

# Uitzending en tijdelijkheid: onlosmakelijk verbonden of niets gemeen?

TRA 2020/22

**De Uitzendrichtlijn bepaalt dat uitzendkrachten ter beschikking worden gesteld om bij een inlener tijdelijk te werken. De Nederlandse wetgever heeft het tijdelijkheidsbegrip niet geïmplementeerd. Wel is payrollings sinds de Wab als permanente uitzendvorm gedefinieerd (lex specialis) en met meer waarborgen omkleed. De situatie in Duitsland is een andere. Met verwijzing naar de Uitzendrichtlijn heeft de Duitse wetgever in 2017 aan de terbeschikkingstelling een maximumlimiet verbonden. De Commissie-Borstlap doet een soortgelijke aanbeveling voor het Nederlandse recht. In deze bijdrage onderzoeken de auteurs hoe het huidige Nederlandse recht zich verhoudt tot het tijdelijkheidsvereiste in de Uitzendrichtlijn en analyseren zij de optie van een maximale terbeschikkingstellingstermijn.**

## 1. Inleiding

In een arrest van 4 november 2016 oordeelde de Hoge Raad dat payrollings onder het bereik van de toenmalige definitie van de uitzendovereenkomst en het uitzendregime viel. Volgens de Hoge Raad bood wettekst noch wetsgeschiedenis aanknopingspunt voor het standpunt dat – wil er sprake zijn van uitzenden – de te verrichten arbeid bij de inlener tijdelijk moest zijn.<sup>2</sup> Als de wetgever daar anders over dacht, diende de wettekst te worden aangepast. Dat is gebeurd. Sinds de inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) geldt payrollings als lex specialis van uitzending. Payrollings heeft betrekking op het permanent ter beschikking stellen van werknemers aan derden. De term permanent verwijst naar het exclusieve karakter van payrollings en niet naar de duur. De terbeschikkingstelling kan voor korte duur, maar zal vaker langdurig zijn. Het is de vraag of deze wettelijke regeling in lijn is met de Uitzendrichtlijn waarin het begrip tijdelijkheid is opgenomen. In dit verband is interessant dat de Duitse wetgever in april 2017 de wettelijke regeling van uitzendarbeid – *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz* (AÜG) – heeft aangepast en een zogenoemde *Höchstüberlassungsdauer* heeft ingevoerd. Hiermee is de duur van het ter beschikking stellen van werknemers aan een specifieke inlener tot maximaal achttien maanden beperkt. Werkt de werknemer langer dan deze

termijn bij de inlener, dan komt van rechtswege een arbeidsovereenkomst met de inlener tot stand. De Commissie-Borstlap doet in haar advies van 23 januari 2020 een soortgelijke aanbeveling voor het Nederlandse recht. De Commissie-Borstlap adviseert voor de maximale terbeschikkingstellingstermijn aan te sluiten bij de duur van de ketenregeling die in haar advies op twee jaar wordt gesteld.

In dit artikel analyseren wij hoe het Nederlandse recht zich verhoudt tot het tijdelijkheidsvereiste in de Uitzendrichtlijn. De tijdelijkheid heeft betrekking op de terbeschikkingstelling aan een specifieke inlener (de uitzendopdracht).<sup>3</sup> Onderzocht wordt in hoeverre de Uitzendrichtlijn lidstaten dwingt tot (i) het opnemen van een maximumlimiet en (ii) het formuleren van bepaalde sancties indien tijdelijkheid ontbreekt. Alvorens met een antwoord te komen, wordt het tijdelijkheidsvereiste van de Uitzendrichtlijn nader geïdentificeerd en wordt de implementatie in Nederland en Duitsland onder de loep genomen.

## 2. Europees recht, de Uitzendrichtlijn en tijdelijkheid

### 2.1 Aanloop naar en totstandkoming van de Uitzendrichtlijn

De Uitzendrichtlijn heeft een historie van Europese initiatieven om de arbeidsomstandigheden van ter beschikking gestelde werknemers te regelen. De aftrap vond begin jaren tachtig van de vorige eeuw plaats toen de Europese Raad en de Commissie enkele resoluties aannamen waaruit de noodzaak bleek van ‘communautaire actie’.<sup>4</sup> Het Europees Parlement onderschreef de urgentie.<sup>5</sup>

In 1982 kwam de Commissie met een richtlijnvoorstel inzake tijdelijke arbeid.<sup>6</sup> Het voorstel zag op de uitoefening van opdrachten door werknemers die *tijdelijk* ter beschikking werden gesteld aan een onderneming (de inlener). Een uitzendopdracht kon slechts worden aangeaan wanneer er (i) tijdelijk minder personeelsbezetting was of (ii) sprake was van een tijdelijke of uitzonderlijke toename van de bedrijvigheid. Voor het geval van toename van de bedrijvigheid werd een maximumlimiet van drie maanden voorgesteld met de mogelijkheid deze termijn

1 Femke Laagland is als hoogleraar (Europees) arbeidsrecht verbonden aan de vaksectie Sociaal Recht van de Radboud Universiteit in Nijmegen. Zij was tevens lid van de Commissie-Borstlap. Mart van Braak is werkzaam als advocaat arbeidsrecht bij Dirkzwager legal & tax.

2 HR 4 november 2016, JAR 2016/286 (C4C/StiPP).

3 De tijdelijkheid geldt niet ten opzichte van de relatie tussen werknemer en uitzendbureau (de uitzendovereenkomst).

4 Zie o.a. resolutie van de Raad PB C 2 van 4 januari 1980, p. 1-3.

5 PB C 260 van 12 oktober 1981, p. 54.

6 Com (1982) 155 definitief.

eenmaal te verlengen.<sup>7</sup> Het Sociaal en Economisch Comité stelde voor de maximumlimiet ook bij minder personeelsbezetting in te voeren.<sup>8</sup> Het moest volgens het Comité bij uitzendarbeid altijd gaan om *de uitleen voor beperkte tijd van arbeidskrachten*. Volgens zijn mededelingen van 6 juli 1983 koos het Parlement voor een wezenlijk andere invulling van het toepassingsbereik. Lidstaten zouden tot ten hoogste vijf jaar na de goedkeuring van de richtlijn het sluiten van uitzendopdrachten kunnen verbieden, tenzij redelijkerwijs aangenomen kon worden dat *de desbetreffende arbeidsplaatsen slechts van tijdelijke duur* zouden zijn.<sup>9</sup> Met andere woorden: het ongelimiteerd en permanent ter beschikking stellen van uitzendkrachten was toegestaan, maar zou door de lidstaten tot vijf jaar na inwerkingtreding verboden *kunnen* worden.

Ondanks enkele aanpassingen haalde het richtlijnvoorstel het niet. Een van de redenen was dat de Commissie in 1990 drie nieuwe voorstellen deed voor de regulering van a-typische arbeid, waaronder uitzendarbeid.<sup>10</sup> Volgens de Commissie in haar toelichting stonden nut en noodzaak van tijdelijke arbeid inmiddels niet meer ter discussie, maar moesten deze wel systematisch met redenen worden omkleed om continuering en bescherming van vaste arbeid te bewerkstelligen.<sup>11</sup> Een van de drie voorstellen (het voorstel over concurrentievervalsing) bevatte een maximumlimiet voor de terbeschikkingstelling van twaalf maanden met een mogelijkheid van een verlenging tot ten hoogste 36 maanden en zag op een bepaalde arbeidsplaats bij de inlener.<sup>12</sup> Tevens mocht een tijdelijke arbeidsbetrekking nimmer het doel hebben een structureel bestaande permanente arbeidsplaats te vervangen.<sup>13</sup> Uiteindelijk werd slechts overeenstemming bereikt over 'het minst controversiële' voorstel van de drie: het voor-

stel inzake veiligheid op het werk waarin het begrip tijdelijkheid geen rol van betekenis speelde.<sup>14</sup>

Tegen de achtergrond van de Europese werkgelegenheidsstrategie kwam de focus hierna te liggen op 'flexicurtiy', een politieke strategie die tracht op een gesynchroniseerde wijze zowel flexibiliteit van de arbeidsmarkt als arbeidsbescherming en sociale zekerheid te stimuleren.<sup>15</sup> In het wetgevingsproces van de Uitzendrichtlijn werd op deze gedachte voortgebouwd. In het eerste voorstel van de Commissie kwam tijdelijkheid nog niet voor. Er werd een definitie gegeven van de 'vergelijkbare werknemer'. Het ging om '(...) *de werknemer die door het uitzendbureau ter beschikking is gesteld*'. De term 'opdracht' werd omschreven als '(...) *de periode tijdens welke de uitzendkracht ter beschikking wordt gesteld van de inlenende onderneming*'.<sup>16</sup> Bij de definitieve versie verscheen in art. 3 Uitzendrichtlijn de omschrijving van 'uitzendkracht' ten tonele waaraan – evenals bij de herziene omschrijving van 'opdracht' – additioneel de tijdelijkheidsclausule was toegevoegd. Uit de parlementaire stukken blijkt dat het Parlement erop had aangedrongen het begrip tijdelijkheid in de definities op te nemen. De Commissie was content met de aanpassing en stelde dat het ging om een verduidelijking van de definities.<sup>17</sup> Een ander amendement van het Parlement voegde tijdelijkheid tevens toe aan de werkingssfeerbepaling van art. 1 Uitzendrichtlijn. Volgens de Commissie omvatte dit amendement geen verduidelijking maar een nieuwe formulering, waardoor de uitzendovereenkomst als driehoeksverhouding beter uit de verf kwam.<sup>18</sup>

## 2.2 Uitzendrichtlijn: valt permanente uitzending binnen het bereik?

Nadat de Uitzendrichtlijn was aangenomen, moest een Expert Group van nationale experts duidelijkheid verschaffen over de implementatie. De Expert Group stelde vast dat ondanks het begrip 'tijdelijk' in de definities en de werkingssfeer, geen limitering van de periode van terbeschikkingstelling was beoogd. Gewezen werd op de in de praktijk bestaande verschillen in uitzendduur tussen lidstaten en sectoren, waarbij de ene opdracht een kwes-

7 Het Sociaal en Economisch Comité kwam in reactie daarop met een meerderheidsadvies, waarbij het niet nader toegelichte onderscheid voor de toepasselijkheid van de maximale uitzendduur werd opgeheven en ook bij minder personeelsbezetting een maximumduur van drie maanden werd opgenomen. Vgl. Advies van het Sociaal en Economisch Comité van 27 april 1983 (*PbEG* 1983, C 176/8).

8 *PBEG* C 176 van 4 juli 1983, p. 10.

9 *PB* C 242 van 12 september 1983, p. 39.

10 Deze voorstellen vloeiden voort uit het in 1989 aangenomen Gemeenschapshandvest van sociale grondrechten van de werkenden. Met betrekking tot arbeidsvoorwaardenbeleid werd het volgende beoogd: 'een onderlinge opwaartse aanpassing van die voorwaarden, met name betreffende de duur en de aanpassing van de arbeidstijd en andere arbeidsvormen dan arbeid voor onbepaalde duur, zoals (...) uitzendarbeid'.

11 Zie Voorstel van de Commissie voor een richtlijn van de Raad betreffende bepaalde arbeidsbetrekkingen en de arbeidsvoorwaarden (*PbEG* 1990, C 224/4), p. 5.

12 Zie *PbEG* 1990, C 224/4, p. 7. Een vaste arbeidsplaats bij de inlener kon volgens de Commissie dus niet worden ingevuld door elkaar steeds opvolgende uitzendkrachten.

13 Wijziging door de Commissie van het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende bepaalde arbeidsbetrekkingen en concurrentievervalsing (*PbEG* 1990, C 305/8), p. 11.

14 De richtlijn 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 uitzendarbeid-betrekkingen werd vastgesteld door de Raad op 25 juni 1991, *PbEG* L 206/19-21 van 29 juli 1991.

15 Zie daarover o.a. Gezamenlijk verslag over de werkgelegenheid 2002, COM (2002) 621, p. 47 en COM (2002) 416, p. 15-16 en F. Hendrickx, 'Verkenning van een nieuwe Europese werkgelegenheidsstrategie', *Arbeid Integraal* 2003/1, p. 36.

16 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten, COM (2002) 149 definitief, C 203 E, 3.

17 Resultaat van de eerste lezing van het Europees Parlement, 14331/02 CODEC 1457 SOC 519, p. 1.

18 Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten, COM (2002) 701 definitief, p. 2-3.

tie van dagen kon zijn terwijl de andere maanden kon duren. Volgens de Expert Group bleven de uitzendopdrachten in die gevallen steeds tijdelijk van karakter.<sup>19</sup> Hoewel de Expert Group in het tijdelijkheidsbegrip geen concrete maximeringslimit las, moest het tijdelijke karakter van uitzendarbeid wel gewaarborgd blijven bij de duur van uitzendopdrachten. Hoe dat moest worden bepaald, blijft onduidelijk maar het lijkt erop dat tijdelijkheid in de visie van de experts wel een zeker normatief karakter heeft.

De Duitse auteurs Thüsing en Stiebert verbinden aan het normatieve karakter de conclusie dat de Uitzendrichtlijn geen betrekking heeft op permanente uitzending en permanente uitzending zodoende buiten de werkingssfeer valt.<sup>20</sup> Volgens de auteurs is het onderscheid te rechtvaardigen. Van uitzendkrachten die tijdelijk bij een inlener worden tewerkgesteld, wordt een dussdanige flexibiliteit verwacht die de facto zwaarder op de arbeidsrelatie drukt dan wanneer een uitzendkracht permanent ter beschikking is gesteld en relatief meer zekerheden heeft. Permanente terbeschikkingstelling lijkt volgens hen dermate veel op een vaste aanstelling dat bescherming op grond van de Uitzendrichtlijn overbodig is.

Bij deze redenering zijn de nodige vraagtekens te plaatsen. Hoewel de Commissie de toevoeging van tijdelijkheid in art. 1 Uitzendrichtlijn als nieuwe formulering beschouwde (zie slot par. 2.1), blijkt nergens uit dat tijdelijkheid als *bewuste* afbakening in de werkingssfeer ten opzichte van permanente uitzendarbeid heeft te gelden. De eerdergenoemde opmerking van de Commissie dat uitzendarbeid door de toevoeging als zodanig *beter uit de verf* komt, doet eerder vermoeden dat tijdelijkheid als eigenschap van het bedrijfsmatig ter beschikking stellen van werknemers moet worden beschouwd. Deze uitleg past ook in het licht van de doelstelling van de Uitzendrichtlijn. Naast het beschermen van uitzendkrachten, is de Uitzendrichtlijn gericht op het creëren van een geschikt regelgevend kader voor het bedrijfsmatig ter beschikking stellen van werknemers.<sup>21</sup> Kortom: de Uitzendrichtlijn lijkt het juridische fenomeen uitzending als zodanig te reguleren.

Bovendien is het zeker niet zo dat permanente uitzendkrachten per definitie meer zekerheden hebben. Ook uitzendkrachten die permanent (dus: exclusief) bij de inlener zijn tewerkgesteld, hebben het uitzendbureau als werkgever en hebben op basis van het contractenrecht in

beginsel geen aanspraak op de arbeidsvoorwaarden die bij de inlener gelden. Met de inlener bestaat – net zoals dat voor tijdelijke uitzendkrachten geldt – slechts een feitelijke relatie. De ratio achter de Uitzendrichtlijn is dat lidstaten uitzendarbeid moeten toestaan, maar wel recht dienen te doen aan de bescherming van uitzendkrachten. Uitzendkrachten hebben kort gezegd recht op de essentiële arbeidsvoorwaarden die zouden hebben gegolden als zij direct bij de inlener in dienst zouden zijn geweest. Het gaat om bezoldiging, vakantie, feestdagen en de regels voor arbeidstijden. Zou de Uitzendrichtlijn permanente terbeschikkingstelling niet omvatten, dan zijn permanente uitzendkrachten in de praktijk juist slechter af (voor hen geldt dan immers het gehele rechtsregime zoals dat op de uitlenende werkgever van toepassing is). Deze uitleg ligt niet voor de hand. Dat tijdens de totstandkoming van de Uitzendrichtlijn niet over het onderscheid is gesproken, duidt er eerder op dat destijds onvoldoende oog was voor mogelijke misbruiksituaties als gevolg van permanente terbeschikkingstelling.<sup>22</sup> Onzes inziens valt permanente terbeschikkingstelling dan ook binnen het bereik van de Uitzendrichtlijn.

### 2.3 De Uitzendrichtlijn en het onderscheid tussen tijdelijk, langdurig en permanent

Een andere vraag is of de Uitzendrichtlijn permanente terbeschikkingstelling verbiedt. Een duidelijk verbod valt in de Uitzendrichtlijn niet terug te lezen. De discussie in de literatuur richt zich voornamelijk op het onderscheid tussen tijdelijke en langdurige (in de zin van ongelimiteerde) maar niet exclusieve terbeschikkingstelling. Satori wijst in dat verband op een inherente tegenstrijdigheid in de Uitzendrichtlijn. Op grond van het consequente gebruik van tijdelijkheid in de definities van art. 3 Uitzendrichtlijn lijkt uitzending niet ongelimiteerd te kunnen plaatsvinden. Daar staat art. 4 lid 1 Uitzendrichtlijn tegenover. Deze bepaling regelt dat beperkingen op de inzet van uitzendkrachten uitsluitend kunnen worden gerechtvaardigd door redenen van algemeen belang. Een maximumlimiet heeft veel weg van een beperking, hetgeen – anders dan de definities – doet vermoeden dat ongelimiteerde uitzending de hoofdregel is.

Dit ogenschijnlijk paradoxale karakter was in 2015 onderwerp van prejudiciële vragen van een Finse arbeidsrechter aan het Europese Hof van Justitie. Centraal stond een Finse cao-bepaling waarin was opgenomen:

“Ondernemingen mogen uitzendkrachten alleen inzetten om arbeidspieken op te vangen of voor tijdelijke of naar hun aard beperkte taken, die wegens spoedeisendheid, beperkte duur, beroepsbekwaamheid, gebruik van speciaal gereedschap of andere soortgelijke

19 *Transposition of Directive 2008/104/EG on Temporary agency work* (Rapport Expert Group van de Europese Commissie, Employment, Social Affairs & Inclusion – Unit B2 – Labour Law van augustus 2011), Luxemburg: Social Europe 2011, p. 14.

20 Vgl. G. Thüsing & T. Stiebert, ‘Zum Begriff “vorübergehend” in § 1 Abs. 1 Satz 2 ÄUG’, *Arbeitsrecht* 2012/11, p. 633.

21 Vgl. A-G Szpunar 20 november 2014, zaak C-533/13, ECLI:EU:C:2014:2392, punt 31 en overwegingen 9-12 van de considerans van de Uitzendrichtlijn.

22 In gelijke zin: R. Zimmer, ‘Vorübergehender Einsatz von Leiharbeiterinnen’, *Der Betrieb* 2012/11, p. 424.

redenen niet door eigen werknemers kunnen worden uitgevoerd.”<sup>23</sup>

De cao-bepaling koppelde de toelaatbaarheid van uitzendarbeid expliciet aan het tijdelijke karakter van de werkzaamheden. De eerste prejudiciële vraag richtte zich op het bereik van art. 4 lid 2 Uitzendrichtlijn. Hierin is geregeld dat lidstaten de beperkingen op uitzending in wetgeving en cao's in heroverweging dienen te nemen binnen een termijn van vijf jaar. Volgens het Hof van Justitie kan uit art. 4 lid 2 Uitzendrichtlijn niet worden afgeleid dat op rechters een plicht rust om nationale bepalingen die een ontoelaatbare beperking inhouden, buiten toepassing te laten. De Finse rechter kon de cao-bepaling dus gewoon toepassen, ook wanneer het een ontoelaatbare beperking betrof.<sup>24</sup> Hiermee was echter niet duidelijk of de maximering in duur een beperking betrof op uitzendarbeid die moest worden gerechtvaardigd of dat uitzendwerk per definitie tijdelijk is en men aan de toepassing van art. 4 Uitzendrichtlijn niet toekwam. De tweede prejudiciële vraag was hierop gericht, maar het Hof achtte beantwoording niet nodig omdat de Finse cao-bepaling hoe dan ook kon worden toegepast.

A-G Szpunar ging in zijn conclusie bij het arrest wel in op de tweede prejudiciële vraag. Hij concludeerde dat de Finse cao-bepaling de inzet van uitzendkrachten beperkte doordat zowel de aard als de duur van de uit te voeren taken was vastgelegd. Dit leverde volgens hem zonder twijfel een beperking op die een rechtvaardiging behoeft in het licht van art. 4 lid 1 Uitzendrichtlijn. Bij de beoordeling of sprake was van een rechtvaardiging betrof de A-G de definities van art. 3 Uitzendrichtlijn. Hij overwoog dat de definities tijdelijke werkrelaties *impliceren*, waardoor uitzendarbeid niet altijd de *geschikte* arbeidsvorm is. Dit geldt met name bij een constante vraag naar arbeid vanuit de inlener. Aan de andere kant meende hij dat de Uitzendrichtlijn de lidstaten – vanwege de diversiteit van arbeidsmarkten – veel beoordelingsruimte laat met betrekking tot hetgeen zij onder uitzending verstaan. Alles overwegend was de Finse cao-bepaling in zijn visie gerechtvaardigd, aangezien langdurige terbeschikkingstellingen rieken naar misbruiksituaties.<sup>25</sup> De A-G legt daarmee de bal bij de lidstaten en sociale partners; die kunnen (maar zijn daartoe niet verplicht) een verbod op langdurige uitzending vaststellen. De Europese Commissie hanteerde in 2015 eenzelfde redenering. Een

Duitse uitzendkracht was door een uitzendbureau jarenlang bij dezelfde inlener geplaatst. De uitzendkracht verzocht de Commissie op grond van art. 258 VWEU een inbreukprocedure tegen Duitsland te starten.<sup>26</sup> In haar reactie stelde de Commissie dat de Uitzendrichtlijn lidstaten niet verplicht een maximum duur te stellen aan uitzendopdrachten.

Zowel de A-G als de Europese Commissie oordeelde over het langdurig ter beschikking stellen van een werknemer aan dezelfde inlener. Het valt te betwijfelen of hetzelfde geldt indien de werknemer exclusief aan één specifieke inlener ter beschikking is gesteld en vanaf de eerste dag duidelijk is dat de werknemer enkel bij die inlener werkzaam zal zijn. Bij permanente uitzending gaat het in de regel om de invulling van een vaste arbeidsplaats bij de inlener. Dat zou de conclusie anders kunnen maken. Het vijfde lid van art. 5 Uitzendrichtlijn benoemt als misbruik *'het voorkomen van achtereenvolgende opdrachten ter omzeiling van de bepalingen van de Uitzendrichtlijn'*. De Duitse auteur Hamann leidt uit deze bepaling af dat het niet is toegestaan om via elkaar opvolgende tijdelijke uitzendopdrachten in een structurele arbeidsbehoefte van de inlener te voorzien.<sup>27</sup> Deze opvatting vindt steun in art. 6 Uitzendrichtlijn dat als doel heeft dat de uitzendkracht uiteindelijk bij de inlener in dienst treedt. Met de ratio achter deze bepalingen valt lastig te verenigen dat een structurele arbeidsplaats wordt ingevuld met een permanent ter beschikking gestelde werknemer.

#### 2.4 *Lessen uit de grensoverschrijdende context*

De Uitzendrichtlijn is van toepassing op het bedrijfsmatig ter beschikking stellen van werknemers in een nationale context. Omvat de constructie een grensoverschrijdend element, dan komt de Detacheringsrichtlijn in beeld. De Detacheringsrichtlijn regelt binnen de Europese Unie welk recht op de grensoverschrijdende uitzendovereenkomst van toepassing is. Ook de Detacheringsrichtlijn kent belang toe aan tijdelijkheid. Werkt de werknemer *gedurende een bepaalde periode* op het grondgebied van een andere lidstaat dan waar de werknemer gewoonlijk zijn werkzaamheden verricht, dan zijn op de arbeidsovereenkomst de harde kernarbeidsvoorwaarden uit het ontvangstland van toepassing (voor het overige geldt het recht van het werkland waar de werknemer gewoonlijk werkzaam is). De harde kernarbeidsvoorwaarden volgen uit de wet of een algemeen verbindend verklaarde cao en vertonen overeenkomsten met de essentiële arbeidsvoorwaarden uit de Uitzendrichtlijn. Het gaat om het minimumloon (per 1 juli 2020: de bezoldiging), de veiligheid en hygiëne, tewerkstellingsvoorwaarden en het verbod op discriminatie.

<sup>23</sup> HvJ EU 17 maart 2015, zaak C-533/13, ECLI:EU:C:2015:173, r.o. 9.

<sup>24</sup> Gevolg is dat particulieren niets kunnen ondernemen tegen nationale wettelijke en cao-bepalingen die uitzendarbeid ongerechtvaardigd en dus ontoelaatbaar beperken in de zin van art. 4 lid 1 Uitzendrichtlijn. Ook op de overheid rust immers geen plicht tot heroverweging meer omdat de termijn van vijf jaar inmiddels is verstreken. De Uitzendrichtlijn heeft overigens sowieso geen rechtstreekse werking maar een voorrang op grond van staatsaansprakelijkheid is zinloos; de lidstaat schendt de richtlijn simpelweg niet.

<sup>25</sup> A-G Szpunar 20 november 2014, zaak C-533/13, punten 111, 112, 116, 118-121.

<sup>26</sup> Zie voor de klacht CHAP (2015) 00716 en voor een bespreking van de klacht A. Bissels, 'Brüssel bestätigt: Dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung ist erlaubt!', *Cmshs-bloggt.de*, d.d. 20 juli 2015.

<sup>27</sup> W. Hamann, 'Die Reform des ÄUG im Jahr 2011', *RdA* 2011/324.

Bij de uitleg van tijdelijkheid wordt doorgaans aangesloten bij de Rome I Verordening inzake het toepasselijke recht. De preambule van de Rome I Verordening vermeldt dat tijdelijkheid samenhangt met *de verwachting* dat de werknemer na afloop van zijn taak in de andere lidstaat opnieuw arbeid in het land van herkomst gaat verrichten (het land waar hij gewoonlijk werkzaam is). De duur van de opdracht is een oriëntatiepunt, maar is niet doorslaggevend. Andere feitelijke omstandigheden als kostenverdeling, de aard van de te verrichten activiteiten en (het antwoord op) de vraag of de werknemer daadwerkelijk terugkeert, kleuren de tijdelijkheid verder in.<sup>28</sup> Deze omschrijving van tijdelijkheid leidde tot veel onduidelijkheid. Om langdurige uitzendopdrachten tegen te gaan, heeft de Europese wetgever het tijdelijkheidsbegrip recentelijk nader geconcretiseerd. De herziene Detacheringsrichtlijn<sup>29</sup> – die op 1 juli 2020 in het Nederlandse recht moet zijn geïmplementeerd – maximeert tijdelijkheid op twaalf maanden, met de mogelijkheid van een verlenging met zes maanden.<sup>30</sup> De detachering van de uitzendkracht kan na afloop van de termijn worden voortgezet (voor zover sprake blijft van een ‘bepaalde periode’), maar op zijn arbeidsovereenkomst met de buitenlandse uitzendwerkgever worden de ‘harde-kern-plusarbeidsvoorwaarden’ uit het ontvangstland van toepassing. De harde-kern-plus ziet op *alle* toepasselijke arbeidsvoorwaarden die zijn neergelegd in de wet of een algemeen verbindend verklaarde cao.<sup>31</sup> Ook de Coördinatieverordening inzake het toepasselijke recht in de sociale zekerheid definieert tijdelijkheid aan de hand van een termijn. Hier is evenwel gekozen voor 24 maanden.

Zolang de Uitzendrichtlijn geen specifieke termijn aan tijdelijkheid koppelt, valt in lijn met de Rome I Verordening en de oorspronkelijke Detacheringsrichtlijn te betogen dat tijdelijkheid niet gekoppeld is aan een exacte tijdslijm maar aan de intentie. Waar de intentie op ziet, is afhankelijk van de richtlijn. In de Rome I Verordening en de oorspronkelijke Detacheringsrichtlijn gaat het om de intentie tot terugkeer naar het oorspronkelijke werkland. Bij de Uitzendrichtlijn is de intentie gericht op de flexibele invulling van een arbeidsplaats en moet er – onzes in-

ziens – ten minste uitzicht (althans de mogelijkheid) bestaan op terbeschikkingstelling elders. Dit is bij langdurige terbeschikkingstelling wel maar bij permanente terbeschikkingstelling niet het geval. Dit is een aanvullend argument dat bedrijven bij permanente terbeschikkingstelling geen beroep toekomt op het uitzendregime.

Hiermee is overigens niet gezegd dat de uitzendwerkgever een allocatiefunctie dient te hebben in de zin van het bij elkaar brengen van vraag en aanbod. De Uitzendrichtlijn noch de Detacheringsrichtlijn hanteert deze eis expliciet.<sup>32</sup> Wel regelt de aan de Detacheringsrichtlijn gekoppelde Handhavingsrichtlijn dat een ondernemer slechts van het grensoverschrijdende detacheringregime gebruik kan maken indien de onderneming substantiële activiteiten ontplooit.<sup>33</sup> Het verrichten van uitsluitend intern beheer en/of administratieve werkzaamheden is onvoldoende en wordt beschouwd als misbruik (art. 4 lid 2 Handhavingsrichtlijn). Deze bepaling is opgenomen ter bestrijding van postbusfirma’s. Onzes inziens vallen ook buitenlandse payrollbedrijven die op verzoek van bijvoorbeeld Nederlandse inleners Nederlandse werknemers in dienst nemen en niet meer dan de salarisadministratie doen, onder het bereik.<sup>34</sup> Dat betekent dat het buitenlandse payrollbedrijf vanaf de eerste dag gehouden is het gehele dwingende recht uit het ontvangstland (hier: Nederland) op de arbeidsovereenkomst van zijn gedetacheerde werknemer toe te passen, ook wanneer de terbeschikkingstelling minder dan twaalf maanden duurt.<sup>35</sup>

28 Zie art. 4 lid 3 Handhavingsrichtlijn.

29 Richtlijn (EU) 2018/957 van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 2018 tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten.

30 Het is de vraag of buitenlandse payrollbedrijven die Nederlandse werknemers permanent en dus exclusief bij een Nederlandse inlener tewerkstellen dat voor twaalf maanden zouden kunnen doen onder het regime van de Detacheringsrichtlijn. Wij menen van niet omdat het permanent ter beschikking stellen niet strookt met de ratio achter ‘een bepaalde tijd’ en de werknemers bovendien niet zullen terugkeren naar de lidstaat van waaruit de werknemer was gedetacheerd. De limitering van twaalf maanden heeft niet gewijzigd dat de intentie tot terugkeer nog steeds moet bestaan (zie overweging 9 van de preambule Richtlijn 2018/957).

31 Uitgezonderd zijn de regels inzake het sluiten en beëindigen van de arbeidsovereenkomst (inclusief het non-concurrentiebeding) alsmede pensioenovereenkomsten.

32 In het arrest *Vicoplus* benoemt het Hof van Justitie dat ‘*een onderneming die arbeidskrachten ter beschikking stelt weliswaar dienstverrichter is in de zin van het VWEU, maar werkzaamheden verricht die juist tot doel hebben, werknemers toegang te geven tot de arbeidsmarkt van de ontvangende lidstaat*’ (zie HvJ EU 10 februari 2011, zaak C-307/09, r.o. 30 en de bespreking van het arrest door M. Houwerzijl in *NTER* 2011/8). Het is onduidelijk of deze bewoordingen betekenen dat uitzendbureaus een allocatiefunctie dienen te hebben. Wij verwachten van niet. In het recente arrest *Danielli* beschrijft het Hof uitzendarbeid als dienstverrichting overigens een stuk neutraler in de zin van ‘(...) *de terbeschikkingstelling (moet) erdoor worden gekenmerkt dat de verplaatsing van de werknemer naar de lidstaat van ontvangst het doel op zich van de dienstverrichting door de dienstverlenende onderneming vormt*’ (zie HvJ EU 14 november 2018, zaak C-18/17, r.o. 27).

33 Dit kan maar hoeft geen actieve allocatiefunctie te zijn.

34 Onduidelijk is of aan dit criterium is voldaan indien het payrollbedrijf tevens in eigen land payrollwerkzaamheden verzorgt. Wij verwachten van wel als het om Nederlandse werknemers gaat. De Europese Commissie liet in een Q&A over de Herziening van de Detacheringsrichtlijn weten dat: ‘*Een belangrijk criterium waarmee rekening moet worden gehouden, is het feit of de gedetacheerde werknemers in dat land worden aangeworven.*’ Zie Herziening detacheringrichtlijn – veelgestelde vragen, Europese Commissie – informatieblad, MEMO/16/467, p. 2. Bovendien kan men in het licht van noot 30 ook reeds concluderen dat de Detacheringsrichtlijn in deze situatie toepassing mist.

35 Nederlandse payrollbedrijven kunnen het Nederlandse (dwingende) recht dus niet ontwijken door zich over de grens te vestigen en daarvandaan Nederlandse werknemers aan een Nederlandse inlener permanent ter beschikking te stellen. De payrollbedrijven zijn vanaf dag één gehouden aan art. 8a Waadi, art. 20 Ontslagregeling en art. 7:692 BW.

Deze uitleg is mogelijk ook relevant voor de Uitzendrichtlijn die moet worden toegepast met inachtneming van de vrijheid van diensten.<sup>36</sup> Art. 2 Uitzendrichtlijn kent bovendien aan uitzendbureaus een functie toe in het scheppen van werkgelegenheid en de ontwikkeling van flexibele arbeidsvormen. Het is om deze reden dat uitzendbureaus slechts de essentiële arbeidsvoorwaarden zoals die gelden bij de inlener, hoeven toe te passen terwijl de arbeid wel voor rekening en risico van de inlener wordt verricht. Payrollbedrijven vervullen een dergelijke functie niet. Dit geldt voor payrollbedrijven die enkel de salarisadministratie doen maar ook voor payrollbedrijven die bepaalde formele werkgeverstaken verrichten. Naast het ontbreken van tijdelijkheid bij permanente terbeschikkingstelling, kan tevens op grond hiervan worden betoogd dat payrollbedrijven geen beroep toekomt op het uitzendregime van de Uitzendrichtlijn.

### 3. Nationaal recht, de Uitzendrichtlijn en tijdelijkheid

#### 3.1 *Het tijdelijkheidsvereiste in Nederlands en Duits recht*

In Nederland is in de loop der tijd de duur van de terbeschikkingstellingen toegenomen. Aanvankelijk kende Nederland een wettelijke maximumlimiet die werd geïntroduceerd in de Arbeidsvoorzieningswet en op zes maanden was gesteld.<sup>37</sup> Met de komst van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid in 1999 werd die maximumlimiet afgeschaft en kwam de weg vrij voor het langdurig ter beschikking stellen van werknemers. Volgens het toenmalige kabinet was de markt veranderd. Het in stand houden van een maximumlimiet zou hinderlijk zijn voor de ontwikkeling van flexibele arbeidsvormen en de relatief hoge kosten van uitzendarbeid zouden corrigerend werken op de verhouding tot vaste arbeidsrelaties.<sup>38</sup> Bij de implementatie van de Uitzendrichtlijn in 2004 heeft de Nederlandse wetgever nauwelijks notie genomen van het tijdelijkheidsbegrip. De wetgever was van oordeel dat art. 3 Uitzendrichtlijn geen implementatie behoefde, aangezien de teksten overeenkwamen met de definities in art. 7:690 BW en de Waadi.<sup>39</sup> Ook de Hoge Raad besteedde in zijn arrest van 4 november 2016 aan de Uitzendrichtlijn geen aandacht. De Hoge Raad richtte zich op het

Nederlandse recht en overwoog dat noch de wettekst van art. 7:690 BW noch de parlementaire geschiedenis aanknopingspunten bood om aan te nemen dat de te verrichten arbeid bij de inlener *tijdelijk* moet zijn.<sup>40</sup> De Wab bracht op dit punt geen verandering teweeg.

De ontwikkeling in Duitsland is een andere. In aanloop naar de hervormingswet van de Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) in 2011 liet de Duitse wetgever weten dat op grond van de Uitzendrichtlijn vaststaat dat de terbeschikkingstelling van werknemers tijdelijk van karakter moet zijn. De wetgever zag in 2011 echter af van de invoering van een maximumlimiet en duidde tijdelijk als '*flexibele Zeitkomponente*'.<sup>41</sup> Het ontbreken van een maximumlimiet hing samen met de Wet op deeltijdarbeid en arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (TzBfG). Daarin is geregeld dat voor het gebruik van een contract voor bepaalde tijd een rechtvaardiging moest bestaan, bij gebreke waarvan een maximale duur van twee jaar was toegestaan.<sup>42</sup> Deze invulling van flexibiliteit werd analoog toegepast op de uitzendovereenkomst. Hierdoor kon een uitzendkracht bij de inlener werkzaam zijn zolang aan de kant van de inlener een flexibele behoefte aan arbeid bestond.<sup>43</sup>

Zoals genoemd in par. 2.3., wees een klacht tegen Duitsland uit dat de Europese Commissie vond dat op Duitsland geen plicht rustte een maximumlimiet in de wet op te nemen. Toch is de Duitse wetgever hier in april 2017 toe overgegaan. De *Höchstüberlassungsdauer* van achttien maanden<sup>44</sup> is volgens de wetgever een concretisering van het tijdelijkheidsvereiste uit de Uitzendrichtlijn en bedoeld om misbruik door langdurige terbeschikkingstelling en verdringing van vaste arbeidskrachten te voorkomen.<sup>45</sup> De tekst maakt duidelijk dat de maximumlimiet op de terbeschikkingstelduur van één uitzendkracht ziet en dus niet op de duur van de invulling van de arbeidsplaats door verschillende uitzendkrachten.

<sup>36</sup> Zie overweging 22 van de preambule van de Uitzendrichtlijn.

<sup>37</sup> Zie besluit van 17 november 1990 houdende regeling voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (Regeling voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten), *Stcrt.* 1990, 245.

<sup>38</sup> Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 264, nr. 3, p. 15-16 en *Kamerstukken II* 1993/94, 23 406, nr. 1, p. 31.

<sup>39</sup> Grapperhaus constateerde het ontbreken van het tijdelijkheidsvereiste in de Nederlandse wet. Hij koppelt het tijdelijkheidsbegrip uit de Uitzendrichtlijn echter ten onrechte aan de duur van de uitzendovereenkomst (tussen uitzendbureau en werknemer) in plaats van aan de uitzendopdracht (tussen uitzendbureau en inlener). Zie F.B.J. Grapperhaus, 'A twist of the equality logic: The Directive on Working Conditions for Temporary Agency Workers and Dutch Law', *European Law Journal* 1(3) 2010, p. 412-413.

<sup>40</sup> Zie noot 2.

<sup>41</sup> *Deutscher Bundestag* 2011/12, Drucksache 17/4804, p. 8.

<sup>42</sup> Vgl. art. 14 lid 2 jo. lid 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG).

<sup>43</sup> Krüger was van oordeel dat het aan de inlenende organisatie was om bij uitzendopdracht van meer dan twee jaar de flexibele behoefte aan te tonen, Krüger 2016, p. 587.

<sup>44</sup> Afwijking van de termijn is bij cao toegestaan op grond van § 1 Abs. 1 b Satz 3 AÜG. Deze bepaling moet ervoor zorgen dat het instrument van uitzendarbeid flexibel gebruikt kan blijven worden. Volgens Henssler is deze terughoudendheid volledig in overeenstemming met de Uitzendrichtlijn, die geen vaste bovengrens kent en ook tijdelijke arbeid op langere termijn mogelijk maakt. Alleen de permanente, dat wil zeggen 'definitieve' overdracht kan volgens hem niet in overeenstemming worden gebracht met de eisen van de richtlijn; zie Henssler, 'Fremdpersonaleinsatz durch On-Site-Werkverträge und Arbeitnehmerüberlassung – offene Fragen und Anwendungprobleme des neuen Rechts', *RdA* 2017, 83, p. 97.

<sup>45</sup> *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/10064, p. 7-8. Vgl. M. Kock, 'AÜG § 1 Arbeitnehmerüberlassung, Erlaubnispflicht', in: C. Rolfs, R. Giesen, R. Kreikebohm & K. Udsching, *Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht*, München: C.H. Beck 2017, (online, laatstelijk bijgewerkt op 1 april 2017).

Met andere woorden: de tijdelijkheid is werknemers- en niet arbeidsplaatsgerelateerd.<sup>46</sup>

### 3.2 Permanente terbeschikkingstelling en de daarop gestelde sanctie

Het permanent ter beschikking stellen van werknemers valt binnen het Duitse recht onder de definitie van uitzendarbeid. Er geldt geen verbod. De tijdelijkheidseis maakt het ondernemen echter onmogelijk werknemers langer dan achttien maanden bij dezelfde inlener te werk te stellen. Na deze achttien maanden ontstaat van rechtswege een arbeidsovereenkomst met de inlener.

Dan de situatie in Nederland. Zoals gezegd achtte de Hoge Raad tijdelijkheid niet relevant in het arrest *CAC/StiPP*. Doordat art. 7:690 BW evenmin een allocatiefunctie vereiste, had deze uitleg voor Nederland tot gevolg dat permanente terbeschikkingstelling binnen het bereik van de uitzendovereenkomst viel en dat, belangrijker, payrollbedrijven gebruik konden maken van het uitzendregime. Bij deze uitkomst zijn in het licht van de Uitzendrichtlijn en de analyse in par. 2 de nodige vraagtekens te plaatsen.<sup>47</sup> Of de conclusie hetzelfde luidt ten aanzien van de Wab, valt te bezien. De Wab beschouwt de payrollovereenkomst weliswaar als *lex specialis* van de uitzendovereenkomst, maar regelt tevens dat payrollwerknemers gelijk worden behandeld met werknemers die rechtstreeks bij de inlener in dienst zijn. Het uitzendregime is aldus niet langer van toepassing en men zou kunnen betogen dat permanent ter beschikking gestelde werknemers dezelfde zekerheden hebben als reguliere werknemers. Dit klopt tot op zekere hoogte. Op het terrein van pensioen is de rechtspositie een andere en ook is ondoorzichtig waarop de payrollwerknemer recht heeft als bij de inlener geen werknemers in een soortgelijke functie werken of in het geheel geen werknemers in dienst zijn. Daarnaast blijven verschillen (althans onduidelijkheden) bestaan waar het gaat om het afdwingen van bepaalde rechten zoals wedertewerkstelling, loon-doorbetaling en re-integratie in geval van ziekte/arbeidsongeschiktheid.<sup>48</sup> De afwijkende rechtspositie is het gevolg van de contractuele band die met het payrollbedrijf en niet met de inlener bestaat.<sup>49</sup>

Interessant is de vraag of de Uitzendrichtlijn zo ver strekt, dat Nederland verplicht is te bepalen dat de permanent ter beschikking gestelde werknemer met de inlener een dienstverband heeft. In een spraakmakende Europese conclusie van 26 november 2019 concludeerde A-G Pikamäe dat de partij met wie de werknemer formeel een arbeidsovereenkomst is aangegaan, niet per se ook de werkgever is.<sup>50</sup> De zaak draait om de uitleg van het werkgeversbegrip in de Coördinatieverordening. Een Cypriotisch payrollbedrijf (dat slechts de salarisadministratie deed) stelde werknemers ter beschikking aan Nederlandse vervoersbedrijven. De A-G achtte relevant dat de Nederlandse inleners de werknemers bij het Cypriotische bedrijf hadden ondergebracht en het Cypriotische bedrijf de werknemers ontsloeg zodra een inlener ze niet meer nodig had. De A-G prikte door de contractuele relatie heen en oordeelde dat de inlener als de werkgever moest worden beschouwd. Hierdoor was het Nederlandse (in plaats van het Cypriotische) socialezekerheidsrecht op de arbeidsovereenkomsten van toepassing. De conclusie van de A-G past in een bredere tendens waarin het Hof van Justitie niet zozeer de contractuele band maar feitelijke criteria bepalend acht bij de beoordeling van de vraag wie de werkgever is.<sup>51</sup>

Biedt deze Europese tendens mogelijkheden voor de payrollwerknemer? Concreter: kan de permanent ter beschikking gestelde werknemer in het licht van de Uitzendrichtlijn op grond van art. 7:610 BW een arbeidsovereenkomst met de inlener claimen?<sup>52</sup> Dat valt te betwijfelen. De Uitzendrichtlijn regelt dat het uitzendbureau de werkgever is, maar nergens staat wie de werkgever is in de situatie dat niet aan de voorwaarden van uitzenden dan wel een uitzendbureau is voldaan. Kortom: de Uitzendrichtlijn biedt het Hof van Justitie geen grondslag op basis waarvan het kan oordelen dat de inlener de werkgever is bij permanente terbeschikkingstelling. De situatie verschilt in dat opzicht wezenlijk van de Coördinatieverordening (maar ook van andere arbeidsrechtelijke richtlijnen) waarin het begrip werkgever is opgenomen en aan dat begrip bepaalde rechten verbonden zijn. Bij de Uitzendrichtlijn gaat het in feite om de sanctie die lidstaten verbinden aan het oneigenlijke gebruik van het uitzendregime (misbruik). Wat die sanctie moet zijn, regelt de Uitzendrichtlijn niet. De Uitzendrichtlijn regelt in art. 10 slechts dat sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn; aan lidstaten komt een ruime mate van beoordelingsvrijheid toe. De plicht tot gelijke behan-

46 Deinert acht deze benadering onverenigbaar met art. 5 Uitzendrichtlijn; zie O. Deinert, 'Neuregelung des Fremdepersonaleinsatzes im Betrieb', *RdA* 2017, p. 77.

47 Nederland liep aldus het risico van een inbreukprocedure op grond van art. 258 VWEU.

48 Vgl. F.G. Laagland, 'Payrolling: the story continues', *TRA* 2019/81.

49 De Hoge Raad hecht veel belang aan de contractuele band bij de beoordeling van de vraag wie binnen driehoeksrelaties de werkgever is, zie HR 27 november 1992, *NJ* 1993/273 (*Volvo/Braam*) en 5 april 2002, *NJ* 2003/124 (*ABNAMro/Malhi*). Voor uitzending en payrolling bepaalt de wet expliciet dat de contractuele band tussen werknemer en uitlener bepalend is (art. 7:690 en art. 7:692 BW). Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden is naar huidig Nederlands recht voorstelbaar dat de driehoeksverhouding niet van de grond is gekomen en dat een arbeidsovereenkomst tussen werknemer en inlener bestaat.

50 Conclusie A-G Pikamäe van 26 november 2019, zaak C-610/18 (*AFMB/Sociale Verzekeringsbank*).

51 Zie M.A.N. van Schadewijk, 'Op zoek naar een visie op Europees werkgeverschap', *TRA* 2018/47.

52 De techniek komt neer op een richtlijnconforme uitleg van art. 7:610 BW in de situatie dat een werknemer permanent bij een derde is tewerkgesteld. Nationale rechters zijn verplicht het nationale recht (ook wanneer dit niet het implementatierecht betreft) conform Europese richtlijnen zoals de Uitzendrichtlijn uit te leggen. De grens ligt bij een uitleg contra legem.

deling zoals thans geregeld in de Wab lijkt die toets te doorstaan, ook al leidt de sanctie niet tot een absolute gelijke behandeling ten opzichte van werknemers die direct bij de inlener in dienst zijn.

Het Hof van Justitie zal op basis van de Uitzendrichtlijn dus niet oordelen dat de sanctie op permanente terbeschikkingstelling moet neerkomen op een rechtstreeks dienstverband met de inlener. Een andere vraag is of lidstaten tot deze sanctie kunnen besluiten, zoals Duitsland heeft gedaan na verloop van een termijn van achttien maanden en zoals de Commissie-Borstlap voor Nederland voorstelt. Een dergelijke sanctie is verstrekkend en grijpt in op de contractsvrijheid en, in het verlengde, de vrijheid van ondernemerschap uit art. 16 EU-Handvest. Wij verwachten echter dat de sanctie de Europese toets zal doorstaan. Daarvoor achten wij de hierboven geschetste tendens in de rechtspraak met betrekking tot het Europese werkgeverschap van belang waarin bij permanente terbeschikkingstelling de feitelijke situatie prevaleert. Het zou in dat licht vreemd zijn wanneer lidstaten in hun nationale recht niet ook bij de feitelijke situatie zouden mogen aansluiten. Een rechtstreeks dienstverband met de inlener als sanctie op het overschrijden van een termijn lijkt aldus te zijn toegestaan.<sup>53</sup>

De sanctie is ook van toepassing op buitenlandse payrollbedrijven die werknemers aan Duitse of Nederlandse inleners ter beschikking stellen. De payrollbedrijven zijn vanaf de eerste dag gehouden aan het gehele dwingende recht van het werkland (zie par. 2.4).<sup>54</sup> Om het nog wat complexer te maken, is de juridische systematiek anders als het buitenlandse uitzendbedrijf wel substantiële ondernemingsactiviteiten in het land van vestiging ontplooit. Zoals gezegd, regelt de herziene Detacheringsrichtlijn dat na twaalf maanden de 'harde-kern-plus-arbeidsvoorwaarden' uit het werkland op de arbeidsovereenkomst van toepassing worden. Uitgezonderd zijn echter bepalingen die zien op 'procedures, formaliteiten en voorwaarden van de sluiting en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst (...)'. Of hieronder een wettelijke sanctie valt die bepaalt dat na achttien maanden dan wel twee jaar met de inlener van rechtswege een arbeidsovereenkomst ontstaat, is onduidelijk maar valt zeker niet uit te sluiten.<sup>55</sup> De kans bestaat

dan ook dat in een grensoverschrijdende context de werknemer zijn dienstverband met het buitenlandse bedrijf behoudt en dat de sanctie geen effect sorteert.

### 3.3 Intra-concerndetachering: bijzondere positie?

Tot slot de situatie binnen concernverband. De Uitzendrichtlijn wijdt geen woorden aan het concernverband. Dat doet de Detacheringsrichtlijn wel. De Detacheringsrichtlijn benoemt intra-concerndetachering als vorm van detachering afzonderlijk van uitzending. Hieruit zou men kunnen afleiden dat intra-concerndetachering iets anders is dan uitzending. Dit blijkt niet het geval te zijn. Uit een arrest uit 2018 volgt dat intra-concerndetachering een bijzondere vorm van uitzending betreft; het is een *lex specialis*.<sup>56</sup> Het ligt aldus voor de hand dat het bedrijfsmatig ter beschikking stellen van werknemers in concernverband ook onder de Uitzendrichtlijn valt.

Het permanent bedrijfsmatig ter beschikking stellen is in Duitsland en Nederland in concernverband niet anders geregeld dan daarbuiten. In Duitsland geldt de maximumlimiet van achttien maanden<sup>57</sup> en in Nederland is art. 8a Waadi op grond van lid 8 van overeenkomstige toepassing. Duitsland en Nederland kijken evenwel anders aan tegen de terbeschikkingstelling op basis van een zogenoemd employability-beleid. In deze situatie is vanaf de start duidelijk dat de werknemer bij verschillende vennootschappen binnen het concern werkzaam zal zijn. Ook deze vorm valt in Duitsland onder de AÜG. Nederland gaat echter een stap verder. De wetsgeschiedenis maakt duidelijk dat art. 8a lid 8 Waadi van toepassing is.<sup>58</sup> Hierdoor heeft de werknemer ten opzichte van de uitlenende concernmaatschappij recht op de arbeidsvoorwaarden zoals die gelden bij de inlenende concernmaatschappij waar hij tijdelijk werkzaam is. Deze uitkomst bevreemdt. De gelijke behandeling waartoe art. 8a Waadi verplicht, is erop gericht misbruik van het uitzendregime te voorkomen waar het gaat om permanente terbeschikkingstelling en, in het verlengde, de invulling van een structurele arbeidsplaats. Hiervan is geen sprake als de intra-concerndetachering plaatsvindt op basis van een employability-beleid. Betoogd kan worden dat deze vorm van intra-concerndetachering meer affiniteit vertoont met uitzending dan met payrolling, zodat art. 8 Waadi (en niet art. 8a Waadi) van toepassing had moeten zijn.

De Nederlandse wetgever heeft een andere afweging gemaakt. Dit brengt ons weer terug bij de Uitzendrichtlijn.

53 Het gaat hier om een sanctie op het overtreden van het nationale recht. De sanctie valt daarom niet onder art. 4 maar onder art. 10 Uitzendrichtlijn.

54 De Commissie-Borstlap stelt ook voor payrolling (in de zin van het uitbesteden van werkgeverschap zonder dat daarvoor een rechtvaardiging bestaat in de zin van een allocatiefunctie) niet langer toe te staan. Bij payrolling geldt dan vanaf dag één een arbeidsovereenkomst met de inlener en niet pas na twee jaar. Dit geldt voor zowel nationale als grensoverschrijdende payrollconstructies waarop het Nederlandse recht van toepassing is. Uiteraard kunnen payrollbedrijven wel de salarisadministratie blijven verrichten; ze zijn alleen geen juridisch werkgever meer.

55 Eventueel zou kunnen worden betoogd dat de sanctie een voorwaarde betreft voor het ter beschikking stellen van werknemers. Dergelijke voorwaarden vallen op grond van art. 3 lid 1 (d) Detacheringsrichtlijn onder het recht van het werkland (hier: Nederland dan wel Duitsland).

56 HvJ EU 14 november 2018, zaak C-18/17 (*Danieli*).

57 Het Duitse recht kent een *Konzernprivilege* op grond waarvan de arbeidsvoorwaarden zoals die gelden bij de werkgever (uitlener) op de arbeidsovereenkomst van toepassing blijven. De AÜG geldt in deze situatie dus niet. Deze uitzondering heeft echter betrekking op collegiale uitleening en niet op het bedrijfsmatig ter beschikking stellen van werknemers waarop de Uitzendrichtlijn zich richt. Ook Nederland zondert collegiale uitleening uit van de Waadi op grond van art. 1 lid 3 (b) Waadi.

58 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074, nr. 3, p. 43 en 146-147.



Is het Nederland toegestaan art. 8a Waadi toe te passen indien de terbeschikkingstelling in het concern plaatsvindt op basis van een employability-beleid? Op het eerste gezicht lijkt er geen probleem te zijn. De Uitzendrichtlijn is een minimumrichtlijn (art. 9 Uitzendrichtlijn). Dit houdt in dat meer arbeidsvoorwaarden bij de inlener van toepassing kunnen worden verklaard dan de essentiële arbeidsvoorwaarden waartoe de Uitzendrichtlijn verplicht. De grens ligt echter bij art. 4 lid 1 Uitzendrichtlijn (zie par. 2.3). Het toepassen van art. 8a Waadi in voornoemde situatie betreft immers een beperking op de inzet van uitzendarbeid hetgeen moet worden gerechtvaardigd in het algemeen belang. De Nederlandse wetgever vindt de rechtvaardiging in het bestaan van een concernverband. Deze rechtvaardiging overtuigt niet. Waarom zou in concernverband de tijdelijke terbeschikkingstelling van werknemers een andere behandeling behoeven dan daarbuiten? Bovendien vervult de concernmaatschappij bij het uitvoeren van een employability-beleid tevens een rol op het terrein van het bij elkaar brengen van vraag en aanbod. Er zijn onzes inziens dus twijfels te plaatsen bij de toepassing van art. 8a Waadi op intracomerndetachering dat plaatsvindt op basis van een employability-beleid. Of het concern als particulier hiertegen iets kan ondernemen, is een andere vraag. Anders dan hiervoor waar het ging om de sanctie op overschrijding van een termijn, hebben we hier te maken met een wettelijke beperking van uitzending in de zin van art. 4 Uitzendrichtlijn die niet te rechtvaardigen valt. Gezien het in par. 2.3 besproken Finse arrest van het Hof van Justitie zijn nationale rechters niet gehouden ongerechtvaardigde beperkingen buiten toepassing te laten en rust op Nederland evenmin een plicht de nationale wet aan te passen. Vreemd genoeg, handelt Nederland strikt genomen dus niet in strijd met de Uitzendrichtlijn.

#### 4. Afsluiting

Bij het vaststellen van de regels voor het bedrijfsmatig terbeschikking stellen van werknemers heeft de Nederlandse wetgever weinig aandacht besteed aan het bestaan van de Uitzendrichtlijn. Ook bij de Wab lijkt het tijdelijkheidsbegrip van de Uitzendrichtlijn niet onderdeel te zijn geweest van de overwegingen. Dit leidt niet per definitie tot tegenstrijdige uitkomsten. Met de regels voor payrollrolling brengt de wetgever tot uitdrukking dat bij permanente terbeschikkingstelling geen gebruik kan worden gemaakt van het uitzendregime: deze sanctie op het ontbreken van tijdelijkheid is in lijn met de Uitzendrichtlijn. Langdurige uitzendopdrachten zijn onder de Wab nog steeds toegestaan met gebruikmaking van het uitzendregime, maar ook tegen deze benadering werpt de Uitzendrichtlijn geen obstakels op.

Nederland heeft een andere richting gekozen dan Duitsland dat tijdelijkheid aan een maximumlimiet kop-

pelt en op het overschrijden daarvan regelt dat van rechtswege een dienstverband met de betreffende inlener ontstaat. Het advies van de Commissie-Borstlap beweegt zich in de Duitse richting. Hoewel de Uitzendrichtlijn hier niet toe dwingt, staat de Uitzendrichtlijn er ook niet aan in de weg. Het stellen van een maximumlimiet aan de terbeschikkingstelling heeft het voordeel dat daadwerkelijk sprake is van gelijke behandeling en dat wordt voorkomen dat werknemers de dupe zijn van complexe constructies zoals neergelegd in art. 8a Waadi. Ander voordeel is dat ook uitzendbureaus niet langer langdurig werknemers ter beschikking kunnen stellen aan dezelfde inlener. Nadeel is dat onduidelijk is of de maximumlimiet en de daaraan gekoppelde sanctie in een grensoverschrijdende context van toepassing is als het buitenlandse uitzendbureau substantiële ondernemingsactiviteiten in het land van vestiging verricht. Dit zou eventueel kunnen leiden tot een vlucht in grensoverschrijdende constructies, meer in het bijzonder het inhuren van werknemers via een buitenlands uitzendbureau.