. 157 VWEU, betekent dat een zeer ruime uitleg van het begrip bezoldiging.³⁶ Die ruime uitleg brengt mee dat mogelijk ook pensioen onder dit begrip kan worden geschaard.³⁷ En pensioen is niet het enige vraagstuk. Jansen ziet aanknopingspunten voor een dusdanig ruime uitleg dat allerhande aan ontslag verbonden voorwaarden eveneens onder het gelijkebehandelingsvoorschrift kunnen vallen.³⁸

Die ruime uitleg brengt mee dat mogelijk ook pensioen onder dit begrip kan worden geschaard

De vraag of bijvoorbeeld pensioen of een ontslagvergoeding op basis van een sociaal plan daadwerkelijk onder het gelijkebehandelingsvoorschrift kan vallen, kan alleen door het Hof van Justitie via een prejudiciële vraag worden beantwoord.³⁹ In art. 3 lid 2 Uitzendrichtlijn wordt weliswaar vermeld dat de Uitzendrichtlijn geen afbreuk doet aan de nationaalrechtelijke definitie van bezoldiging, maar een nationaalrechtelijke definitie kan niet resulteren in een nadere definiëring, laat staan een beperking, van het begrip bezoldiging in de Uitzendrichtlijn. Het begrip bezoldiging moet immers autonoom worden uitgelegd.⁴⁰

7. Knelpunt: richtlijnconform gaat te ver

De door de Hoge Raad in *Dosign* voorgeschreven richtlijnconforme uitleg van het begrip loon in art. 8 lid 1 Waadi kan problematisch zijn. In de memorie van toelichting bij

de implementatiewet van de Uitzendrichtlijn schreef de regering dat in art. 8 Waadi – na invoering van de implementatiewet – ook het gelijkebehandelingsvoorschrift als bedoeld in art. 5 lid 1 Uitzendrichtlijn is neergelegd.⁴¹ Vervolgens kwam de regering met een toelichting over welke voorwaarden kunnen worden beschouwd als essentiële arbeidsvoorwaarden en sloot de regering een aantal arbeidsvoorwaarden expliciet uit van het gelijkebehandelingsvoorschrift, waaronder pensioenaanspraken.⁴² Tijdens de mondelinge behandeling heeft de minister opgemerkt dat pensioen überhaupt geen primaire arbeidsvoorwaarde is.⁴³ Eerder, tijdens de invoeringswet van art. 8 Waadi (dus vóór de implementatiewet) heeft de regering evenzeer benadrukt dat pensioenaanspraken niet onder art. 8 Waadi vallen.⁴⁴ Die opmerkingen tijdens de parlementaire behandeling roepen de volgende vraag op: als het Hof van Justitie tot het oordeel komt dat pensioen onder art. 5 Uitzendrichtlijn kan vallen, moet men dan vaststellen dat de bij de inlener geldende pensioenregeling onder art. 8 lid 1 Waadi kan vallen? Men kan als volgt antwoorden: (i) De wetgever heeft beoogd het gelijkebehandelingsvoorschrift van de Uitzendrichtlijn correct te implementeren met onder meer de begrippen loon en overige vergoedingen in art. 8 lid 1 Waadi. (ii) De te beperkte uitleg van het gelijkebehandelingsvoorschrift tijdens de parlementaire behandeling van de implementatiewet is niets anders dan een 'misverstand', want de bedoeling van wetgever is en blijft: een correcte implementatie. (iii) De tekst van art. 8 lid 1 Waadi biedt als zodanig voldoende ruimte om pensioen onder de reikwijdte van deze bepaling te scharen (een ruime uitleg is dus niet in strijd met de wettekst).

Richtlijnconforme uitleg van het begrip loon in art. 8 lid 1 Waadi kan problematisch zijn

Echter, een richtlijnconforme uitleg zou met betrekking tot pensioen vanwege de volgende redenen problematisch zijn: (i) De Nederlandse wetgever heeft voor in het kader van payrollrolling ter beschikking gestelde arbeidskrachten met betrekking tot pensioen uitdrukkelijk gekozen voor een wettelijke uitzondering op het gelijkebehandelingsvoorschrift. (ii) Die keuze bevestigt dat het gelijkebehandelingsvoorschrift (geheel) niet van toepassing is op pensioen bij niet in het kader van payrollrolling ter beschikking gestelde arbeidskrachten, want het systeem van art. 8 en art. 8a Waadi houdt in dat het gelijkebehandelingsvoorschrift bij payroll-

35 R.o. 3.2.4-6 *Dosign*.

36 Zie ook: N. Jansen, 'Gelijke behandeling van uitzendkrachten en de (on)houdbaarheid van het uitzendbeding', *TvO* 2023, p. 98-104; L.J. de Vroe, 'Het arrest Randstad Empleo en de gelijke behandeling van uitzendkrachten: het begrip 'essentiële arbeidsvoorwaarden' verder ingekleurd', *ArbeidsRecht* 2024/43; H. Mouselli, 'Het uitzendregime: een mooie zwaan met moderne schoonheidsfoutjes', *TvPP* 2024-2, p. 45-50.

37 Verhulp verwijst naar HvJ EU 5 mei 2022, C-405/20, ECLI:EU:C:2022:347 (*BVAEB*) (E. Verhulp, Annotatie bij HR 27 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1303 (*Dosign*), *NJ* 2025/18).

38 N. Jansen, Annotatie bij HvJ EU 15 december 2022, C-311/21, ECLI:EU:C:2022:983 (*TimePartner*), «JAR» 2023/38; N. Jansen, 'Gelijke behandeling van uitzendkrachten en de (on)houdbaarheid van het uitzendbeding', *TvO* 2023, p. 98-104.

39 Ook een inbreukprocedure als bedoeld in art. 258 VWEU zou (in elk geval in theorie) meer duidelijkheid kunnen verschaffen.

40 De conclusie in mijn eerder gepubliceerde artikel dat lidstaten nog enige invloed hebben op de definitie en reikwijdte van het begrip bezoldiging lijkt – zeker na het arrest *Randstad Empleo* – niet (meer) juist (S. Palm, 'Gelijke behandeling van uitzendkrachten: twee arresten van het Hof van Justitie en een conceptwetsvoorstel', *TAP* 2023/340, par. 2 en 5.3.).

41 *Kamerstukken II* 2010/11, 32895, nr. 3, p. 6 (MvT).

42 *Kamerstukken II* 2010/11, 32895, nr. 5, p. 2-3 en 5 (NV). Ten aanzien van de loondoorbetaling tijdens ziekte geldt volgens de regering wel de verplichting tot gelijke behandeling 'voor zover dit onderdeel vormt van de essentiële arbeidsvoorwaarde loon' (*Kamerstukken II* 2010/11, 32895, nr. 5, p. 2-3 en 5 (NV)) – een vrij onduidelijke onderbouwing.

43 *Handelingen II* 2011/12, nr. 58, item 6, p. 34.

44 *Kamerstukken II* 1996/97, 25264, nr. 5, p. 14 (NV).

ling (veel) verder gaat dan bij terbeschikkingstelling niet in het kader van payrolling. Kortom: als pensioen onder het begrip bezoldiging van de Uitzendrichtlijn zou vallen, dan is een richtlijnconforme uitleg van art. 8 lid 1 Waadi ten aanzien van pensioen lastig. Die uitleg zou mogelijk *contra legem* zijn.⁴⁵ Van een uitleg *contra legem* is uiteraard niet snel sprake. (Zelfs) uitlatingen in de nationale parlementaire wetsgeschiedenis die wijzen op een bedoeling om een richtlijn niet correct te implementeren zijn onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van *contra legem* of moeten zelfs worden genegeerd.⁴⁶ Daarnaast blijkt uit nationale zaken, zoals het arrest *Albron* en het hiervoor behandelde arrest *Dosign*, dat de Hoge Raad vrij snel een richtlijnconforme uitleg accepteert.⁴⁷ De Nederlandse wetgever heeft met betrekking tot pensioen echter welbewust en expliciet gekozen voor een systeem waarbij op grond van de wet alleen voor payrolling een adequate pensioenregeling moet gelden op grond van art. 8a lid 4 tot en met 6 Waadi. Door die keuze is verdedigbaar dat de Nederlandse wetgever pensioen wettelijk heeft uitgesloten van terbeschikkingstelling die niet in het kader van payrolling plaatsvindt. Voor uitzendwerknemers, niet zijnde werknemers met een payrollovereenkomst, geldt in veel gevallen het door de minister verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen voor Personeelsdiensten (StiPP).⁴⁸ Deze pensioenregeling kan voor werknemers in negatieve zin afwijken van de pensioenregeling van de inlener.

Als gezegd, de vraag of pensioen onder art. 5 Uitzendrichtlijn kan vallen, kan alleen het Hof van Justitie beantwoorden via een prejudiciële vraag. Als pensioen volgens het Hof van Justitie inderdaad onder art. 5 Uitzendrichtlijn kan vallen, is verdedigbaar dat de Nederlandse staat aansprakelijk is jegens: (i) uitzendkrachten die deelnamen aan een pensioenregeling die voor hen minder gunstig is in vergelijking tot de bij de inlener geldende pensioenregeling; (ii) uitzendkrachten die in het geheel niet deelnamen aan een pensioenregeling, terwijl bij de inlener een pensioenregeling gold.⁴⁹ De Nederlandse staat kan als argument tegen staatsaansprakelijkheid aanvoeren dat sprake was (en nog steeds is) van onduidelijkheid over de reikwijdte van het gelijkebehandelingsvoorschrift, in het bijzonder met betrekking tot pensioen. Die onduidelijkheid zou dan meebrengen dat (i) in dit geval geen sprake is van een aan de Nederlandse staat toe te rekenen onrechtmatige daad en dat (ii) de Nederlandse

staat evenmin haar normatieve bevoegdheid kennelijk en ernstig heeft miskend.⁵⁰

8. Knelpunt: afwijkingsmogelijkheid in Waadi voldoet niet aan Uitzendrichtlijn

De afwijkingsmogelijkheid van het gelijkebehandelingsvoorschrift als bedoeld in art. 8 lid 4 Waadi voldoet niet aan de in art. 5 lid 3 Uitzendrichtlijn opgenomen waarborgen. De Nederlandse regering was van mening dat de sociale partners daar zelf nadere invulling aan moeten geven, zo blijkt uit de memorie van toelichting van de wet waarmee de Uitzendrichtlijn werd geïmplementeerd.⁵¹ De regering had wel oog voor het vereiste dat een dergelijke afwijking alleen mogelijk is met inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten, maar uit de memorie van toelichting blijkt dat de regering die verplichting niet verbond aan loon en overige vergoedingen, maar alleen aan andere voorwaarden, zoals arbeidstijden, bescherming van zwangere werknemers en maatregelen ter bestrijding van discriminatie. Die andere voorwaarden zijn los van het gelijkebehandelingsvoorschrift al op uitzendkrachten van toepassing, aldus de regering.⁵² Omdat afwijkingen van dwingendrechtelijke wettelijke voorschriften niet mogelijk zijn, is de algemene bescherming van uitzendkrachten (in alle gevallen) gewaarborgd.⁵³ Zoals de minister tijdens de parlementaire behandeling in de Tweede Kamer opmerkte: ‘Alles wat echt essentieel is, staat in de wet. Alles wat extra is, heb je als cao-partners bepaald. Als je dat als cao-partners bepaald hebt, dan mag je daar als cao-partners ook weer van afwijken.’⁵⁴ Op basis van deze opmerkingen kan worden vastgesteld dat de regering uitdrukkelijk van mening was dat een afwijking van de verplichting tot gelijke behandeling ten aanzien van het loon of de overige voorwaarden als zodanig geen gevolgen kon hebben voor het niveau van de algemene bescherming van uitzendkrachten. De in art. 8 lid 4 Waadi opgenomen mogelijkheid tot afwijk-

45 HvJ EU 18 januari 2022, C-261/20, ECLI:EU:C:2022:33 (*Thelen Technopark*), punt 28; ook, onder andere, HvJ EU 14 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823 (*JH/KG*), punt 60; HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196 (*NP/Daimler*), punt 77.

46 *Asser/Hartkamp 3-I* 2023/183, met een verwijzing naar HvJ EG 29 april 2004, C-371/02, ECLI:EU:C:2004:275 (*Björnekulla*), punt 13.

47 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780 (*Albron*).

48 Besluit van de Minister voor Armoedebeleid, Participatie en Pensioenen tot wijziging van de verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfondsen voor Personeelsdiensten van 6 december 2023, *Stcrt.* 2023, 21062.

49 HvJ EU 18 januari 2022, C-261/20, ECLI:EU:C:2022:33 (*Thelen Technopark*), punt 34-47; ook HvJ EG 19 november 1991, C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*), punt 28.

50 Volgens het Hof van Justitie is sprake van staatsaansprakelijkheid, indien een overheidsorgaan haar normatieve bevoegdheid kennelijk en ernstig heeft miskend. Op basis van de rechtspraak van de Hoge Raad geldt waarschijnlijk een lichtere toets voor staatsaansprakelijkheid op basis van art. 6:162 BW, inhoudende dat een aan de Nederlandse staat toe te rekenen onrechtmatige daad in beginsel is gegeven in geval van een te late of onjuiste implementatie van een richtlijn van de Europese Unie, tenzij de Nederlandse staat feiten en omstandigheden kan stellen die een uitzondering op dit uitgangspunt rechtvaardigen (D. Stoutjesdijk, in: *GS Onrechtmatige daad* V.1.6.3.1 ('Aansprakelijkheid lidstaat voor schending EG-recht'), online, bijgewerkt 23 december 2022; W.L. Roozendaal, 'Staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige overheids-wetgeving', *AR-updates* 3 november 2015; HvJ EG 19 november 1991, C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*); HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du Pêcheur*); HvJ EG 8 oktober 1996, C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, ECLI:EU:C:1996:375 (*Dillenkofer e.a.*); HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722; HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723; in beide zaken van de Hoge Raad verwees de hoogste Nederlandse rechter naar HR 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC0867.

51 *Kamerstukken II* 2010/11, 32895, nr. 3, p. 4-6 en 12 (MvT).

52 *Kamerstukken II* 2010/11, 32895, nr. 3, p. 12 (MvT).

53 *Kamerstukken II* 2010/11, 32895, nr. 5, p. 2-3 en 6 (NV).

54 *Handelingen II* 2011/12, nr. 58, item 5, p. 32.

king van het gelijkebehandelingsvoorschrift bevat – anders dan art. 5 lid 3 Uitzendrichtlijn – niet de formulering dat cao-partijen bij afwijkende afspraken de algemene bescherming van uitzendkrachten in acht moeten nemen. De Nederlandse wetgever zal in de wet moeten opnemen dat een afwijking van de voorgeschreven gelijke behandeling bij essentiële arbeidsvoorwaarden alleen geldig is, indien de nadelige gevolgen voor de ter beschikking gestelde arbeidskracht worden gecompenseerd door aanvullende voordelen ten aanzien van andere essentiële arbeidsvoorwaarden. Die verplichte compensatie geldt nu niet op basis van de Waadi en komt in de feitenrechtspraak evenmin terug als vereiste.⁵⁵

Met enige voorzichtigheid kan worden gesteld dat een in een cao opgenomen afwijking van het gelijkebehandelingsvoorschrift toch rechtsgeldig kan zijn, ook als de ter beschikking gestelde arbeidskracht geen compenserende essentiële arbeidsvoorwaarden ontvangt. Een richtlijnconforme uitleg is namelijk niet mogelijk en art. 8 lid 4 Waadi kan waarschijnlijk niet buiten toepassing worden gelaten.⁵⁶ Een uitzendkracht kan mogelijk wel de Nederlandse staat aansprakelijk stellen voor de onjuiste implementatie van de Uitzendrichtlijn (zie hiervoor).⁵⁷ Verhulp sluit overigens niet uit dat art. 8 lid 4 Waadi en daarop gebaseerde afwijkende beloningsvoorschriften in een cao wel buiten toepas-

sing kunnen worden gelaten. Dat gebeurt dan niet via een beroep op de Uitzendrichtlijn, maar via een beroep op een van de grondrechten uit het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. De uitkomst van een beroep op een van deze grondrechten is echter wel erg onzeker.⁵⁸

9. Knelpunt: wetgever zit bij de beoogde wijziging mogelijk weer fout

De beoogde wijziging van art. 8 Waadi, zoals opgenomen in het aan de Raad van State voorgelegde Wetsvoorstel meer zekerheid flexwerkers, bestaat uit twee aspecten. Het eerste aspect: een afwijking van art. 8 lid 1 Waadi is alleen nog geldig, indien (i) deze afwijking is opgenomen in een op de uitlener ('de onderneming die de arbeidskracht ter beschikking stelt') van toepassing zijnde cao en (ii) het 'totaal aan arbeidsvoorwaarden, bedoeld in [art. 8 lid 1 Waadi], ten minste gelijkwaardig is'. Arbeidsvoorwaarden als bedoeld in art. 8 lid 1 Waadi kunnen derhalve alleen worden gecompenseerd door andere arbeidsvoorwaarden die ook onder art. 8 lid 1 Waadi vallen. Tweede aspect: met betrekking tot alle andere arbeidsvoorwaarden geldt eveneens het gelijkebehandelingsvoorschrift, in die zin dat met betrekking tot die arbeidsvoorwaarden de ter beschikking gestelde arbeidskracht 'recht [heeft] op ten minste gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden als die welke gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt'. Voor die overige arbeidsvoorwaarden hoeft dat niet bij cao te zijn vastgelegd.

Deze uitbreiding van het gelijkebehandelingsvoorschrift naar overige (dat wil zeggen: niet essentiële) arbeidsvoorwaarden kan in de praktijk leiden tot een beperking van de inzet van uitzendkrachten (want het inlenen van uitzendkrachten wordt duurder). Maar die uitbreiding is niet strijdig met de doelstellingen van de Uitzendrichtlijn. Art. 4 lid 1 Uitzendrichtlijn biedt lidstaten namelijk de mogelijkheid om de inzet van uitzendkrachten te beperken met een beroep op het algemeen belang, waaronder de bescherming van de uitzendkracht.

Wel behoeven twee standpunten uit de bijbehorende memorie van toelichting – in het licht van de ruime uitleg van het Hof van Justitie van de begrippen arbeidsvoorwaarden en bezoldiging – nadere aandacht. Ten eerste, de regering schrijft dat het huidige art. 8 Waadi alleen ziet 'op

55 Zie ook de aangehaalde rechtspraak in S. Palm, 'Gelijke behandeling van uitzendkrachten: twee arresten van het Hof van Justitie en een conceptwetsvoorstel', *TAP* 2023/340, voetnoot 39 en 40. Ook in de in 2023 en 2024 publiceerde uitspraken lijken feitenrechters (soms impliciet of indirect) de mogelijkheid te erkennen dat een afwijking van art. 8 lid 1 Waadi mogelijk is, zonder dat deze rechters noemen dat de uitlener (werkgever) dan 'compenserende arbeidsvoorwaarden' moet aanbieden: Rb. Gelderland 8 november 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:7550 (r.o. 4.7); Rb. Rotterdam 30 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11618 (r.o. 4.5); Rb. Den Haag 25 april 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:14435 (r.o. 5.15); Rb. Oost-Brabant 13 juli 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:3449 (r.o. 4.5, verbod op terugwerkende kracht, zoals opgenomen in een cao, is in zekere zin immers ook een afwijking van het gelijkebehandelingsvoorschrift); hof Amsterdam 26 september 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2534 (r.o. 3.16); Hof Den Haag 14 mei 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:1171 (r.o. 5.32, ook over verbod op terugwerkende kracht); Hof Den Haag 14 mei 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:1172 (r.o. 5.30, ook over verbod op terugwerkende kracht).

56 Uitgebreid: S. Palm, 'Gelijke behandeling van uitzendkrachten: twee arresten van het Hof van Justitie en een conceptwetsvoorstel', *TAP* 2023/340, par. 6.3, met een verwijzing naar HvJ EU 18 januari 2022, C-261/20, ECLI:EU:C:2022:33 (*Thelen Technopark*), punt 26-32; HvJ EU 14 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823 (*JH/KG*), punt 60; HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196 (*NP/Daimler*), punt 77 en 81. Alleen jegen een overheidswerkgever als uitlener kan een in de cao opgenomen afwijking van het gelijkebehandelingsvoorschrift buiten beschouwing worden gelaten.

57 Zie over staatsaansprakelijkheid: D. Stoutjesdijk, in: *GS Onrechtmatige daad* V.1.6.3.1 ('Aansprakelijkheid lidstaat voor schending EG-recht'), online, bijgewerkt 23 december 2022; W.L. Roozendaal, 'Staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige overheidswetgeving', *AR-updates* 3 november 2015; HvJ EG 19 november 1991, C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francoovich*); HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du Pêcheur*); HvJ EG 8 oktober 1996, C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, ECLI:EU:C:1996:375 (*Dillenkofer e.a.*); HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722; HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723; beide zaken van de Hoge Raad verwijzen naar HR 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC0867).

58 E. Verhulp, Annotatie bij HR 27 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1303 (*Dosign*), *NJ* 2025/18. (Nieuwe) pogingen tot een rechtstreeks beroep op het Handvest Grondrechten EU door uitzendkrachten zijn zeker niet uitgesloten, bijvoorbeeld een beroep op de grondrechtelijke bescherming tegen discriminatie op basis van art. 21 Handvest Grondrechten EU, maar de uitkomst daarvan is onzeker (S. Palm, Annotatie bij Hof van Justitie EU 22 februari 2024, ECLI:EU:C:2024:156 (*Randstad Empleo*), *JIN Geannoteerd* 2024/53, met een verwijzing naar HvJ EU 20 februari 2024, C-715/20, ECLI:EU:C:2024:139 (*K.L./X*) en F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters, 'Sociale grondrechten', in: *Europees arbeidsrecht (MSR nr. 2)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, hoofdstuk 2).

de primaire arbeidsvoorwaarden en niet op de secundaire arbeidsvoorwaarden, zoals scholing en ontwikkeling, pensioen en bovenwettelijke regelingen bij ontslag'. Uit dit citaat en de verdere toelichting volgt dat de regering wederom het standpunt inneemt dat pensioen niet als essentiële arbeidsvoorwaarden kan worden beschouwd.⁵⁹ Een opvatting die op losse schroeven staat als gevolg van *Luso Temp* en vooral *Randstad Empleo* (en dat geldt mogelijk ook voor de andere door de regering genoemde arbeidsvoorwaarden). Ten tweede, de regering neemt het standpunt in dat wettelijke regelingen niet onder de arbeidsvoorwaarden als bedoeld in art. 8 Waadi vallen.⁶⁰ Dat standpunt is te kort door de bocht. *Randstad Empleo* biedt aanknopingspunten dat een in een wettelijke regeling vastgelegde arbeidsvoorwaarde niet is uitgesloten van art. 5 lid 1 Uitzendrichtlijn en (daarmee ook) art. 8 Waadi. Bovendien omvat de definitie van essentiële arbeidsvoorwaarden in art. 3 lid 1 onder f Uitzendrichtlijn expliciet 'de in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen (...) vastgelegde arbeidsvoorwaarden'.

10. Conclusie

Het begrip bezoldiging als bedoeld in art. 3 lid 1 onder f Uitzendrichtlijn moet (zeer) ruim worden uitgelegd, zo volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Het begrip bezoldiging als bedoeld in art. 3 lid 1 onder f Uitzendrichtlijn moet (zeer) ruim worden uitgelegd

Als gevolg van die ruime uitleg kan pensioen mogelijk onder het gelijkebehandelingsvoorschrift van art. 5 Uitzendrichtlijn vallen en wellicht ook allerlei andere voordelen voor de werknemer waar men in de rechtspraak tot nu toe geen rekening mee heeft gehouden. In *Dosign* heeft de Hoge Raad gekozen voor een richtlijnconforme uitleg, met als gevolg dat de begrippen loon en overige vergoedingen in art. 8 lid 1 Waadi op eenzelfde wijze moeten worden uitgelegd als het begrip bezoldiging in de Uitzendrichtlijn. Echter, die richtlijnconforme uitleg kan met betrekking tot pensioen mogelijk resulteren in een uitleg *contra legem*. Indien het Hof van Justitie op basis van een prejudiciële vraag zal oordelen dat pensioen onder het begrip bezoldiging van de Uitzendrichtlijn kan vallen, is het voor de Nederlandse rechter niet eenvoudig om pensioen onder art.

8 lid 1 Waadi te scharen zonder een uitspraak *contra legem* te doen. Voor de Nederlandse wetgever is evenzeer een lastige situatie ontstaan. De Nederlandse wetgever moet in ieder geval vaart maken met betrekking tot de afwijkingmogelijkheid als bedoeld in art. 8 lid 4 Waadi, omdat die bepaling nu niet voldoet aan de in de Uitzendrichtlijn gestelde waarborgen. Maar zolang nadere duiding van het Hof van Justitie over de reikwijdte van het begrip bezoldiging – in elk geval voor wat betreft pensioen – uitblijft, loopt de Nederlandse wetgever (wederom) het risico fouten te maken bij de beoogde wijziging van art. 8 Waadi en de daaraan verbonden afbakening tussen essentiële en overige arbeidsvoorwaarden.

De Nederlandse wetgever loopt (wederom) het risico fouten te maken bij de beoogde wijziging van art. 8 Waadi

De Nederlandse regering doet er verstandig aan geen stellingen tijdens de parlementaire behandeling in te nemen over welke arbeidsvoorwaarden wel en welke niet als essentiële arbeidsvoorwaarden kunnen worden beschouwd. Een nadere nationaalrechtelijke definitie behoort immers niet tot de mogelijkheden. Alleen een prejudiciële vraag kan antwoord geven op de vraag of pensioen onder het gelijkebehandelingsvoorschrift in de Uitzendrichtlijn kan vallen. In de praktijk kunnen de sociale partners, betrokken bij de cao's en pensioenregeling voor uitzendkrachten, de risico's op juridische geschillen over het gelijkebehandelingsvoorschrift verkleinen door het (verder) verbeteren van de pensioenregeling voor uitzendkrachten en het (verder) uitbreiden van de reikwijdte van de in de cao's opgenomen inlenersbeloning.

Dit artikel is afgesloten op 1 februari 2025.

Over de auteur



Mr. dr. S. (Steven) Palm

Advocaat te Rotterdam bij Windt Le Grand Leeuwenburgh.

⁵⁹ Memorie van toelichting, par. 5.2.3, bij Wetsvoorstel meer zekerheid flexwerkers.

⁶⁰ Memorie van toelichting, par. 5.2.3, bij Wetsvoorstel meer zekerheid flexwerkers.