

Artikel

Gelijke behandeling van uitzendkrachten en de (on)houdbaarheid van het uitzendbeding

mr. dr. Niels Jansen*

1. Inleiding

98

Gelijke behandeling van uitzendkrachten ten opzichte van werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij een inlenende onderneming in dezelfde functie is de hoeksteen van het Europeesrechtelijke uitzendregime.¹ Uitzendwerk beantwoordt aan de behoefte van ondernemingen aan flexibiliteit, maar gaat ten koste van zekerheden van werkenden. De Europese wetgever heeft in Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid² (hierna: de Uitzendrichtlijn) door middel van het beginsel van gelijke behandeling een balans gezocht tussen enerzijds de behoefte aan flexibiliteit en anderzijds de behoefte aan zekerheid.³ De erkenning van uitzendwerk is daarmee onlosmakelijk verbonden met het beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten. Een eerste conceptversie van de Uitzendrichtlijn⁴ werd vanwege een naar de mening van het Economisch en Sociaal Co-

mité⁵ en het Europees Parlement⁶ te beperkt non-discriminatiebeginsel niet aangenomen. Het gevolg daarvan was dat (de reikwijdte van) het beginsel in de Uitzendrichtlijn werd versterkt en dat onderstreept het wezenlijke belang van het non-discriminatiebeginsel in de context van uitzendwerk. Het fundamentele belang van de gelijke behandeling van uitzendkrachten werd in 2022 door de Europese rechter nog eens bevestigd in een uitspraak: het dient ten volle te worden gewaarborgd.⁷ Uitzonderingen op het beginsel zijn beperkt en bovendien dienen deze uitzonderingen restrictief te worden uitgelegd.⁸

Vanwege het beginsel van gelijke behandeling in de Uitzendrichtlijn en het ontbreken van een maatregel in het Nederlandse recht om het tijdelijke karakter van uitzendwerk te waarborgen, concludeerde A-G De Bock in haar conclusie bij het recente Solutions-arrest⁹ dat het onzeker is of de Nederlandse regeling van de uitzendovereenkomst wel houdbaar is vanuit het Europees perspectief. 'Dat geldt zowel voor wat betreft de door de Uitzendrichtlijn beoogde tijdelijkheid van de inzet van een uitzendkracht als voor de aanzienlijk slechtere positie die uitzendkrachten hebben als gevolg van (onder

* Niels Jansen is Universitair Docent aan de Universiteit van Amsterdam.

1 Zie bijvoorbeeld overweging 10 t/m 14 van Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende uitzendarbeid; HvJ EU 15 december 2022, ECLI:EU:C:2022:983 (TimePartner Personalmanagement), r.o. 35 t/m 38; HvJ EU 12 mei 2022, ECLI:EU:C:2022:373 (Luso Temp), r.o. 41 t/m 44.

2 Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende uitzendarbeid.

3 HvJ EU 12 mei 2022, ECLI:EU:C:2022:373 (Luso Temp), r.o. 44.

4 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten, 21 maart 2002 (2002/C 203 E/01).

5 Advies van het Economisch en Sociaal Comité over het 'Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten', 14 maart 2003 (2003/C 61/21).

6 Standpunt van het Europees Parlement in eerste lezing vastgesteld op 21 november 2002 met het oog op de aanneming van Richtlijn 2002/./EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende uitzendwerk, Pb C 025 E/2004 en mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement 2002/0072 (COD).

7 HvJ EU 12 mei 2022, ECLI:EU:C:2022:373 (Luso Temp), r.o. 44.

8 Zie onder meer HvJ EU 15 december 2022, ECLI:EU:C:2022:983 (TimePartner Personalmanagement) en HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:624 (Accardo).

9 HR 17 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:426.

meer) het uitzendbeding', aldus De Bock.¹⁰ Naar het ontbreken van een maatregel in het Nederlandse recht om de tijdelijkheid van uitzendwerk te waarborgen en naar de (mogelijke) strijdigheid met de Uitzendrichtlijn op dit punt is al uitvoerig onderzoek gedaan en het ontbreken van een maatregel is volop onderwerp van debat.¹¹ Wat in de literatuur (bij mijn weten) nog onbesproken is gebleven, is de vraag of het uitzendbeding wel houdbaar is en meer in het algemeen of voorwaarden waaronder het uitzendwerk (dat wil zeggen de uitzendovereenkomst of de terbeschikkingstelling) kan worden beëindigd¹² vallen onder het beginsel van gelijke behandeling zoals dat in artikel 5 Uitzendrichtlijn is uitgewerkt. Als dat zo is, dan raakt dat niet alleen het uitzendbeding, maar ook de uitzondering van uitzendkrachten in een Sociaal Plan van de inlener.¹³ De wetgever lijkt het uitzendregime vrij grondig te willen verbouwen (in navolging van en in lijn met de analyse van de Commissie-Borstlap en het MLT-advies van de SER), maar opvallend is dat de rechtspositie bij beëindiging (van de werkzaamheden bij de inlener) buiten schot blijft. Kan dat wel, is een terechte vraag.

2. Het Nederlandse uitzendregime

2.1 Algemeen

Het Nederlandse uitzendregime kent drie pijlers: (I) het Burgerlijk Wetboek; (II) de Waadi en (III) de uitzend-cao('s). In het Burgerlijk Wetboek (pijler I) is in artikel 7:690 BW de uitzendovereenkomst gedefinieerd als de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever, ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. De kwalificatie van de uitzendovereenkomst als arbeidsovereenkomst brengt mee dat de regels van titel 10 van Boek 7 BW onverkort van toepassing zijn op de uitzendovereenkomst. Vanwege de veronderstelde allocatieve functie van uitzendwerk heeft de wetgever ervoor gekozen¹⁴ in de eerste fase van de uitzendrelatie een specifiek regime van toepassing te laten zijn dat partijen¹⁵ meer

vrijheid geeft met betrekking tot het aangaan en verbreken van de arbeidsrelatie.¹⁶ Het specifieke, op vrijheid gerichte, regime voor de eerste fase van de uitzendrelatie brengt mee dat: (a) de ketenregeling ex artikel 7:668a BW pas van toepassing is op de uitzendovereenkomst zodra de uitzendwerknemer in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht (art. 7:691 lid 1 BW) en (b) dat in de uitzendovereenkomst schriftelijk kan worden bedongen dat die overeenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever aan de derde als bedoeld in artikel 7:690 BW op verzoek van die derde ten einde komt (art. 7:691 lid 2 BW). Dit zogenoemde uitzendbeding verliest zijn kracht indien de werknemer in meer dan 26 weken arbeid voor de werkgever heeft verricht (art. 7:691 lid 3 BW). De in lid 1 en lid 3 van artikel 7:691 BW genoemde termijnen van 26 weken kunnen bij cao worden verlengd tot 78 weken en in de huidige uitzend-cao's (pijler III) zijn deze termijnen verlengd tot 52 weken.¹⁷ De wetgever is overigens voornemens de wettelijke termijn van 26 weken te verlengen tot 52 weken en de afwijkingmogelijkheid bij cao te laten vervallen.¹⁸ Over de wettelijke termijn van 26 weken merkte de wetgever bij de vormgeving van het huidige regime in de jaren negentig van de vorige eeuw op dat de vrijheid om arbeidsrelaties aan te gaan en te verbreken een onzekere factor vormt voor de werknemer wat betreft zijn arbeid en inkomen en dat daarom begrenzing van de duur van die vrijheid gewenst is.¹⁹ In het licht van deze motivering van de 26-wekentermijn en de (eerder toe- dan afgenomen) onzekerheden voor uitzendkrachten, lijkt de voorgestelde verlenging van deze termijn naar 52 weken in het wetsvoorstel Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten enigszins contra-intuïtief, *to put it mildly*. De Waadi (pijler II) – tot slot – bevat regels waaraan uitzendbureaus zich hebben te houden, waaronder het voorschrift in artikel 8 dat uitzendkrachten – kort gezegd – recht hebben op dezelfde arbeidsvoorwaarden als werknemers die rechtstreeks bij de inlener in dienst zijn in een vergelijkbare functie. Met artikel 8 Waadi heeft de Nederlandse wetgever het beginsel van gelijke behandeling uit de Uitzendrichtlijn geïmplementeerd, althans het is een poging daartoe.

Toepassing van het verlichte BW-regime voor de uitzendovereenkomst brengt in een concreet geval mee dat de rechtspositie van een uitzendwerknemer wat betreft de voorwaarden waaronder de arbeidsovereenkomst kan worden beëindigd niet gelijk is met die van een werknemer die rechtstreeks in dienst is van de inlener. Waarin zit die ongelijkheid? In de eerste plaats in de omstandigheid dat een 'gewone' werknemer in geval van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd sneller dan een uitzendwerknemer aanspraak kan maken op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ik merk daarbij wel op dat deze ongelijkheid in

10 Conclusie A-G De Bock 23 september 2023, ECLI:NL:PHR:2022:846, punt 7.33.

11 Zie uitvoerig N. Jansen, 'Een structurele personeelsbehoefte en uitzendwerk: een moeizame combinatie', *ArA* 2022/2.3 en de in dit artikel aangehaalde literatuur.

12 Zie daarover bijvoorbeeld HvJ EU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:1014 (Vega González) en HvJ EU 14 september 2016, ECLI:EU:C:2016:683 (Diego Porras).

13 Zie bijvoorbeeld de Upfield-zaak: Rb. Rotterdam 22 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11010.

14 De wetgever heeft bij de vormgeving van het bijzondere uitzendregime het advies van de Stichting van de Arbeid daarover in de nota Flexibiliteit en Zekerheid (3 april 1996, Publikatienr. 2/96) volledig gevolgd.

15 De wetgever gebruikt de term partijen, maar in de praktijk maken (vooral) werkgevers gebruik van deze vrijheid.

16 *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 3, p. 9 e.v.

17 Art. 10 CAO voor Uitzendkrachten, 2 januari 2023 tot 1 januari 2024.

18 Wetsvoorstel Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten.

19 *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 3, p. 10.

rechtspositie niet direct ziet op de voorwaarden waaronder de arbeidsovereenkomst kan worden beëindigd, maar dat wel kan beïnvloeden. Het beëindigen van een vaste arbeidsovereenkomst is in de regel immers lastiger dan de beëindiging van een tijdelijk contract. De tweede ongelijkheid betreft de toepassing van het uitzendbeding dat naast de terbeschikkingstelling ook de uitzendovereenkomst tussentijds doet eindigen. Die ongelijkheid ziet, anders de hiervoor genoemde ongelijkheid, wel rechtstreeks op de voorwaarden waaronder de arbeidsovereenkomst kan worden beëindigd. Tussentijdse beëindiging van een tijdelijke arbeidsovereenkomst is overigens best mogelijk in een gewone tweepartijenrelatie, mits dat is overeengekomen, maar in dat geval gelden wel de bijzondere regels van het ontslagrecht. Bij de beëindiging van de tijdelijke uitzendovereenkomst met gebruikmaking van het uitzendbeding gelden deze ontslagregels juist niet. Tot slot wordt in het geval van een (gedeeltelijke) beëindiging van de werkzaamheden waardoor structureel arbeidsplaatsen vervallen, door de inlener veelal een Sociaal Plan opgesteld dat niet van toepassing is op uitzendkrachten. De ‘eigen’ werknemers die als gevolg van een bedrijfsbeëindiging hun werkzaamheden verliezen, ontvangen aanspraken op basis van zo’n Sociaal Plan. Uitzendkrachten die hun werkzaamheden bij de inlener eveneens beëindigd zien, krijgen die niet. Kortom, er bestaat ongelijkheid tussen werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij een inlener en werknemers die als uitzendkracht voor een inlener werken wat betreft de voorwaarden waaronder de arbeidsovereenkomst of de werkzaamheden bij de inlener kunnen worden beëindigd.

2.2 De ketenregeling en de Uitzendrichtlijn

Vooreerst kan vastgesteld worden dat het Europese recht niet dwingt tot toepassing van de ketenregeling op de uitzendovereenkomst. De in artikel 7:668a BW vastgelegde ketenregeling is de nationaalrechtelijke uitwerking van clause 5 van de Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd,²⁰ waarin is bepaald dat lidstaten specifieke maatregelen moeten nemen om misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten (of arbeidsverhoudingen) voor bepaalde tijd te voorkomen. In de preambule bij voornoemde richtlijn is expliciet overwogen dat deze richtlijn niet van toepassing is op degenen die door een uitzendbureau ter beschikking van een inlener worden gesteld.²¹ De reden van deze uitzondering voor uitzendovereenkomsten is dat de Europese sociale partners, die de Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd hebben ontworpen, voornemens waren ook een richtlijn te ontwerpen voor uitzendarbeid waarin nadere regels over uitzendovereenkomsten zouden worden opgenomen. Dat lukte de Europese sociale partners uiteindelijk niet, waarna de

Europese Commissie het initiatief nam voor een richtlijn over uitzendwerk en de uitzondering voor uitzendwerk in de Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is blijven bestaan.

De Uitzendrichtlijn kent een qua tekst veel algemener geformuleerde antimisbruikbepaling (art. 5 lid 5) dan de Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (art. 5). Uit de antimisbruikbepaling van de Uitzendrichtlijn vloeit bijvoorbeeld niet voort dat lidstaten moeten voorkomen dat uitzendkrachten op basis van opeenvolgende tijdelijke contracten bij het uitzendbureau werkzaam zijn en in dat kader specifieke maatregelen moeten nemen.²² Uit deze antimisbruikbepaling vloeit wel de verplichting voort dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming geen permanente situatie voor een uitzendkracht wordt.²³ Maar waarborgen dat de inlening tijdelijk is, is iets anders dan voorkomen dat van tijdelijke contracten misbruik wordt gemaakt door het uitzendbureau. Het eerste ziet op het voortduren van de driehoeksrelatie, terwijl het tweede ziet op de relatie van het uitzendbureau met de uitzendkracht.

Dat het Europese recht niet verplicht tot toepassing van de ketenregeling op uitzendwerk, wil ook niet zeggen dat Nederland daar niet voor zou mogen kiezen. De Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en de Uitzendrichtlijn bevatten minimumvoorschriften en het is lidstaten toegestaan om te opteren voor meer bescherming voor werknemers.

2.3 Het uitzendbeding en de Uitzendrichtlijn

De Uitzendrichtlijn bevat geen voorschrift over de beëindiging van arbeidsovereenkomst en een bepaling als voorzien in artikel 7:691 lid 2 BW (het uitzendbeding) kent de Uitzendrichtlijn dus niet. Je zou in het licht hiervan kunnen stellen dat het uitzendbeding als gevolg daarvan buiten het regelingsbereik van de Uitzendrichtlijn valt en daarom is toegestaan. Die stelling is in mijn ogen te simpel, omdat de stelling miskent dat het uitzendbeding bij beëindiging van het werk voor de uitzendkracht op initiatief van de inlener leidt tot ongelijke behandeling van de uitzendwerknemer ten opzichte van de situatie dat hij rechtstreeks in dienst is bij de inlener. Zoals hiervoor al toegelicht, leidt door het uitzendbeding het verzoek van de inlener tot beëindiging van de inlening tot een beëindiging van rechtswege van de uitzendovereenkomst, terwijl zo’n beëindiging niet mogelijk zou zijn geweest indien de uitzendkracht rechtstreeks in dienst zou zijn geweest bij de inlener. Of het uitzendbeding toelaatbaar is, hangt dus af van de reikwijdte van het beginsel van gelijke behandeling in de Uitzendrichtlijn.

20 Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

21 Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, preambule, overweging 4.

22 Zie onder meer HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823 (JH/KG).

23 Zie HvJ EU 22 juni 2023, ECLI:EU:C:2023:505 (ALB Fils Kliniken); HvJ EU 17 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:196 (Daimler) en HvJ EU 14 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:823 (JH/KG).

2.4 Een Sociaal Plan bij de inlener en de Uitzendrichtlijn

Stel dat de sluiting van een fabriek tot gedwongen ontslagen leidt, in welk verband er een Sociaal Plan tot stand is gekomen waarin de sociale en financiële gevolgen van de ontslagen worden geregeld. Door de sluiting van de fabriek wordt de inlening van een uitzendkracht beëindigd en keert deze terug bij het uitzendbureau waarbij deze vast in dienst is. Het uitzendbureau gaat op zoek naar een nieuwe opdracht voor de uitzendkracht. De werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij de inlener worden ontslagen en ontvangen een vergoeding (en/of andere voorzieningen) op basis van het Sociaal Plan. De uitzendkracht krijgt deze vergoeding (en/of voorziening) niet, want zijn arbeidsovereenkomst wordt niet beëindigd, althans nog niet. Je zou kunnen zeggen dat de uitzendkracht geen vergoeding en/of voorziening nodig heeft, want hij behoudt zijn arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau. Daartegenover staat dat uitzendkrachten hierdoor niet hetzelfde worden behandeld als werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij de inlener, want de ‘gewone’ werknemers ontvangen door de bedrijfssluiting een vergoeding en/of voorziening die uitzendkrachten niet krijgen. Overigens zijn uitzendkrachten – ongeacht de aard van de arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau – veelal uitgezonderd van een Sociaal Plan,²⁴ terwijl het heel goed mogelijk is dat uitzendkrachten als (direct of indirect) gevolg van een bedrijfssluiting ook hun arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau verliezen.²⁵ In die omstandigheid is de ongelijke behandeling van uitzendkrachten nog duidelijker, doordat het missen van een vergoeding en/of voorziening niet gecompenseerd wordt met het behoud van een arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau. Ook hierbij geldt dat de toelaatbaarheid van dit onderscheid afhangt van de reikwijdte van het beginsel van gelijke behandeling in de Uitzendrichtlijn.

3. Reikwijdte van het beginsel van gelijke behandeling in de Uitzendrichtlijn

Het beginsel van gelijke behandeling in de Uitzendrichtlijn is uitgewerkt in artikel 5, waarvan de kern wordt gevormd door het eerste lid. Artikel 5 lid 1 luidt als volgt:

‘De essentiële arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten zijn, voor de duur van hun opdracht bij een inlenende onderneming, ten minste dezelfde als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks

door de genoemde onderneming voor dezelfde functie in dienst waren genomen.

Bij de toepassing van de vorige alinea moeten de in de inlenende onderneming geldende regels betreffende:

- de bescherming van zwangere vrouwen en zogende moeders en van kinderen en jongeren, alsmede
- de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en maatregelen ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid in acht worden genomen, ongeacht of deze regels bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve overeenkomsten en/of andere bepalingen van algemene strekking zijn vastgesteld.’

Uitzendkrachten hebben dus recht op ten minste dezelfde essentiële arbeidsvoorwaarden als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door de inlener voor dezelfde functie in dienst waren genomen. In de Uitzendrichtlijn is in artikel 3 lid f het begrip essentiële arbeidsvoorwaarden gedefinieerd. Artikel 3 lid 1 sub f Uitzendrichtlijn luidt als volgt:

“essentiële arbeidsvoorwaarden”: de in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve arbeidsovereenkomsten en/of andere in de inlenende onderneming vigerende bindende bepalingen van algemene strekking vastgelegde arbeidsvoorwaarden met betrekking tot:

- de arbeidstijd, overuren, pauzes, rusttijden, nachtarbeid, vakantie en feestdagen;
- de bezoldiging.’

Artikel 5 lid 1 noch artikel 3 lid 1 sub f biedt qua bewoordingen een aanknopingspunt dat onder essentiële arbeidsvoorwaarden ook moet worden begrepen de voorwaarden waaronder de arbeidsovereenkomst kan worden beëindigd. Maar bij de uitleg van begrippen uit richtlijnen kijkt het Hof van Justitie niet alleen naar de bewoordingen van de richtlijn, maar ook naar het doel en de context van de richtlijn.²⁶

Wat de context van de Uitzendrichtlijn betreft, geldt dat met de Uitzendrichtlijn, samen met de Richtlijn betreffende deeltijdarbeid²⁷ en de Richtlijn betreffende contracten voor bepaalde tijd,²⁸ op Europees niveau vorm is gegeven aan het model van flexicurity.²⁹ Flexicurity werd in Europa omarmd als het idee waarmee Europa de meest concurrerende en dynamische kenniseconomie

24 Dat is ook het geval in de Upfield-zaak, Rb. Rotterdam 22 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11010.

25 Denk aan de situatie dat een uitzendkracht in tijdelijke dienst is bij het uitzendbureau voor het werk bij de inlener. Als de inlening stopt door de bedrijfssluiting is het goed mogelijk dat ook de arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau eindigt of niet wordt verlengd.

26 Zie o.a. HvJ EU 12 mei 2022, ECLI:EU:C:2022:373 (Luso Temp), r.o. 41.

27 Richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid.

28 Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

29 Conclusie A-G Sharpston 23 april 2020, ECLI:EU:C:2020:300, punt 36 en Conclusie A-G Pitruzzella 9 december 2021, ECLI:EU:C:2021:995, punt 33.

van de wereld zou kunnen worden, die in staat zou zijn tot duurzame economische groei met meer en betere banen en een hechtere samenhang.³⁰ De Uitzendrichtlijn was het eindresultaat van het debat over flexicurity waartoe de Commissie aan het begin van de 21ste eeuw aanleiding had gegeven. Zij heeft in het algemeen tot doel een billijk evenwicht te vinden tussen bescherming van uitzendkrachten en de ondersteuning van de positieve rol die uitzendwerk kan spelen door te zorgen voor voldoende flexibiliteit, de bevordering van werkgelegenheid en de opstap naar vast werk.³¹ In het flexicurity-model wordt de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangemerkt als de normale arbeidsverhouding en is uitzendwerk een atypische vorm van arbeid. Die atypische vorm van arbeid vereist waarborgen die door het beginsel van gelijke behandeling wordt geboden; gelijke behandeling creëert een beschermingskader voor uitzendkrachten dat niet-discriminerend, transparant en evenredig is.³² Over het beginsel van gelijke behandeling merkte A-G Pitruzzella in zijn conclusie voor het Luso Temp-arrest op dat het concept van flexicurity alleen in praktijk kan worden gebracht indien het beginsel van gelijke behandeling, als hoeksteen van het stelsel van flexicurity, ten volle wordt geëerbiedigd.³³ Een restrictieve uitleg van dit beginsel zou juist tot gevolg kunnen hebben dat de toegang van uitzendkrachten tot vast werk belemmerd kan worden doordat er voor inleners loonkostenvoordelen te behalen zijn.³⁴ In het Luso Temp-arrest heeft het Hof de overwegingen van A-G Pitruzzella over de ruimte uitleg van het beginsel van gelijke behandeling gevolgd.³⁵

Een ruime uitleg past ook bij het doel van de Uitzendrichtlijn. De gelijke behandeling van uitzendkrachten vormt (samen met de opheffing van verbodsbepalingen en belemmeringen) de kern van de Uitzendrichtlijn en heeft blijkens artikel 2 Uitzendrichtlijn tot doel de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren. Met de Uitzendrichtlijn wordt beoogd de door ondernemingen nagestreefde doelstelling van flexibiliteit te verzoenen met de doelstelling van zekerheid die verband houdt met de bescherming van werknemers. Het beginsel van gelijke behandeling dient deze tweeledige doelstelling doordat voorwaarden voor uitzendarbeid via dit beginsel worden aangepast aan de 'normale' arbeidsverhoudingen.³⁶ Het doel en de context van de Uitzendrichtlijn

30 Europese Raad van Lissabon van 23 en 24 maart 2000, conclusies van het voorzitterschap.

31 Conclusie A-G Pitruzzella 9 december 2021, ECLI:EU:C:2021:995 (Luso Temp), punt 36.

32 Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008, preambule overweging 12 en 15. In deze zin ook HvJ EU 12 mei 2022, ECLI:EU:C:2022:373 (Luso Temp), r.o. 41.

33 Conclusie A-G Pitruzzella 9 december 2021, ECLI:EU:C:2021:995, punt 39.

34 Zie in vergelijkbare zin: Conclusie A-G Pitruzzella 9 december 2021, ECLI:EU:C:2021:995, punt 41 en HvJ EU 12 mei 2022, ECLI:EU:C:2022:373, (Luso Temp), r.o. 47.

35 HvJ EU 12 mei 2022, ECLI:EU:C:2022:373 (Luso Temp), r.o. 32 t/m 37.

36 Zie onder andere HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:794 (JH/KG), r.o. 51.

pleiten aldus voor een ruime uitleg van het beginsel van gelijke behandeling en het begrip essentiële arbeidsvoorwaarden en dat is door het Hof bevestigd in het Luso Temp-arrest.³⁷

Een ruime uitleg van het beginsel van gelijke behandeling sluit overigens aan bij arresten van het Hof over het non-discriminatiebeginsel van de Richtlijn betreffende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (clause 4) en het gelijkebehandelingsbeginsel uit de Richtlijn betreffende deeltijdwerk (eveneens clause 4). Het Hof overwoog in het Diego Porras-arrest over de Richtlijn betreffende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd het volgende:

‘De raamovereenkomst, en met name clause 4 ervan, beoogt de toepassing van dit beginsel op werknemers in tijdelijke dienst om te voorkomen dat dit type arbeidsverhouding door een werkgever wordt gebruikt om deze werknemers rechten te onthouden die wel toekomen aan werknemers in vaste dienst. Gelet op de door de raamovereenkomst nagestreefde doelstellingen moet clause 4 van deze raamovereenkomst worden opgevat als de uitdrukking van een beginsel van sociaal recht van de Unie dat niet restrictief mag worden uitgelegd.’³⁸

Woorden van dezelfde strekking gebruikte het Hof in het Bruno-arrest over de ruime uitleg van het beginsel van gelijke behandeling uit de Richtlijn betreffende deeltijdwerk.³⁹ Het is – gelet op de omstandigheid dat voornoemde richtlijnen samen met de Uitzendrichtlijn vormgeven aan het model van flexicurity – bepaald geen vreemde gedachte om dus ook het beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten ruim uit te leggen.

Behoudens het Luso Temp-arrest, waarin het Hof overwoog dat de vergoeding van niet-genoten jaarlijks opgebouwde vakantiedagen valt onder het begrip essentiële arbeidsvoorwaarden,⁴⁰ is er nog geen rechtspraak van het Hof van Justitie over de exacte reikwijdte van het begrip essentiële arbeidsvoorwaarden in de Uitzendrichtlijn. Waar de grenzen liggen van de ruime uitleg van het beginsel van gelijke behandeling is dus nog niet uitgekristalliseerd. In de zoektocht naar een nadere inkleuring van het begrip essentiële arbeidsvoorwaarden, is het naar mijn mening zinvol aansluiting te zoeken bij de rechtspraak van het Hof van Justitie over de andere richtlijnen waarmee de Uitzendrichtlijn het – om in de woorden van A-G Pitruzzella te spreken – mozaïek van bescherming van atypische werknemers binnen het Europees sociaal recht vormt.⁴¹ In het Luso Temp-arrest zoekt het Hof bij de uitleg van het begrip essentiële arbeidsvoorwaarden in de Uitzendrichtlijn ook aansluiting

37 HvJ EU 12 mei 2022, ECLI:EU:C:2022:373 (Luso Temp).

38 HvJ EU 14 september 2016, ECLI:EU:C:2016:683 (Diego Porras), r.o. 26 en 27.

39 HvJ EU 10 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:329 (Bruno), r.o. 32.

40 HvJ EU 12 mei 2022, ECLI:EU:C:2022:373 (Luso Temp), r.o. 39.

41 Conclusie A-G Pitruzzella 9 december 2021, ECLI:EU:C:2021:995, punt 52 t/m 54 en HvJ EU 12 mei 2022, ECLI:EU:C:2022:373, r.o. 47.

ting bij zijn rechtspraak ten aanzien van de andere richtlijnen uit het flexicuritymodel.⁴² Ter motivering daarvan wijst het Hof onder meer op de tekst van de richtlijnen. In artikel 5 Uitzendrichtlijn staat expliciet dat de essentiële arbeidsvoorwaarden ten minste dezelfde moeten zijn. Uit de bewoordingen van artikel 5 spreekt een sterke mate van bescherming, aldus het Hof. In de tekst van clause 4 van de Richtlijnen betreffende contracten voor bepaalde tijd en betreffende deeltijdwerk staat niet dat arbeidsvoorwaarden van tijdelijke krachten en deeltijdwerkers ten minste dezelfde moeten zijn, maar wel dat deze arbeidskrachten niet minder gunstig behandeld mogen worden dan werknemers in vaste dienst. Het Hof overwoog in het *Luso Temp*-arrest dat de bewoordingen van artikel 5 Uitzendrichtlijn in vergelijking met clause 4 van de Richtlijn betreffende contracten voor bepaalde tijd en deeltijdwerk in nog 'sterkere mate (...) is toegespitst op het waarborgen van een doeltreffende bescherming van atypische werknemers en werknemers in een atypische arbeidssituatie'. Het Hof heeft hieruit afgeleid dat de vaststelling van de draagwijdte van het begrip arbeidsvoorwaarden in de zin van artikel 5 van de Uitzendrichtlijn 'a fortiori noopt tot een soortgelijke oplossing als die waarvoor met betrekking tot de uitlegging van het begrip "arbeidsvoorwaarden" in de zin van genoemde clauses 4 is gekozen'.⁴⁵

Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat onder het begrip arbeidsvoorwaarden uit de Richtlijn betreffende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd niet alleen financiële rechten vallen, zoals anciënniteitstoeslagen,⁴⁴ toeslagen voor educatie⁴⁵ en pensioen,⁴⁶ maar ook de voorwaarden waaronder de arbeidsverhouding kan worden beëindigd,⁴⁷ zoals opzegtermijnen⁴⁸ en de vergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst.⁴⁹ Analoge toepassing van deze rechtspraak op het beginsel van gelijke behandeling uit de Uitzendrichtlijn brengt mee dat dus niet alleen allerlei financiële voorwaarden, maar ook de voorwaarden met betrekking tot de beëindiging van de arbeidsrelatie (lees: het ontslagrecht en de aanspraken die voortvloeien uit een Sociaal Plan) voor de duur van de opdracht bij een inlenende onderneming voor uitzendkrachten ten minste dezelfde moeten zijn als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door de genoemde onderneming voor dezelfde functie in dienst waren genomen.

42 HvJ EU 12 mei 2022, ECLI:EU:C:2022:373 (*Luso Temp*), r.o. 33 t/m 36 en de aldaar genoemde rechtspraak van het Hof.

43 HvJ EU 12 mei 2022, ECLI:EU:C:2022:373 (*Luso Temp*), r.o. 36. Zo ook Conclusie A-G Pitruzzella 9 december 2021, ECLI:EU:C:2021:995 (*Luso Temp*), punt 59 en 60.

44 HvJ EU 13 september 2007, ECLI:EU:C:2007:509 (*Del Cerro Alonso*), r.o. 48.

45 HvJ EU 9 februari 2012, ECLI:EU:C:2012:67 (*Lorenzo Martínez*), r.o. 38.

46 HvJ EU 10 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:329 (*Bruno*), r.o. 64.

47 HvJ EU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:1014 (*Vega González*), r.o. 34.

48 HvJ EU 13 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:152 (*Nierodzik*), r.o. 27 en 29.

49 HvJ EU 12 december 2013, ECLI:EU:C:2013:830 (*Carratù*), r.o. 37; HvJ EU 14 september 2016, ECLI:EU:C:2016:683 (*Diego Porras*), r.o. 31.

4. Conclusie en aanbeveling voor een wijziging van het uitzendregime in artikel 7:691 BW

Dat de Uitzendrichtlijn wat betreft de tekst van het begrip essentiële arbeidsvoorwaarden in artikel 5 lid 1 juncto artikel 3 lid 1 sub f geen direct aanknopingspunt biedt om onder dit begrip ook te verstaan de voorwaarden waaronder de arbeidsovereenkomst kan worden beëindigd, is op grond van bovenstaande goed te verdedigen omdat de context en het doel van de Uitzendrichtlijn een dergelijk aanknopingspunt wel bieden. In zijn rechtspraak heeft het Hof van Justitie zelf daarvoor aanknopingspunten gegeven met betrekking tot de verschillende richtlijnen waarin vorm is gegeven aan het idee van flexicurity. Het concept van flexicurity kan alleen in de praktijk worden gebracht indien het beginsel van gelijke behandeling, als hoeksteen van het stelsel van flexicurity, ten volle wordt geëerbiedigd. Een restrictieve uitleg van dit beginsel zou tot gevolg kunnen hebben dat toegang van uitzendkrachten tot vast werk wordt belemmerd doordat voor inleners voordelen te behalen zijn bij (continuerend) gebruik van uitzendkrachten.

De vraag is hoe het Nederlandse uitzendregime in lijn kan worden gebracht met de Uitzendrichtlijn. Daarvoor zijn meerdere mogelijkheden. Zo zou artikel 7:691 lid 2 BW kunnen vervallen. Het opnemen van een uitzendbeding in de arbeidsovereenkomst is dan niet meer mogelijk. Om uitzendwerkgevers in de eerste fase van de uitzendrelatie voor het aangaan en verbreken van hun arbeidsrelatie meer vrijheid te bieden vanwege de veronderstelde allocatieve functie van uitzendwerk, kan worden volstaan met het buiten toepassing laten van de ketenregeling, zoals dat nu ook is geregeld in artikel 7:691 lid 1 BW. Het is zelfs niet bezwaarlijk om de ketenregeling in het geheel buiten toepassing te laten in geval van uitzendwerk, indien de wetgever daarvoor in de plaats een strakke termijn stelt ten aanzien van de tijdelijkheid van de driehoeksrelatie. Die termijn is ook los van de discussie over uitzendbeding en ketenregeling hard nodig. Toepassing van de ketenregeling op uitzendwerk is blijkens de praktijk een vorm van schijnzekerheid. Slechts 2% van de uitzendkrachten heeft een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ik denk dat uitzendkrachten meer hebben aan een beperking van de duur van de uitzending aan dezelfde inlener voor hetzelfde werk, zodat inleners ook daadwerkelijk voor de keuze worden gesteld uitzendkrachten in dienst te nemen, dan aan de schijnzekerheid van het vaste contract bij het uitzendbureau. Tot slot zou het goed zijn dat de wetgever in artikel 8 Waadi expliciteert dat onder de gelijke beloning van uitzendkrachten ook vallen de vergoedingen en/of voorzieningen in het kader van een Sociaal Plan wanneer de terbeschikkingstelling van een uitzendkracht bij een inlener eindigt in het kader van

een reorganisatie of (gedeeltelijke) bedrijfsbeëindiging
(bij of van de inlener).