



UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM

Amsterdams Instituut voor Arbeidsstudies -
Hugo Sinzheimer Instituut

A photograph of the Amsterdam Law School building, a modern glass and steel structure with a prominent glass facade. The building is situated in an urban environment with a canal in the foreground and a busy pedestrian walkway. The sky is overcast. The text 'Amsterdam Law School' is visible on the building's facade.

Uitzendregime in Europees perspectief

mr. dr. N. Jansen, 19 September 2023

Nederlandse uitzendregime: principes

- Uitzendovereenkomst is een arbeidsovereenkomst
- Arbeidsrecht is in beginsel van toepassing
- Allocatiefunctie rechtvaardigt uitzonderingen op het arbeidsrecht
- Gelijke behandeling uitzendkrachten vanaf dag 1
- Zekerheid van werkenden jegens het uitzendbureau neemt toe naarmate de uitzendrelatie langer duurt
- Geen wettelijke reden voor uitzenden
- Geen wettelijke beperkingen voor inleners qua duur
- Geen vergunningenstelsel

Nederlandse uitzendregime: drie pijlers

Pijler 1: BW -> artikel 7:690, 7:691, 7:692 en 7:692a

- 7:690 en 7:692 bevatten definities van uitzendovk en payrolling
- Uitzendbeding: totdat in 26 weken arbeid is verricht (7:691 lid 2 en 3)
- Ketenregeling van toepassing zodra in 26 weken arbeid is verricht (7:691 lid 1)
- 7:628 -> uitsluiten gedurende zes maanden (7:691 lid 7)
- 7:668a -> 36 mnd 48 mnd en 3 naar 6 (7:691 lid 8)

Nederlandse uitzendregime: drie pijlers

Pijler 2: Waadi -> artikel 8 en 8a en belemmeringsverbod in artikel 9a

- Artikel 8 Waadi -> gelijke behandeling (loonverhoudingsvoorschrift, inlenersbeloning) ten aanzien van beloning en vergoedingen (lid 1) en arbeidstijden, rusttijden, pauzes, nachtdienst etc. (lid 1): ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden voor gelijke of gelijkwaardige functies
- Artikel 8a -> gelijke behandeling van payrollwerknemers (stap verder dan uitzendwerknemers maar nog geen pensioen)

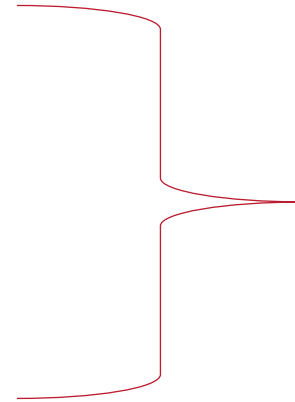
Nederlandse uitzendregime: drie pijlers

Pijler 3: Cao 1 juli 2023 (ABU-cao en NBBU-cao: qua inhoud gelijk maar wel twee cao's. ABU-cao van tijd tot tijd avv)

- Artikel 10: fasensysteem ->
 - Fase A eindigt zodra in meer dan 52 weken arbeid is verricht (steeds uitzendbeding tenzij anders overeengekomen)
 - Fase B: max 3 jaar en zes contracten
 - Fase C: voortzetting na Fase C
- Artikel 16: inlenersbeloning (limitatief)

Vijf arresten: drie thema's

- HvJ EG 14 oktober 2020, C-681/18 (JH/KG)
- HvJ EG 17 maart 2022, C-232/20 (Daimler)
- HvJ EG 12 mei 2022, C-426/20 (Luso Temp)
- HvJ EG 15 december 2022, C-311/21 (TimePartner)
- HvJ EG 22 juni 2023, C-427/21 (ALB Fils Kliniken)



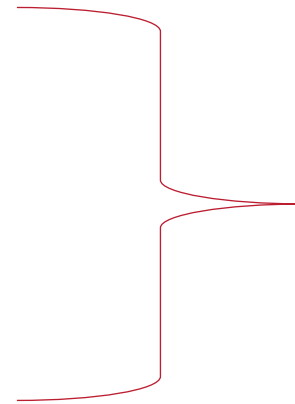
1) Tijdelijkheid

2) Structureel werk

3) Gelijke behandeling

Drie arresten: twee thema's

- ~~HvJ EG 14 oktober 2020, C-681/18 (JH/KG)~~
- HvJ EG 17 maart 2022, C-232/20 (Daimler)
- HvJ EG 12 mei 2022, C-426/20 (Luso Temp)
- HvJ EG 15 december 2022, C-311/21 (TimePartner)
- ~~HvJ EG 22 juni 2023, C-427/21 (ALB Fils Kliniken)~~



1) Tijdelijkheid

2) Structureel werk

3) Gelijke behandeling

De drie thema's in nationale context

- 1) Tijdelijkheid: in het Nederlandse recht is **niet** bepaald dat de driehoeksrelatie tijdelijk moet zijn. Zie anders bijvoorbeeld: Duitsland en België (**zie straks presentatie Johan Zwemmer**)
- 2) Structureel werk: in het Nederlandse recht is **niet** bepaald dat uitzendwerk alleen gebruikt zou mogen worden voor bepaald werk (denk aan ziek en piek). Zie anders bijvoorbeeld: België
- 3) Gelijke behandeling: artikel 8 Waadi, afwijking bij cao mogelijk -> uitzend-cao kent een afwijking van de wettelijke 'inlenersbeloning' (bekende uitzondering: pensioen). Uitzend-cao kent eigen regels over loon bij ziekte en vakantie

Een beetje achtergrond bij de thema's

1) Structurele functie: bij de invoering van de Wfz en de Waadi werd wel aangestipt dat flexwerk een toegevoegde waarde was op de arbeidsmarkt vanwege piek en ziek. Piek en ziek waren ook lange tijd de belangrijkste redenen om uitzendwerk te gebruiken. Maar dit is niet wettelijk geregeld

- 4 of de 5 uitzendwerknemers verricht een functie die ook door werknemers met een vast dienstverband wordt verricht. Ziek en piek zijn nog wel belangrijke motieven (50%)
- In Europa: in 2002 met name ziek en piek. In 2008 oog voor ontwikkeling dat uitzendwerk werd ingezet voor structureel werk

Een beetje achtergrond bij de thema's

2) Gelijke behandeling van uitzendkrachten is altijd een belangrijk onderdeel van het wettelijke regime geweest. De idee daarachter is wel wat geschoven: aanvankelijk bescherming vaste werknemers en de arbeidsvoorwaardenvorming bij de inlener, maar inmiddels ook bescherming uitzendwerknemer

- In Europa: lang gediscussieerd over de vormgeving van de gelijke behandeling en opties tot afwijken. Gelijke behandeling werd gezien als de kern van de Uitzendrichtlijn waarin een balans is gezocht tussen flex en zekerheid. Die kern bracht mee: afwijkingen beperken en restrictief uitleggen.

Structureel

HvJ EG 1 augustus 2022 (Daimler): Duitse zaak waarin een Duitse uitzendkracht van 2014 tot 2019 (55 mnd) als uitzendkracht werkzaam is geweest bij Daimler in een structurele functie. Termijn in Duitsland geldt pas vanaf 2017 en in cao is afgeweken van wettelijke termijn. Bij de berekening van de termijn (wet en cao) telt de periode van voor 2017 niet mee. De maximale termijn was ogv de wet en de cao (en het overgangsrecht dus nog niet verstreken. Niettemin kan volgens uitzendkracht kan niet meer worden gesproken van tijdelijkheid

Structureel

Verzet het begrip ‘tijdelijk’ in de definities van de richtlijn zich ertegen dat ter beschikking wordt gesteld om een functie te vervullen die permanent bestaat zonder daarbij iemand te vervangen?

Hof: Nee, tekst, context en doel dwingen niet tot die conclusie.

Tekst en context: begrip tijdelijkheid verwijst niet naar functie en lidstaat is niet verplicht een reden te stellen -> dus uitzenden is niet alleen gekoppeld aan tijdelijke functies

Doel: inzetten van uitzendwerk voor permanente functies past bij de opstapfunctie (nevendoel van de richtlijn)



Gelijke behandeling

Uitgangspunt nationale recht: ‘essentiële arbeidsvoorwaarden’ zijn ten minste dezelfde

HvJ EG 12 mei 2022, C-426/20 (Luso Temp) is een Portugese zaak waarin uitzendkrachten geen recht hebben op een vergoeding van nog openstaande vakantiedagen bij de beëindiging van de uitzendovereenkomst (gekoppeld aan de opdracht). Dit is conform het Portugese recht en de Portugese rechter twijfelt of dat in strijd is met de richtlijn en vraagt om uitleg van het begrip ‘essentiële arbeidsvoorwaarden’.

Gelijke behandeling

De Uitzendrichtlijn bevat een definitie van het begrip ‘essentiële arbeidsvoorwaarden’ in artikel 3 lid 1 onder f:

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: i) de arbeidstijd, overuren, pauzes, rusttijden, nachtarbeid, vakantie en feestdagen; ii) de bezoldiging.

Gelijke behandeling

Hof: Ja, ook vergoeding voor niet-genoten vakantiedagen

Tekst: verwezen wordt naar vakantie en bezoldiging en in de preambule naar art 31 Handvest (jaarlijkse vakantie met behoud van loon)

Context: uitzendrichtlijn vult richtlijn tijdelijke contracten en deeltijdwerk aan en begrip arbeidsvoorwaarden in die richtlijnen wordt ruim uitgelegd ('rechten en plichten die een bepaalde arbeidsverhouding bepalen, met inbegrip van de voorwaarden waaronder iemand werk verricht en waaronder die arbeidsverhouding kan worden beëindigd') -> gelijke behandeling van uitzendkracht is nog sterker en noopt a fortiori tot een soortgelijke uitleg

Doel: bescherming uitzendkracht door gelijke behandeling (ten volle eerbiedigen)

Gelijke behandeling

Begrip ‘essentiële arbeidsvoorwaarden’ moet ruim worden uitgelegd. Valt daaronder dan ook de voorwaarden waaronder de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd?

Wat dus te denken over de rechtsgeldigheid van artikel 7:691 lid 2 (uitzendbeding)? In strijd met gelijke behandeling?

Tekst geeft niet direct aanleiding voor deze uitleg, maar wel een ruime uitleg en opsomming is niet limitatief

Context en doel geven wel aanleiding voor deze uitleg

Het geeft de wetgever stof tot nadenken...

Gelijke behandeling

In hoeverre is afwijking bij cao toegestaan?

Artikel 5 lid 3 Richtlijn: De lidstaten kunnen, na raadpleging van de sociale partners, hun de mogelijkheid bieden om op het passende niveau en onverminderd de door de lidstaten vastgestelde voorwaarden, collectieve overeenkomsten voort te zetten of te sluiten die, met inachtneming van de algemene bescherming van de uitzendkrachten, regelingen inzake de arbeidsvoorwaarden voor uitzendkrachten bevatten welke kunnen afwijken van de in lid 1 vastgestelde regelingen.

Gelijke behandeling

HvJ EG 15 december 2022, C-311/21 is een Duitse zaak waarin aan de orde is of een cao-afwijking van het beginsel van gelijke behandeling in strijd is met de Richtlijn. De cao bevat voor uitzendkrachten een afwijking van de gelijke behandeling ten aanzien van de bezoldiging (EUR 9,23 tegen EUR 13,64).

Wat is de betekenis van ‘met inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten’?

Gelijke behandeling

Hof: afwijkingen in het nadeel moeten worden gecompenseerd door voordelen

Tekst: ‘algemene bescherming’ is niet verder uitgewerkt

Doel en context: tweeledige doelstelling met nadruk op het belang van bescherming en restrictieve uitleg van uitzonderingen: algemene bescherming is alleen gewaarborgd als afwijkingen ten nadele worden gecompenseerd. De voordelen moeten betrekking hebben op de in artikel 3 lid 1 onder f genoemde essentiële arbeidsvoorwaarden.

Gelijke behandeling

Presumption of righteousness

- De aanname dat het wel goed zit, rechtvaardigt een terughoudende toetsing door de rechter (denk aan Bollemeijer/TPG)
- Niet aan de orde bij de beoordeling ‘met inachtneming van de algemene bescherming’

Hof: onderhandelingsvrijheid geeft sociale partners ruimte voor overleg zonder inmenging van lidstaten etc. Zij hebben een daarbij passende beoordelingsmarge, maar recht op collectieve onderhandelingen moet wel in overeenstemming met het Unierecht worden uitgeoefend.

Gelijke behandeling

Hof: ‘[...] behoort het tot de verplichtingen van de verwijzende rechter, die de volle werking van de richtlijn 2008/104 moet verzekeren, om na te gaan of collectieve overeenkomsten die krachtens artikel 5, lid 3, van deze richtlijn afwijken van het beginsel van gelijke behandeling, op passende wijze de algemene bescherming van de uitzendkrachten te waarborgen door hun als tegenprestatie voor elke afwijking van dat beginsel van gelijke behandeling compenserende voordelen toe te kennen. Ongeacht de beoordelingsmarge waarover sociale partners beschikken om over collectieve overeenkomsten te onderhandelen en deze te sluiten, is de nationale rechter ertoe gehouden alles te doen wat binnen zijn bevoegdheid ligt om na te gaan of collectieve overeenkomsten verenigbaar zijn met de vereisten van artikel 5, lid 3, van richtlijn 2008/104.’