

ARTIKEL

Het verbod op permanente terbeschikkingstelling en de gevolgen voor platformarbeid

Mr. M.A.N. van Schadewijk & mr. S.R. Koster

1 Inleiding

In de arresten KG uit 2020 en Daimler uit 2022 oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU, hierna ook: Hof van Justitie of Hof) dat de Uitzendrichtlijn¹ lidstaten verplicht ervoor te zorgen dat een uitzendkracht niet permanent ter beschikking wordt gesteld aan dezelfde inlener.² De arresten brachten al veel pennen in beweging,³ maar tot op heden is niet onderzocht welke gevolgen het verbod op permanente terbeschikkingstelling heeft voor platformarbeid. Dit thema is relevant omdat steeds meer digitale platforms zich richten op het werven en selecteren van arbeidskrachten voor opdrachtgevers en hiermee de concurrentie aangaan met traditionele uitzendbureaus.⁴ In de literatuur is erop gewezen dat dit soort platforms mogelijk onder het toepassingsbereik van de Uitzendrichtlijn valt.⁵ Hierdoor komt de vraag op of en, zo ja, hoe het verbod op permanente terbeschikkingstelling moet worden toegepast op platformarbeid. Deze vraag staat, toegepast op Nederland, in deze bijdrage centraal. Allereerst gaan wij in paragraaf 2 in op de personele reikwijdte van de Uitzendrichtlijn en op de vraag in hoeverre de

- 1 Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (PbEU 2008, L 327/9).
- 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. Voogseerd, TRA 2021/29, m.nt. N. Gundt, JIN 2020/164, m.nt. H. Mouselli (KG); 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).
- 3 Zie wat betreft Nederland de in de vorige noot genoemde annotaties en N. Zekić, Misbruik van uitzendwerk – Het Hof van Justitie EU geeft nadere uitleg, *ArbeidsRecht* 2021/6; S. Palm, Hof van Justitie: terbeschikkingstelling van uitzendkracht is tijdelijk. Gevolgen voor de praktijk?, *TAP* 2022/149; N. Jansen, Een structurele personeelsbehoefte en uitzendwerk: een moeizame combinatie, *ArA* 2022/2, p. 41-63.
- 4 R. Winkel, *Arbeidsmarkt komt in handen van techspelers*, *Financieel Dagblad* 8 augustus 2022.
- 5 L. Ratti, *Online Platforms and Crowdwork in Europe: A Two-Step Approach to Expanding Agency Work Provisions?*, *Comparative Labour Law & Policy Journal* 2017, p. 477-512; E. Verhul, *Platformwerkers verdienen meer!*, *ArbeidsRecht* 2018/1; V. De Stefano & M. Wouters, *Triangulaire arbeidsrelaties in de platformeconomie: een voorstel tot een vermoeden van uitzendbureau*, *ArA* 2019/3, p. 3-38; A. Rosin, *Applying the Temporary Agency Work Directive to Platform Workers: Mission Impossible?*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2020, p. 141-168; N. Potocka-Sionek, *The Changing Nature of Labour Intermediation. Do Algorithms Redefine Temporary Agency Work?*, in: J. Wratny & A. Ludera-Ruszel (red.), *New Forms of Employment*, Wiesbaden: Springer 2020, p. 169-190. In het voorstel voor een richtlijn betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk (COM(2021)762 final) noemt ook de Europese Commissie de Uitzendrichtlijn een relevant rechtsinstrument voor platformarbeid.

Mr. M.A.N. van Schadewijk & mr. S.R. Koster

Uitzendrichtlijn van toepassing is op platformarbeid. In paragraaf 3 komt aan bod hoe het verbod op permanente terbeschikkingstelling zich verhoudt tot platformarbeid. Daarna onderzoeken wij in paragraaf 4 of het Nederlandse recht voldoet aan het in paragraaf 2 en 3 geschetste kader. Wij sluiten in paragraaf 5 af met een conclusie.

Wij streven er niet naar in deze bijdrage voor elk platform een definitief antwoord te formuleren op de onderzoeksvraag. Daarvoor is de diversiteit aan platforms die actief zijn op de (Nederlandse) arbeidsmarkt te groot.⁶ In plaats daarvan beperken wij het onderzoek tot een casestudy van drie ‘voorbeeldplatforms’: Helpling,⁷ Temper⁸ en Zorgwerk.⁹ De keuze voor de drie platforms is als volgt ingegeven. Voor alle drie de platforms geldt dat zij gelijkenissen vertonen met een uitzendbureau, in de zin dat zij niet alleen werkenden en opdrachtgevers met elkaar in contact brengen, maar ook na de koppeling betrokken blijven bij de arbeidsrelatie. Tegelijkertijd vertonen de drie platforms qua werkwijzen inhoudelijk interessante verschillen.¹⁰ De beperking tot drie platforms brengt met zich dat de bevindingen die voortvloeien uit het onderzoek slechts illustreren wat het verbod op permanente terbeschikkingstelling *zou kunnen* betekenen voor platformarbeid. Door platforms met verschillende werkwijzen te belichten beogen wij niettemin een antwoord op de onderzoeksvraag te formuleren dat ook relevant kan zijn voor andere platforms. Daarnaast is voor zowel Helpling¹¹ als Temper¹² de vraag of sprake is van uitzendarbeid een actuele kwestie in de rechtspraak. De rechtszaken gaan niet over het verbod op permanente terbeschikkingstelling, maar zij illustreren het belang van een inkadering van deze platforms in het arbeidsrecht. Tot slot is de keuze voor Zorgwerk er mede door ingegeven dat over de juridische kwalificatie van werkenden in

6 Op de website www.my.stibbe.com/mystibbe/tools/platformarbeid-overzicht-werkplatforms#content8 is een overzicht te vinden van de vele in Nederland actieve platforms waarop arbeid wordt gevraagd en/of aangeboden.

7 Helpling is een digitaal platform dat schoonmaakhulp en huishoudens aan elkaar koppelt. Zie www.helpling.nl.

8 Temper is een digitaal platform dat zelfstandigen koppelt aan diverse opdrachtgevers, voornamelijk in de horeca. Zie go.temper.works.

9 Zorgwerk is een digitaal platform dat uitzendwerknemers, zzp'ers en interim-managers koppelt aan opdrachtgevers in de zorg, het sociaal domein, de kinderopvang en het onderwijs. Zie www.zorgwerk.nl.

10 Deze verschillen komen in het vervolg van de bijdrage aan bod.

11 Hof Amsterdam 21 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2741, JAR 2021/263, m.nt. S. Said, TRA 2021/95, m.nt. M.D. Ruizeveld (Helpling). Tegen de uitspraak van het hof is cassatieberoep ingesteld.

12 FNV en CNV hebben in oktober 2020 een dagvaarding ingediend tegen Temper. De vakbonden eisen dat Temper de Uitzend-cao hanteert en met terugwerkende kracht toepast op de uitzendkrachten. Op 13 juli 2022 wees rechtbank Amsterdam een ontvankelijkheidsklacht van Temper tegen de vorderingen van FNV en CNV af (ECLI:NL:RBAMS:2022:4035).

de zorg discussie bestaat,¹³ terwijl het aantal platforms dat actief is in deze maatschappelijk belangrijke sector toeneemt.¹⁴

2 De personele reikwijdte van de Uitzendrichtlijn

Het verbod op permanente terbeschikkingstelling bij dezelfde inlener is van toepassing op uitzending in de zin van de Uitzendrichtlijn. Een belangrijke (voor) vraag is daarom of de werkenden die door de voorbeeldplatforms worden gekoppeld aan een opdrachtgever onder de personele reikwijdte van de Uitzendrichtlijn vallen.¹⁵ Wij merken op voorhand op dat deze vraag niet met zekerheid kan worden beantwoord. Het antwoord kan verschillen al naar gelang de specifieke werkende die het betreft.¹⁶ Wij volstaan daarom met een bespreking van de werkwijzen van de voorbeeldplatforms¹⁷ en de verhouding daarvan tot de personele reikwijdte van de Uitzendrichtlijn.

Het begrip 'uitzendkracht'

De Uitzendrichtlijn is van toepassing op 'werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau, die ter beschikking worden gesteld van inlenende ondernemingen om onder toezicht en leiding van genoemde ondernemingen tijdelijk te werken'.¹⁸ Om de Uitzendrichtlijn toe te passen op de voorbeeldplatforms moeten de werkenden zijn te beschouwen als 'werknemers' van de voorbeeldplatforms. Er is sprake van een werknemer in de zin van de Uitzendrichtlijn wanneer de werkende (1) gedurende een bepaalde tijd voor een uitzendbureau en onder diens gezag prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoe-

- 13 Zie o.a. L. van den Berg, W.L. Roozendaal & N. Zekić, *Onregelmatige diensten in de zorg*, Amsterdam: Bureau Clara Wichmann 2021, p. 3-6. In het in september 2022 gesloten Integraal Zorgakkoord maken beroeps- en brancheorganisaties in de zorg met het ministerie van VWS afspraken over de aanpak van de gezondheidszorg. Een van de punten betreft de inzet van zzp'ers in de zorg. Om oneerlijke concurrentie in inkomen tussen zelfstandigen en werknemers te voorkomen wordt in het Zorgakkoord een koppeling gemaakt tussen het cao-uurloon en het uurtarief van zzp'ers. De tarieven van zzp'ers mogen dan slechts nog binnen een bepaalde bandbreedte bewegen. Het Zorgakkoord laat zich niet uit over uitzendconstructies of platformarbeid.
- 14 Bijvoorbeeld www.movimento-zorg.nl/nieuws/actualiteit/werken-via-een-platform-is-de-zorg-van-morgen.
- 15 Zie over platformarbeid en de personele reikwijdte van de Uitzendrichtlijn ook de in voetnoot 5 genoemde literatuur.
- 16 Of een werkende onder de personele reikwijdte van de Uitzendrichtlijn valt, hangt af van de omstandigheden van het geval (zie hierna). De vraag in hoeverre kan worden voorbijgegaan aan deze beperking door middel van een collectieve actie ex artikel 3:305a BW (zoals in de Deliveroo-zaak werd gedaan voor wat betreft artikel 7:610 BW) laten wij buiten beschouwing.
- 17 Voor de informatie over de werkwijzen van de platforms baseren wij ons op de websites van de betreffende platforms en de daarop te vinden algemene voorwaarden, literatuur en (in het geval van Helpling) rechtspraak.
- 18 Artikel 1 lid 1 Uitzendrichtlijn. De werknemer moet tevens zijn aangeworven 'teneinde' ter beschikking te worden gesteld (artikel 3 lid 1 onder c Uitzendrichtlijn). Op basis van dit criterium valt collegiale uitlening buiten de Uitzendrichtlijn, maar hiervan is bij de voorbeeldplatforms geen sprake.

Mr. M.A.N. van Schadewijk & mr. S.R. Koster

ding ontvangt – de welbekende criteria uit het arrest Lawrie-Blum –, en (2) in de desbetreffende lidstaat wordt beschermd op grond van de arbeid die hij verricht.¹⁹

Bij het eerste criterium is voornamelijk het element ‘gezag’ van belang. Belangrijke gezichtspunten die duiden op gezag zijn dat de werkende niet de vrijheid heeft om zijn tijdschema, de plaats en de inhoud van zijn werk te bepalen, niet deelt in de commerciële risico’s van de werkverschaffer en tijdens de duur van de arbeidsrelatie is opgenomen in de onderneming van de werkverschaffer (organisatorische inbedding).²⁰ Het Hof van Justitie heeft deze gezichtspunten ontwikkeld in het kader van een tweepartijenverhouding. In een driehoeksverhouding oefent zowel de uitlener als de inlener een deel van het gezag uit over de werkende. Er is sprake van een tweeledige controle: de inlener oefent leiding en toezicht uit gedurende de opdracht, terwijl het uitzendbureau achter de schermen opereert en het formele werkgeversgezag behoudt.²¹ In het verlengde hiervan wijst Laagland er in ditzelfde nummer van Arbeidsrechtelijke Annotaties onzes inziens terecht op dat de beoordeling van gezag in de Uitzendrichtlijn wordt beïnvloed door de driehoeksrelatie: bepaalde gezichtspunten doen zich voor in de relatie van de arbeidskracht tot het uitzendbureau, en andere in de relatie tot de inlener.²² Deze stelling vindt steun in het arrest Ruhrlandklinik uit 2016. Bij het bepalen van de gezagsverhouding met een uitzendbureau hechtte het Hof van Justitie waarde aan de omstandigheid dat de werkende onder leiding van de inlener prestaties verrichtte.²³ De verdeling van toezicht en leiding over in- en uitlener zorgt er tevens voor dat de werkende niet

- 19 HvJ EU 17 november 2016, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (Ruhrlandklinik); HR 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:751, JAR 2022/159, m.nt. E.M. Hoogeveen, TRA 2022/62, m.nt. M.D. Ruizeveld. In haar bijdrage in dit nummer van Arbeidsrechtelijke Annotaties onderwerpt Laagland deze criteria aan een uitvoerige analyse.
- 20 Zie o.a. HvJ EU 22 april 2020, C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288, JAR 2020/45, m.nt. S. Said, TRA 2020/84, m.nt. N. Gundt (Yodel), punt 31, met nadere verwijzingen.
- 21 De Stefano & Wouters 2019, p. 20-21. Zie ook Expert Group, Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work, augustus 2011, p. 12; Ratti 2017, p. 501-502. Men spreekt ook wel over het onderscheid tussen werkinhoudelijke en werkdisciplinaire instructies. In uitzendrelaties wordt de bevoegdheid tot het geven van werkinhoudelijke instructies gedelegeerd aan de inlener.
- 22 Dit is naar Nederlands recht niet anders, zie HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, JAR 2016/286, m.nt. E. Knipschild, NJ 2017/370, m.nt. E. Verhulp, TRA 2017/8, m.nt. D. Buijs, PJ 2017/6, m.nt. B. Degelink, JIN 2017/1, m.nt. M.A.H.M. van der Velden (Care4Care); M. Tanja & J. den Hoed, De uitzendovereenkomst: een beperkende uitleg, met verruimende gevolgen, TRA 2017/15, p. 12-13; L.G. Verburg, De uitzendwereld na C4C: bespiegelingen over heden en toekomst, ArA 2017/1, p. 100-101.
- 23 Ruhrlandklinik, punt 38. Zie voorts artikel 3 lid 1 onder b Uitzendrichtlijn, dat een uitzendbureau definieert als ‘iedere natuurlijke of rechtspersoon die (...) een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding aangaat met uitzendkrachten teneinde deze ter beschikking te stellen van inlenende ondernemingen om daar onder toezicht en leiding van deze ondernemingen tijdelijk te werken’. Uit deze definitie volgt dat het delegeren van (werkinhoudelijk) gezag niet in de weg staat aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding – en dus een gezagsverhouding – tussen de werkende en het uitzendbureau.

alleen een ‘werknemer’ maar ook een ‘uitzendkracht’ in de zin van de Uitzendrichtlijn is.²⁴

Zowel de voorbeeldplatforms als de opdrachtgevers oefenen een zekere mate van gezag uit over de werkenden. De opdrachtgevers zijn bevoegd werkinhoudelijke instructies te geven en de werkenden verrichten de werkzaamheden in beginsel met de middelen van de opdrachtgever. De drie platforms hebben door middel van technologie enig formeel gezag over de werkenden.²⁵ Temper en Zorgwerk verzorgen het betalingsverkeer²⁶ en alle drie de platforms oefenen een zekere mate van controle uit over de organisatie van de arbeid.²⁷ Zo beoordelen de opdrachtgevers van Helpling, Temper en Zorgwerk de werkende na iedere klus, waarna het platform de beoordelingen op het profiel van de platformwerker publiceert als referentiekader voor een nieuwe opdrachtgever.²⁸ Een werkende die vaker via Temper voor dezelfde opdrachtgever werkt, heeft de mogelijkheid in de ‘flexpool’ van de betreffende opdrachtgever te komen, waardoor hij meer zekerheid krijgt over zijn werk.²⁹ Daarnaast is het aannemelijk dat een actieve werkende door de gebruikte algorit-

- 24 Zie artikel 3 lid 1 onder c Uitzendrichtlijn en meer uitgebreid de bijdrage van Laagland in dit nummer van Arbeidsrechtelijke Annotaties. Opmerking verdient dat de situatie een andere is wanneer de werkende op basis van het nationale recht zijn werkzaamheden verricht uit hoofde van een arbeidsovereenkomst met de inlener (en de uitlener dus slechts bemiddelaar is). In dat geval bestaat aan de bescherming van de Uitzendrichtlijn geen behoefte en mist zij toepassing. Vergelijk De Stefano & Wouters 2019, p. 29-30.
- 25 Zie over de relevantie van technologie (of: algoritmisch management) voor het vaststellen van gezag nader J.H. Bennaars & E.F. Grosheide, Platformwerkers: sociale noodopvang door de EU?, TAC 2019, p. 11-13; J. Kloostera, Ondergeschied aan het algoritme, TRA 2020/71; Rosin 2020, p. 148-149; Potocka-Sionek 2020, p. 179-183; L.G. Verburg, Platformarbeid in Nederland: beschouwingen over de uitspraken van september 2021 inzake Uber en Helpling, TAC 2021, p. 159-161. Zie voorts Rb. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029, JAR 2021/253, m.nt. J.H. Bennaars (Uber); conclusie A-G De Bock 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578 (Deliveroo).
- 26 Helpling doet dit niet meer. Waar Helpling voorheen een factuur opstelde in naam van de schoonmaker (zie punt 2.6 van de uitspraak van Hof Amsterdam), betaalt het huishouden het salaris nu direct aan de schoonmaker; <https://nl.support.helpling.com/nl/support/solutions/articles/15000030312-waar-kan-ik-mijn-facturen-vinden>.
- 27 Om deze reden heeft de driehoeksrelatie onzes inziens meer kenmerken van een uitzendrelatie dan van arbeidsbemiddeling: de bemoeienis van het platform is van blijvende aard. Vergelijk Ratti 2017, p. 501; J. Kloostera, Bemiddeling en online platformen, in: F.G. Laagland & J. Kloostera (red.), Driehoeksverhoudingen in het arbeidsrecht, Deventer: Kluwer (verschijnt begin 2023 in de Nijmeegse serie Onderneming en Recht), paragraaf 4.4.3. Zie ook, naar Nederlands recht, Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8304, JAR 2014/12, m.nt. E. Cremers-Hartman, en de Helpling-uitspraak van hof Amsterdam. Hof Amsterdam ging helaas niet in op (het gezagscriterium uit) de Uitzendrichtlijn.
- 28 <https://help.temper.works/nl/articles/4529738-hoe-beoordeel-ik-een-freeflexer-na-een-shift>; <https://www.helpling.nl/zo-werkt-helpling>; <https://support.zorgwerk.nl/hc/nl/articles/360008141393-Wat-betekent-mijn-totaalbeoordeling-en-wat-kan-ik-er-mee>. Zie wat betreft Temper ook Potocka-Sionek 2020, p. 183.
- 29 <https://help.temper.works/nl/articles/1690027-wat-is-een-flexpool>.

Mr. M.A.N. van Schadewijk & mr. S.R. Koster

mes beter vindbaar is op de voorbeeldplatforms.³⁰ Dit laatste geldt in ieder geval voor Zorgwerk.³¹

Voor de uitleg van het gezagscriterium in het geval van platformarbeid is voorts de Yodel-beschikking uit 2020 relevant. In deze beschikking over bezorgplatform Yodel neigde het Hof naar de conclusie dat gezag ontbrak, aangezien de betreffende platformwerker de vrijheid had om opdrachten te weigeren of in aantal te beperken, tot op zekere hoogte zelf zijn werktijden mocht bepalen, vervangers mocht inzetten en voor andere (al dan niet met Yodel concurrerende) partijen mocht werken.³² De situatie van de werkenden van Helpling, Temper en Zorgwerk is op sommige punten vergelijkbaar met die van de platformwerker van Yodel. Zij zijn vrij om al dan niet opdrachten op het platform te aanvaarden en mogen voor andere partijen werken.³³ De werkenden van Temper en Zorgwerk kunnen zelf vervangers inzetten, de schoonmakers van Helpling kunnen dit niet. De particuliere opdrachtgever ten aanzien van de te verlenen schoonmaakdienst (het huishouden) is instrumenteel in de selectie. Er zijn ook (andere) verschillen. De werktijden bij Zorgwerk en Temper zijn in beginsel gegeven in de opdracht, terwijl bij Helpling het huishouden de werktijden in samenspraak met de schoonmaakhulp bepaalt. Daarnaast verdient de vrijheid om voor andere partijen te werken enige nuance. De zaak Yodel betrof een pakketbezorger die op hetzelfde moment pakketten kon vervoeren voor verschillende bezorgdiensten. Het ging het Hof dan ook om de vrijheid om *gelijktijdig* (in de originele Engelse taalversie: ‘concurrently’) te werken voor verschillende werkverschaffers.³⁴ Deze vrijheid hebben de werkenden van Helpling, Temper en Zorgwerk niet. Zij kunnen tijdens een dienst voor een opdrachtgever (huishouden, horecabedrijf of opdrachtgever in de zorg) niet werkzaam zijn voor een ander. Zij hebben wel de vrijheid om buiten hun diensten om werkzaam te zijn voor andere partijen, maar dit lijkt ons een zwakkere indicatie voor de afwezigheid van gezag dan de vrijheid om gelijktijdig te werken voor meerdere partijen. Al met al leidt de Yodel-beschikking er onzes inziens niet toe dat de werkenden van de voorbeeldplatforms geen werknemers zijn.

30 Vergelijk Verhulp 2018, p. 5. Deze omstandigheid kan tevens afdoen aan de vrijheid van de werkende om werkzaamheden op het platform te accepteren (zie hierna).

31 <https://support.zorgwerk.nl/hc/nl/articles/115001696854-Waarom-ziet-mijn-Zorgwerk-collega-andere-diensten-in-de-app-dan-ik>.

32 Yodel, punten 35-45. Deze omstandigheden zijn niet uitputtend. Het Hof benadrukt dat de aanwezigheid van een gezagsverhouding moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval (punt 28, met nadere verwijzingen). Zie voor een kritische analyse van de Yodel-beschikking J.H. Bennaars, Platformwerkers en Europa, nog geen einde in zicht. Een analyse van de Yodel-uitspraak, TAC 2020, p. 81-86. De Yodel-uitspraak gaat overigens over het werknemersbegrip in de Arbeidstijdenrichtlijn en heeft geen betrekking op uitzending. Niettemin kan worden aangenomen dat het werknemersbegrip (de criteria uit Lawrie-Blum) in beide richtlijnen gelijk is: zie daarover de bijdrage van Laagland in dit nummer van Arbeidsrechtelijke Annotaties.

33 In op 13 juni 2018 ingezonden Kamervragen wordt gesteld dat in de algemene voorwaarden van Temper staat dat werkenden niet zomaar voor een andere opdrachtgever mogen werken (Aanhangsel Handelingen II 2017/18, nr. 2736). In de genoemde algemene voorwaarden (<https://temper.works/algemene-voorwaarden/opdrachtnemers>) lezen wij dit niet terug.

34 Yodel, punten 10 en 41.

Ook het gezichtspunt van de organisatorische inbedding van de arbeidskracht levert relevante inzichten op voor gezag. In het arrest Jouini uit 2007 overwoog het Hof dat uitzendkrachten ondanks de terbeschikkingstelling aan een derde onderdeel uitmaken van de onderneming van een uitzendbureau, omdat die onderneming bestaat uit het ter beschikking stellen van werknemers en uitzendkrachten hiervoor een onmisbare factor vormen.³⁵ Het arrest gaat over de Richtlijn Overgang van onderneming en niet over het gezagscriterium, maar de overwegingen van het Hof bieden inzicht in de kijk van het Hof op de organisatorische inbedding van uitzendkrachten in een uitzendonderneming. In het verlengde hiervan valt op dat de wijze waarop het Hof in dit arrest een uitzendonderneming omschrijft, overeenkomt met de activiteiten van de voorbeeldplatforms.³⁶ De platforms stellen werkenden ter beschikking aan inleners, al naar gelang de behoeften en aanwijzingen van de inlener, op basis van een op het ter beschikking stellen van werknemers toegesneden organisatie en een bestand aan uitzendkrachten die voor de inleners de gewenste werkzaamheden kunnen verrichten.³⁷ Dit wijst er onzes inziens op dat de werkenden onderdeel uitmaken van de (uitzend)onderneming van de voorbeeldplatforms.

Op basis van het voorgaande spreken wij een vermoeden uit dat tussen de werkenden en de voorbeeldplatforms een gezagsverhouding bestaat en dat de werkenden dus ‘werknemers’ zijn in de zin van het arrest Lawrie-Blum.³⁸ Dit brengt ons bij het tweede criterium: de werknemer moet in de desbetreffende lidstaat worden beschermd op grond van de arbeid die hij verricht. Op het eerste gezicht kan dit criterium ertoe leiden dat de werkenden van de voorbeeldplatforms – en platformwerkers in het algemeen – buiten de Uitzendrichtlijn vallen. Kern van de platformdiscussie is immers dat platformwerkers in het nationale recht mogelijk worden aangemerkt als zelfstandigen en in dat geval niet dezelfde bescherming hebben als werknemers.³⁹ In ditzelfde nummer van Arbeidsrechtelijke Annotaties komt Laagland na een uitvoerige analyse tot de conclusie dat het niet voor de hand ligt dat zelfstandigen op basis van dit criterium buiten de Uitzendrichtlijn vallen.⁴⁰ Bij deze conclusie sluiten wij ons aan. Om deze reden laten wij dit tweede criterium verder buiten beschouwing en gaan we ervan uit dat aan het criterium is voldaan wat betreft de platformwerkers werkzaam bij de voorbeeldplatforms.

35 HvJ EG 13 september 2007, C-458/05, ECLI:EU:C:2007:512 (Jouini), punten 35-36.

36 Zie wat betreft Temper in gelijke zin Potocka-Sionek 2020, p. 183.

37 Jouini, punt 35.

38 Ook op basis van het rechtsvermoeden in het voorstel voor een Richtlijn betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk zijn de werkenden waarschijnlijk te beschouwen als werknemers van de voorbeeldplatforms. Voor de toepassing van de Uitzendrichtlijn zou vervolgens aanvullend moeten worden getoetst of er een inlener is die toezicht en leiding uitoefent.

39 Op dit uitgangspunt bestaan uiteraard uitzonderingen, zoals de uitspraak van hof Amsterdam inzake Helpling. Deze uitspraak komt hierna aan bod.

40 Zie voorts in gelijke zin Ruizeveld, annotatie bij Hoge Raad (opdrachtgever/opdrachtnemer), TRA 2022/62.

Mr. M.A.N. van Schadewijk & mr. S.R. Koster

Het begrip ‘inlenende onderneming’

Voor de schoonmakers van Helpling leveren de definities uit de Uitzendrichtlijn nog wel een ander obstakel op. De Uitzendrichtlijn is alleen van toepassing wanneer de inlenende onderneming een ‘economische activiteit’ uitoefent.⁴¹ Dit criterium is opgenomen opdat organisaties zoals vakbonden en goede doelen buiten de Uitzendrichtlijn zouden vallen.⁴² Volgens de vaste rechtspraak van het Hof omvat een economische activiteit ‘elke activiteit die bestaat in het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt’.⁴³ Op basis van dit criterium valt de terbeschikkingstelling van een schoonmaker door Helpling aan een huishouden niet onder de Uitzendrichtlijn. Van een huishouden kan niet worden gezegd dat het een economische activiteit verricht: een huishouden biedt geen goederen of diensten aan op een bepaalde markt.⁴⁴ Het oordeel van hof Amsterdam in de Helpling-zaak sluit hierbij aan. Hof Amsterdam overwoog dat, hoewel het van oordeel was dat tussen Helpling en de schoonmaker een uitzendovereenkomst bestond, het huishouden geen ‘onderneming’ was. Hierdoor was het loonverhoudingsvoorschrift voor uitzending van artikel 8 van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) niet van toepassing.⁴⁵ Niettemin wordt in het vervolg van deze bijdrage ook Helpling betrokken. Het is naar onze mening juist relevant te onderzoeken welke bescherming de schoonmakers van Helpling mislopen, om te duiden in hoeverre het problematisch is dat het verbod op permanente terbeschikkingstelling niet van toepassing is op deze platformwerkers.

3 Het verbod op permanente terbeschikkingstelling

Het Hof maakt in de arresten KG en Daimler duidelijk dat lidstaten maatregelen moeten treffen om te voorkomen dat een uitzendkracht permanent ter beschikking wordt gesteld aan dezelfde inlener. Het Hof baseert deze verplichting 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 zo worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzet dat een lidstaat geen enkele maatregel neemt om

41 Artikel 1 lid 2 Uitzendrichtlijn; HvJ EU 11 november 2021, C-948/19, ECLI:EU:C:2021:906, TRA 2022/35, m.nt. M.A.N. van Schadewijk (Manpower).

42 Zie Expert Group 2011, p. 7.

43 Ruhrlandklinik, punt 44, met nadere verwijzingen; Manpower, punt 36, met nadere verwijzingen.

44 Zo ook S. Said, annotatie bij Hof Amsterdam (Helpling), JAR 2021/263.

45 Artikel 8 Waadi verwijst niet naar het begrip ‘economische activiteit’, maar naar het ondernemingsbegrip uit de Wet op de ondernemingsraden (zie artikel 1 lid 1 onder e Waadi). Zie over dit begrip in relatie tot de Uitzendrichtlijn M.A.N. van Schadewijk, annotatie bij HvJ (Manpower), TRA 2022/35. Hof Amsterdam paste overigens wel twee andere Waadi-bepalingen, artikel 9 (tegenprestatieverbod) en artikel 9a (belemmeringsverbod), toe op Helpling. Toepassing van deze bepalingen vereist volgens de tekst van de Waadi – anders dan de Uitzendrichtlijn – namelijk niet dat de inlener een economische activiteit verricht (dan wel een onderneming is). Ten aanzien van deze bepalingen is sprake van zogeheten ‘over-implementatie’. Wat betreft het misbruikverbod liggen over-implementatie en analoge toepassing op Helpling echter niet voor de hand: zie hierna.

het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen.⁴⁶ Indien de nationale wet- of regelgever geen passende maatregel heeft opgenomen in het nationale 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.⁴⁷

Het verbod op permanente terbeschikkingstelling is ook van toepassing op platformwerkers die uitzendkrachten in de zin van de Uitzendrichtlijn zijn. Het Hof overweegt in algemene zin dat de Uitzendrichtlijn tot doel heeft te voorkomen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming voor een uitzendkracht een permanente situatie wordt.⁴⁸ Het Hof acht onder meer relevant dat permanente terbeschikkingstelling onverenigbaar is met de door de Uitzendrichtlijn nagestreefde mate van zekerheid voor werknemers en dat de Uitzendrichtlijn ook tot doel heeft de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen.⁴⁹ Wij zien geen reden waarom deze doelen niet van toepassing zouden zijn op platformwerk. Sterker nog, gezien het doorgaans onzekere karakter van platformwerk lijken deze doelen voor platformwerkers minstens zo belangrijk.⁵⁰

De vervolgvraag is hoe het verbod op permanente terbeschikkingstelling uitwerkt voor de voorbeeldplatforms. Het Hof laat de lidstaten een zekere beoordelingsruimte bij de te nemen maatregelen. In het verlengde hiervan dwingt de Uitzendrichtlijn de lidstaten niet tot het nemen van specifieke maatregelen (zoals een maximumtermijn) om het gebruik van uitzendarbeid te beperken.⁵¹ Tegelijkertijd hebben lidstaten wel de vrijheid *hard-and-fast rules* tot stand te brengen om uitzendkrachten te beschermen tegen permanente terbeschikkingstelling.⁵² Daarnaast schrijft het Hof maar in beperkte mate voor wanneer de nationale rechter, indien een passende maatregel in de nationale wetgeving ontbreekt, in een concreet geval moet concluderen dat sprake is van permanente terbeschikkingstelling. Het Hof 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 reden wordt gegeven voor het feit dat de inlener gebruikmaakt van (dezelfde dan wel verschillende) uitzendkrachten.⁵³

46 KG, punten 63 en 72; Daimler, punt 67.

47 KG, punten 63-67; Daimler, punten 56 en 58.

48 KG, punt 60; Daimler, punt 56.

49 KG, punten 50-51, 62 en 70; Daimler, punt 61. Laatstgenoemd doel is gecodificeerd in artikel 6 lid 1 en 2 Uitzendrichtlijn.

50 Vergelijk Ratti 2017, p. 480; Potocka-Sionek 2020, p. 187.

51 KG, punten 42-46; Daimler, punt 54.

52 Daimler, punten 57 en 69. Zie ook Jansen 2022, p. 47.

53 KG, punten 68-71; Daimler, punten 59-62. Zie over deze gezichtspunten uitvoerig Jansen 2022.

Mr. M.A.N. van Schadewijk & mr. S.R. Koster

De reikwijdte van het verbod is dus deels afhankelijk van het nationale recht en de uitleg die de nationale rechter daaraan geeft. Om het Nederlandse recht in paragraaf 4 goed te kunnen plaatsen in de context van het Europese recht, is het niet-temin zinvol te bezien hoe de werkwijzen van de voorbeeldplatforms zich verhouden tot de drie gezichtspunten van het Hof.

Voor zowel Temper als Zorgwerk is er een aantal omstandigheden die erop wijzen dat in een concreet geval sprake kan zijn van permanente terbeschikkingstelling.⁵⁴ Beide platforms bieden nadrukkelijk opdrachten aan voor een langere duur en/of met een achtereenvolgend karakter. Op de website van Temper spreken veel opdrachtgevers in de functieomschrijving uit dat zij op zoek zijn naar vaste arbeidskrachten die vaker beschikbaar zijn⁵⁵ of eisen zij in de functieomschrijving dat de arbeidskracht voor een minimumaantal opdrachten (bijvoorbeeld tien) beschikbaar is.⁵⁶ Daarnaast promoot Temper het vaker voor dezelfde opdrachtgever werkzaam zijn, nu de platformwerker hiermee een plek in de flexpool van de betreffende opdrachtgever kan verdienen waardoor hij meer werkzekerheid krijgt.⁵⁷ Op het platform Zorgwerk wordt onderscheid gemaakt tussen losse opdrachten en 'periodeopdrachten'. Waar de losse opdrachten per keer aangegaan moeten worden, is een periodeopdracht een opdracht voor een langere duur (bijvoorbeeld een aantal maanden) waarbij een vast aantal uren per week wordt afgesproken.⁵⁸ Daarnaast promoot ook Zorgwerk de langdurige en/of achtereenvolgende inzet van dezelfde werkende bij dezelfde opdrachtgever. Zo raadt Zorgwerk de werkende aan direct na een opdracht te vragen of de opdrachtgever de werkende wil doorplannen in vervolgdiensten,⁵⁹ en kan een opdrachtgever via Zorgwerk de werkende na voltooiing van een opdracht zelfstandig benaderen voor vervolgdiensten.⁶⁰

In het kader van de objectieve reden is relevant dat het werk dat op Temper en Zorgwerk wordt aangeboden een structureel karakter kan hebben. In het arrest Daimler overwoog het Hof dat de Uitzendrichtlijn zich er niet tegen verzet dat een uitzendkracht ter beschikking wordt gesteld aan een inlener om een functie te vervullen die permanent bestaat zonder daarbij iemand te vervangen.⁶¹ Tegelijkertijd benadrukt het Hof dat de objectieve reden moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval.⁶² De tijdelijke dan wel structurele aard van

54 Tegelijkertijd benadrukken wij dat in veel gevallen sprake is van korte en/of eenmalige werkzaamheden. Permanente terbeschikkingstelling is dan niet aan de orde.

55 Bijvoorbeeld <https://temper.works/werken-bij/riviera-maison>; <https://temper.works/werken-bij/ups-amsterdam-preload>.

56 Bijvoorbeeld <https://temper.works/werken-bij/blokker-distributiecentrum-geldermalsen>.

57 <https://help.temper.works/nl/articles/1690027-wat-is-een-flexpool>.

58 <https://support.zorgwerk.nl/hc/nl/articles/360020952320-Wat-is-een-periode-opdracht-en-hoe-kan-ik-reageren>.

59 <https://support.zorgwerk.nl/hc/nl/articles/115002248214-Hoe-plan-ik-mijzelf-in-op-losse-diensten-planverzoeken-doen>.

60 <https://support.zorgwerk.nl/hc/nl/articles/115001628433-De-opdrachtgever-heeft-mij-gevraagd-om-te-werken-Hoe-geef-ik-mijn-dienst-aan-Zorgwerk-door>.

61 Daimler, punt 38.

62 KG, punt 71; Daimler, punt 62.

de functie is zo'n omstandigheid.⁶³ Wanneer opdrachtgevers op zoek zijn naar langdurige inzet, biedt dit een indicatie dat het aangeboden werk een structureel karakter heeft. Daarnaast zetten veel opdrachtgevers via Temper dagelijks dezelfde opdracht uit en zoeken zij daarvoor meerdere mensen. Ook blijkt uit meerdere functieomschrijvingen dat opdrachtgevers op zoek zijn naar structurele inzet.⁶⁴ Uit de vacatures op Zorgwerk blijkt het structurele karakter minder duidelijk,⁶⁵ maar het ligt voor de hand dat het werk dat wordt aangeboden door opdrachtgevers in de zorg structureel van aard kan zijn. Uit de informatie op de website van Zorgwerk blijkt in ieder geval niet dat Zorgwerk het werk beperkt tot tijdelijke functies die bij wijze van plaatsvervangende worden aangeboden. Zorgwerk lijkt het geheel aan de opdrachtgevers te laten of zij tijdelijke dan wel structurele werkzaamheden aanbieden op het platform.

Bij Helpling ligt permanente terbeschikkingstelling minder voor de hand. Hoewel een huishouden vaak structureel behoefte zal hebben aan schoonmaakhulp, en een schoonmaker regelmatig voor een langere periode werkzaam is voor hetzelfde huishouden,⁶⁶ is een schoonmaker vrijwel altijd maar voor een paar uur per week of per twee weken werkzaam voor hetzelfde huishouden. In het verlengde hiervan werkt een schoonmaker via Helpling in een korte periode geregeld achtereenvolgens (bijvoorbeeld in dezelfde week) voor meerdere huishoudens.⁶⁷ In een dergelijke situatie is naar onze mening niet snel sprake van permanente terbeschikkingstelling en (dus) van misbruik.⁶⁸ Hoewel het denkbaar is dat dezelfde schoonmaker langere tijd en op basis van achtereenvolgende opdrachten beantwoordt aan een structurele arbeidsbehoefte van het huishouden, kunnen de lage frequentie en het feit dat de schoonmaker niet exclusief werkzaam is voor hetzelfde huishouden worden beschouwd als objectieve redenen die een lange(re) tewerkstelling rechtvaardigen.⁶⁹ Wanneer een uitzendkracht in een korte periode achtereenvolgens

63 Zie ook conclusie A-G Tachev 9 september 2021, ECLI:EU:C:2021:727 (Daimler), punten 6 en 45-55; N. Gundt, annotatie bij KG, TRA 2021/29; Jansen 2022, p. 49. Ook het Hof lijkt in Daimler de aard van de arbeidsplaats te koppelen aan de objectieve reden (punt 35). Dat de aard van de werkzaamheden relevant is, blijkt voorts uit het gegeven dat bij de beoordeling van de objectieve reden meespeelt of eerst een andere werknemer is ingeleend voor hetzelfde werk (KG, punt 71; Daimler, punt 62).

64 Bijvoorbeeld <https://temper.works/werken-bij/riviera-maison>; <https://temper.works/werken-bij/ups-amsterdam-preload>.

65 Wel is op de website van Zorgwerk een aantal vacatures te vinden die indirect duiden op structurele werkzaamheden, zoals medewerker in een verzorgingstehuis (zonder vaste einddatum).

66 Dat dezelfde schoonmaker vaker wordt ingezet blijkt onder andere uit de reviews op Trustpilot, <https://nl.trustpilot.com/review/helpling.nl>.

67 Zo ook de werknemer in de Helpling-zaak (zie punt 2.8 van de uitspraak van hof Amsterdam). Om deze reden is in de Helpling-zaak naar onze mening geen sprake van permanente terbeschikkingstelling.

68 Ook in het geval van Temper en Zorgwerk kan een werkende uiteraard via het platform in een korte periode voor meerdere opdrachtgevers werken en kleurt dit de feiten.

69 Zie over de relevantie van exclusiviteit voor het vaststellen van permanente terbeschikkingstelling ook Zekić 2021, p. 5; E.M. Hoogeveen, annotatie bij Daimler, JAR 2022/109. Zie ook (vóór het wijzen van KG en Daimler) E.G. Laagland & M.J. van Braak, Uitzending en tijdelijkheid: onlosmakelijk verbonden of niets gemeen?, TRA 2020/22, p. 7.

Mr. M.A.N. van Schadewijk & mr. S.R. Koster

werkzaam is voor verschillende opdrachtgevers, is bovendien verdedigbaar dat geen sprake is van ‘achtereenvolgende’ opdrachten aan dezelfde inlener in de door het Hof bedoelde zin. Wat betreft het verbod op permanente terbeschikkingstelling zorgt de uitsluiting van de personele reikwijdte van de Uitzendrichtlijn er dus niet voor dat de schoonmakers van Helpling noemenswaardige bescherming mislopen.⁷⁰ Met andere woorden: in het geval van Helpling sluiten de uitsluiting van de personele reikwijdte en de inhoud van het misbruikverbod op elkaar aan.

4 Het Nederlandse kader

Over de mogelijke maatregelen tegen permanente terbeschikkingstelling in het Nederlandse recht is al veel geschreven.⁷¹ In het hierna volgende behandelen wij, toegespitst op de voorbeeldplatforms, twee maatregelen die onzes inziens passend kunnen zijn in de door het Hof bedoelde zin: (1) toepassing van het wettelijke payrollregime en (2) het aannemen van een arbeidsovereenkomst met de inlener.

4.1 Het payrollregime

Met de invoering van het payrollregime heeft de wetgever maatregelen genomen tegen een vorm van permanente uitzendarbeid: payrolling. Waar een ‘gewone’ uitzendwerknemer alleen recht heeft op gelijke behandeling inzake essentiële arbeidsvoorwaarden, stelt het Nederlandse recht een payrollwerknemer op het gebied van arbeidsvoorwaarden en ontslagbescherming gelijk aan werknemers van de inlener.⁷² In de Nederlandse literatuur bestaat discussie over de vraag of het payrollregime is te kwalificeren als een passende maatregel in de zin van artikel 5 lid 5 Uitzendrichtlijn. Een aantal auteurs betoogt dat het payrollregime niet voorkomt dat een werknemer permanent ter beschikking wordt gesteld aan dezelfde inlener en daarom geen passende maatregel is.⁷³ In de Hoofdlijnenbrief Arbeidsmarkt van 5 juli 2022 lijkt ook het Nederlandse kabinet deze mening toegedaan.⁷⁴ De stelling van de auteurs (en naar het lijkt het Nederlandse kabinet) komt er in feite op neer dat Nederland verplicht is permanente uitzending te verbieden en dus juridisch onmogelijk moet maken, bijvoorbeeld door de inzet van uitzendarbeid te beperken tot ‘ziek en piek’ of door er (zoals bijvoorbeeld de Duitse wetgever heeft gedaan) een maximumtermijn aan te verbinden. Het Hof overweegt inderdaad dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlener voor een

70 Men kan eventueel betogen dat ook het op duurzame basis werkzaam zijn voor meerdere dezelfde opdrachtgevers (bijvoorbeeld elke week voor dezelfde drie huishoudens) een vorm van permanente terbeschikkingstelling is die lidstaten op grond van de Uitzendrichtlijn moeten tegengaan. In dat geval heeft het misbruikverbod ook betekenis voor Helpling. Wij vermoeden echter dat lidstaten de beoordelingsvrijheid hebben om te oordelen dat in een dergelijk geval geen sprake is van permanente terbeschikkingstelling.

71 Zie de in voetnoot 3 genoemde literatuur.

72 Artikel 7:692a BW, artikel 8a Waadi en artikel 20-23 en 27 Ontslagregeling.

73 Zekić 2021, p. 5 en 7; Jansen 2022, p. 59-61.

74 Kamerbrief over Hoofdlijnen Arbeidsmarkt van 5 juli 2022, kenmerk 2022-0000148422, p. 12. Het kabinet stelt dat Nederland geen expliciete waarborgen kent om te voorkomen dat uitzendkrachten permanent aan een inlener ter beschikking worden gesteld.

werknemer geen permanente situatie wordt.⁷⁵ Wij betwijfelen echter of deze overweging betekent dat lidstaten permanente tewerkstelling daadwerkelijk moeten verbieden.⁷⁶ Of dit zo is, hangt af van de intensiteit waarmee het Hof de door de lidstaten genomen maatregelen zal toetsen.⁷⁷ Het ligt niet voor de hand dat het Hof een strikte maatstaf zal hanteren.⁷⁸ Het Hof drukt zich in de arresten KG en Daimler voorzichtig uit. Het benadrukt dat artikel 5 lid 5 Uitzendrichtlijn de lidstaten niet verplicht specifieke maatregelen te nemen. De bepaling verzet zich er vooral tegen dat lidstaten ‘geen enkele maatregel’ nemen.⁷⁹ Lidstaten komt met andere woorden een zekere beoordelingsvrijheid toe. Om deze reden achten wij goed verdedigbaar dat de Uitzendrichtlijn de lidstaten niet verplicht om, zoals de Duitse wetgever wel heeft gedaan en de hiervoor genoemde auteurs en het Nederlandse kabinet lijken te stellen, permanente tewerkstelling te verbieden. Ook maatregelen zoals het payrollregime, die permanent tewerkgestelde werknemers beogen te beschermen maar die permanente uitzending niet verbieden, kunnen passend zijn in de zin van artikel 5 lid 5 Uitzendrichtlijn.

Op het eerste gezicht lijkt het payrollregime echter niet van toepassing te zijn op permanente terbeschikkingstelling door de voorbeeldplatforms. 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.⁸⁰ Deze definitie wijkt af van de door het Hof geformuleerde gezichtspunten voor permanente terbeschikkingstelling. Zo is verdedigbaar dat de voorbeeldplatforms bij het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van arbeid een actieve rol (een allocatiefunctie) vervullen en dus niet onder het payrollregime vallen, ook niet als zij de werkende permanent ter beschikking stel-

75 KG, punt 60; Daimler, punt 56.

76 In gelijke zin E.M. Hoogeveen, annotaties bij KG en Daimler, JAR 2020/289 en JAR 2022/109; H. Mouselli, annotatie bij KG, JIN 2020/164; H.H. Voogsgaard, annotatie bij KG, TRA 2021/9; Gundt, annotatie bij KG, TRA 2021/29; L.G. Verburg, Het belang van de economische werkelijkheid in arbeidsrechtelijke relaties, in het bijzonder in driehoeksverhoudingen, TRA 2021/34, p. 18 (noot 38); A.P. van der Mei, annotatie bij Daimler, TRA 2022/55; Palm 2022, p. 20-21; BeckOK Arbeidsrecht/Kock Arbeitnehmerüberlassungsgesetz § 1, rn. 125a (online, bijgewerkt 1 juni 2022). Zie ook (vóór het wijzen van KG en Daimler) Laagland & Van Braak 2020, p. 9-10.

77 Zie ook D. Hlava, J. Höller & E. Klengel, Verfahren vor dem EuGH, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2021, p. 774.

78 Zo ook C. Brors, Leiharbeit nicht ‘vorübergehend’ vor dem EuGH, Arbeit und Recht 2021, p. 158.

79 KG, punten 46, 63, 72 en dictum; Daimler, punt 55.

80 Toepassing van de Waadi vereist niet dat tussen de arbeidskracht en het payrollbedrijf een arbeidsovereenkomst bestaat. In titel 7.10 BW en de Ontslagregeling is dit wel het geval. Indien het payrollregime in lijn met ons betoog wordt beschouwd als de implementatie van het misbruikverbod, dan kan en moet vanwege de plicht tot richtlijnconforme uitleg onder ‘arbeidsovereenkomst’ ook ‘arbeidsverhouding’ in de zin van de Uitzendrichtlijn worden verstaan. Vergelijk HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, NJ 2020/389, m.nt. E. Verhulp, JAR 2017/136, m.nt. E.G. Laagland, TRA 2017/74, m.nt. F.M. Dekker (Focus on Human BV). Dit wil echter niet zeggen dat toepassing van het payrollregime leidt tot een arbeidsovereenkomst (in de zin van artikel 7:610 BW) met het platform. Toepassing van het payrollregime (gelijke behandeling met werknemers van de inlener) als passende maatregel is mogelijk zonder dat er een arbeidsovereenkomst ontstaat met het platform.

len aan dezelfde opdrachtgever.⁸¹ Ook de vereiste exclusiviteit lijkt veelal te ontbreken. De beoordeling van exclusiviteit geschiedt aan de hand van de gemaakte afspraken (de intentie) en de feitelijke uitvoering (wordt de uitzendkracht daadwerkelijk exclusief ter beschikking gesteld aan de opdrachtgever).⁸² Het businessmodel van de platforms gaat niet uit van exclusiviteit en hoewel van de drie voorbeeldplatforms zowel Temper als Zorgwerk het achtereenvolgens werkzaam zijn voor dezelfde inlener promoot, kan niet worden gezegd dat exclusiviteit is beoogd. In het verlengde hiervan kan worden betoogd dat als de werkende tijdens de duur van zijn arbeidsverhouding met het platform meer dan één opdrachtgever heeft gehad, er nooit sprake is van exclusiviteit. Hoewel wij hiervoor aangaven dat een gebrek aan exclusiviteit kan wijzen op een objectieve reden, lijkt deze betekenis van exclusiviteit ons een te ruime invulling van het begrip ‘objectieve reden’ en (dus) een te beperkte interpretatie van het begrip ‘permanente terbeschikkingstelling’.

Dat bij een strikte lezing van de wet geen sprake is van payrolling, wil echter niet zeggen dat de Nederlandse rechter het payrollregime niet kan toepassen als passende maatregel. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de aan- dan wel afwezigheid van een allocatiefunctie en exclusiviteit niet afhangt van één element, maar moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval.⁸³ 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.⁸⁴ Om deze reden vormt het payrollregime, mits de criteria voor payrolling ruimhartig en met inachtneming van het verbod op permanente terbeschikkingstelling worden uitgelegd, naar onze mening een passende maatregel voor de voorbeeldplatforms in de zin van artikel 5 lid 5 Uitzendrichtlijn. Tegelijkertijd verdient opmerking dat de Nederlandse rechter niet verplicht is de payrollcriteria ruim uit te leggen om zo een passende maatregel te creëren. Dit geldt niet alleen voor de voorbeeldplatforms maar ook voor andere vormen van permanente terbeschikkingstelling die naar de letter van de wet niet onder het payrollregime vallen.⁸⁵ De Uitzendrichtlijn dwingt niet tot het hanteren van het payrollregime als passende maatregel. Tenzij de Nederlandse wetgever iets anders regelt, is het daarom aan de Nederlandse rechter om te beoordelen of de payrollcriteria zich lenen voor tenuitvoerlegging van het verbod en of het payrollregime voor deze vormen van permanente terbeschikkingstelling dus een passende maatregel is.

81 In de memorie van toelichting bij de Wet arbeidsmarkt in balans noemt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een aantal indicaties die kunnen wijzen op een allocatiefunctie, zoals het werven van de arbeidskracht door plaatsing van een vacature en het hebben van een vacaturesite; Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 40.

82 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 42-43.

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

84 Zie in gelijke zin (niet toegespitst op platformarbeid) Gundt, annotatie bij KG, TRA 2021/29; Palm 2022, p. 18.

85 Wij denken bijvoorbeeld aan een uitzending naar dezelfde inlener die (vanwege een allocatiefunctie aan de start) al vijf jaar plaatsvindt op basis van artikel 7:690 BW.

Een ander discussiepunt is of de werkenden van de voorbeeldplatforms gebaat zijn bij toepassing van het payrollregime (gelijkstelling met werknemers van de inlener). Voor de werkenden van Temper en Zorgwerk is dit het geval. De opdrachtgevers van Temper en Zorgwerk (horecabedrijven en opdrachtgevers in de zorg) hebben normaal gesproken ook zelf werknemers in dienst. De werkenden van Temper en Zorgwerk zijn erbij gebaat wanneer hun arbeidsvoorwaarden en ontslagbescherming worden afgestemd op de werknemers van de opdrachtgevers. Voor de schoonmakers van Helpling ligt de situatie ingewikkelder. De gelijkstelling met werknemers van de inlener leent zich niet voor toepassing op een particulier zoals een huishouden, die zelf geen werknemers in dienst heeft.⁸⁶ Het buiten toepassing verklaren van het loonverhoudingsvoorschrift voor uitzending door Hof Amsterdam in de Helpling-zaak sluit hierbij aan.⁸⁷ Dat het payrollregime geen uitkomst biedt voor de schoonmakers van Helpling levert in het licht van de Uitzendrichtlijn echter geen problemen op, nu de arbeidsrelatie van een schoonmaker van Helpling niet wordt bestreken door de Uitzendrichtlijn en het niet voor de hand ligt dat Helpling een schoonmaker permanent ter beschikking stelt aan hetzelfde huishouden.⁸⁸ Sterker nog, het buiten toepassing verklaren van het misbruikverbod en de gelijkebehandelingsnorm stoelt op dezelfde gedachte: een huishouden verricht geen economische activiteit. Op dit punt sluiten het Nederlandse en het Europese recht bij elkaar aan.

4.2 *Het aannemen van een arbeidsovereenkomst met de inlener*

Uit de arresten KG en Daimler volgt dat, indien de nationale wet- of regelgever geen enkele passende maatregel heeft opgenomen in het nationale recht, de nationale rechter moet onderzoeken of in een concreet geval sprake is van permanente terbeschikkingstelling. Indien de Nederlandse rechter het payrollregime – anders dan wij betogen – in het geheel niet beschouwt als een passende maatregel of hij van oordeel is dat de payrollcriteria zich niet lenen voor toepassing op de voorbeeldplatforms, kan de Nederlandse rechtspraak over het werkgeversbegrip uitkomst bieden. Hoewel de Nederlandse rechter doorgaans de uitlener identificeert

86 Vergelijk Kamerstukken II 1996/97, 25264, nr. 3, p. 12-13. Tegelijkertijd verdient opmerking dat de schoonmakers vanwege de Regeling Dienstverlening aan Huis (nog) minder gebaat zijn bij een arbeidsovereenkomst met het huishouden: zie hierna. Om dezelfde reden biedt ook artikel 8a lid 2 Waadi (indien de inlener geen werknemers in dienst heeft, heeft de payrollwerknemer recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector) de schoonmakers van Helpling weinig soelaas.

87 In de Helpling-zaak was (zoals gezegd, zie voetnoot 67) geen sprake van exclusiviteit of permanente terbeschikkingstelling. Hof Amsterdam paste daarom terecht de regels voor uitzending en niet het payrollregime toe.

88 Zou dit anders zijn, dan zou dit overigens niet automatisch betekenen dat het payrollregime geen passende maatregel is. Lidstaten kunnen, zoals gezegd, voor *hard-and-fast rules* (zoals een maximumtermijn) kiezen. Hieruit volgt dat de Uitzendrichtlijn niet dwingt tot het nemen van specifieke maatregelen die voor elke permanent ter beschikking gestelde werknemer in een concreet geval leiden tot individuele rechtvaardigheid.

Mr. M.A.N. van Schadewijk & mr. S.R. Koster

als de werkgever,⁸⁹ maakt hij een uitzondering wanneer de driehoeksconstructie is opgezet met als enige doel bepaalde, werknemersbeschermende regelgeving zoals de ketenregeling te omzeilen. In dat geval zet de rechter het beoogde werkgeverschap van de uitlener opzij en rekent hij de arbeidsovereenkomst toe aan de inlener.⁹⁰ Deze rechtspraak biedt een aanzet tot de gedachte dat wanneer partijen in strijd handelen met het verbod op permanente terbeschikkingstelling, de inlener kan worden aangemerkt als de werkgever.⁹¹

Het aannemen van een arbeidsovereenkomst met de inlener is een nationale sanctie op overtreding van het verbod op permanente terbeschikkingstelling.⁹² Op grond van artikel 10 Uitzendrichtlijn moet die sanctie doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn. In de literatuur lijkt men het erover eens te zijn dat het aanmerken van de inlener als de werkgever – met alle werkgeversverantwoordelijkheden van dien – een stevige maar evenredige sanctie is op overtreding van het verbod.⁹³ In het Daimler-arrest lijkt ook het Hof het aannemen van een arbeidsovereenkomst met de inlener te beschouwen als een aanvaardbare sanctie.⁹⁴ Wat betreft de voorbeeldplatforms plaatsen wij bij deze constatering wel een kanttekening. Hoewel niet kan worden uitgesloten dat ‘werknemers’ in de zin van de Uitzendrichtlijn ook ‘werknemers’ in de zin van artikel 7:610 van het Burgerlijk Wetboek (BW) zijn,⁹⁵ staat dit niet vast. Het zijn twee verschillende werknemersbegrippen.⁹⁶ Het kan dan ook niet met zekerheid worden gezegd dat (alle) werkenden van Temper, Zorgwerk en Helping zijn te kwalificeren als werknemers van de

- 89 Redengevend is dat naar de werknemer duidelijk wordt gecommuniceerd over de aard van de driehoeksrelatie en dat uitvoering wordt gegeven aan de afspraken over het werkgeverschap; M.A.N. van Schadewijk, *Werkgeverschap, macht en het Hof van Justitie*, in: F.G. Laagland (red.), *Verburg: Geciteerd en besproken*, Deventer: Kluwer 2021, p. 68.
- 90 Bijvoorbeeld HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:312, JAR 2020/87, m.nt. J.P.H. Zwemmer, JIN 2020/45, m.nt. D.J. Prins (Taxi Dorenbos). Zie nader Van Schadewijk 2021, p. 68-69; Verburg, TRA 2021.
- 91 Zie ook Zekić 2021, p. 6-8; Jansen 2022, p. 61-62.
- 92 De werknemer kan bij overtreding van het misbruikverbod geen subjectief recht ontlenen aan de Uitzendrichtlijn op het ontstaan van een arbeidsovereenkomst met de inlener; Daimler, punten 97 en 100 en dictum. Opmerking verdient dat het payrollregime, anders dan het aannemen van een arbeidsovereenkomst met de inlener, niet de sanctie op het overtreden van het verbod, maar de implementatie van het verbod zelf is. Als sanctie op het niet-naleven van het payrollregime kan men denken aan het alsnog moeten naleven van het payrollregime in combinatie met het moeten betalen van schadevergoeding aan de werknemer.
- 93 S. Witte, *Leiharbeit beim Betriebsübergang*, Baden-Baden: Nomos 2015, p. 116; Laagland & Van Braak 2020, p. 9-10; Brors 2021, p. 158; E. Klengel, *Leiharbeit ‘vorübergehend’*, *Arbeit und Recht* 2021, p. 185; Jansen 2022, p. 61. Zie voor een andere opvatting (vóór het wijzen van Daimler) Mouselli, annotatie bij KG, JIN 2020/164.
- 94 Daimler, punten 87-100. Zie ook conclusie A-G Tachev bij Daimler, punten 68-72.
- 95 Zie o.a. Verburg, TRA 2021, p. 17; S. Said, *De arbeidsovereenkomst: een bewerkelijk begrip*, Deventer: Kluwer 2022, p. 188. Beide auteurs stellen dat op basis van het arrest X/Gemeente Amsterdam het Nederlandse werknemersbegrip opschuift in de richting van het Europese werknemersbegrip.
- 96 Vergelijk in dit nummer Laaglands analyse van de conclusie van A-G De Bock inzake Deliveroo in het licht van het Europese werknemersbegrip.

platforms in de zin van artikel 7:610 BW.⁹⁷ In het verlengde hiervan lijkt het een grote stap om via het misbruikverbod van de Uitzendrichtlijn zowel de werkende een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW toe te kennen als de opdrachtgever (in plaats van het platform) aan te wijzen als de werkgever. Dit geldt in ieder geval voor Temper en Zorgwerk. Voor deze platforms ligt het voor de hand dat ernstig afbreuk wordt gedaan aan het businessmodel wanneer de opdrachtgever op enig moment kan worden beschouwd als de werkgever, terwijl volgens de criteria van artikel 7:610 BW geen sprake is van een arbeidsovereenkomst (met het platform dan wel de opdrachtgever).⁹⁸ Misschien is het voor de werkenden van deze platforms voldoende wanneer zij bij overtreding van het misbruikverbod een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW geacht worden te hebben met het platform, met de daarbij horende arbeidsrechtelijke bescherming (zoals ontslagbescherming en loondoorbetaling bij ziekte).⁹⁹ Gezien de beoordelingsvrijheid die lidstaten in dit verband toekomt, denken wij echter dat ook in deze situatie het aannemen van een arbeidsovereenkomst met de inlener een evenredige en dus toegestane sanctie is.¹⁰⁰ Hiermee is echter niet de (politieke) vraag beantwoord of dit ook een *wenselijke* sanctie is.

Voor de schoonmakers van Helpling speelt tot slot een ander probleem. Een arbeidsovereenkomst tussen een schoonmaker en een huishouden is onderworpen aan de Regeling Dienstverlening aan Huis. Toepassing van de Regeling Dienstverlening aan Huis brengt mee dat schoonmakers minder sociaalrechtelijke bescherming hebben dan wanneer zij een arbeidsovereenkomst (uitzend- of payrollovereenkomst) hebben met Helpling. Het bestaan van een uitzendovereenkomst met Helpling was en is dan ook de inzet van de schoonmaker in de Helpling-zaak.¹⁰¹

- 97 Het oordeel van het hof Amsterdam inzake Helpling doet hieraan niet af. Voor een andere schoonmaker of bij een (geringe) aanpassing van het businessmodel kan de beoordeling anders uitvallen. De zaak ligt bovendien voor bij de Hoge Raad.
- 98 Vergelijk Zekić 2021, p. 8, die stelt dat het aannemen van een arbeidsovereenkomst met de inlener bij overtreding van het misbruikverbod leidt tot rechtsonzekerheid en daarom onwenselijk is.
- 99 Vergelijk C. Hießl, The legal status of platform workers: regulatory approaches and prospects of a European solution, Italian Labour Law e-Journal 2022/1, p. 18. Men kan vervolgens discussiëren over het antwoord op de vraag of die arbeidsovereenkomst een uitzend- of payrollovereenkomst moet zijn. In beide gevallen is sprake van een verdergaande sanctie dan het 'kaal' toepassen van het payrollregime, aangezien die toepassing (zoals gezegd, zie voetnoot 80) mogelijk is zonder dat er een arbeidsovereenkomst ontstaat met het platform.
- 100 Interessant is nog de vraag of, wanneer de terbeschikkingstelling door de platforms is te kwalificeren als payrollrolling maar de rechter het payrollregime niet als passende maatregel beschouwt, deze sanctie leidt tot een uitleg *contra legem* van artikel 7:692 BW (met als gevolg dat de sanctie niet mogelijk is), met als argument dat artikel 7:692 BW het payrollbedrijf en niet de inlener als werkgever ziet. Naar onze mening is van een uitleg *contra legem* geen sprake. Artikel 7:692 BW bepaalt niet dwingend dat het payrollbedrijf altijd de werkgever is. Ook naar huidig recht kunnen zich (misbruik)situaties zoals in Taxi Dorenbos voordoen en bestaat er – voor zover het payrollregime geen uitkomst biedt – ruimte om door driehoeksconstructies heen te kijken. Zie nader M.A.N. van Schadewijk, Abuse of triangular employment relationships – concept of employer, International Labour Law Reports 2021, p. 31-38.
- 101 Helpling huldigt het standpunt dat de schoonmaker ingevolge zijn algemene voorwaarden een arbeidsovereenkomst heeft met het huishouden waarop de Regeling Dienstverlening aan Huis van toepassing is.

Mr. M.A.N. van Schadewijk & mr. S.R. Koster

Mocht er toch sprake zijn van permanente terbeschikkingstelling, dan lijkt het aannemen van een arbeidsovereenkomst naar nationaal recht met het platform in het geval van Helpling sowieso een passender sanctie.

5 Conclusie

Van de drie voorbeeldplatforms heeft het verbod op permanente terbeschikkingstelling in ieder geval relevantie voor Temper en Zorgwerk. Zij vallen onder de Uitzendrichtlijn en voor beide platforms kan zich een aantal omstandigheden voordoen die wijzen op permanente terbeschikkingstelling. Welke relevantie het verbod precies heeft voor deze platforms, is afhankelijk van de wijze waarop de Nederlandse wetgever en rechter toepassing geven aan het verbod. Gezien de beoordelingsvrijheid die lidstaten toekomt, is toepassing van het wettelijke payrollregime – mits de Nederlandse rechter de payrollcriteria ruim uitlegt – naar onze mening een passende maatregel zoals bedoeld door het Hof. Dit zou betekenen dat platformwerkers die permanent ter beschikking worden gesteld aan dezelfde opdrachtgever een beroep kunnen doen op het payrollregime. Mocht de Nederlandse rechter het payrollregime daarentegen geen passende maatregel vinden of de payrollcriteria niet ruim willen uitleggen, dan kan de platformwerker zich beroepen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever. Wat betreft de voorbeeldplatforms bestaat er dus geen verplichting vanuit Europa tot actie voor de Nederlandse wetgever. Tegelijkertijd komt de (politieke) vraag op of het wenselijk is om de Nederlandse maatregelen tegen permanente terbeschikkingstelling een-op-een toe te passen op de voorbeeldplatforms. Onze analyse van Temper, Zorgwerk en Helpling illustreert dat zowel het payrollregime als het aannemen van een arbeidsovereenkomst met de inlener niet zomaar is toe te passen op platformarbeid. In meer algemene zin roept deze constatering de vraag op in hoeverre het huidige regelgevende kader voor uitzending geschikt is voor de regulering van platforms die optreden als uitzendbureau.¹⁰² Het verdient aanbeveling dat op beleidsniveau wordt nagedacht over de verhouding tussen platformarbeid en uitzending en of de terbeschikkingstelling van werkenden door platforms een andere behandeling vereist. Op Europees niveau lijkt actie op dit punt niet snel te verwachten. Illustratief is het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden, dat niets regelt over driehoeksrelaties. De bal ligt dus bij de Nederlandse politiek.

102 Zie wat betreft Helpling ook Said, annotatie bij Hof Amsterdam (Helpling), JAR 2021/263; Van Schadewijk, annotatie bij HvJ (Manpower), TRA 2022/35.