

15/2 LF9
BS

Aan Minister van SZW

nota

Nota bij Kamerbrief Advies Landsadvocaat tijdelijkheid van uitzenden

TER BESLISSING

Directie

Datum
19 januari 2024

Onze referentie
2024-

Opgesteld door

Tweede contactpersoon

Bijlage(n)
3

Aanleiding

Eerder hebben wij u geïnformeerd over het advies van de Landsadvocaat omtrent de tijdelijkheid van uitzenden (bijlage 2). Het advies ziet op de noodzaak tot het opnemen van wettelijke waarborgen voor de tijdelijkheid van uitzenden naar aanleiding van twee uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU).¹ De Landsadvocaat constateert dat de Nederlandse wet niet voorziet in passende maatregelen die het tijdelijke karakter van terbeschikkingstelling van arbeid waarborgen. Daarnaast beschikt de rechter over onvoldoende instrumenten om een schending te sanctioneren en aldus te voorkomen dat de bepalingen uit de Uitzendrichtlijn worden omzeild. Het advies van de Landsadvocaat maakt derhalve duidelijk dat wetgeving op dit punt noodzakelijk is.

Geadviseerd besluit

- Gaat u akkoord met het informeren van de Tweede Kamer over het advies van de Landsadvocaat middels bijgevoegde Kamerbrief (bijlage 1)? Indien u hiermee akkoord bent, graag de Kamerbrief ondertekenen.
- Gaat u akkoord met het enkele dagen eerder informeren van sociale partners over het advies van de Landsadvocaat?

Kernpunten

Advies Landsadvocaat

- De Landsadvocaat heeft in haar advies geoordeeld dat de Nederlandse wetgeving op dit moment niet voldoet aan EU-wetgeving. Aangezien het een verplichting vanuit de EU betreft, kan een wetgevingsproces ook doorgang vinden in een demissionaire periode.
- Daarnaast wijst de Landsadvocaat op juridische en financiële risico's voor de Nederlandse staat nu het tijdelijke karakter van terbeschikkingstelling onvoldoende is gewaarborgd in wet- en regelgeving.
- Ten eerste bestaat het risico op staatsaansprakelijkheid. Er is een risico dat een uitzendkracht na uitspraak van de rechter de Staat aansprakelijk stelt voor de geleden schade. Het is daarbij wel aan de uitzendkrachten om de schade aannemelijk te maken.

¹ HvJEU 14 oktober 2020, C-681/18, JH/KG, ECLI:EU:C:2020:823, HvJEU 17 maart 2022, C-232/20, Daimler, ECLI:EU:C:2022:196.

- Een ander risico is dat de Europese Commissie een inbreukprocedure start tegen Nederland wegens niet nakoming van de Uitzendrichtlijn. Dit betekent dat het EU-Hof zal oordelen over de Nederlandse situatie en dat Nederland hiernaar zal moeten handelen, met mogelijke risico's op boetes of dwangsommen bij niet naleving van deze uitspraak.
- De betreffende uitspraken van het HvJ EU waaruit de noodzaak tot wetgeving blijkt, zijn al enkele jaren geleden gedaan (oktober 2020 en maart 2022). Gezien het risico op staatsaansprakelijkheid en een infractieprocedure is het van belang dat de Kamer hierover wordt geïnformeerd en het beleidsproces voortgang kan vinden. U wordt dan ook geadviseerd hier sociale partners en de Tweede Kamer over te informeren.

Datum

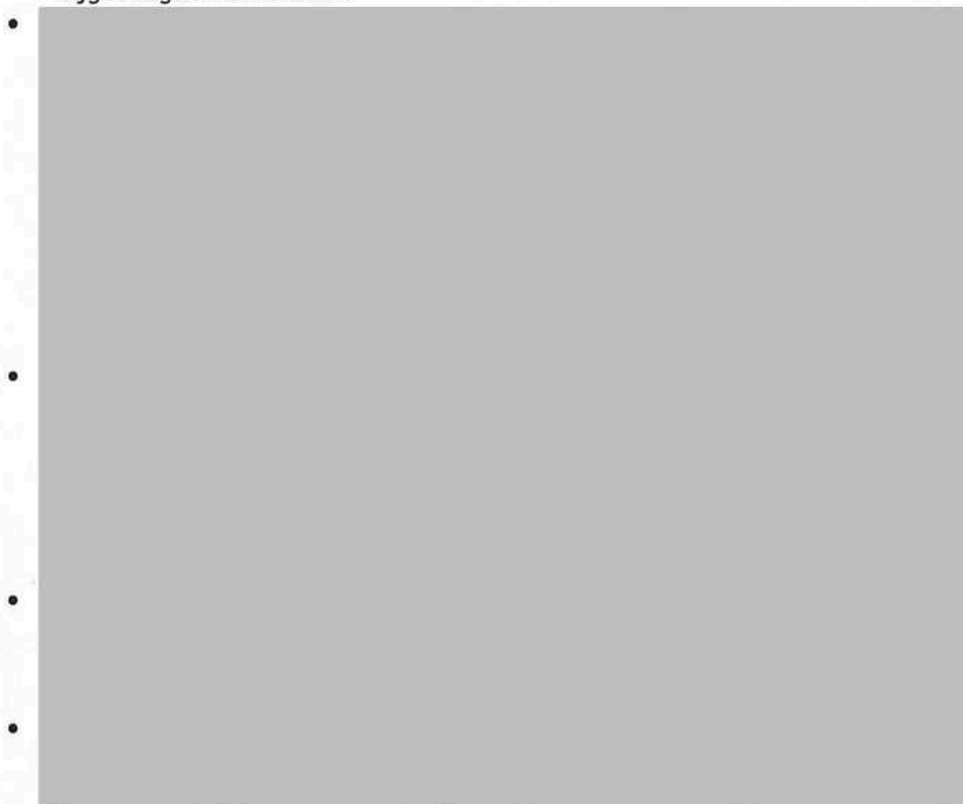
19 januari 2024

Onze referentie

2024-

(Vervolg)proces

- In de beleidsstaf van 15 januari jl. is besproken dat de Tweede Kamer en sociale partners zullen worden geïnformeerd over de inhoud van het advies van de Landsadvocaat.
- Ons advies is om de Tweede Kamer en sociale partners, gelet op de inhoud van het advies, hierover te informeren. Deze lijn is opgenomen in bijgevoegde Kamerbrief.



- Zou u nu niet kiezen voor enkel het informeren van sociale partners en de Tweede Kamer en ook wetgeving willen aankondigen, dan kunt u de laatste alinea van de Kamerbrief schrappen en vervangen door onderstaande alinea:
Het advies van de Landsadvocaat maakt duidelijk dat wetgeving noodzakelijk is naar aanleiding van de uitspraken van het Hof. Aangezien het hier een verplichting betreft die voortkomt uit EU-wetgeving, is hier

ook een rol weggelegd voor het demissionaire kabinet. Ik zal daarom voorbereidingen treffen om de tijdelijkheid van uitzenden wettelijk te waarborgen om deze maatregelen zoveel mogelijk klaar te zetten voor een toekomstig kabinet.

Datum
19 januari 2024

Onze referentie
2024-

- Indien u ervoor kiest om beleid aan te kondigen in de Kamerbrief, dient de Minister voor Rechtsbescherming hierover te worden geïnformeerd voordat de brief aan de Tweede Kamer wordt verzonden.

Alternatieve optie

- Gelet op de gevoeligheid van dit onderwerp, is de afweging aan u of u het delen van het advies van de Landsadvocaat met de Tweede Kamer en sociale partners op dit moment opportuun acht. Voor beleidsadviezen geldt dat deze openbaar gemaakt moeten worden op het moment dat deze gekoppeld worden aan een Kamerbrief over beleidsmatige ontwikkelingen en/of keuzes.

Achtergrondinformatie

- Aan de Landsadvocaat is gevraagd welk risico er is op strijdigheid van het Nederlandse recht met de Uitzendrichtlijn ten opzichte van bovengenoemde uitspraken, welke ruimte de Nederlandse rechter op basis van de huidige wetgeving heeft om niet-tijdelijk uitzenden te sanctioneren, wat het risico is op staatsaansprakelijkheid en/of een infractieprocedure, en welke beleidsopties er zijn om mogelijke strijdigheid met EU-recht op te lossen.
- De Landsadvocaat is van mening dat het Nederlandse recht over onvoldoende maatregelen beschikt om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen en aldus te voorkomen dat de Richtlijn wordt omzeild. Passende maatregelen zijn daarom noodzakelijk.
- De Landsadvocaat stelt een aantal mogelijke oplossingsrichtingen voor. De eerste mogelijkheid is het opnemen van een maximumduur in de wet. Een tweede mogelijkheid is het opnemen van een open norm in de wet aan de hand waarvan bepaald moet worden wat tijdelijk is. Het is dan uiteindelijk aan de rechter om hierover te oordelen. Een tussenvariant is een weerlegbaar rechtsvermoeden waarbij geacht wordt dat na een

- bepaalde periode het tijdelijk karakter aan een uitzendrelatie is komen te ontvallen, tenzij de uitzendwerkgever aantoont dat zulks niet het geval is.
- Indien niet langer gesproken kan worden van tijdelijkheid van uitzenden zijn verschillende sancties op niet-naleving mogelijk. Ten eerste zou in de wet kunnen worden bepaald dat de uitzendkracht in dat geval van rechtswege in dienst treedt bij de inlener. Een andere mogelijkheid is om in de wet op te nemen dat de uitzendovereenkomst van rechtswege converteert naar een payrollovereenkomst. Het is echter niet duidelijk of de niet-tijdelijke payrollovereenkomst wel in lijn is met de Uitzendrichtlijn. Bij het verdere beleidsvormende proces zal dit ook worden betrokken. Een andere mogelijkheid is de rechter de bevoegdheid toekennen een schadevergoeding op te leggen. Daarnaast is het opleggen van een (bestuurlijke) boete aan de inlenende ondernemer of uitlener een mogelijkheid. Voor een verdere toelichting wordt verwezen naar bijlage 3.

Datum
19 januari 2024

Onze referentie
2024-

Informatie die niet openbaar gemaakt kan worden

De (inschatting van de) positie van sociale partners

Bijlagen

Volgnummer	Naam	Actie	Informatie
1	Kamerbrief Advies Landsadvocaat tijdelijkheid van uitzenden	Verzenden aan TK	
2	Advies Landsadvocaat	Verzenden aan TK	
3	Samenvatting advies Landsadvocaat	Ter informatie (niet verzenden)	

Bijlage 3: Samenvatting advies Landsadvocaat

Hieronder is op hoofdlijnen een weergave gegeven van het advies van de Landsadvocaat.

Datum

19 januari 2024

Onze referentie

2024-[REDACTED]

Strijdigheid Nederlands recht met Uitzendrichtlijn

- De Landsadvocaat constateert dat de Nederlandse wet niet voorziet in maatregelen die het tijdelijke karakter van terbeschikkingstelling waarborgen. Uit de arresten van het EU-Hof volgt dat Nederland passende maatregelen moet nemen om te voorkomen dat opeenvolgende opdrachten bij dezelfde inlenende onderneming aan dezelfde uitzendkracht worden toevertrouwd om de bepalingen uit de Uitzendrichtlijn te omzeilen. Daarnaast moet Nederland ervoor zorgen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming voor een uitzendkracht geen permanente situatie wordt.
- De Nederlandse wet voorziet op dit moment niet in deze passende maatregelen. Daarnaast beschikt de Nederlandse rechter over onvoldoende instrumenten om een schending te sanctioneren en aldus te voorkomen dat de bepalingen uit de Richtlijn worden omzeild. Dit klemt aangezien de uitzendkracht arbeidsrechtelijk gezien een minder gunstige positie heeft dan een werknemer direct in dienst bij de inlener. Een terbeschikkingstelling die niet tijdelijk van aard is, kan de uitzendkracht dus in een nadeliger positie brengen.

Gevolgen niet implementeren

- Voor de positie van de Staat is er naast juridische risico's ook sprake van financiële risico's.
- Ten eerste onderschrijft de Landsadvocaat het risico op staatsaansprakelijkheid. Een uitzendkracht kan een juridische procedure aanhangig maken tegen de Staat en de rechter vragen een oordeel te geven over de verenigbaarheid van het nationale recht met de Uitzendrichtlijn. Het is niet uitgesloten dat de rechter oordeelt dat het nationale recht in het licht van de twee recente EU-Hof arresten niet volledig in overeenstemming is met de Uitzendrichtlijn. De uitzendkracht kan vervolgens de Staat aansprakelijk stellen en een schadeclaim indienen. Het is wel aan de uitzendkracht om deze schade aannemelijk te maken.
- Een ander risico is dat de Europese Commissie een inbreukprocedure start tegen Nederland wegens niet nakoming van de Uitzendrichtlijn. Dit betekent dat het EU-Hof zal oordelen over de Nederlandse situatie en dat Nederland hiernaar zal moeten handelen, met mogelijke risico's op boetes of dwangsommen bij niet naleving van deze uitspraak.

Oplossingsrichtingen en sancties

Oplossingsrichtingen ten aanzien van tijdelijkheid

- De eerste oplossingsrichting is het opnemen van een maximumtermijn in de wet. Deze oplossingsrichting is ook bepleit door de Commissie-Borstlap. Voordeel van deze oplossingsrichting is dat voor alle partijen duidelijkheid bestaat over de maximale duur van de terbeschikkingstelling.
- De tweede oplossingsrichting is om in de wet een meer open norm op te nemen met de strekking dat een uitzendrelatie een tijdelijk karakter

heeft, in die zin dat de bepalingen in de Richtlijn niet mogen worden omzeild. De rechter zal aan de hand van de omstandigheden van het geval kunnen toetsen of de norm is geschonden. Het voordeel hiervan is dat maatwerk mogelijk is en dat deze oplossing daarmee flexibiliteit biedt. Belangrijk nadeel is dat een open norm leidt tot onzekerheid voor de praktijk. Ook zal de uitzendkracht naar de rechter moeten stappen om zijn rechten te effectueren.

- Een tussenvariant is een weerlegbaar rechtsvermoeden waarbij geacht wordt dat na een bepaalde periode het tijdelijk karakter aan een uitzendrelatie is komen te ontvallen, tenzij de uitzendwerkgever aantoont dat dit niet het geval is. Daarbij zou kunnen worden bepaald onder welke voorwaarden of omstandigheden een langere duur geoorloofd is.

Sanctie op niet-naleving

- Indien niet langer gesproken kan worden van tijdelijkheid van uitzenden zijn verschillende consequenties mogelijk. Ten eerste zou in de wet kunnen worden bepaald dat de uitzendkracht in dat geval van rechtswege in dienst treedt bij de inlener. Op deze manier wordt optimaal invulling gegeven aan de doelstelling van de Richtlijn om een (vast) contract bij de inlener te bevorderen. Het nadeel van deze consequentie is dat er behoorlijk wat administratieve en fiscale consequenties kunnen zijn indien het formele werkgeverschap op enig moment verschuift van de uitzendwerkgever naar de inlener en partijen pas geruime tijd later constateren dat die verschuiving heeft plaatsgevonden.
- Een andere consequentie is om in de wet op te nemen dat de uitzendovereenkomst van rechtswege converteert naar een payrollovereenkomst. Het voordeel is dat geen wijziging van het formele werkgeverschap optreedt. Nadeel is dat de juridische positie van de payrollkracht nog steeds niet volledig hetzelfde is als die van een eigen werknemer van de inlener. Daarmee is niet duidelijk of de niet-tijdelijke payrollovereenkomst in lijn is met de Uitzendrichtlijn.
- Een andere mogelijkheid is de rechter de bevoegdheid toekennen een schadevergoeding op te leggen.
- Daarnaast is het opleggen van een (bestuurlijke) boete aan de inlenende ondernemer of uitlener een mogelijkheid. Dit vereist wel dat er ook toezicht wordt gehouden en zo nodig wordt gehandhaafd. Daarnaast leidt het opleggen van een boete er niet toe dat de arbeidsverhouding van de uitzendkracht wijzigt.

Datum

19 januari 2024

Onze referentie

2024-XXXXXXXXXX