

# Artikel

## Het verbod op permanente terbeschikkingstelling in Nederland

Beschouwing naar aanleiding van Hof Den Haag 4 juni 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:1060 (Upfield)

mr. dr. Matthijs van Schadewijk\*

### 1 Inleiding

Uit de arresten KG uit 2020 en Daimler uit 2022 volgt dat artikel 5 lid 5 Uitzendrichtlijn<sup>1</sup> lidstaten verplicht ervoor te zorgen dat een uitzendkracht niet permanent ter beschikking wordt gesteld aan dezelfde inlener.<sup>2</sup> Op 4 juni 2024 oordeelde het hof Den Haag in de Upfield-zaak dat de terbeschikkingstelling van een uitzendkracht, die bijna dertien jaar onafgebroken voor dezelfde inlener had gewerkt, nog altijd tijdelijk was. De Upfield-zaak is vooralsnog de enige Nederlandse zaak over het verbod op permanente terbeschikkingstelling. De casus en de overwegingen van het hof vormen een waardevolle aanleiding om nader te beschouwen wat het verbod inhoudt en hoe het zich verhoudt tot het Nederlandse recht. De bijdrage is als volgt opgebouwd. Ik start met een korte uiteenzetting van de feiten en het procesverloop (par. 2). Vervolgens analyseer ik de Upfield-zaak aan de hand van drie onderwerpen: het toepassingsbereik van de Uitzendrichtlijn (par. 3), de in-

houd van het verbod op permanente terbeschikkingstelling (par. 4) en de rechtsgevolgen indien de rechter vaststelt dat in strijd met het verbod is gehandeld (par. 5). Ik sluit af met een slotbeschouwing (par. 6).

95

### 2 Feiten en procesverloop

Werknemer is op 5 augustus 1996 in dienst getreden bij uitzendbureau Randstad. Tussen 2003 en 2006 is werknemer tewerkgesteld bij (de rechtsvoorganger van) Upfield. Sinds 2 juli 2009 is werknemer opnieuw ter beschikking gesteld aan Upfield, eerst door Randstad, later door Adecco en vervolgens weer door Randstad. Werknemer werkte korte tijd als heftruckchauffeur, vervolgens als algemeen productiewerker en vanaf medio 2018 als expeditiemedewerker. Vanaf medio 2022 heeft Upfield haar productie afgeschaald in verband met de sluiting van haar fabriek. Op 24 juni 2022 heeft werknemer voor het laatst bij Upfield gewerkt. Voor haar eigen werknemers is Upfield met CNV en FNV een sociaal plan overeengekomen waarin de sociale en financiële gevolgen van de gedwongen ontslagen zijn geregeld. Werknemer stelt zich op het standpunt dat hij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft met Upfield en aanspraak maakt op toepassing van het sociaal plan en nabetalingen op grond van de toepasselijke ondernemings-cao.

In de kern gaat het geschil tussen werknemer en Upfield over het antwoord op de vraag of sprake is van misbruik

\* Matthijs van Schadewijk is universitair docent Sociaal Recht aan de Radboud Universiteit.

1 Richtlijn 2008/104/EG.

2 HvJ EU 14 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, JAR 2020/289 m.nt. E.M. Hoogeveen; TRA 2021/9 m.nt. H.H. Voogtsgeerd; TRA 2021/29 m.nt. N. Gundt; JIN 2020/164 m.nt. H. Mouselli (KG) en HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:198, JAR 2022/109 m.nt. E.M. Hoogeveen; TRA 2022/55 m.nt. A.P. van der Mei (Daimler).

van uitzending in de zin van artikel 5 lid 5 Uitzendrichtlijn en, zo ja, of dit meebrengt dat een arbeidsovereenkomst moet worden aangenomen tussen werknemer en Upfield. De kantonrechter beantwoordt deze vraag ontkenkend, omdat een aaneengesloten periode van dertien jaar weliswaar een lange periode is, maar in het gegeven geval geen misbruik oplevert als bedoeld in artikel 5 lid 5 Uitzendrichtlijn. Tussen werknemer en Upfield bestaat een reële uitzendovereenkomst en er is een objectieve verklaring voor de achtereenvolgende uitzendovereenkomsten bij dezelfde inlener. Bovendien is geen sprake van een schijnconstructie die slechts beoogt werknemersbescherming te omzeilen.<sup>3</sup>

Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter. Het overweegt dat de Uitzendrichtlijn op het geschil van toepassing is, aangezien het doel steeds is geweest om de werknemer tijdelijk aan Upfield ter beschikking te stellen. Van misbruik als bedoeld in artikel 5 lid 5 Uitzendrichtlijn is echter geen sprake. Hoewel de duur van de terbeschikkingstelling dermate lang is dat zij een aanwijzing kan vormen voor misbruik, bestaat er een objectieve verklaring voor de lange duur van de terbeschikkingstelling. De werknemer is van het begin tot het einde van zijn terbeschikkingstelling ingezet op algemene ondersteunende werkzaamheden waarmee gaten in de bezetting werden opgevangen. De werknemer werkte ook steeds bij verschillende afdelingen en aan verschillende productielijnen. Anders dan de werknemers die in dienst van de inlener waren, droeg de werknemer nooit verantwoordelijkheid voor een vaste lijn. De inlener heeft bovendien voldoende aangetoond dat hij vanwege de aard van zijn onderneming belang had bij de flexibele inzet van werkkrachten. Op basis hiervan kan evenmin worden gezegd dat de langdurige terbeschikkingstelling het door de Uitzendrichtlijn bereikte evenwicht tussen flexibiliteit (voor Upfield) en zekerheid (voor werknemer) aantast door deze zekerheid te ondermijnen. Deze omstandigheden brengen mee dat weliswaar sprake is van langdurig gebruik van de uitzendovereenkomst, maar niet van misbruik.

### 3 Toepassingsbereik Uitzendrichtlijn

Voordat het hof ingaat op het verbod op permanente terbeschikkingstelling, gaat het ambtshalve na of de Uitzendrichtlijn op het geschil van toepassing is. Aanleiding voor het stellen en beantwoorden van deze vraag is het arrest ALB FILS Kliniken uit 2023, waarin het Hof van Justitie van de EU – (te) kort gezegd – oordeelde dat de Uitzendrichtlijn alleen betrekking heeft op tijdelijke terbeschikkingstellingen.<sup>4</sup> Het arrest be-

treft een Duitse werknemer die na een overgang van onderneming op grond van het Duitse ‘*Widerspruchsrecht*’ weigerde bij de verkrijger, een dochtervennootschap van de vervreemder, in dienst te treden. Op basis van de toepasselijke cao stelde de vervreemder de werknemer vervolgens tewerk bij de verkrijger. De werknemer was van mening dat de tewerkstelling een met de Uitzendrichtlijn strijdige vorm van permanente terbeschikkingstelling was en dat de betreffende cao-bepaling daarom buiten toepassing moest blijven. Het Hof van Justitie oordeelde echter dat de Uitzendrichtlijn – inclusief het verbod op permanente terbeschikkingstelling – niet van toepassing was. Artikel 1 lid 1 Uitzendrichtlijn bepaalt dat de Richtlijn van toepassing is op ‘werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau, die ter beschikking worden gesteld van inlenende ondernemingen om onder toezicht en leiding van genoemde ondernemingen tijdelijk te werken’. Volgens het Hof van Justitie volgt uit deze bepaling dat de werkgever de bedoeling moet hebben om de werknemer tijdelijk ter beschikking te stellen aan de inlener. Aan deze voorwaarde was in de betreffende zaak niet voldaan, aangezien de werkgever de werknemer niet in dienst had genomen met het doel hem ter beschikking te stellen en een voornemen tot tijdelijke terbeschikkingstelling eveneens ontbrak toen de werknemer, als gevolg van zijn beroep op het *Widerspruchsrecht*, bij de werkgever in dienst bleef en aan de dochtervennootschap ter beschikking werd gesteld. Bovendien was elk risico van misbruik of omzeiling van de Richtlijn uitgesloten omdat de oorspronkelijke arbeidsverhouding met de uitlener, inclusief de arbeidsvoorwaarden, bleef voortbestaan.

Aan de hand van deze overwegingen oordeelt het hof in de Upfield-zaak dat Randstad (en Adecco) zowel bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst als bij elk van de terbeschikkingstellingen de bedoeling had werknemer tijdelijk ter beschikking te stellen van Upfield, waardoor de Uitzendrichtlijn van toepassing is. Hierbij neemt het hof in aanmerking dat, voordat werknemer door Upfield werd ingeleend, Randstad hem ook bij andere opdrachtgevers tewerk heeft gesteld, dat Randstad werknemer in 2003 voor het eerst bij Upfield tewerk heeft gesteld en na beëindiging van die inlening in 2006 pas opnieuw met ingang van 2 juli 2009 heeft uitgeleend aan Upfield, en dat Randstad werknemer in augustus en september 2009 twee weken heeft uitgezonden naar een andere inlener. Bovendien gaat ook werknemer ervan uit dat zijn terbeschikkingstelling (in ieder geval aanvankelijk) tijdelijk was en dus onder de werkingssfeer van de Uitzendrichtlijn valt.

Dat werknemer zich op het standpunt stelt dat zijn terbeschikkingstelling aanvankelijk tijdelijk was en dus onder de werkingssfeer van de Uitzendrichtlijn valt, is te begrijpen. Pas als de Uitzendrichtlijn van toepassing is,

3 Ktr. Rotterdam 12 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11010, JAR 2023/25 m.nt. J.P.H. Zwemmer; TRA 2023/31 m.nt. F.M. Dekker (Upfield).

4 HvJ EU 22 juni 2023, C-427/21, ECLI:EU:C:2023:505, JAR 2023/201 m.nt. J.P.H. Zwemmer; TRA 2023/95 m.nt. E.F. Grosheide (ALB FILS Kliniken).

Zie over dit arrest ook mijn artikel ‘Werkgeverschap in concernverband: op reis naar Ithaka’, *ArA* 2024/1, p. 60-61.

komt men – zo lijkt het – toe aan de vraag of de betreffende terbeschikkingstelling daarmee in strijd is. In dit licht is dan ook met name interessant wat de uitkomst was geweest indien het hof tot de (eveneens verdedigbare) conclusie was gekomen dat de terbeschikkingstelling ergens gedurende de rit haar tijdelijke bedoeling had verloren. Bij een letterlijke uitleg van de overwegingen in ALB FILS Kliniken is de uitkomst dat de Uitzendrichtlijn toepassing mist en men niet toekomt aan de vraag of de tewerkstelling in strijd is met het verbod op permanente terbeschikkingstelling.<sup>5</sup> Of moet worden aangenomen dat de Uitzendrichtlijn restricties stelt aan het gebruik van uitzendarbeid als zodanig, en dat een terbeschikkingstelling zonder tijdelijke bedoeling daarmee automatisch in strijd is? Mijns inziens is geen van beide het geval. Wat betreft de tweede optie heeft te gelden dat het Hof van Justitie in de arresten KG en Daimler een toetsingskader heeft ontwikkeld om te beoordelen of sprake is van permanente terbeschikkingstelling in strijd met de Uitzendrichtlijn (zie hierna par. 4). De intentie van de terbeschikkingstelling komt daarin, hoewel zij een rol kan spelen, niet als zodanig terug, laat staan dat zij een beslissend element is.<sup>6</sup>

Wat betreft de eerste optie meen ik dat de overwegingen van het Hof van Justitie in ALB FILS Kliniken niet te ruim moeten worden gelezen. Tussen de werkingssfeerbepaling van artikel 1 lid 1 Uitzendrichtlijn en het verbod op permanente terbeschikkingstelling bestaat een tegenstrijdigheid: alleen werknemers die tijdelijk worden uitgezonden maken aanspraak op de bescherming van de Uitzendrichtlijn, maar permanente uitzending is met diezelfde Richtlijn in strijd. Het zou onlogisch zijn indien een permanente terbeschikkingstelling toch is toegestaan – waarbij de werknemer evenmin aanspraak maakt op de andere rechten uit de Uitzendrichtlijn, zoals de gelijkebehandelingsnorm<sup>7</sup> – omdat op het moment van het sluiten van de arbeidsovereenkomst al de bedoeling bestond de werknemer permanent ter beschikking te stellen.<sup>8</sup> Ter illustratie kan erop worden gewezen dat payrollings – waarbij een tijdelijke intentie per definitie ontbreekt – naar Nederlands recht wordt beschouwd als de meest ‘kwalijke’ vorm van uitzending en

onderworpen is aan de meeste restricties.<sup>9</sup> In ALB FILS Kliniken erkent het Hof van Justitie deze tegenstrijdigheid. Het stelt dat aan de conclusie, dat de Uitzendrichtlijn alleen ziet op tijdelijke arbeidsverhoudingen, niet afdoet dat de Uitzendrichtlijn lidstaten eveneens verplicht om te voorkomen dat een uitzendkracht permanent ter beschikking wordt gesteld aan dezelfde inlener. In dit verband overweegt het dat in de betreffende casus elk risico op misbruik of omzeiling van de Uitzendrichtlijn was uitgesloten. Redengevend was dat de tewerkstelling het gevolg was van de weigering van de werknemer om met de onderneming mee over te gaan en de werknemer er door de tewerkstelling bij de verkrijger niet op achteruitging. Om deze redenen bestond volgens het Hof van Justitie geen risico op misbruik en vond de Uitzendrichtlijn geen toepassing.<sup>10</sup> Uit deze overwegingen leid ik af dat uit het arrest niet zozeer voortvloeit dat moet worden getoetst – zoals het hof doet in de Upfield-zaak – of de terbeschikkingstelling een tijdelijke intentie heeft, waarbij een negatief antwoord betekent dat de rol van de Uitzendrichtlijn is uitgespeeld, maar dat het er vooral om gaat of in casu geen risico op misbruik van uitzendarbeid bestaat. Alleen in dat geval noopt de Uitzendrichtlijn niet tot bescherming en mist zij toepassing.<sup>11</sup> Dit betekent dat uitsluiting alleen denkbaar is in bijzondere gevallen, zoals de casus die zich voordeed in ALB FILS Kliniken. Naar mijn mening kan dan ook niet worden gezegd dat bijvoorbeeld payrollings niet wordt bestreken door de Uitzendrichtlijn,<sup>12</sup> en hetzelfde geldt voor de langdurige terbeschikkingstelling in de Upfield-zaak. Op dit punt ben ik het dus eens met het hof, al is de weg ernaartoe een andere.

## 4 Het verbod op permanente terbeschikkingstelling

Het Hof van Justitie baseert het verbod op permanente terbeschikkingstelling op artikel 5 lid 5 Uitzendrichtlijn, dat lidstaten verplicht passende maatregelen te nemen met het oog op het voorkomen van misbruik bij de toepassing van artikel 5, in het bijzonder het gebruik van achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van de Uitzendrichtlijn te omzeilen. Deze bepaling moet volgens het Hof van Justitie zo worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzet dat een lidstaat geen enkele maatregel neemt om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen.<sup>13</sup> Indien de nationale wetgever geen passende maatregel heeft opgenomen in het nationale

5 Zie in deze zin E.F. Grosheide, annotatie bij ALB FILS Kliniken, *TRA* 2023/95; M. Kullmann, ‘De tijdelijkheidseis beziën in het licht van de doelstellingen van de Uitzendrichtlijn’, in: N. Hummel e.a. (red.), *Heroriëntatie op arbeid en sociale bescherming (Liber amicorum Prof. mr. F.J.L. Pennings)*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, par. 4.1.

6 Zie over de relevantie van de intentie bij het vaststellen van permanente terbeschikkingstelling ook N. Zekić, ‘Misbruik van uitzendwerk – Het Hof van Justitie EU geeft nadere uitleg’, *ArbeidsRecht* 2021/6, p. 5; E.M. Hoogveen, annotatie bij Daimler, *JAR* 2022/109; M.A.N. van Schadewijk & S. Koster, ‘Het verbod op permanente terbeschikkingstelling en de gevolgen voor platformarbeid’, *ArA* 2022/3, p. 13 en 16; M.A.N. van Schadewijk, *Werkgeverschap in concernverband. Een onderzoek naar het concern in het arbeidsrecht en de verhouding tot de rechtseenheid* (diss. Nijmegen), MSR nr. 82, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 5.6.

7 Art. 5 lid 1 Uitzendrichtlijn, geïmplementeerd in art. 8 Waadi.

8 Zie ook (vóór het wijzen van KG, Daimler en ALB FILS Kliniken) F.G. Laagland & M.J. van Braak, ‘Uitzending en tijdelijkheid: onlosmakelijk verbonden of niets gemeen?’, *TRA* 2020/22, p. 5.

9 Art. 7:692a BW, art. 8a Waadi en art. 20-23 Ontslagregeling.

10 ALB FILS Kliniken, r.o. 51-56.

11 Zie ook Concl. A-G Tanchev 9 september 2021, ECLI:EU:C:2021:727, punt 38 (Daimler). De A-G stelt dat het begrip ‘tijdelijk’ in art. 1 Uitzendrichtlijn ruim moet worden uitgelegd om de verwezenlijking van de doelstellingen ervan niet in gevaar te brengen of geen afbreuk te doen aan het nuttig effect ervan door de werkingssfeer van de richtlijn onnodig en onterecht te beperken.

12 In gelijke zin J.P.H. Zwemmer, annotatie bij ALB FILS Kliniken, *JAR* 2023/201.

13 KG, r.o. 63 en 72; Daimler, r.o. 67.

recht, dient de nationale rechter te onderzoeken of in een concreet geval uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming voor een uitzendkracht een permanente situatie is geworden. Is dat het geval, dan is sprake van misbruik in de zin van artikel 5 lid 5 Uitzendrichtlijn.<sup>14</sup> Het Hof van Justitie geeft aan dat de nationale rechter rekening kan houden met een aantal gezichtspunten, te weten (1) of de duur van de tewerkstelling, gelet op alle relevante omstandigheden en met name de specifieke kenmerken van de sector, redelijkerwijs als tijdelijk kan worden aangemerkt, (2) of de werknemer op basis van meerdere achtereenvolgende opdrachten bij de inlener tewerk wordt gesteld en (3) of er een objectieve verklaring wordt gegeven voor het feit dat de inlener gebruikmaakt van (dezelfde of verschillende) uitzendkrachten.<sup>15</sup> Op basis van deze gezichtspunten oordeelt het hof in de Upfield-zaak dat van misbruik van uitzendarbeid geen sprake is. Aan de hand van de overwegingen van het hof Den Haag plaats ik drie kanttekeningen bij de gezichtspunten.

### Het begrip ‘objectieve verklaring’

Van de drie gezichtspunten is het begrip ‘objectieve verklaring’ het meest onduidelijk. Wat volstaat als objectieve verklaring voor het (langdurige) gebruik van uitzendarbeid? In de Upfield-zaak beschouwt het hof (net als de kantonrechter) als een objectieve verklaring dat Upfield gezien de aard van haar onderneming (een productie-omgeving) een gerechtvaardigd belang heeft bij een flexibele schil om gaten in de bezetting op te vangen en dat werknemer deze gaten opvolde door achtereenvolgens op verschillende afdelingen en productielijnen relatief eenvoudige, ondersteunende werkzaamheden te verrichten, zonder een vaste plek aan een lijn te hebben of verantwoordelijkheid voor een vaste lijn te dragen. Volgens Jansen<sup>16</sup> vormen deze omstandigheden geen objectieve verklaring in de door het Hof van Justitie bedoelde zin. Jansen leidt dit af uit het Sciotto-arrest van het Hof van Justitie uit 2018. Dit arrest ziet op de Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd,<sup>17</sup> waarin is bepaald dat het gebruik van opeenvolgende bepaaldetijdscontracten onder meer kan worden gerechtvaardigd door ‘objectieve redenen’. Uit onder andere het Sciotto-arrest volgt dat het begrip ‘objectieve redenen’ een tijdelijke personeelsbehoefte impliceert. Dit betekent dat het invullen van een permanente functie met opeenvolgende bepaaldetijdscontracten in de weg staat aan het bestaan van een objectieve reden. Hieronder valt volgens het Hof van Justitie ook het invullen van gebruikelijke (dus: structurele en voorzienbare) planningsbehoeften.<sup>18</sup> Op dit punt meent Jansen dat het misgaat in de Upfield-zaak. De langdurige inzet van werknemer duidt erop dat Upfield gebruikmaakt van een

flexibele schil om zijn gebruikelijke planningsbehoeften (het vullen van gaten in de productielijn) in te vullen. Hieruit leidt Jansen af dat van een objectieve verklaring voor het langdurige gebruik van uitzendwerk geen sprake is.<sup>19</sup>

Ik volg Jansen hierin niet. Ik ben het met hem eens dat, nu het Hof van Justitie het begrip ‘objectieve verklaring’ in de arresten KG en Daimler niet toelicht, het nuttig is te kijken naar het vergelijkbare begrip ‘objectieve redenen’ uit de Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Ook ben ik net als Jansen van mening dat de inzet gedurende dertien jaar duidt op een structurele personeelsbehoefte. Anders dan Jansen verbind ik hieraan echter niet de conclusie dat een objectieve verklaring in de zin van de Uitzendrichtlijn ontbreekt. De overwegingen van het Hof van Justitie in het arrest Sciotto (en andere arresten over de Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd) zijn niet een op een toepasbaar op de Uitzendrichtlijn. De Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd verplicht lidstaten om specifieke maatregelen te nemen tegen misbruik van opeenvolgende bepaaldetijdscontracten, namelijk om deze te onderwerpen aan (a) objectieve redenen, (b) een maximale duur en/of (c) een maximaal aantal. Het Hof van Justitie legt deze verplichting relatief strikt uit. Naast arresten zoals Sciotto over het begrip ‘objectieve redenen’ kan worden gewezen op het arrest Generalitat de Catalunya uit 2024. In dit arrest overwoog het Hof van Justitie dat, ondanks het bestaan van een maximale duur en een maximaal aantal, het feit dat een werknemer lang in tijdelijke dienst is, kan wijzen op misbruik.<sup>20</sup> Het verbod op permanente terbeschikkingstelling uit de Uitzendrichtlijn heeft een ander – algemener en minder vergaand – karakter.<sup>21</sup> Het Hof van Justitie drukt zich in de arresten KG en Daimler voorzichtig uit. Het benadrukt dat de Uitzendrichtlijn, anders dan de Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, niet verplicht tot het nemen van specifieke maatregelen. Zij verzet zich er vooral tegen dat lidstaten ‘geen enkele maatregel’ nemen.<sup>22</sup> In het verlengde hiervan verbiedt de Uitzendrichtlijn niet dat permanente functies worden ingevuld met uitzendarbeid<sup>23</sup> en zijn lidstaten vrij om voor *hard-and-fast rules* zoals

14 KG, r.o. 63-67; Daimler, r.o. 56 en 58.

15 KG, r.o. 68-71; Daimler, r.o. 59-62. Zie over deze gezichtspunten uitvoerig N. Jansen, ‘Een structurele personeelsbehoefte en uitzendwerk: een moeizame combinatie’, *ArA* 2022/2, p. 41-63.

16 N. Jansen, annotatie bij de hofuitspraak inzake Upfield, *JAR* 2024/178.

17 Richtlijn 1999/70/EG.

18 HvJ EU 25 oktober 2018, C-331/17, ECLI:EU:C:2018:859 (Sciotto).

19 Om soortgelijke redenen kritisch op de (grotendeels) gelijklopende overwegingen van de kantonrechter in eerste aanleg zijn Zwemmer en Dekker in hun annotaties in *JAR* 2023/25 en *TRA* 2023/31.

20 HvJ EU 13 juni 2024, gevoegde zaken C-331/22 en C-332/22, ECLI:EU:C:2024:496, met noot van mijn hand in *TRA* 2024/85 (Generalitat de Catalunya).

21 Dit blijkt er tevens uit dat uitzendwerknemers blijkens de vierde alinea van de preambule niet onder de werkingssfeer van de Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd vallen; zie ook HvJ EU 11 april 2013, C-290/12, ECLI:EU:C:2013:235 (Della Rocca).

22 KG, r.o. 38-46, 63, 72 en dictum; Daimler, r.o. 55. Zie ook Concl. A-G Sharpston 23 april 2020, ECLI:EU:C:2020:300, punt 66-67 (KG); Van Schadewijk & Koster 2022, p. 15.

23 KG, r.o. 46; Daimler, r.o. 31-38. Zie ook Concl. A-G Sharpston bij KG, punt 73; Concl. A-G Tanchev bij Daimler, punt 37; N. Zekić, ‘Hoe moet het tijdelijke karakter van uitzendwerk worden gewaarborgd?’, *TAC* 2022/4, p. 160-161.

een maximumtermijn te kiezen.<sup>24</sup> Hieruit volgt mijns inziens dat, hoewel de tijdelijke dan wel permanente aard van de functie een omstandigheid is die meespeelt in de beoordeling,<sup>25</sup> de constatering dat het gaat om een permanente functie niet per definitie maakt dat een objectieve verklaring ontbreekt.<sup>26</sup>

In het licht van het voorgaande meen ik dat de beoordeling van de objectieve verklaring door het hof niet in strijd is met de Uitzendrichtlijn. De beoordeling van de objectieve verklaring betreft een ‘alle omstandigheden van het geval-toets’.<sup>27</sup> De nationale rechter, die het recht toepast op de feiten, heeft hierover het laatste woord. Meer in het algemeen komt lidstaten – waaronder nationale rechters – gezien de voorzichtige formulering van het Hof van Justitie een ruime beoordelingsvrijheid toe.<sup>28</sup> Het ligt met andere woorden niet voor de hand dat het Hof van Justitie een strikte toets zal hanteren. Dit geldt zowel voor de toepassing van het verbod in het algemeen als voor de beoordeling van de objectieve verklaring in het bijzonder.<sup>29</sup> Anders gezegd meen ik dat, zolang de nationale rechter laat zien de omstandigheden zorgvuldig te wegen, hij in lijn handelt met de arresten KG en Daimler.<sup>30</sup> Om deze reden meen ik dat de wijze waarop het hof de feiten in de Upfield-zaak weegt en de objectieve verklaring beoordeelt de toets aan de Uitzendrichtlijn doorstaat.

### Het gewicht dat toekomt aan de gezichtspunten

De aanwezigheid van een objectieve verklaring leidt er uiteindelijk toe dat er, ondanks de terbeschikkingstelling van dertien jaar, volgens het hof geen sprake is van misbruik van uitzendarbeid. Ik kan mij voorstellen dat deze conclusie als onrechtvaardig wordt ervaren.<sup>31</sup> Deze kwestie ziet op de vraag hoe de gezichtspunten zich tot elkaar verhouden en hoe zij, indien zij niet allemaal in dezelfde richting wijzen, tegen elkaar moeten worden

afgewogen. Ook op dit punt ontbreekt een toelichting van het Hof van Justitie. Net als Zwanenburg<sup>32</sup> meen ik dat het zinvol kan zijn als de nationale rechter hierover (en hetzelfde geldt voor het begrip ‘objectieve verklaring’) prejudiciële vragen zou stellen aan het Hof van Justitie. Indien de Upfield-zaak (of een andere zaak over het verbod) bij de Hoge Raad zou komen, zou de Hoge Raad hier vanwege de onduidelijkheden mijns inziens ook toe verplicht zijn.<sup>33</sup> Tegelijkertijd betwijfel ik, hoewel dit niet kan worden uitgesloten, of het Hof van Justitie zich veel concreter zou uitlaten over de inhoud en weging van de verschillende gezichtspunten. Zoals gezegd, drukt het Hof van Justitie zich voorzichtig uit en lijkt het nationale rechters een ruime beoordelingsvrijheid toe te kennen. In het verlengde hiervan lijkt er tussen de gezichtspunten geen hiërarchie te bestaan, op grond waarvan een objectieve verklaring een lange duur niet kan compenseren.<sup>34</sup> Hier komt bij dat de door het Hof van Justitie geformuleerde gezichtspunten niet-limitatief zijn. Het gaat om gezichtspunten waarmee de nationale rechter rekening ‘kan’ houden,<sup>35</sup> waarbij het bovendien niet alleen bij de beoordeling van de objectieve verklaring maar ook bij die van de duur aankomt op alle omstandigheden van het geval.<sup>36</sup> Zo toetst het hof in de Upfield-zaak aanvullend of de uitzendconstructie niet alleen is opgezet om de uit de Uitzendrichtlijn voortvloeiende bescherming te omzeilen (dat is volgens het hof niet het geval).

### De terughoudende benadering van het Hof

Het algemeen geformuleerde gezichtspuntenkader en de terughoudende benadering van het Hof van Justitie brengen aldus mee dat lidstaten tot op zekere hoogte zelf invulling kunnen (en moeten) geven aan het verbod. De invulling van het verbod vraagt met andere woorden om maatwerk op nationaal niveau. Deze constatering biedt ruimte voor een weging van feiten en omstandigheden die rekening houdt met de wijze waarop men in het nationale recht aankijkt tegen driehoeksconstructies. Op deze manier lees ik ook de overwegingen van het hof in de Upfield-zaak. Het Nederlandse recht biedt veel ruimte om het werkgeverschap uit te besteden aan een derde (zoals een uitzendbureau). Voorwaarden zijn dat naar de werknemer duidelijk wordt gecommuniceerd over de aard van de driehoeksrelatie en uitvoering wordt gegeven aan de afspraken over het werkgeverschap, en dat de driehoeksconstructie niet is opgezet met als enige doel werknemersbeschermende regelgeving zoals de ketenregeling te omzeilen. Ook als de inlener permanent over de werknemer kan beschikken, zet dit een dui-

24 Daimler, r.o. 57 en 69.

25 Dat de aard van de functie (in ieder geval) een relevante omstandigheid is, blijkt er bijvoorbeeld uit dat de objectieve reden moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waaronder of eerst een andere werknemer voor hetzelfde werk is ingeleend; KG, r.o. 71; Daimler, r.o. 62. Zie ook Concl. A-G Tanchev bij Daimler, punt 6 en 49-50; Gundt, annotatie bij KG, *TRA* 2021/29; Jansen 2022, p. 49; Van Schadewijk & Koster 2022, p. 12-13.

26 Zie ook Concl. A-G Tanchev bij Daimler, punt 6 en 49-50; Van Schadewijk & Koster 2022, p. 12-13.

27 KG, r.o. 71; Daimler, r.o. 62.

28 Zie ook expliciet Daimler, r.o. 33; Concl. A-G Tanchev bij Daimler, punt 37. Vergelijk voorts HvJ EU 27 april 2017, gevoegde zaken C-680/15 en C-681/15, ECLI:EU:C:2017:317 (Asklepios). Voor de overgang van een dynamisch incorporatiebeding bij overgang van onderneming acht het Hof van Justitie beslissend of de verkrijger een doeltreffende mogelijkheid heeft om arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. Hierbij laat het Hof van Justitie de beoordeling van doeltreffendheid uitdrukkelijk aan de lidstaten. Op basis hiervan acht de Hoge Raad in zijn beschikking van 12 juli 2024 (ECLI:NL:HR:2024:1068) de wijzigingsmogelijkheden van art. 7:611 en 7:613 BW voldoende doeltreffend. Dit lijkt mij juist.

29 Zie ook (ten aanzien van het verbod in het algemeen) C. Brors, ‘Leiharbeit nicht “vorübergehend” vor dem EuGH’, *Arbeit und Recht* 2021, p. 158; Van Schadewijk & Koster 2022, p. 15.

30 Dit laat uiteraard onverlet dat de rechter wel kan oordelen dat sprake is van misbruik. Zie ook hierna par. 6.

31 Zie in deze zin Zwemmer, *JAR* 2023/25; Dekker, *TRA* 2023/31; Jansen, *JAR* 2024/178.

32 A. Zwanenburg, *Schijnconstructies in het sociaal recht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom 2024, p. 238.

33 Art. 267 VWEU.

34 Zie ook Advies Landsadvocaat tijdelijkheid uitzendopdrachten, 12 december 2023, te raadplegen via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2023/12/12/advies-tijdelijkheid-uitzendkrachten-landsadvocaat>, waarin de Landsadvocaat lijkt te stellen dat een objectieve verklaring een lange duur juist wel kan compenseren (p. 11). Zie naar het lijkt anders Jansen, *JAR* 2024/178.

35 KG, r.o. 68; Daimler, r.o. 59.

36 KG, r.o. 71; Daimler r.o. 60 en 62.

delijke afspraak over de identiteit van de werkgever niet opzij.<sup>37</sup> In dit licht is het oordeel van het hof, dat in de Upfield-zaak geen sprake is van misbruik van uitzendarbeid, (beter) te begrijpen.

### De betekenis van ‘achtereenvolgende opdrachten’

Het voorgaande wil niet zeggen dat ik het op alle punten met het hof eens ben. Concreet heb ik twijfels bij de wijze waarop het hof omspringt met het derde gezichtspunt: de vraag of sprake is van achtereenvolgende opdrachten. Volgens het hof is in het geval van werknemer en Upfield sprake van één langdurige opdracht, met als gevolg dat aan dit gezichtspunt geen betekenis toekomt (althans niet wijst in de richting van permanente terbeschikkingstelling). Op basis van de beschikbare informatie zie ik echter niet waarom van achtereenvolgende opdrachten geen sprake is. Werknemer is verschillende keren en door verschillende uitzendbureaus aan Upfield ter beschikking gesteld. Zie ik dit goed, dan wijzen er dus twee gezichtspunten (duur en achtereenvolgende opdrachten) in de richting van permanente terbeschikkingstelling. Hoewel ik denk dat nationale rechters ook in deze situatie de bevoegdheid hebben om te oordelen dat een terbeschikkingstelling tijdelijk is, lijkt mij bij een stand van ‘twee tegen een’ een logisch uitgangspunt dat sprake is van permanente terbeschikkingstelling. Wat dit betreft kan ik, nu het hof niet overtuigend ingaat op het gezichtspunt van achtereenvolgende opdrachten en niet motiveert waarom dit gezichtspunt niet leidt tot dan wel bijdraagt aan permanente terbeschikkingstelling, begrijpen dat de uitkomst als onrechtvaardig wordt ervaren.

## 5 Rechtsgevolgen bij overtreding van het verbod

Aangezien het hof constateert dat van misbruik van uitzendarbeid geen sprake is, komt het niet toe aan de vraag welke rechtsgevolgen de rechter kan of moet verbinden aan overtreding van het verbod. Volgens werknemer zou de sanctie moeten zijn dat een arbeidsovereenkomst tussen hem en Upfield wordt aangenomen. De Uitzendrichtlijn dwingt echter niet tot het verbinden van deze sanctie aan overtreding van het verbod. In Daimler overwoog het Hof van Justitie dat, indien de nationale rechter in een concreet geval misbruik vaststelt, de werknemer geen subjectief recht kan ontlenen aan de Uitzendrichtlijn op het ontstaan van een arbeidsovereenkomst met de inlener. De sanctie moet worden gevonden in het nationale recht. Ingevolge artikel 10 lid 2 Uitzendrichtlijn moet de sanctie doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn. Die sanctie kan, maar hoeft

niet het aannemen van een arbeidsovereenkomst met de inlener te zijn.<sup>38</sup>

Elders heb ik betoogd dat toepassing van het payrollregime een manier kan zijn om het verbod te handhaven. Het payrollregime kan worden beschouwd als een passende maatregel in de zin van artikel 5 lid 5 Uitzendrichtlijn, of als sanctie op overtreding van het verbod indien de nationale rechter meent dat een passende maatregel in het nationale recht ontbreekt.<sup>39</sup> Indien sprake is van payrolling, zou werknemer op grond van artikel 8a Waadi onder meer aanspraak maken op het sociaal plan van Upfield. Lastig is echter dat het payrollregime op het eerste gezicht niet van toepassing lijkt te zijn op werknemer.<sup>40</sup> Payrolling is een vorm van uitzending waarbij de werkgever de werknemer exclusief ter beschikking stelt aan een opdrachtgever en waarbij de werkgever bij de totstandkoming van de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de opdrachtgever geen allocatiefunctie heeft vervuld. In het geval van werknemer en Upfield heeft Randstad echter een allocatiefunctie vervuld; voor de tewerkstelling bij Upfield was werknemer immers al in dienst bij Randstad. Bovendien is verdedigbaar dat geen sprake is van exclusiviteit, aangezien werknemer tussen 1996 en 2003 en gedurende twee weken in 2009 ter beschikking is gesteld van andere opdrachtgevers.

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de aan- of afwezigheid van een allocatiefunctie en exclusiviteit niet afhangt van één element, maar moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval.<sup>41</sup> Het gaat met andere woorden om een redelijkheidstoets. Deze redelijkheidstoets biedt ruimte om bij de beoordeling of sprake is van payrolling acht te slaan op de gezichtspunten van het Hof van Justitie.<sup>42</sup> Om deze reden vormt het payrollregime, mits de rechter de criteria voor payrolling ruimhartig en met inachtneming van het verbod op permanente terbeschikkingstelling uitlegt, mijns inziens een passende maatregel (dan wel sanctie) in de zin van de Uitzendrichtlijn. Tegelijkertijd verdient opmerking dat de rechter niet verplicht is de payrollcriteria ruim uit te leggen om zo een passende maatregel te creëren. De Uitzendrichtlijn dwingt niet tot het hanteren van het payrollregime als passende maatregel en de Nederlandse wetgever heeft zich hierover niet uitgelaten. Tenzij de Nederlandse wetgever iets anders regelt, is het daarom aan de Nederlandse rechter om te beoordelen of

38 Daimler, r.o. 87-100. Zie ook Concl. A-G Tachev bij Daimler, punt 68-72.

39 Van Schadewijk & Koster 2022, p. 14-17; Van Schadewijk 2023, par. 4.4.1 en 5.6.

40 In gelijke zin Zwemmer, JAR 2023/25. Zie voorts Advies Landsadvocaat tijdelijkheid uitzendopdrachten, p. 3 en 25. De Landsadvocaat stelt dat het niet in de rede ligt dat een rechter snel zal aannemen dat een uitzendovereenkomst is geconverteerd naar een payrollovereenkomst.

41 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 40-41 en 43; Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 9, p. 44-45.

42 Zie in gelijke zin Gundt, TRA 2021/29; S. Palm, ‘Hof van Justitie: terbeschikkingstelling van uitzendkracht is tijdelijk. Gevolgen voor de praktijk?’, TAP 2022/149, p. 18.

37 Van Schadewijk 2023, par. 4.2 en 4.3, met nadere verwijzingen. Zie over het omzeilen van dwingendrechtelijke bescherming ook hierna par. 5.

de payrollcriteria zich lenen voor tenuitvoerlegging van het verbod.

Het voorgaande neemt niet weg dat, aangezien onduidelijk is of het payrollregime is te beschouwen als een passende maatregel van de Nederlandse wetgever, de rechter het verbod ook kan handhaven door het werkgeverschap te verleggen naar de inlener. In zijn Advies over de tijdelijkheid van uitzendopdrachten betoogt de Landsadvocaat dat de Nederlandse rechter naar de huidige stand van de rechtspraak niet over de bevoegdheden beschikt om bij schending van artikel 5 lid 5 Uitzendrichtlijn een arbeidsovereenkomst met de inlener aan te nemen, met als gevolg dat Nederland risico loopt op staatsaansprakelijkheid wegens onvolledige implementatie van de Uitzendrichtlijn.<sup>43</sup> Redengevend is het arrest ABN Amro/Malhi uit 2002, waarin de Hoge Raad heeft bepaald dat de rechtszekerheid zich verzet tegen een geruisloze vervanging van een inleenverhouding in een arbeidsovereenkomst.<sup>44</sup> Ik zie dit wezenlijk anders. Zoals gezegd, biedt het Nederlandse recht veel ruimte om het werkgeverschap uit te besteden aan een derde. Het arrest ABN Amro/Malhi past in deze lijn.<sup>45</sup> Tegelijkertijd merkte ik op dat de Nederlandse rechtspraak als vaste spelregel hanteert dat geen sprake is van omzeiling van dwingendrechtelijke bescherming. Een bekend voorbeeld is omzeiling van de ketenregeling.<sup>46</sup> Andere voorbeelden zijn het uitbesteden van het werkgeverschap aan een buitenlandse derde om het Nederlandse arbeidsrecht te omzeilen<sup>47</sup> of aan een (bijna) insolvente derde om het ontslagrecht buiten werking te stellen.<sup>48</sup> In deze gevallen zet de rechter het beoogde werkgeverschap van de uitlener opzij en rekent hij de arbeidsovereenkomst toe aan de inlener.<sup>49</sup> De rechtsregel uit ABN Amro/Malhi is dus niet absoluut. Bovendien kan de rechter in zijn oordeel bepalen op welk moment de uitzendrelatie van kleur is verschoten en er geen sprake meer is van *gebruik* maar van *misbruik* van de uitzendovereenkomst, zodat van een ‘geruisloze vervanging’ geen sprake is. Het Nederlandse recht laat aldus ruimte om, indien de rechter oordeelt dat in een concreet geval sprake is van misbruik van uitzendarbeid,<sup>50</sup> door de constructie ‘heen te prikken’ en een arbeidsovereenkomst met de inlener aan te nemen.<sup>51</sup> Anders

dan de Landsadvocaat zie ik dan ook geen risico op staatsaansprakelijkheid, althans meen ik dat de Nederlandse rechter dit risico kan wegnemen.<sup>52</sup>

## 6 Slotbeschouwing

In deze bijdrage heb ik aan de hand van de *Upfield*-zaak geanalyseerd wat het verbod op permanente terbeschikkingstelling betekent voor het Nederlandse recht. Het resultaat in de *Upfield*-zaak is verdedigbaar, in de zin dat de overwegingen van het Hof van Justitie niet dwingen tot een andere uitkomst. Hiermee is echter niet de vraag beantwoord of de uitkomst ook ‘rechtvaardig’ of ‘wenselijk’ is, in de zin dat zij de juiste balans slaat tussen flexibiliteit en zekerheid. Deze vraag, die een afweging van verschillende belangen en perspectieven vergt, is politiek van aard. Zoals ook het hof (en de kantonrechter) opmerkt in de *Upfield*-zaak, is het aan de Nederlandse wetgever om te besluiten om al dan niet verdergaande restricties te verbinden aan uitzending, zoals een maximumtermijn. Wat mij betreft, verdient bij het maken van deze keuze aandacht dat, zoals ook door anderen is opgemerkt,<sup>53</sup> het algemeen geformuleerde gezichtspuntenkader tot aanzienlijke rechtsonzekerheid leidt. Ook rechtsongelijkheid ligt op de loer: een andere rechter had de gezichtspunten en de feiten in de *Upfield*-casus (of een vergelijkbare casus) anders kunnen wegen en tot een ander resultaat kunnen komen. Bovendien kan het gezichtspuntenkader, gezien de ruimte die het laat voor nationale opvattingen, leiden tot grote verschillen tussen lidstaten.<sup>54</sup> In dit verband verdient opmerking dat Nederland met zijn vergaande mogelijkheden om het werkgeverschap uit te besteden een uitschieter is binnen de EU.<sup>55</sup> Vanuit het perspectief van de rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en rechtseenheid zou ik er daarom voorstander van zijn om een duidelijkere grens te stellen aan het uitbesteden van het werkgeverschap, bijvoorbeeld in de vorm van een maximumtermijn.

43 Advies Landsadvocaat tijdelijkheid uitzendopdrachten, p. 3 en 20. Zie ook Dekker, *TRA* 2023/31; M.A.C. Keijzer, annotatie bij de hofuitspraak inzake *Upfield*, *JAR* 2024/195.

44 HR 5 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186 (ABN Amro/Malhi).

45 Van Schadewijk 2023, par. 4.2.

46 HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:312 (Taxi Dorenbos).

47 Bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 20 april 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3894.

48 Bijvoorbeeld Ktr. Assen 3 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4139.

49 Zie nader L.G. Verburg, ‘Het belang van de economische werkelijkheid in arbeidsrechtelijke relaties, in het bijzonder in driehoeksverhoudingen’, *TRA* 2021/34; Van Schadewijk 2023, par. 4.2, 4.3 en 4.5; Zwanenburg 2024, par. 4.6.3, 5.6.3, 6.4.2 en 8.4.4.

50 Het oordeel van het hof in de *Upfield*-zaak brengt niet mee dat dit geen reële mogelijkheid is. Zie hierna par. 6.

51 Zie in gelijke zin Zekić 2021, p. 6-8; Jansen 2022, p. 61-62; Zekić 2022, p. 162; Kullmann 2024, par. 5.2. Ook de kantonrechter in de *Upfield*-zaak lijkt deze mening toegedaan (r.o. 5.6 e.v.).

52 Dit zou overigens niet anders zijn indien ABN Amro/Malhi zich wel zou verzetten tegen het verleggen van het werkgeverschap. De nationale rechter moet (mits geen sprake is van een uitleg *contra legem*) al het nodige doen om het nationale recht zo uit te leggen dat het misbruik naar behoren wordt bestraft. Deze plicht omvat tevens het wijzigen van vaste rechtspraak; bijvoorbeeld Generalitat de Catalunya, r.o. 107-110. Dit betekent dat de Nederlandse rechter in het nationale recht moet zoeken naar een passende sanctie en dat ABN Amro/Malhi hoe dan ook niet belet dat de rechter de inlener bij wijze van sanctie aanduidt als werkgever. Daarnaast is het zoals gezegd denkbaar dat de rechter het payrollregime toepast, en ook kan worden gedacht aan het toekennen van een schadevergoeding ex art. 6:162 of 7:611 BW. Mits de Nederlandse rechter uitvoering geeft aan zijn plicht tot richtlijnconforme uitleg en één van deze sancties toepast, is staatsaansprakelijkheid niet aan de orde.

53 Zekić 2022, p. 162; Kullmann 2024, par. 5.2.

54 Een dergelijke tendens is bijvoorbeeld zichtbaar ten aanzien van het Albron-arrest (HvJ EU 21 oktober 2010, C-242/09, ECLI:EU:C:2010:625), dat niet hetzelfde wordt geïnterpreteerd in elke lidstaat; bijvoorbeeld Van Schadewijk 2023, par. 5.5.1.

55 L. Corazza & O. Razzolini, ‘Who is an Employer?’, WP CSDL E ‘Massimo D’Antona’ INT-110/2014; Van Schadewijk 2023, par. 4.2 en 4.3.