

## RECHTSPRAAK

***Permanente terbeschikkingstelling na overgang van onderneming met 'widerspruch', valt niet onder Uitzendrichtlijn. Uitzending dient tijdelijk te zijn.****Feiten*

LD, een natuurlijke persoon, heeft in april 2000 een arbeidsovereenkomst gesloten met ALB FILS Kliniken, een privaatrechtelijke vennootschap die een kliniek exploiteert en waarvan de enige vennoot een publiekrechtelijke rechtspersoon is. De TVöD was van toepassing op de aldus ontstane arbeidsverhouding. In juni 2018 heeft ALB FILS Kliniken de diensten 'post', 'archieven' en 'bibliotheek' alsook de taken die LD binnen deze diensten verrichtte overgedragen aan vennootschap A (hierna: 'in het hoofdgeding aan de orde zijnde overdracht'). Deze vennootschap is een dochteronderneming die door ALB FILS Kliniken is opgericht en waarvan het volledige maatschappelijk kapitaal in handen is van deze laatste. Zoals blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing, heeft de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overdracht in beginsel tot gevolg gehad dat de arbeidsverhouding van LD met ALB FILS Kliniken was overgegaan op vennootschap A. LD heeft echter overeenkomstig par. 613a lid 6 BGB gebruikgemaakt van zijn recht van verzet tegen de overgang van zijn arbeidsverhouding, zodat deze met ALB FILS Kliniken bleef voortbestaan, ook wat betreft de arbeidsvoorwaarden en de contractuele bepalingen die vóór die overdracht van kracht waren. LD was echter verplicht om zijn arbeid te verrichten bij vennootschap A, die in die context zowel technisch als organisatorisch zeggenschap over hem had. Krachtens par. 4 lid 3 TVöD had ALB FILS Kliniken het recht om LD permanent ter beschikking te stellen van vennootschap A en had deze laatste het recht om instructies te geven aan LD.

LD is van mening dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling in strijd is met het Unierecht, in het bijzonder met Richtlijn 2008/104/EG, aangezien zij toestaat dat werknemers permanent ter beschikking worden gesteld. Bijgevolg heeft hij zich tot de rechter gewend met het verzoek om vast te stellen dat hij, ondanks de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overdracht, niet verplicht was om zijn arbeidsprestatie permanent bij vennootschap A te verrichten.

*Oordeel*

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt.

*Terbeschikkingstelling na overgang van onderneming valt niet onder Richtlijn 2008/104/EG*

Wat in de eerste plaats de letterlijke uitlegging van artikel 1 Richtlijn 2008/104/EG betreft,

moet worden opgemerkt dat deze richtlijn volgens lid 1 van dat artikel van toepassing is 'op werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau die ter beschikking worden gesteld van inlenende ondernemingen om onder hun toezicht en leiding tijdelijk te werken'.

In dit verband blijkt ten eerste uit de definities van de begrippen 'uitzendbureau' en 'uitzendkracht' in de zin van artikel 3 lid 1 onder b en c Richtlijn 2008/104/EG dat deze arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een werknemer moet worden aangegaan met het doel dat deze ter beschikking wordt gesteld van een inlenende onderneming.

Ten tweede blijkt zowel uit de bewoordingen zelf van artikel 1 lid 1 Richtlijn 2008/104/EG als uit de definities van deze begrippen en uit de begrippen 'inlenende onderneming' en 'opdracht' in de zin van artikel 3 lid 1 onder d en e van deze richtlijn dat de arbeidsverhouding met een inlenende onderneming naar haar aard tijdelijk is (zie in die zin HvJ EU 14 oktober 2020, *KG (Opeenvolgende opdrachten in het kader van uitzendarbeid)*, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, punt 61).

Er moet dan ook op worden gewezen dat met het woord 'tijdelijk', dat wordt gebruikt in artikel 1 lid 1 Richtlijn 2008/104/EG, niet wordt beoogd de toepassing van uitzendarbeid te beperken tot functies die niet permanent bestaan of die worden ingevuld ter vervanging van iemand, aangezien deze term niet wordt gebruikt ter omschrijving van de bij de inlenende onderneming te vervullen functie, maar van de wijze waarop een werknemer bij die onderneming ter beschikking wordt gesteld (zie HvJ EU 17 maart 2022, *Daimler*, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196, punt 31).

Wil een arbeidsverhouding binnen de werkingssfeer van Richtlijn 2008/104/EG vallen, dan moet een werkgever dus zowel bij de sluiting van de betrokken arbeidsovereenkomst als bij elk van de daadwerkelijk verrichte terbeschikkingstellingen de bedoeling hebben om de betrokken werknemer tijdelijk ter beschikking te stellen van een inlenende onderneming.

In casu verricht de betrokken werknemer de arbeid die in het kader van de arbeidsverhouding met zijn werkgever contractueel is overeengekomen bij een derde onderneming en is hij in deze context onderworpen aan het 'toezicht' en de 'leiding' van die onderneming in de zin van artikel 1 lid 1 Richtlijn 2008/104/EG.

Voor zover de betrokken werknemer in die situatie aanvankelijk in dienst is genomen om specifieke taken van zijn werkgever uit te voeren, moet evenwel worden vastgesteld dat niet is voldaan aan de hiervoor bedoelde vereisten, aangezien deze werkgever bij het sluiten van de betrokken arbeidsovereenkomst niet de bedoeling had om zijn werknemer ter beschikking te stellen van een inlenende onderneming. Verder ontbreekt dit voornemen niet alleen bij het sluiten van die overeenkomst, maar ook bij de terbeschikkingstelling van die werknemer aan de derde onderneming wanneer, zoals in casu, de arbeidsverhouding met de werkgever blijft bestaan om de enkele reden dat de betrokken werknemer gebruik heeft gemaakt van zijn recht van verzet tegen de overgang van zijn arbeidsverhouding op de derde onderneming.

Bovendien kan een permanente overdracht van de taken die een werknemer verricht bij de onderneming waarmee hij een arbeidsovereenkomst heeft gesloten, geen tijdelijke arbeidsverhouding met deze onderneming doen ontstaan.

Onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten verificaties moet dus in navolging van de Duitse regering en de Europese Commissie worden vastgesteld dat een arbeidsverhouding als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, niet binnen de werkingssfeer van Richtlijn 2008/104/EG kan vallen, aangezien ALB FILS Kliniken niet voornemens was LD ter beschikking te stellen aan een inlenende onderneming en de betrokken terbeschikkingstelling niet tijdelijk was.

*Geen misbruik, onder meer door gelijke arbeidsvoorwaarden*

In de tweede plaats vindt deze letterlijke uitlegging van artikel 1 lid 1 Richtlijn 2008/104/EG steun in de context van deze bepaling.

Richtlijn 2008/104/EG vermeldt in overweging 15 en artikel 6 lid 1 en 2 weliswaar dat ‘arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd’, dat wil zeggen vaste arbeidsbetrekkingen, de algemene vorm van arbeidsverhouding zijn en dat uitzendkrachten moeten worden ingelicht over vacatures in de inlenende onderneming opdat zij dezelfde kansen op een vaste baan hebben als de overige werknemers van deze onderneming, maar uit de rechtspraak van het Hof volgt dat deze richtlijn uitsluitend betrekking heeft op tijdelijke, voorbijgaande of in de tijd beperkte arbeidsbetrekkingen, en niet op vaste arbeidsverhoudingen (zie in die zin *KG (Opeenvolgende opdrachten in het kader van uitzendarbeid)*, punt 62).

Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het feit dat het Hof ook heeft geoordeeld dat Richtlijn 2008/104/EG moet verzekeren dat de lidstaten ervoor zorgen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming geen permanente situatie voor een uitzendkracht wordt, en dat artikel 5 lid 5, eerste volzin, van deze richtlijn zich ertegen verzet dat een lidstaat geen maatregelen neemt om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te waarborgen en dat een nationale regeling in geen enkele maatregel voorziet om te voorkomen dat aan dezelfde uitzendkracht achtereenvolgende opdrachten bij dezelfde inlenende onderneming worden toevertrouwd om de bepalingen van die richtlijn in haar geheel te omzeilen (zie in die zin *KG (Opeenvolgende opdrachten in het kader van uitzendarbeid)*, punt 60 en 72).

In dit verband was, gelet op de door de verwijzende rechter verstrekte informatie, in het onderhavige geval elk risico van misbruik of omzeiling van Richtlijn 2008/104/EG uitgesloten, aangezien ALB FILS Kliniken niet voornemens was om LD ter beschikking te stellen van vennootschap A en voorts aangezien de arbeidsverhouding van LD met ALB FILS Kliniken bleef voortbestaan, met inbegrip van de arbeidsvoorwaarden en de contractuele bepalingen die golden vóór de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overdracht, omdat LD gebruik had gemaakt van zijn recht van verzet tegen de overgang van zijn arbeidsverhouding.

*A-typische terbeschikkingstelling valt niet onder richtlijn*

In de derde plaats moet worden vastgesteld dat de letterlijke en systematische uitlegging van artikel 1 lid 1 Richtlijn 2008/104/EG, zoals die blijkt uit de punten 40 tot en met 52 van het onderhavige arrest, ook steun vindt in de doelstellingen van deze richtlijn.

In overweging 11 van Richtlijn 2008/104/EG staat namelijk te lezen dat deze richtlijn ertoe strekt om tegemoet te komen zowel aan de behoeften van de ondernemingen aan flexibiliteit, als aan de behoeften van de werknemers om werk en privéleven te combineren, en aldus bijdraagt tot het scheppen van banen en tot de deelname aan en de inpassing op de arbeidsmarkt. Deze richtlijn beoogt derhalve de door de ondernemingen nagestreefde doelstelling van flexibiliteit te verzoenen met de doelstelling van zekerheid die beantwoordt aan de bescherming van de werknemers. Deze tweeledige doelstelling beantwoordt dus aan de wens van de Uniewetgever om de voorwaarden voor uitzendarbeid aan te passen aan de 'normale' arbeidsverhoudingen, temeer daar die wetgever in overweging 15 van deze richtlijn uitdrukkelijk heeft vermeld dat een overeenkomst voor onbepaalde tijd de algemene vorm van arbeid is. Deze richtlijn heeft bijgevolg ook tot doel de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen (HvJ EU 12 mei 2022, *Luso Temp*, C-426/20, ECLI:EU:C:2022:373, punt 42 en 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Volgens artikel 2 Richtlijn 2008/104/EG heeft deze richtlijn eveneens tot doel 'de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren door de naleving van het in artikel 5 vervatte beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van de uitzendkrachten te waarborgen, en uitzendbureaus als werkgever te erkennen, daarbij rekening houdend met de noodzaak om een geschikt kader te creëren voor de gebruikmaking van uitzendwerk teneinde bij te dragen tot de schepping van werkgelegenheid en de ontwikkeling van flexibele arbeidsvormen'. In een situatie als aan de orde in het hoofdgeding, die erdoor wordt gekenmerkt dat de taken van een werknemer definitief worden overgedragen aan een derde onderneming, kunnen om te beginnen de door Richtlijn 2008/104/EG nagestreefde doelstellingen van flexibiliteit van de ondernemingen, het scheppen van nieuwe banen of het bevorderen van de toegang van uitzendkrachten tot een vaste betrekking, niet relevant zijn, aangezien de arbeidsverhouding van de werknemer wiens taken zijn overgedragen, blijft bestaan. Verder kan de werknemer, zoals blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing, zich verzetten tegen de overgang van zijn arbeidsverhouding op de derde onderneming, hetgeen tot gevolg heeft dat hij alle arbeidsvoorwaarden behoudt die vóór de overdracht van zijn taken op hem van toepassing waren. Bijgevolg vindt de bescherming van uitzendkrachten waarin Richtlijn 2008/104/EG voorziet geen toepassing op een dergelijke situatie.

### *Conclusie*

Uit een en ander volgt dat artikel 1 lid 1, gelezen in samenhang met artikel 3 lid 1 onder b tot en met e Richtlijn 2008/104/EG, aldus moet worden uitgelegd dat deze richtlijn niet van toepassing is op een situatie waarin de taken van een werknemer door de werkgever definitief worden overgedragen aan een derde onderneming, en deze werknemer, wiens arbeidsverhouding met die werkgever blijft bestaan omdat hij gebruik heeft gemaakt van zijn

recht van verzet tegen de overgang van zijn arbeidsverhouding op de derde onderneming, op verzoek van die werkgever verplicht kan zijn om de arbeid die contractueel is overeengekomen permanent bij de derde onderneming te verrichten en in dat kader vakinhoudelijk en organisatorisch onder de zeggenschap van deze laatste kan vallen.

---

**Instantie:** Hof van Justitie van de Europese Unie

**Datum uitspraak:** 22-06-2023

**ECLI:** ECLI:EU:C:2023:505

**Zaaknummer:** C-427/21

**Rechters:** P.G. Xuereb, A. Kumin en I. Ziemele

**Wetsartikelen:** Richtlijn 2008/104/EG en 7:690 BW