

340. Gelijke behandeling van uitzendkrachten: twee arresten van het Hof van Justitie en een conceptwetsvoorstel

MR. DR. S. PALM

Twee arresten over het beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten van het Hof van Justitie van de Europese Unie uit 2022 en een in 2023 ter internetconsultatie voorgelegd conceptwetsvoorstel ter versterking van de rechten van (onder meer) uitzendkrachten hebben vergaande arbeidsrechtelijke gevolgen voor de uitzendsector. In dit artikel worden deze gevolgen in kaart gebracht.

1. Inleiding

Het beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten houdt in dat uitzendkrachten voor de duur van een terbeschikkingstelling recht hebben op ten minste dezelfde (essentiële) arbeidsvoorwaarden als die voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks bij de inlenende onderneming in een gelijke of gelijkwaardige functie in dienst waren getreden.¹ De Uniewetgever heeft dit beginsel uitgewerkt in art. 5 Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid (Uitzendrichtlijn).² Gelijke behandeling is in de Uitzendrichtlijn beperkt tot essentiële arbeidsvoorwaarden. Onder essentiële arbeidsvoorwaarden valt volgens art. 3 lid 1 onder f Uitzendrichtlijn onder meer de 'bezoldiging'. Het begrip bezoldiging heeft de Uniewetgever niet nader gedefinieerd. Op grond van art. 5 lid 2 tot en met 4 Uitzendrichtlijn heeft een lidstaat de ruimte om afwijkingen van dit beginsel van gelijke behandeling toe te staan.

Art. 8 en 8a Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) bevatten de nationale uitwerking van dit beginsel van gelijke behandeling. Art. 8 Waadi, inzake terbeschikkingstelling die niet plaatsvindt in het kader van payrolling, schrijft een gelijke behandeling voor ten aanzien van loon, overige vergoedingen en arbeidstijden. De wetgever heeft het begrip arbeidstijden nog nader toegelicht, maar de begrippen loon en overige vergoedingen niet. Op grond van art. 8 lid 4 Waadi kan van dit gelijkebehandelingsvoorschrift worden afgeweken via een collectieve arbeidsovereenkomst (cao). Diverse cao's, waaronder de cao's voor uitzendkrachten, bevatten (nadere) regels over

de gelijke behandeling (inclusief beloning) van uitzendkrachten.^{3,4}

Zonder een eenduidige interpretatie van de begrippen '(essentiële) arbeidsvoorwaarden', 'bezoldiging', 'loon' en 'overige vergoedingen' roept deze gelaagde structuur van regelgeving (de Uitzendrichtlijn, de nationale wetgeving, in het bijzonder art. 8 Waadi, en cao-bepalingen) in combinatie met de afwijkingsmogelijkheden van dit gelijkebehandelingsvoorschrift vragen op. Twee ontwikkelingen maken die vragen nog belangrijker en nopen tot een nadere beschouwing en analyse van zowel (i) dit beginsel van gelijke behandeling, specifiek ten aanzien van bezoldiging, als (ii) de mogelijkheid tot afwijking van dit beginsel. De eerste ontwikkeling betreft twee uitspraken over het beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten van het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie) uit 2022, hierna aangeduid als *Luso Temp* en *TimePartner*.⁵ De tweede ontwikkeling betreft het door het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in 2023 ter internetconsultatie voorgelegde concept van het voorstel tot de Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten.⁶ Dit conceptwetsvoorstel bevat een vergaande aanpassing van het gelijkebehandelingsvoorschrift uit art. 8 Waadi.

1 Voor een overzicht van het gelijkebehandelingsvoorschrift in de Waadi: E.J.A. Franssen, *De Waadi (Monografieën Sociaal Recht nr. 81)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, hoofdstuk 6.

2 Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (*PbEU* 2008, L 327).

3 Onder andere art. 16 Cao voor Uitzendkrachten, algemeen verbindend verklaard bij besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 25 augustus 2022, *Stcr.* 2022, 18667.

4 Voor in het kader van payrolling ter beschikking gestelde arbeidskrachten schrijft art. 8a Waadi een volledige gelijkstelling van arbeidsvoorwaarden voor; alleen voor de aansluitingen bij een fonds en de pensioenregeling gelden afwijkende regels op grond van art. 8a lid 3 tot en met 6 Waadi.

5 HvJ EU 12 mei 2022, C-426/20, ECLI:EU:C:2022:373 (*Luso Temp*); HvJ EU 15 december 2022, C-311/21, ECLI:EU:C:2022:983 (*TimePartner*).

6 Internetconsultatie van het concept van het voorstel tot Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten, ingediend door het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Startdatum van de consultatie was 10 juli 2023 en einddatum van de consultatie was 4 september 2023 ([Internetconsultatie.nl](https://internetconsultatie.nl)).

De vraagstelling van dit artikel is: wat zijn de (mogelijke) arbeidsrechtelijke gevolgen van de arresten *Luso Temp* en *TimePartner* en de beoogde wijziging van art. 8 Waadi?

Eerst volgt een beschouwing van de begrippen en het systeem van gelijke behandeling in zowel de Uitzendrichtlijn (paragraaf 2) als art. 8 Waadi (paragraaf 3) en de nationale rechtspraak over die begrippen en dat systeem (paragraaf 4). Daarna volgt een analyse van de arresten *Luso Temp* en *TimePartner* (respectievelijk paragraaf 5 en 6) en de voorgestelde wijziging van art. 8 Waadi (paragraaf 7), mede tegen de achtergrond van de daarvoor behandelde begrippen, het systeem en de nationale rechtspraak.⁷ Ter afsluiting volgt een conclusie (paragraaf 8).⁸

2. Art. 1 en 5 Uitzendrichtlijn

2.1 Definities

In art. 3 lid 1 onder f Uitzendrichtlijn definieert de Uniewetgever ‘essentiële arbeidsvoorwaarden’ als volgt: ‘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, nacht arbeid, vakantie en feestdagen; ii) de bezoldiging’. Op grond van art. 3 lid 2 Uitzendrichtlijn mag deze richtlijn geen afbreuk doen aan het nationale recht wat ‘de definitie van bezoldiging, arbeidsovereenkomst, arbeidsverhouding of werknemer betreft’. Het begrip bezoldiging is bij amendement aan art. 3 lid 2 Uitzendrichtlijn toegevoegd. Uit de openbare stukken blijkt dat de toevoeging van het begrip bezoldiging verband hield met bezwaren en bezorgdheid omtrent de toepassing van het gelijkebehandelingsvoorschrift op de component bezoldiging, onder meer omdat de bezoldiging (beloning) als zodanig op grond van art. 153 lid 5 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) is

uitgesloten van het regelingsbereik van de Uniewetgever.^{9,10} Via art. 3 lid 2 Uitzendrichtlijn houden lidstaten dus (enige) zeggenschap over de definitie en (derhalve) de reikwijdte van het begrip bezoldiging.

2.2 Spanningsveld (i): definiëring bezoldiging versus verplichting tot gelijke behandeling

Die vrijheid tot definiëring van het begrip bezoldiging schuurt met de verplichting tot gelijke behandeling. Door een beperking van het begrip bezoldiging in het nationale recht kan het gelijkebehandelingsvoorschrift immers worden uitgehold. Dit spanningsveld werd al snel na de totstandkoming van de Uitzendrichtlijn onderkend door de Expert Group, een informele groep van experts die in 2011 op verzoek van de Europese Commissie een rapport heeft uitgebracht. In het geval dat het Hof van Justitie zich zou moeten buigen over het begrip bezoldiging, is volgens de Expert Group niet uitgesloten dat dit hof van een ruim begrip zal uitgaan, waaronder ook reiskosten, ontslagvergoedingen en pensioenen vallen. De Expert Group wijst in dit verband op de verplichting tot gelijke beloning van mannen en vrouwen als bedoeld in art. 157 VWEU. Het begrip beloning wordt in relatie tot deze specifieke verplichting door het Hof van Justitie inderdaad ruim uitgelegd.¹¹ Die ruime uitleg zou door het Hof van Justitie mogelijk eveneens kunnen worden gebruikt voor de interpretatie van het begrip bezoldiging in de Uitzendrichtlijn, aldus de Expert Group.¹² Tegen deze gedachtegang van de Expert Group kan men inbrengen dat in het VWEU op verschillende plaatsen het begrip bezoldiging of beloning wordt genoemd naast overige vergoedingen en pensioenen, namelijk in art. 243 en 286 lid 7 VWEU. Bezoldiging omvat dus mogelijk niet alle financiële arbeidsvoorwaarden.

2.3 Spanningsveld (ii): definiëring bezoldiging versus algemeen beschermingsniveau

Die vrijheid tot nadere invulling (en beperking) van het begrip bezoldiging zou eveneens strijdig kunnen zijn met de verplichting het algemeen beschermingsniveau te handhaven. Op grond van art. 5 lid 3 Uitzendrichtlijn kunnen lidstaten aan sociale partners de ruimte bieden af te wijken van de verplichting tot gelijke behandeling, maar die collectieve overeenkomsten tussen sociale partners moeten wel

7 Voor de beantwoording van de vraag hoe rechters in de nationale rechtspraak over het gelijkebehandelingsvoorschrift hebben geoordeeld, zijn de op Rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken tot en met 2022 geanalyseerd. Gezocht is op de termen: ‘inlenersbeloning’, ‘loonverhoudingsnorm’, ‘loonverhoudingsvoorschrift’ en ‘8 waadi’.

8 Een rechtspositivistisch perspectief vormt het uitgangspunt van de beschouwing en analyse. De analyse betreft primair de tekst van de Uitzendrichtlijn en art. 8 Waadi als zodanig, de totstandkomingsgeschiedenis, de op Rechtspraak.nl gepubliceerde nationale rechtspraak over dit onderwerp, de aangehaalde twee arresten van het Hof van Justitie en het conceptwetsvoorstel. Secundaire bronnen, zoals literatuur en commentaren, zijn niet uitputtend behandeld, maar vormen uiteraard wel mede de basis voor de beschouwing, analyse en conclusie.

9 Gedurende de totstandkoming van de Uitzendrichtlijn betrof dit art. 137 lid 5 Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap.

10 Zie onder meer de stukken in het digitale documentenregister van de Europese Raad en de Raad van de Europese Unie (consilium.europa.eu), te raadplegen door invoering van het interinstitutioneel dossier ‘2002/0072(COD)’: Social Questions Working Party, 2002/0072(COD), ST10425/2002, p. 5, voetnoot 14; Groep sociale vraagstukken, 2002/0072(COD), ST12222/2002, p. 5, voetnoot 13; Note to Social Questions Working Party, 2002/0072(COD), ST12898/2002; Groep sociale vraagstukken, 2002/0072(COD), ST13291/2002, p. 5, voetnoot 10; Legal Service Contribution to the proceedings of the Working Party on Social Questions on 14 October 2002, 2002/0072(COD), ST13756/2002.

11 Bouwens/Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht* 2023/11.6.1.

12 *Report Expert Group. Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work* (expertgroep ingesteld door de Europese Commissie) 2011, p. 19-20.

de algemene bescherming van uitzendkrachten in acht nemen. Een vergelijkbaar vereiste geldt op grond van art. 5 lid 4 Uitzendrichtlijn voor lidstaten waarin – kort gezegd – geen systeem voor de algemeenverbindendverklaring van bepalingen uit collectieve overeenkomsten bestaat (zie ook overweging 17 van deze richtlijn). Een (zeer) beperkte definitie van het begrip bezoldiging in nationale wetgeving roept daarom niet alleen de vraag op of sprake is van een te vergaande afwijking van het gelijkebehandelingsvoorschrift, maar ook of de algemene bescherming van uitzendkrachten in een dergelijk geval nog wordt gerespecteerd.

2.4 Aanknopingspunten voor een scherpere definitie?

De vraag is of men aan de hand van het Unierecht überhaupt tot een scherpe definiëring van het begrip arbeidsvoorwaarden en bezoldiging kan komen. Deze richtlijn heeft met name tot doel de naleving te waarborgen van de rechten bedoeld in art. 31 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest Grondrechten EU).¹³ In de titel van art. 31 Handvest Grondrechten EU wordt het begrip arbeidsvoorwaarden wel genoemd, maar in de tekst wordt met geen woord over bezoldiging gerept. Volgens de in 2007 gepubliceerde toelichtingen op art. 31 Handvest Grondrechten EU moet het begrip arbeidsvoorwaarden in dit handvest op dezelfde wijze worden uitgelegd als in art. 156 van het VWEU.¹⁴ Maar die verwijzing brengt evenmin verduidelijking. Arbeidsvoorwaarden zijn in art. 156 VWEU als terrein van sociale politiek benoemd, maar niet gedefinieerd. Een verdere verdieping in de totstandkomingsgeschiedenis van art. 156 VWEU heeft vanuit een rechtspositivistisch perspectief voor de uitleg van het begrip arbeidsvoorwaarden waarschijnlijk geen althans beperkte zin. ‘De historische methode is voor de uitleg van het verdragsrecht nauwelijks van belang, omdat de aan de totstandkoming van het verdrag ten grondslag liggende documenten niet toegankelijk zijn’, aldus Hartkamp.¹⁵ Kortom er zijn geen althans weinig, aanknopingspunten.

3. Art. 8 Waadi

3.1 Invoeringswet

Art. 8 Waadi (oud), zoals dit artikel gold voorafgaand aan de implementatie van de Uitzendrichtlijn, schreef voor dat de uitlener aan de ter beschikking gestelde arbeidskracht ‘loon en overige vergoedingen verschuldigd [is] overeenkomstig het loon en de overige vergoedingen die worden toegekend aan werknemers, werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming bij welke de terbeschikkingstelling plaats vindt’.¹⁶ De regering schreef

in de memorie van toelichting bij deze invoeringswet dat met overeenkomstige lonen in dat artikel wordt bedoeld op ‘loonbetaling in dezelfde schaal als welke van toepassing is op gelijke of gelijkwaardige functies in de inlenende onderneming’.¹⁷ Ook in de nota naar aanleiding van het verslag benadrukte de regering dat het gelijkebehandelingsvoorschrift alleen betrekking heeft op ‘lonen en direct daaraan gerelateerde kosten en vergoedingen’ en niet op ‘goede doelen’, ‘pensioen of vut-regelingen e.d.’¹⁸

Over afwijkingen van het gelijkebehandelingsvoorschrift bij cao merkte de regering weinig op. Op grond van de toen geldende tekst van art. 8 Waadi was het gelijkebehandelingsvoorschrift überhaupt niet van toepassing, indien – kort gezegd – het loon en de overige vergoedingen bij cao waren geregeld. Het gelijkebehandelingsvoorschrift was in de woorden van de regering bedoeld voor situaties waarin geen cao van toepassing was.¹⁹

3.2 Implementatiewet

In de memorie van toelichting bij de implementatiewet²⁰ van de Uitzendrichtlijn schreef de regering dat het Nederlandse gelijkebehandelingsvoorschrift op dat moment alleen betrekking had op loon en overige vergoedingen, en niet op de overige in deze richtlijn genoemde essentiële arbeidsvoorwaarden. Met die overige essentiële arbeidsvoorwaarden bedoelde de regering: de arbeidstijd, overuren, pauzes, rusttijden, nachtarbeid, vakantie en feestdagen. De implementatiewet heeft art. 8 Waadi uitgebreid naar die andere essentiële arbeidsvoorwaarden. Tevens blijkt uit die memorie van toelichting dat de regering tot uitgangspunt nam dat de in art. 8 Waadi bedoelde arbeidsvoorwaarden limitatief zijn opgesomd. Voor andere arbeidsvoorwaarden geldt dus geen verplichting tot gelijke behandeling.²¹ Die stelling herhaalde de regering in de nota naar aanleiding van het verslag: de essentiële arbeidsvoorwaarden betreffen een limitatieve opsomming en de implementatiewet plaatst ‘daar geen nationale kop op’ en regelt ‘uitsluitend wat de richtlijn voorschrijft’.²² De memorie van toelichting bevat wel een wat ruimere uitleg van het begrip loon in vergelijking tot de uitleg die de regering bij de invoering van de Waadi heeft gegeven. ‘Loon’, zo schreef de regering, ‘is niets anders dan de tegenprestatie voor de bedongen arbeid en omvat mede het loon over bijvoorbeeld overuren, voor het werken op feestdagen en het loon over vakantiedagen.’²³ In de nota naar aanleiding van het verslag benadrukte de

13 Overweging 1 Uitzendrichtlijn.

14 Toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (PbEU 2007, C 303/02).

15 Asser/Hartkamp 3-I 2023/97. Bij richtlijnen (secundaire wetgeving) is de historische methode – tot op zekere hoogte – wel relevant (Asser/Hartkamp 3-I 2023/180).

16 Wet van 14 mei 1998, houdende regels voor de niet-openbare arbeidsbemiddeling en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs), Stb. 1998, 306.

17 Kamerstukken II 1996/97, 25264, nr. 3, p. 20 (MvT).

18 Kamerstukken II 1996/97, 25264, nr. 5, p. 14 (NV).

19 Kamerstukken II 1996/97, 25264, nr. 3, p. 12-13 en 20 (MvT); Kamerstukken II 1996/97, 25264, nr. 5, p. 14 (NV); Kamerstukken II 1996/97, 25264, nr. 7 (tweede nota van wijziging).

20 Wet van 19 april 2012 tot wijziging van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs en de Wet op de ondernemingsraden in verband met implementatie van de Richtlijn 2008/104/EG van het Europese Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid, Stb. 2012, 173.

21 Kamerstukken II 2010/11, 32895, nr. 3, p. 4-6 (MvT).

22 Kamerstukken II 2010/11, 32895, nr. 5, p. 5 (NV).

23 Kamerstukken II 2010/11, 32895, nr. 3, p. 12 (MvT).

regering dat pensioenaanspraken niet onder de definitie van essentiële arbeidsvoorwaarden vallen.²⁴ De minister ging tijdens de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer nog een stap verder door te stellen dat pensioen geen primaire arbeidsvoorwaarde is.²⁵

Ten aanzien van de in art. 5 lid 3 Uitzendrichtlijn bedoelde afwijkmogelijkheid blijkt uit de memorie van toelichting dat de regering van mening was dat de sociale partners daar zelf nadere invulling aan moeten geven.²⁶ De regering had wel oog voor het vereiste dat een dergelijke afwijking alleen mogelijk is met inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten, maar uit de memorie van toelichting blijkt dat de regering die verplichting niet verbond aan loon en overige vergoedingen, maar alleen aan andere voorwaarden, zoals arbeidstijden, bescherming van zwangere werknemers en maatregelen ter bestrijding van discriminatie. Die andere voorwaarden zijn los van het gelijkebehandelingsvoorschrift al op uitzendkrachten van toepassing, aldus de regering.²⁷ Omdat afwijkingen van dwingendrechtelijke wettelijke voorschriften niet mogelijk zijn, is de algemene bescherming van uitzendkrachten gewaarborgd.²⁸ Zoals de minister tijdens de parlementaire behandeling in de Tweede Kamer opmerkte: ‘Alles wat echt essentieel is, staat in de wet. Alles wat extra is, heb je als cao-partners bepaald. Als je dat als cao-partners bepaald hebt, dan mag je daar als cao-partners ook weer van afwijken.’²⁹ Op basis van deze opmerkingen kan worden vastgesteld dat de regering uitdrukkelijk van mening was dat een afwijking van de verplichting tot gelijke behandeling ten aanzien van het loon of de overige voorwaarden als zodanig geen gevolgen kon hebben voor het niveau van de algemene bescherming van uitzendkrachten. De in art. 8 lid 4 Waadi opgenomen mogelijkheid tot afwijking van het gelijkebehandelingsvoorschrift bevat – anders dan art. 5 lid 3 Uitzendrichtlijn – niet de formulering dat cao-partijen bij afwijkende afspraken de algemene bescherming van uitzendkrachten in acht moeten nemen.

3.3 Wet arbeidsmarkt in balans

Een ruime(re) uitleg van het begrip beloning leest men terug in de parlementaire geschiedenis van de Wet arbeidsmarkt in balans.³⁰ De regering schreef in de memorie van toelichting van deze wet dat de inlenersbeloning op basis van de cao’s voor uitzendkrachten afwijkt van art. 8 Waadi, omdat deze cao’s ‘een dertiende maand, (vaste) eenmalige uitkeringen, bovenwettelijke uitkeringen en bijdragen voor

scholing’ uitsluiten.³¹ Die componenten vallen volgens de regering kennelijk (toch) onder art. 8 lid 1 Waadi. In de nadere memorie van antwoord schreef de regering dat ‘partijen, bijvoorbeeld door het aflopen van de algemeen verbindend verklaring van de ABU-cao indien de werkgever geen lid is van de ABU, alle beloningselementen bij uitzenden moeten toepassen op grond van artikel 8 van de Waadi in plaats van de beloningselementen die in de ABU-CAO vermeld zijn.’³² Indien men inderdaad moet uitgaan van *alle* beloningselementen, omvat loon vrijwel alle financiële voorwaarden (mogelijk met uitzondering van pensioen en afdrachten voor fondsen). Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de regering onderkende dat in cao’s op een voor ter beschikking gestelde arbeidskrachten nadelige wijze van het gelijkebehandelingsvoorschrift wordt afgeweken.³³ Dat nadeel zag de regering als een gegeven en leidde volgens haar blijkbaar niet tot een verplichting om dat nadeel op enige manier te compenseren zodat de algemene bescherming van uitzendkrachten in acht wordt genomen.

3.4 Niet beperkt tot regeling van algemene strekking?

Op één punt lijkt art. 8 Waadi in elk geval ruimer dan het gelijkebehandelingsvoorschrift uit de Uitzendrichtlijn. In art. 3 lid 1 onder f Uitzendrichtlijn beperkt de Uniewetgever het begrip bezoldiging tot ‘in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve arbeidsovereenkomsten en/of andere in de inlenende onderneming vigerende bindende bepalingen van algemene strekking vastgelegde arbeidsvoorwaarden’. Indien de bezoldiging bij de inlenende onderneming niet is vastgelegd in bepalingen van algemene strekking, valt deze bezoldiging op grond van de Uitzendrichtlijn buiten het bereik van het gelijkebehandelingsvoorschrift. In art. 8 lid 1 Waadi heeft de wetgever de verplichting tot gelijke behandeling niet beperkt tot bepalingen van algemene strekking.

4. Nederlandse rechtspraak tot en met 2022

4.1 Art. 8 Waadi: uitleg begrippen loon en overige vergoedingen

Over de uitleg van de begrippen loon en overige vergoedingen in art. 8 Waadi is slechts in beperkte mate rechtspraak gepubliceerd. Vaak is die rechtspraak bovendien weinig richtinggevend.³⁴ In enkele uitspraken lijken rechters een beperkte uitleg te hebben gegeven aan de begrippen loon en overige vergoedingen uit art. 8 Waadi, met als gevolg dat arbeidsvoorwaarden omtrent pensioen, vervroegde uittreding, (aanvullende) arbeidsongeschiktheidsverzekeringen,

24 Kamerstukken II 2010/11, 32895, nr. 5, p. 2-3 en 5 (NV).

25 Handelingen II 2011/12, nr. 58, item 6, p. 34.

26 Kamerstukken II 2010/11, 32895, nr. 3, p. 4-6 en 12 (MvT).

27 Kamerstukken II 2010/11, 32895, nr. 3, p. 12 (MvT).

28 Kamerstukken II 2010/11, 32895, nr. 5, p. 2-3 en 6 (NV).

29 Handelingen II 2011/12, nr. 58, item 5, p. 32.

30 Wet van 29 mei 2019 tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, de Wet financiering sociale verzekeringen en enige andere wetten om de balans tussen vaste en flexibele arbeidsovereenkomsten te verbeteren (Wet arbeidsmarkt in balans), Stb. 2019, 219.

31 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, respectievelijk p. 145 en 35 (MvT).

32 Kamerstukken I 2018/19, 35074, F, p. 7 (nadere memorie van antwoord).

33 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 35-38 (MvT) en Kamerstukken I 2018/19, 35074, F, p. 7 (nadere memorie van antwoord).

34 Zie bijvoorbeeld Rb. Zutphen 9 april 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AF7184 (r.o. 6.4-6.5: basisgedachte is gelijke beloning).

eindejaarsuitkeringen of bonussen niet onder de reikwijdte van dit artikel vallen.³⁵

4.2 Cao-bepalingen: interpretatie en afwijkingen van gelijkebehandelingsvoorschrift

Veel vaker gaan de gepubliceerde uitspraken over de interpretatie van het gelijkebehandelingsvoorschrift zoals uitgewerkt in de cao en de mogelijkheid tot afwijking van het gelijkebehandelingsvoorschrift uit de Waadi bij cao. In die uitspraken volgden rechters voor de beantwoording van de vraag of een arbeidsvoorwaarde onder het gelijkebehandelingsvoorschrift valt veelal de opsomming en definiëring zoals opgenomen in de toepasselijke cao, althans lijken de in de cao opgenomen opsomming en definiëring niet ter discussie te zijn gesteld.³⁶ In één zaak overwoog de rechter dat cao-partijen met het gelijkebehandelingsvoorschrift zoals uitgewerkt in de cao voor uitzendkrachten niet hebben beoogd af te wijken van art. 8 Waadi.³⁷ In twee andere zaken overwoog rechters dat de cao voor uitzendkrachten aansluit bij art. 8 Waadi, maar volgden wel een beoordeling of een beloningscomponent onder de reikwijdte van het gelijkebehandelingsvoorschrift uit deze cao viel.³⁸ Ten aanzien van de afwijkingsmogelijkheden zijn alleen uitspraken bekend waarin rechters hebben overwoog dat cao-partijen mogen afwijken van art. 8 Waadi, althans waarin een afwijkingsmogelijkheid als zodanig niet ter discussie lijkt te zijn gesteld of impliciet voor mogelijk

wordt gehouden.³⁹ Dat die afwijkingsmogelijkheid niet tot uitvoerige discussies heeft geleid, is niet verwonderlijk. In de tekst van (thans) art. 8 lid 4 Waadi wordt immers uitdrukkelijk bepaald dat kan worden afgeweken van het gelijkebehandelingsvoorschrift. Er zijn slechts drie uitspraken bekend waar (zij het uiterst summierlijk) aan de orde kwam of de algemene bescherming van uitzendkrachten als gevolg van een afwijking bij cao nog in acht werd genomen. De rechters oordeelden in alle drie de zaken dat niet was aangetoond, althans niet was geconcretiseerd dat de algemene bescherming van uitzendkrachten als gevolg van die afwijking niet meer in acht was genomen.⁴⁰

4.3 Cao-bepalingen: beperkingen van loonvorderingen

Tot slot, in verschillende uitspraken stonden de in de cao's opgenomen beperkingen omtrent loonvorderingen van uitzendkrachten (eveneens) centraal. Die beperkingen houden – zeer kort samengevat – in dat de uitzendkrachten geen beroep kunnen doen op het gelijkebehandelingsvoorschrift, indien (i) dat het gevolg is van het feit dat de inlenende onderneming onjuiste informatie heeft verstrekt over de beloningscomponenten en (ii) de uitzendwerkgever wel aan de in de cao opgenomen (strikte) voorwaarden heeft

35 Rb. Rotterdam 8 februari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV2500; Rb. Midden-Nederland 1 juni 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2022 (r.o. 4.20); Rb. Zeeland-West-Brabant 17 augustus 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:4804 (r.o. 3.4.7).

36 In eerste aanleg: Rb. Rotterdam 12 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5265 (r.o. 4.9-4.13); Rb. Rotterdam 12 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:11276 (r.o. 4.9-4.13); Rb. Midden-Nederland 15 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3866 (r.o. 4.2); Rb. Overijssel 9 januari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:66 (r.o. 4.6); Rb. Midden-Nederland 24 oktober 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5149 (r.o. 4.3 laatste volzin impliceert mogelijkheid tot afwijking bij cao); Rb. Amsterdam 15 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7730 (r.o. 15-16, 19-21, 31-44); Rb. Noord-Holland 19 mei 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4534 (r.o. 5.4); Rb. Rotterdam 25 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6192 (r.o. 4.6-4.9); Rb. Limburg 3 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8205 (r.o. 4.4.1-4.4.3); Rb. Limburg 3 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8206 (r.o. 6.1-6.5). In hoger beroep: Hof Den Haag 7 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1855 (r.o. 8, 12, 27; eindarrest is ECLI:NL:GHDHA:2017:2026); Hof Den Haag 18 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2026 (r.o. 16-20); Hof 's-Hertogenbosch 29 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3808 (r.o. 3.7.1-3.7.3).

37 Rb. Noord-Holland 28 maart 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2491 (r.o. 5.3-5.11, 5.29-5.38); Rb. Noord-Holland 19 september 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:7811 (eindvonnis).

38 Rb. Rotterdam 7 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4730 (r.o. 4.6); Rb. Rotterdam 7 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4731 (r.o. 4.2).

39 In eerste aanleg: Rb. Arnhem 27 februari 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BH4733 (r.o. 3.14; eerste aanleg van ECLI:NL:GHARN:2010:BO1938); Rb. Groningen 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BY0086 (r.o. 3.5.2-3.5.3); Rb. Midden-Nederland 10 april 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ6242 (r.o. 4.3); Rb. Oost-Brabant 16 maart 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:1931 (r.o. 5.2.1); Rb. Amsterdam 15 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7730 (r.o. 15-16, 19-21, 31-44); Rb. Den Haag 16 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6696 (r.o. 4.4-4.6); Rb. Amsterdam 2 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4308 (r.o. 3.7.2); Rb. Rotterdam 2 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6192 (r.o. 4.6-4.9); Rb. Limburg 3 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8205 (r.o. 4.4.1-4.4.3); Rb. Limburg 3 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8206 (r.o. 6.1-6.5); Rb. Midden-Nederland 8 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6015 (r.o. 4.3-4.5); Rb. Amsterdam 12 januari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2361 (r.o. 14-16); Rb. Midden-Nederland 1 juni 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2022 (r.o. 4.20); Rb. Rotterdam 2 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4407 (r.o. 4.12). In hoger beroep: Hof Arnhem 19 oktober 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO1938 (r.o. 5.16; hoger beroep van ECLI:NL:RBARN:2009:BH4733); Hof 's-Hertogenbosch 23 juli 2013, (r.o. 7.5.1); Hof Den Haag 7 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1855 (r.o. 8, 12, 27; eindarrest is ECLI:NL:GHDHA:2017:2026); Hof Den Haag 18 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2026 (r.o. 16-20); Hof Arnhem-Leeuwarden 11 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1473 (r.o. 5.5; hoort bij ECLI:NL:GHARL:2018:4071); Hof Arnhem-Leeuwarden 26 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4071 (r.o. 2.2-2.3); Hof Amsterdam 19 februari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:489 (r.o. 3.6-3.6.3); Hof Den Haag 13 augustus 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2035 (r.o. 4.9). Bestuursrecht-spraak: ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4283 (r.o. 10.3). Onduidelijk over de afwijkingsmogelijkheid is: Rb. Assen 25 april 2007, ECLI:NL:RBASS:2007:BA3955 (r.o. 4.3-4.5).

40 Hof Den Haag 15 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:22 (r.o. 2.2.8); Hof Den Haag 15 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:21 (r.o. 2.2.8); Hof Amsterdam 14 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2010 (r.o. 3.11-3.14). Voor de volledigheid: bij twee van die drie zaken verwezen de rechters naar lid 4 van art. 5 Uitzendrichtlijn en wordt gesproken over een 'adequaat niveau van bescherming'. Die verwijzing moet een vergissing zijn, want lid 4 van art. 5 Uitzendrichtlijn heeft betrekking op de situatie dat lidstaten de regeling omtrent gelijke behandeling overlaten aan de sociale partners. Dat is in Nederland niet het geval. De afwijking bij cao heeft betrekking op mogelijkheid die wordt geboden in lid 3 (niet: lid 4) van art. 5 Uitzendrichtlijn.

voldaan ter controle van deze beloningscomponenten. In een relatief ruim aantal uitspraken wordt de rechtsgeldigheid van die cao-bepalingen door rechters erkend, althans staat de rechtsgeldigheid van die cao-bepalingen in elk geval niet ter discussie.^{41, 42}

5. Arrest *Luso Temp*: begrip ‘essentiële arbeidsvoorwaarden’

5.1 Oordeel

In de Portugese zaak *Luso Temp* verklaart het Hof van Justitie voor recht dat de Uitzendrichtlijn ‘zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan de vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantiedagen met behoud van loon – en de overeenkomstige vakantietoelage – waarop uitzendkrachten recht hebben bij de beëindiging van hun arbeidsverhouding met een inlenende onderneming, lager is dan de vergoeding waarop die uitzendkrachten in dezelfde situatie en om dezelfde reden recht zouden hebben indien zij rechtstreeks door die inlenende onderneming in dienst waren genomen om er gedurende dezelfde periode dezelfde functie uit te oefenen.’⁴³ De vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantiedagen met behoud van loon en de overeenkomstige vakantietoelage beschouwt het Hof van Justitie in deze concrete zaak als essentiële arbeidsvoorwaarden. De vraag is: dwingt deze uitspraak tot een ruime(re) uitleg van het begrip ‘essentiële arbeidsvoorwaarden’? De uitspraak bevat drie aanknopingspunten voor een ruime uitleg. Tevens kan men drie argumenten tegen een (te) ruime uitleg aanvoeren.

5.2 Aanknopingspunten voor ruime uitleg

Eerste aanknopingspunt

Het Hof van Justitie legt een verband tussen enerzijds het begrip arbeidsvoorwaarden in de Uitzendrichtlijn en anderzijds het begrip arbeidsvoorwaarden in zowel Richt-

lijn 1999/70/EG betreffende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd als Richtlijn 1997/81/EG betreffende deeltijdarbeid.⁴⁴ De Uitzendrichtlijn is opgesteld ter aanvulling van die twee andere richtlijnen, zo brengt het Hof van Justitie in herinnering.⁴⁵ Vervolgens haalt het Hof van Justitie een drietal arresten aan, te weten: (i) *Consejería de Hacienda*, (ii) *Ministerio de Defensa* en (iii) *Greenfield*. In *Consejería de Hacienda* heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het begrip arbeidsvoorwaarden in Richtlijn 1999/70/EG betreffende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd wijst op ‘de rechten en plichten die een bepaalde arbeidsverhouding bepalen, met inbegrip van de voorwaarden waaronder iemand zijn werk verricht en waaronder deze arbeidsverhouding kan worden beëindigd.’⁴⁶ In *Ministerio de Defensa* heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat een vergoeding wegens beëindiging van de arbeidsovereenkomst valt onder het begrip arbeidsvoorwaarden in Richtlijn 1999/70/EG betreffende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.⁴⁷ Tot slot, uit *Greenfield* volgt dat het begrip arbeidsvoorwaarden in Richtlijn 1997/81/EG betreffende deeltijdarbeid volgens het Hof van Justitie mede de vergoeding voor opgebouwde, maar niet genoten vakantiedagen omvat.⁴⁸ Na een verwijzing naar die drie arresten oordeelt het Hof van Justitie dat art. 5 lid 1, eerste alinea Uitzendrichtlijn ‘in nog sterkere mate’ dan deze andere twee richtlijnen ‘is toegespitst op het waarborgen van een doeltreffende bescherming van atypische werknemers en werknemers in een preciaire arbeidssituatie’. Om die reden, zo vervolgt het Hof van Justitie, noopt de vaststelling van de draagwijdte van het begrip arbeidsvoorwaarden in art. 5 Uitzendrichtlijn *a fortiori* tot een soortgelijke oplossing als die waarvoor met betrekking tot de uitleg van het begrip arbeidsvoorwaarden in deze twee andere richtlijnen is gekozen.⁴⁹ Kortom: een ruime uitleg is passend, omdat in die andere richtlijnen een ruime uitleg wordt toegepast.

Tweede aanknopingspunt

Het Hof van Justitie komt in vier stappen tot de conclusie dat een verdragsconforme uitleg eveneens dwingt tot een ruime uitleg. Eerste stap: volgens overweging 1 van de Uitzendrichtlijn heeft deze richtlijn met name tot doel de volledige naleving te waarborgen van art. 31 Handvest

41 Eerste aanleg: Rb. Den Haag 22 augustus 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10292 (r.o. 5.16); Rb. Noord-Holland 24 juni 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:4968 (r.o. 5.11); Rb. Noord-Holland 19 mei 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4534 (r.o. 5.5); Rb. Den Haag 12 augustus 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:16286 (r.o. 4.14-4.15); Rb. Den Haag 12 augustus 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:16287 (r.o. 4.11-4.12). In hoger beroep: Hof Den Haag 15 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:22 (r.o. 2.2.2-2.2.3 en 2.2.9-2.2.10); Hof Den Haag 15 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:21 (r.o. 2.2.2-2.2.3 en 2.2.9-2.2.10); Hof Den Haag 13 augustus 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2035 (r.o. 4.7-4.15).

42 Voor de volledigheid, er zijn ook enkele uitspraken gepubliceerd over: (i) de vraag tegen wie een vorderingsrecht bestaat op grond van art. 8 Waadi (Rb. Midden-Nederland 22 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5393 (r.o. 5.26: reikt verder dan formele werkgever); Rb. Gelderland 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5784 (r.o. 2.44: cao van inlener geeft ter beschikking gestelde arbeidskrachten geen rechtstreeks vorderingsrecht)), (ii) een met de inlenersbeloning verband houdend recht op grond van art. 843a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rb. Midden-Nederland 7 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5548) en (iii) de vraag of voor de beoordeling van de gelijke behandeling verschillende periodes met elkaar kunnen worden vergeleken (Rb. Midden-Nederland 3 juni 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1985 (r.o. 2.18)).

43 Dictum van *Luso Temp*.

44 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 (*PbEG* 1999, L 175), 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 (*PbEG* 1998, L 14), gewijzigd bij Richtlijn 98/23/EG van de Raad van 7 april 1998 betreffende de uitbreiding tot het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland van Richtlijn 97/81/EG betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid (*PbEG* 1998, L 131).

45 Punt 32 van *Luso Temp*.

46 Punt 33 van *Luso Temp*; HvJ EU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:1014, C-158/16 (*Consejería de Hacienda*), punt 34.

47 Punt 34 van *Luso Temp*; HvJ EU 14 september 2016, ECLI:EU:C:2016:683, C-596/14 (*Ministerio de Defensa*), punt 32.

48 Punt 35 van *Luso Temp*; HvJ EU 11 november 2015, ECLI:EU:C:2015:745, C-219/14 (*Greenfield*), punt 51.

49 Punt 36 van *Luso Temp*.

Grondrechten EU. Tweede stap: uit de (eerder al besproken) Toelichtingen bij het Handvest Grondrechten EU blijkt dat het begrip arbeidsvoorwaarden in art. 31 Handvest Grondrechten EU op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als in art. 156 VWEU.⁵⁰ Derde stap: art. 156 VWEU bevat geen nadere definitie, maar dit artikel verwijst wel naar ‘arbeidsvoorwaarden’ als een van de gebieden waarop de Europese Commissie kan optreden. Vierde stap (en conclusie): dit gebrek aan precisie pleit in het licht van de met de Uitzendrichtlijn nagestreefde doelstelling om de rechten van uitzendkrachten te beschermen voor een ruime uitleg van het begrip arbeidsvoorwaarden.⁵¹

Derde aanknopingspunt

Het Hof van Justitie legt een verband tussen arbeidsvoorwaarden en de beëindiging van een arbeidsovereenkomst. Het Hof van Justitie benadrukt dat de Uitzendrichtlijn ook tot doel heeft een vaste baan te bevorderen en dat het met de Uitzendrichtlijn nagestreefde ‘evenwicht tussen enerzijds de bevordering van de werkgelegenheid en anderzijds de zekerheid op de arbeidsmarkt alleen tot stand [kan] worden gebracht indien het beginsel van gelijke behandeling ten volle wordt geëerbiedigd’.⁵² Het Hof van Justitie oordeelt vervolgens dat de beëindiging van de uitzendovereenkomst (in plaats van de toegang van de uitzendkracht op een vaste baan) zou worden bevorderd, indien het begrip arbeidsvoorwaarden zo wordt uitgelegd dat het beginsel van gelijke behandeling niet meer van toepassing is zodra de overeenkomst van de uitzendkracht wordt beëindigd.⁵³ De gedachtegang van het Hof van Justitie lijkt als volgt te zijn: indien een beëindiging van een uitzendovereenkomst voor de (uitzend)werkgever minder kostbaar is dan de beëindiging van een ‘normale’ arbeidsovereenkomst, is die beëindiging onverenigbaar met de doelstelling van de Uitzendrichtlijn en daarom tevens in strijd met de verplichting tot gelijke behandeling op grond van deze richtlijn.

5.3 Argumenten tegen een (te) ruime uitleg

Eerste argument

Duidelijk is dat Hof van Justitie bij het begrip bezoldiging geen voorstander is van een enge interpretatie. Tegelijkertijd bestaat wel een wezenlijk verschil met die andere twee richtlijnen. Anders dan die twee richtlijnen bevat de Uitzendrichtlijn een definitie en daarmee een beperking van het begrip arbeidsvoorwaarden. Die beperking is tweërlei. Ten eerste is het gelijkebehandelingsvoorschrift beperkt tot essentiële arbeidsvoorwaarden die zijn opgenomen in bepalingen van algemene strekking. Ten tweede is het gelijkebehandelingsvoorschrift beperkt tot een limitatieve lijst van componenten, te weten: arbeidstijd, overuren, pauzes, rusttijden, nachtarbeid, vakantie, feestdagen en bezoldiging.

Vanuit de beschermingsgedachte achter de Uitzendrichtlijn is bijvoorbeeld zeer goed verdedigbaar dat een bonus nog onder het begrip bezoldiging valt (mits opgenomen in een bepaling van algemene strekking), maar ingewikkelder ligt dat voor arbeidsvoorwaarden als pensioen, een ontslagvergoeding of een aanvulling op een uitkering. Ten aanzien van de ontslagvergoeding en de aanvulling op een uitkering kan men bovendien opmerken dat die componenten meer verband houden met ontslagbescherming dan met arbeidsvoorwaarden.⁵⁴

Tweede argument

Verdedigbaar is dat bij de interpretatie van een arrest van het Hof van Justitie een verschil kan worden gemaakt tussen enerzijds het dictum en anderzijds de argumenten die het Hof van Justitie heeft meegewogen om tot dit dictum te komen. De zaak *Luso Temp* spitte zich toe op een concrete prejudiciële vraag omtrent – kort gezegd – de vergoeding van niet-opgenomen vakantiedagen. Die vergoeding staat als zodanig niet vermeld op de lijst van essentiële arbeidsvoorwaarden, maar de begrippen vakantie en bezoldiging wel. Dat het Hof van Justitie dan argumenten aanhaalt die nopen tot een ruime uitleg, zodat ook de vergoeding voor niet-opgenomen vakantiedagen onder de essentiële arbeidsvoorwaarden valt, is logisch. Die argumentatie betekent echter niet dat vervolgens alle arbeidsvoorwaarden onder het gelijkebehandelingsvoorschrift van de Uitzendrichtlijn vallen. Als een arbeidsvoorwaarde evident niet kan worden geschaard onder de componenten arbeidstijd, overuren, pauzes, rusttijden, nachtarbeid, vakantie, feestdagen of bezoldiging, leidt ook een ruime uitleg van het begrip arbeidsvoorwaarden er niet toe dat deze arbeidsvoorwaarde (alsnog) onder het gelijkebehandelingsvoorschrift valt.

Derde argument

Als gezegd, de Uniewetgever heeft er bij de totstandkoming van de Uitzendrichtlijn via art. 3 lid 2 van deze richtlijn uitdrukkelijk voor gekozen de lidstaten de ruimte te laten behouden om zelf het begrip bezoldiging nader te definiëren. Die ruimte tot nadere definiëring kan tot een minder ruime uitleg van het begrip essentiële arbeidsvoorwaarden leiden. Als een lidstaat kiest voor een beperktere definitie van het begrip bezoldiging, zal de Europese Unie dat op basis van de Uitzendrichtlijn moeten respecteren. Deze aan de lidstaten geboden ruimte maakt de inconsistentie van de Uitzendrichtlijn nogmaals duidelijk: hoe kan de Uniewetgever enerzijds lidstaten voorschrijven om wetgeving te implementeren teneinde gelijke behandeling van uitzendkrachten mogelijk te maken en anderzijds lidstaten via een nationale definitie van bezoldiging zelf laten bepalen hoe ver die gelijke behandeling reikt?

50 Toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (*PbEU* 2007, C 303/26).

51 Punt 40 van *Luso Temp*.

52 Punt 43-44 van *Luso Temp*.

53 Punt 45-47 van *Luso Temp*.

54 Over ontslagbescherming kan ook worden vermeld dat de Uniewetgever dit onderwerp apart – los van het thema arbeidsvoorwaarden – in art. 153 lid 1 onder d VWEU heeft benoemd.

5.4 Betekenis voor Nederlandse wetgeving

Ten eerste, de tekst van art. 8 Waadi bevat geen definitie van de begrippen loon en overige vergoedingen. Die constatering brengt mee dat kan worden betoogd dat de Nederlandse wetgever het begrip bezoldiging niet heeft gedefinieerd en dus ook niet bij wet heeft beperkt. De conclusie is vervolgens dat de begrippen loon en overige vergoedingen als gevolg van de richtlijnconforme uitleg ruim moeten worden uitgelegd. Die gevolgtrekking kan vervolgens wel enigszins worden genuanceerd, omdat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de Nederlandse wetgever – in elk geval tot en met de implementatie van de Uitzendrichtlijn – uitdrukkelijk tot uitgangspunt nam dat sommige belonings-elementen, zoals pensioen en een regeling over vervroegde uittreding, niet onder de begrippen loon en overige vergoedingen vallen. Kortom: hoewel de tekst van art. 8 Waadi weinig aanknopingspunten biedt voor een beperkte uitleg van deze begrippen, bevat de parlementaire geschiedenis van die wet wel argumenten voor het standpunt dat niet alle financiële arbeidsvoorwaarden als loon of overige vergoedingen moeten worden beschouwd.

Ten tweede, omdat op grond van art. 3 lid 2 Uitzendrichtlijn geen afbreuk mag worden gedaan aan een definitie van bezoldiging op basis van nationaal recht, rijst de vraag wat kan worden beschouwd als nationaal recht. Een door de werkgever eenzijdig opgestelde arbeidsvoorwaardenregeling met beloningscomponenten kan uiteraard niet worden beschouwd als nationaal recht. Maar hoe kijkt het Hof van Justitie naar een cao-bepaling die algemeen verbindend is verklaard? Een algemeenverbindendverklaring is een daad van materiële wetgeving.⁵⁵ Een cao-bepaling kan wellicht als nationaal recht worden beschouwd als deze bepaling algemeen verbindend is verklaard, maar dat zou tot een merkwaardige situatie leiden in het geval dat deze bepaling niet (meer) algemeen verbindend is verklaard. Ook zou kunnen worden betoogd dat het nationale recht via art. 8 lid 4 Waadi de nadere definiëring van de begrippen loon en overige vergoedingen (en van het begrip bezoldiging) aan cao-partijen heeft toevertrouwd en dat de ‘nationale definitie’ van bezoldiging dus mede afhangt van de in een cao opgenomen invulling van dat begrip. Dat laatste betoog leidt wellicht tot een voor uitleners en inleners praktische uitkomst, maar rekt de strekking van art. 3 lid 2 Uitzendrichtlijn mogelijk te ver op. Een beperkte(re) en limitatieve opsomming van beloningscomponenten in een cao heeft meer weg van een *afwijking* van het gelijkebehandelingsvoorschrift dan een nadere *definitie* van het begrip bezoldiging.

6. Arrest *TimePartner*: afwijkingen van gelijkebehandelingsvoorschrift

6.1 Oordeel

De Duitse zaak *TimePartner* had betrekking op het vereiste tot inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten als bedoeld in art. 5 lid 3 Uitzendrichtlijn, namelijk in situaties dat afwijkende arbeidsvoorwaarden gelden op grond van door sociale partners gesloten collectieve overeenkomsten. Uit dit arrest blijkt dat deze in een cao opgenomen afwijking moet voldoen aan de volgende criteria:

1. Bij elke afwijking van de gelijke behandeling van essentiële arbeidsvoorwaarden moet het algemene beschermingsniveau in acht worden genomen.⁵⁶
2. Die afwijking mag niet verder gaan dan wat strikt noodzakelijk is om het ermee te beschermen belang veilig te stellen, namelijk de noodzaak om op flexibele wijze om te gaan met de diversiteit van de arbeidsmarkten en de arbeidsverhoudingen.⁵⁷
3. De bescherming van dit algemene belang is enkel gewaarborgd als in ruil voor die afwijking aan de uitzendkracht ook voordelen worden verschaft die het verschil in behandeling compenseren.⁵⁸
4. Die voordelen moeten betrekking hebben op de in art. 3 lid 1 onder f Uitzendrichtlijn genoemde essentiële arbeidsvoorwaarden. Anders gezegd: essentiële arbeidsvoorwaarden kunnen alleen worden gecompenseerd door een verbetering van of aanvulling met andere essentiële arbeidsvoorwaarden.⁵⁹
5. Die uitruil moet in een concreet geval – op het niveau van de individuele werknemer – worden vergeleken: van welke essentiële arbeidsvoorwaarden is ten aanzien van deze individuele uitzendkracht in negatieve zin afgeweken en op welke wijze is dat voor deze individuele uitzendkracht gecompenseerd?⁶⁰

Uit het arrest blijkt dat de sociale partners (veel) ruimte hebben ten aanzien van de beoordeling of een afwijking niet verder gaat dan wat strikt noodzakelijk is om het ermee te beschermen belang veilig te stellen (zie voorwaarde (ii) hiervoor). Ook volgt uit de Uitzendrichtlijn geen verplichting tot vaststelling van concrete wetgeving teneinde te waarborgen dat de algemene bescherming van uitzendkrachten in acht wordt genomen. Wel moeten lidstaten en hun rechterlijke instanties waarborgen dat de algemene bescherming van uitzendkrachten in het concrete geval *is* verzekerd. En die waarborg houdt in ieder geval in dat het tot de verplichting van de nationale rechter behoort ‘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

⁵⁶ Punt 38 van *TimePartner*.

⁵⁷ Punt 38 van *TimePartner*.

⁵⁸ Punt 39 van *TimePartner*. Opvallend is overigens dat voorwaarde (iii) als enige voorwaarde niet terugkeert in het dictum van *TimePartner*.

⁵⁹ Punt 41 van *TimePartner*.

⁶⁰ Punt 46-50 van *TimePartner*.

⁵⁵ A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 623-624.

bescherming van uitzendkrachten waarborgen door hun als tegenprestatie voor elke afwijking van dat beginsel van gelijke behandeling compenserende voordelen toe te kennen’, aldus het Hof van Justitie.⁶¹

6.2 Waarborgen niet verwerkt in art. 8 Waadi

Die waarborgen voor de inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten zijn niet verwerkt in art. 8 Waadi. De Nederlandse wetgever is er nooit van uitgegaan dat sprake moet zijn van een compensatie via andere voordelen. Logischerwijs ontbreekt eveneens een wettelijke bepaling die de Nederlandse rechter verplicht tot toetsing van een concreet geval. In de hiervoor behandelde nationale rechtspraak tot en met 2022 blijkt die afweging op drie zaken na nooit een onderwerp van discussie te zijn geweest. En bij die drie zaken waar de algemene bescherming van de uitzendkracht wel een rol speelde, hebben de rechters slechts summierlijk onderbouwd dat geen sprake is van een situatie waarin de algemene bescherming van de uitzendkracht door de afwijking van het gelijkebehandelingsvoorschrift niet meer zou zijn gewaarborgd.

De vraag is of de nationale rechter – gezien *TimePartner* – indringender behoort te toetsen. De tekst van art. 8 Waadi geeft volledige *carte blanche* aan cao-partijen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt evenzeer dat de wetgever tot uitgangspunt nam dat cao-partijen de volledige vrijheid hebben, in elk geval met betrekking tot loon en overige vergoedingen bedoeld in art. 8 lid 1 Waadi. De tekst van art. 8 Waadi en de bedoeling van de wetgever pleiten dus tegen het standpunt dat de Nederlandse rechter op basis van het Nederlandse recht de bevoegdheid toekomt om te oordelen dat een afwijking van het gelijkebehandelingsvoorschrift alleen rechtsgeldig is indien een verlaging van enkele essentiële arbeidsvoorwaarden voldoende is gecompenseerd door andere essentiële arbeidsvoorwaarden.

6.3 Gevolgen van strijdigheid met Unierecht

In het arrest *Thelen Technopark* heeft het Hof van Justitie uiteengezet wat de consequenties zijn van een nationale wet die (mogelijk) strijdig is met een bepaling uit een richtlijn van de Europese Unie.⁶² Nationale rechters moeten allereerst het nationale recht zo veel mogelijk in overeenstemming met het Unierecht, waaronder een richtlijn, uitleggen. Bij die uitleg moeten nationale rechters niet alleen kijken naar de nationale bepalingen waarmee de richtlijn ter uitvoering is gebracht, maar naar het gehele nationale recht.⁶³ Toegespitst op de Waadi zou dat het volgende betekenen. De Nederlandse rechter heeft op basis van art. 8 lid 4 Waadi als zodanig geen aanknopingspunten om te oordelen dat een afwijking van het gelijkebehandelingsvoorschrift slechts geldig is indien daar voldoende compenserende voordelen tegenover staan. De rechter zou moeten oordelen of via een open norm, in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid

als bedoeld art. 6:248 Burgerlijk Wetboek (BW), alsnog een richtlijnconforme uitkomst mogelijk is. Maar waarschijnlijk strandt een beroep op de redelijkheid en billijkheid op de door het Hof van Justitie genoemde grenzen aan een richtlijnconforme uitleg, te weten de algemene rechtsbeginselen en een uitleg *contra legem*.⁶⁴ Omdat de Nederlandse rechter niet kan vaststellen welke concrete compenserende voordelen tegenover een afwijking van het gelijkebehandelingsvoorschrift moeten staan, zou de Nederlandse rechter alleen maar kunnen vaststellen dat de ter beschikking gestelde arbeidskracht onvoldoende compenserende voordelen ontvangt. Die vaststelling zou dan vervolgens moeten leiden tot het oordeel dat een beroep op de in de cao opgenomen afwijkende afspraken – hoewel conform de eisen van art. 8 lid 4 Waadi tot stand gekomen – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dat oordeel baseert de rechter op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Die derogerende werking betekent een uitleg *contra legem*, want deze uitleg beperkt de in art. 8 lid 4 Waadi aan cao-partijen toegekende ruimte om af te wijken van het gelijkebehandelingsvoorschrift. Bovendien druist die uitleg in tegen het beginsel van rechtszekerheid: cao-bepalingen met dergelijke afwijkingen zijn door de minister jarenlang algemeen verbindend verklaard.

Als een richtlijnconforme uitleg niet mogelijk is, kan een lidstaat nog wel verplicht zijn om een nationale bepaling die strijdig is met duidelijke, nauwkeurige en onvoorwaardelijke bepalingen uit een richtlijn van de Europese Unie buiten beschouwing te laten. Maar omdat het verbindende karakter van een richtlijn slechts bestaat ten aanzien van een lidstaat, mag het buiten toepassing laten van een bepaling van nationaal recht er niet toe leiden dat aan een particulier een extra verplichting wordt opgelegd, zo blijkt uit (onder meer) *Thelen Technopark*.⁶⁵ Wederom toegespitst op het gelijkebehandelingsvoorschrift betekent dit het volgende. Een uitzendkracht kan jegens een particulier(e) uitlener geen beroep doen op art. 5 lid 3 Uitzendrichtlijn. Men kan weliswaar verdedigen dat – gezien de uitleg in *TimePartner* – de verplichting tot inachtneming van de algemene bescherming van uitzendkrachten duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk is, maar jegens een particuliere uitlener zou het buiten toepassing laten van de in de cao opgenomen afwijking van het gelijkebehandelingsvoorschrift leiden tot een extra verplichting (aanvullende betalingsverplichtingen). Jegens een overheidswerkgever (een orgaan van de lidstaat) zou een in de cao opgenomen afwijking van het gelijkebehandelingsvoorschrift mogelijk wel buiten beschouwing kunnen worden gelaten en kunnen leiden tot extra verplichtingen. In de praktijk zal een overheidswerkgever echter minder vaak als uitlener optreden. Omgekeerd, indien de overheid als *inlener* optreedt, zou

61 Punt 70-71 van *TimePartner*.

62 HvJ EU 18 januari 2022, C-261/20, ECLI:EU:C:2022:33 (*Thelen Technopark*).

63 Punt 26-27 van *Thelen Technopark*.

64 Punt 28 van *Thelen Technopark*; ook, onder andere, HvJ EU 14 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823 (*JH/KG*), punt 60; HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196 (*NP/Daimler*), punt 77.

65 Punt 30-32 van *Thelen Technopark*; ook HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196 (*NP/Daimler*), punt 81.

men op het eerste gezicht nog kunnen denken aan een vordering basis op art. 8 lid 1 tot en met 3 Waadi. Maar een rechtstreekse vordering jegens de inlener op basis van art. 8 Waadi of een daarop gebaseerde cao is niet heel waarschijnlijk, omdat de inlener niet degene is die de uitzendkrachten ter beschikking stelt.⁶⁶

Het Hof van Justitie merkt in *Thelen Technopark* op dat niet is uitgesloten dat het nationale recht aan nationale rechters alsnog de mogelijkheid biedt een nationale bepaling buiten toepassing te laten (dat is dus geen verplichting op basis van Unierecht, maar een bevoegdheid of verplichting op basis van nationaal recht).⁶⁷ Die mogelijkheid lijkt het Nederlandse recht niet te kennen, tenzij men stelt dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid meebrengt dat alle nationale bepalingen buiten toepassing moeten worden gelaten, indien die strijdig zijn met een onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurig omschreven bepaling uit een richtlijn. Die gevolgtrekking is echter onaannemelijk.

Kortom: (i) art. 8 lid 4 Waadi is strijdig met art. 5 lid 3 Uitzendrichtlijn, (ii) een richtlijnconforme uitleg is niet mogelijk en (iii) uitzendkrachten kunnen in concrete gevallen waarschijnlijk geen beroep doen op het buiten toepassing laten van art. 8 lid 4 Waadi. Die conclusie brengt mee dat art. 8 lid 4 Waadi niet in overeenstemming is met het Unierecht en dat de Nederlandse staat aansprakelijk is jegens particulieren voor de schade die daaruit voortvloeit.⁶⁸ Uitzendkrachten hebben mogelijk dus wel een vorderingsrecht jegens de Nederlandse staat, maar uitsluitend met betrekking tot de in de Uitzendrichtlijn genoemde essentiële arbeidsvoorwaarden op basis van bepalingen van algemene strekking.

Tot slot, zoals hiervoor opgemerkt, uit de rechtspraak tot en met 2022 blijkt dat rechters in veel gevallen een cao-bepaling in stand lieten waarin cao-partijen hebben afgesproken dat uitzendkrachten geen beroep kunnen doen op het gelijkebehandelingsvoorschrift indien dat het gevolg is van (i) het feit dat de inlenende onderneming onjuiste informatie heeft verstrekt over de beloningscomponenten en (ii) de uitzendwerkgever wel aan de (strikte) voorwaarden ter controle van deze beloningscomponenten heeft voldaan. De geldigheid van dit soort cao-bepalingen zijn op basis van de huidige tekst van art. 8 Waadi al enigszins discutabel. Maar als men aanneemt dat dit soort cao-bepalingen niet in strijd

zijn met het nationale (Nederlandse) recht, dan is de consequentie wel dat het nationale recht ook op dit punt in strijd is met het Unierecht. De Uitzendrichtlijn verzet zich immers tegen afwijkingen van het beginsel van gelijke behandeling zonder compenserende maatregelen voor de uitzendkrachten. Ter beschikking gestelde arbeidskrachten hebben als gevolg van inperkingen van hun vorderingsrechten jegens de uitzendwerkgever dus mogelijk ook een vorderingsrecht jegens de Nederlandse staat.

7. Conceptwetsvoorstel: voorgestelde aanpassingen art. 8 Waadi

7.1 Uitbreiding gelijkebehandelingsvoorschrift

De uitspraak *TimePartner* dwingt de Nederlandse wetgever tot aanpassing van art. 8 Waadi. Met het concept van het voorstel tot Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten heeft de regering aanpassingen van art. 8 Waadi aangekondigd.⁶⁹ Dit conceptwetsvoorstel gaat zelfs verder dan de twee arresten van het Hof van Justitie. De regering stelt voor de verplichting tot gelijke behandeling niet langer te beperken tot de essentiële arbeidsvoorwaarden, maar uit te breiden naar alle arbeidsvoorwaarden. Met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden als bedoeld in art. 8 lid 1 Waadi wordt de mogelijkheid behouden om bij cao (die van toepassing is op de onderneming die de arbeidskracht ter beschikking stelt) af te wijken van het gelijkebehandelingsvoorschrift, mits het totaal aan die in lid 1 genoemde arbeidsvoorwaarden ten minste gelijkwaardig is. De in art. 8 lid 1 Waadi genoemde (essentiële) arbeidsvoorwaarden kunnen alleen worden gecompenseerd door andere in lid 1 genoemde (essentiële) arbeidsvoorwaarden.

Is uitzendwerk een goedkopere vluchtroute?

Voor de overige arbeidsvoorwaarden geldt meer vrijheid dan voor essentiële arbeidsvoorwaarden. Ten eerste kunnen die overige arbeidsvoorwaarden worden gecompenseerd door zowel aanvullende essentiële als aanvullende overige arbeidsvoorwaarden. Ten tweede kan die compensatie zowel in een cao als in een andersoortige overeenkomst worden vastgelegd (in veel gevallen de uitzendovereenkomst). ‘Onder gelijkwaardig moet worden verstaan een voorziening in geld of in natura (of een combinatie daarvan) welke het equivalent vormt van hetgeen waarop een werknemer aanspraak kan maken’, aldus de regering in het concept van de memorie van toelichting. Die vergelijking moet – net zoals het Hof van Justitie heeft geoordeeld in *TimePartner* – op individueel niveau plaatsvinden. ‘Uiteindelijk dient de rechter te kunnen toetsen of de algemene

66 Vergelijk: Rb. Midden-Nederland 22 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5393 (r.o. 5.26); Rb. Gelderland 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5784 (r.o. 2.44).

67 Punt 34 van *Thelen Technopark*. Een beroep op de civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid als bedoeld in art. 7:616a BW strandt waarschijnlijk ook jegens diezelfde inlener (de uitlener is immers het ‘ontbrekende’ loonelement niet verschuldigd, want er is sprake van een op grond van de Waadi geldige afwijking van het gelijkebehandelingsvoorschrift en ketenaansprakelijkheid is derhalve niet aan de orde).

68 Punt 34-47 van *Thelen Technopark*; ook HvJ EG 19 november 1991, C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*), punt 28.

69 Internetconsultatie van het concept van het voorstel tot Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten (Internetconsultatie.nl), 2023.

bescherming van uitzendkrachten is nagekomen’, aldus de regering.⁷⁰

7.2 Onderbouwing regering

De regering stelt dat met deze uitbreiding tot alle arbeidsvoorwaarden wordt voorkomen dat uitzendwerk een goedkopere vluchtroute is: uitzendkrachten zijn hierdoor niet (langer) goedkoper dan eigen personeel.⁷¹ De vraag is of dat argument overtuigt. Op het voor de uitzendkracht geldende uurloon zal de inlenende onderneming in veel gevallen een opslag moeten betalen aan de uitlener. Als gevolg van die opslag zijn de loonkosten van de ter beschikking gestelde arbeidskracht in veel gevallen hoger dan de loonkosten van een werkende die voor dezelfde of een gelijkwaardige functie rechtstreeks bij de inlenende onderneming in dienst treedt. De vlucht naar uitzendwerk houdt waarschijnlijk veeleer verband met de ruime mate van flexibiliteit die aan uitzendwerkgevers en inleners op grond van art. 7:691 BW wordt geboden (de verruiming van de duur van en het aantal overeenkomsten voor bepaalde tijd, de langdurige(re) uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting en de mogelijkheid om te bedingen dat de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling op verzoek van de inlener eindigt).⁷² De uitbreiding naar alle arbeidsvoorwaarden roept daarnaast vragen over de uitvoerbaarheid op. In het rapport van de expertgroep LabourLawUnited worden voorbeelden gegeven over de uitvoerbaarheid. In het bijzonder ten aanzien van de vereiste gelijkwaardigheid van alle overige (niet-essentiële) arbeidsvoorwaarden kunnen vragen worden gesteld over de uitvoerbaarheid.⁷³ Door de expertgroep LabourLawUnited wordt voorgesteld om het mogelijk te maken dat bij cao kan worden afgeweken van de verplichting tot het aanbieden van ten minste gelijkwaardige overige (niet-essentiële) arbeidsvoorwaarden (dus zonder verplichting tot compensatie door andere arbeidsvoorwaarden).⁷⁴ Men zou zich zelfs kunnen afvragen of gelijke behandeling ten aanzien van de overige arbeidsvoorwaarden, gezien de bedenkingen tegen de uitvoerbaarheid van deze verplichting, überhaupt wenselijk is.

70 Concept van de memorie van toelichting behorende bij het concept van het voorstel tot Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten (Internetconsultatie.nl) 2023, par. 5.2.3.

71 Concept van de memorie van toelichting behorende bij het concept van het voorstel tot Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten (Internetconsultatie.nl) 2023, par. 2.3 en 5.2.3. De regering verwijst in dit concept ook naar *Sociaal-economisch beleid 2021-2025. Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving* (SER-advies 21/08 van juni 2021), Den Haag: SER 2021, p. 19-20.

72 Aldus ook *Commentaar expertgroep LabourLawUnited op het conceptwetsvoorstel Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten* (LabourLawUnited) 2023, p. 39-41.

73 *Commentaar expertgroep LabourLawUnited op het conceptwetsvoorstel Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten* (LabourLawUnited) 2023, p. 42-47.

74 *Commentaar expertgroep LabourLawUnited op het conceptwetsvoorstel Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten* (LabourLawUnited) 2023, p. 53-55.

7.3 Geen verduidelijking essentiële arbeidsvoorwaarden

De concepten van zowel het voorstel tot Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten als de bijbehorende memorie van toelichting bevatten geen verduidelijking van het begrip essentiële arbeidsvoorwaarden.

Voldoet art. 8 Waadi aan de Uitzendrichtlijn?

De regering schrijft in het concept van de memorie van toelichting wel dat het thans geldende gelijkebehandelingsvoorschrift in art. 8 Waadi alleen ziet op primaire arbeidsvoorwaarden en niet op secundaire arbeidsvoorwaarden, zoals scholing en ontwikkeling, pensioen en bovenwettelijke regelingen bij ontslag.⁷⁵ Mogelijk doet de Nederlandse wetgever er goed aan het begrip bezoldiging in de wet zelf of in een algemene maatregel van bestuur nader te definiëren.

8. Conclusies

De arresten *Luso Temp* en *TimePartner* brengen mee dat de Nederlandse wetgever art. 8 Waadi dient aan te passen. De in art. 8 lid 4 Waadi opgenomen afwijkingsmogelijkheid van het gelijkebehandelingsvoorschrift voldoet niet aan de in art. 5 lid 3 Uitzendrichtlijn opgenomen waarborgen, zo blijkt uit *TimePartner*. De Nederlandse wetgever zal uitdrukkelijk in de wet moeten opnemen dat een dergelijke afwijking van de essentiële arbeidsvoorwaarden alleen mogelijk is indien de nadelige gevolgen voor de arbeidskracht met voordelen ten aanzien van andere essentiële arbeidsvoorwaarden worden gecompenseerd. Als gevolg van *Luso Temp* blijkt dat het begrip essentiële arbeidsvoorwaarden ruim moet worden uitgelegd, maar nog steeds blijft onzeker hoe ruim die uitleg is. Die onzekerheid geldt dus ook omtrent het begrip bezoldiging. De wetgever kan die onzekerheid wellicht deels wegnemen door in art. 8 Waadi een nadere definitie van het begrip bezoldiging (of van de begrippen loon en overige vergoedingen) op te nemen. De Uitzendrichtlijn biedt lidstaten de ruimte voor het formuleren van een nadere definitie. Of een dergelijke nadere definitie ook (deels) in een cao kan worden opgenomen, kan worden betwijfeld.

Kan een uitzendkracht de Nederlandse staat aansprakelijk stellen?

Totdat art. 8 Waadi door de wetgever is gewijzigd, kan met enige voorzichtigheid worden betoogd dat bij cao nog steeds rechtsgeldig kan worden afgeweken van art. 8 Waadi en dat voor de rechtsgeldigheid niet is vereist dat de uitzendkracht compenserende arbeidsvoorwaarden ontvangt. Dat

75 Concept van de memorie van toelichting behorende bij het concept van het voorstel tot Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten (Internetconsultatie.nl) 2023, par. 5.2.3.

de Uitzendrichtlijn zich verzet tegen een afwijking zonder aanvullende compensatie voor ter beschikking gestelde arbeidskrachten heeft waarschijnlijk niet tot gevolg dat art. 8 lid 4 Waadi en de daarop gebaseerde cao-bepalingen buiten toepassing moeten worden gelaten. Een uitzendkracht kan wel de Nederlandse staat aansprakelijk stellen voor de onjuiste implementatie van de Uitzendrichtlijn, mits die vordering betrekking heeft op arbeidsvoorwaarden die zijn vastgelegd in bepalingen van algemene strekking. In cao's opgenomen beperkingen ten aanzien van loonvorderingen als gevolg van onjuiste informatievervalsing door de inlener leiden mogelijk evenzeer tot een vorderingsrecht jegens de Nederlandse staat, mits die beperkingen zien op arbeidsvoorwaarden die zijn vastgelegd in bepalingen van algemene strekking.

Is het conceptwetsvoorstel uitvoerbaar?

Met het concept van het voorstel tot de Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten lijkt de regering enigszins door te slaan. Op basis van een wankelende onderbouwing stelt de regering voor om het gelijkebehandelingsvoorschrift

uit te breiden van essentiële arbeidsvoorwaarden naar alle arbeidsvoorwaarden. De uitwerking van dit gelijkebehandelingsvoorschrift zoals nu opgenomen in conceptwetsvoorstel leidt mogelijk tot problemen in de uitvoerbaarheid. De regering zou daarom moeten kiezen voor een beter uitvoerbare variant, bijvoorbeeld door: (i) een duidelijke definitie van de begrippen loon en overige vergoeding (of bezoldiging) in art. 8 Waadi of in een algemene maatregel van bestuur op te nemen en (ii) te bepalen dat bij niet-essentiële arbeidsvoorwaarden bij cao kan worden afgeweken van deze verplichting tot gelijke behandeling, zonder dat die afwijking met andere aanvullende arbeidsvoorwaarden moet worden gecompenseerd.

Dit artikel is afgesloten op 1 oktober 2023.

Over de auteur



Mr. dr. S. (Steven) Palm

Advocaat te Rotterdam bij Windt Le Grand Leeuwenburgh.