

# beschikking

## GERECHTSHOF DEN HAAG

Civiel recht  
Team Handel

Zaaknummer : 200.324.046/01  
Zaaknummer rechtbank : 10060250 VZ VERZ 22-10927

### Beschikking van 4 juni 2024

in de zaak van

██████████  
wonend in ██████████  
verzoeker in hoger beroep,  
advocaat: mr. R. Sauer, kantoorhoudend te Utrecht,

tegen

**Upfield Sourcing Nederland B.V.**,  
gevestigd in Rotterdam,  
verweerster in hoger beroep,  
advocaat: mr. A. van Toledo, kantoorhoudend te Rotterdam.

Het hof zal partijen hierna noemen ██████████ en Upfield.

#### 1. De zaak in het kort

1.1 Een uitzendkracht is gedurende bijna dertien jaar ter beschikking gesteld aan dezelfde inlenende onderneming. De uitzendkracht stelt zich op het standpunt dat sprake is van misbruik van uitzending in de zin van art. 5 lid 5 van de Uitzendrichtlijn en dat als sanctie daarop een arbeidsovereenkomst (voor onbepaalde tijd) tussen hem en de inlenende onderneming moet worden aangenomen. Hij verzoekt onder andere dat de rechter dit laatste voor recht zal verklaren. De kantonrechter heeft het verzoek afgewezen omdat van misbruik geen sprake is. Het hof komt tot hetzelfde oordeel.

#### 2. Procesverloop in hoger beroep

- 2.1 Het verloop van de procedure in hoger beroep blijkt uit de volgende stukken:
- het op 9 maart 2023 ingekomen beroepschrift waarbij ██████████ in hoger beroep is gekomen van de op 12 december 2022 tussen partijen gegeven beschikking van de kantonrechter in de rechtbank Rotterdam (hierna ook: de bestreden beschikking, of: de beschikking waarvan beroep);
  - het verweerschrift van Upfield;
  - de brief van mr. Sauer van 20 oktober 2023 met de daarbij namens ██████████ ingediende productie 26;

- het proces-verbaal van de mondelinge behandeling op 31 oktober 2023 ter zitting van het hof, waar mrs. J. Ipenburg en Sauer namens [REDACTED] en mrs. S.A. Tan en Van Toledo namens Upfield pleitaantekeningen hebben overgelegd.

### 3. Feitelijke achtergrond

3.1 In rov. 2.1 en 2.12 van de bestreden beschikking heeft de kantonrechter een aantal feiten vastgesteld. Met beroepsgrond 1 beoogt [REDACTED] de in rov. 2.4 en 2.6 vastgestelde feiten aan te vullen. Tot vernietiging van de bestreden beschikking kan deze beroepsgrond niet leiden. De grond miskent dat de feitenvaststelling in een rechterlijke uitspraak een selectie vormt, naar keuze van de rechter, van de tussen partijen als vaststaand aan te merken feiten die voor de beoordeling van het geschil (het meest) relevant zijn. Dit betekent niet dat de overige feiten die in de procedure door partijen zijn gesteld, bij deze beoordeling buiten beschouwing worden gelaten. Het hof zal de in beroepsgrond 1 ter aanvulling gestelde feiten, waar relevant, in de beoordeling van de zaak betrekken, voor zover Upfield deze feiten niet (voldoende gemotiveerd) heeft betwist.

3.2 Samengevat gaat het in deze zaak om het volgende.

(a) [REDACTED] geboren op [REDACTED] is op 5 augustus 1996 in dienst getreden van Randstad Uitzendbureau B.V. (hierna: Randstad). Sinds 11 maart 1999 is [REDACTED] werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (fase C) in de functie algemeen productiemedewerker voor (een dochter van) Randstad.

(b) In 2003 is [REDACTED] door Randstad tewerk gesteld bij Unilever Nederland Foods Factories B.V. (hierna: Unilever) aan de [REDACTED]. In juli 2006 is de inlening van [REDACTED] door Unilever beëindigd.

(c) Ongeveer drie jaar later, met ingang van 2 juli 2009 is [REDACTED] door Randstad opnieuw tewerk gesteld bij Unilever. [REDACTED] heeft bij Unilever eerst als heftruckchauffeur gewerkt. Sinds 1 augustus 2009 is [REDACTED] bij Unilever onafgebroken werkzaam gebleven als productiemedewerker.

(d) In 2015 is Unilever van uitzendbureau gewisseld. Op 24 augustus 2015 heeft Adecco Personeelsdiensten B.V. (hierna: Adecco) [REDACTED] van Randstad overgenomen. Er is tussen [REDACTED] en Adecco een 'Detacheringsovereenkomst fase C' overeengekomen. [REDACTED] heeft na zijn indiensttreding bij Adecco ook weer onafgebroken als productiemedewerker voor Unilever gewerkt.

(d) Op 1 juli 2018 heeft Unilever haar margarine-activiteiten verkocht. Deze activiteiten zijn voortgezet door Upfield. Blijkens het uittreksel van de Kamer van Koophandel bestaan de activiteiten van Upfield uit het vervaardigen van voedingsmiddelen en het produceren van producten op het gebied van 'baking, cooking and spreading' in het bijzonder.

(e) Eind 2018 is Upfield van uitzendbureau gewisseld, van Adecco (terug) naar Randstad. Met ingang van 31 december 2018 is [REDACTED] met Randstad een detacheringsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangegaan. [REDACTED] is door Randstad

tewerkgesteld bij Upfield in de functie expeditiemedewerker. Sinds hij van Adecco weer naar Randstad was overgegaan, heeft [REDACTED] onafgebroken voor Upfield gewerkt.

(f) Op 18 maart 2021 heeft Upfield aangekondigd dat de fabriek aan de [REDACTED] zal worden gesloten. Vanaf medio 2022 is de productie gefaseerd afgeschaald. Op 24 juni 2022 heeft [REDACTED] voor het laatst bij Upfield gewerkt.

(g) De sluiting van de fabriek heeft gedwongen ontslagen tot gevolg gehad. Voor de werknemers die in vaste dienst zijn van Upfield, is door Upfield, CNV en FNV het 'Sociaal plan [REDACTED] 2021-2022' (hierna: het Sociaal Plan) overeengekomen, waarin de sociale en financiële gevolgen van de ontslagen worden geregeld. In de werkingsfeerbepaling van het Sociaal Plan (art. 3.2) staat vermeld dat het Sociaal Plan niet van toepassing is op werknemers die tijdelijk of als inleenkracht werkzaam zijn.

(h) Bij brief van 14 juni 2022 heeft (de gemachtigde van) [REDACTED] aan Upfield kenbaar gemaakt dat hij van mening is dat hij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft met Upfield. [REDACTED] maakt aanspraak op toepassing van het Sociaal Plan en nabetalingen krachtens toepasselijke cao's.

(i) Bij e-mailbericht van 28 juni 2022 heeft Upfield hierop afwijzend gereageerd.

(j) Op 24 juni 2022 heeft [REDACTED] zich ziek gemeld. Randstad heeft [REDACTED] sindsdien het loon tijdens ziekte doorbetaald en hem begeleid in het re-integratietraject.

#### 4. Procedure bij de kantonrechter

4.1 [REDACTED] heeft de kantonrechter verzocht – verkort en zakelijk weergegeven – om

- I. voor recht te verklaren dat [REDACTED] vanaf 2 juli 2009 bij Upfield werkzaam is krachtens een arbeidsovereenkomst en dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd;
- II. voor recht te verklaren dat Upfield's cao 'Collectieve Arbeids Overeenkomst Upfield' op de arbeidsovereenkomst tussen Upfield en [REDACTED] van toepassing is;
- III. voor recht te verklaren dat het Sociaal Plan op [REDACTED] van toepassing is;

*primair:*

- IV. Upfield te veroordelen om aan [REDACTED] te betalen de blijfbonus van art. 4.5 van het Sociaal Plan ten bedrage van € 6.966,42 bruto;
- V. Upfield te veroordelen om aan [REDACTED] te betalen de beëindigingsvergoeding van art. 4.7 van het Sociaal Plan ten bedrage van € 149.973,02 bruto, dan wel, indien de kantonrechter oordeelt dat het Sociaal Plan niet op [REDACTED] van toepassing is, de transitievergoeding ten bedrage van € 22.509,28 bruto;
- VI. Upfield te veroordelen om aan [REDACTED] te betalen de gefixeerde schadevergoeding van art. 7:672 lid 11 BW van drie maandsalarissen ten bedrage van € 15.969,91 bruto;
- VII. Upfield te veroordelen om aan [REDACTED] te betalen de billijke vergoeding van art. 7:681 lid 1 BW ten bedrage van € 31.017,37 bruto;

- VIII. Upfield te veroordelen tot het opstellen van de eindafrekening en het uitbetalen daarvan aan [REDACTED] binnen één maand na betekening van de beschikking, onder verbeurte van een dwangsom van € 500,- per dag voor elke dag dat Upfield nalaat om aan deze veroordeling te voldoen;

*subsidiar*, indien de kantonrechter oordeelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen Upfield en [REDACTED] maar dat geen sprake is geweest van een opzegging door Upfield:

- IX. Upfield te veroordelen tot wedertewerkstelling van [REDACTED] in zijn functie, op straffe van een dwangsom van € 500,- per dag dat Upfield in gebreke blijft om [REDACTED] te werk te stellen;
- X. Upfield te veroordelen tot hervatting van de salarisbetaling aan [REDACTED] vanaf 25 juni 2022 ter hoogte van het salaris van € 20,88 bruto per uur gedurende 40 uren per week, te vermeerderen met 8% vakantiebijslag en overige emolumenten, tot aan de dag dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen wel rechtsgeldig zal zijn beëindigd;

*primair en subsidiar*:

- XI. Upfield te veroordelen om een correcte en inzichtelijke berekening aan [REDACTED] te verstrekken van het vanaf 14 juni 2017 achterstallige loon en de achterstallige overige arbeidsvoorwaarden, onder verbeurte van een dwangsom van € 500,- per dag voor elke dag dat Upfield nalaat om aan deze veroordeling te voldoen;
- XII. Upfield te veroordelen om aan [REDACTED] binnen twee maanden na betekening van de beschikking te betalen het vanaf 14 juni 2017 achterstallige loon en de overige achterstallige arbeidsvoorwaarden, onder gelijktijdige verstrekking van een bruto/nettospecificatie;
- XIII. Upfield te veroordelen tot het aanmelden van [REDACTED] bij het pensioenfonds PGB of een pensioenverzekeraar met terugwerkende kracht vanaf 14 juni 2017 onder gelijktijdige afdracht van de pensioenpremies voor zowel de werkgever als de werknemer;
- XIV. Upfield te veroordelen om aan [REDACTED] te betalen de buitengerechtelijke incassokosten ten bedrage van € 2.745,-;
- XV. Upfield te veroordelen om aan [REDACTED] te betalen de wettelijke verhoging van art. 7:625 BW en de wettelijke rente;
- XVI. Upfield te veroordelen in de proceskosten.
- 4.2 De kantonrechter heeft de verzoeken van [REDACTED] afgewezen en hem veroordeeld in de proceskosten.

## 5. Verzoeken in hoger beroep

- 5.1 Onder aanvoering van tien beroepsgronden verzoekt [REDACTED] in hoger beroep het hof om de beschikking waarvan beroep te vernietigen en zijn (hierboven in rov. 4.1 weergegeven) verzoeken alsnog toe te wijzen, met veroordeling van Upfield in de kosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep, vermeerderd met de wettelijke rente en de nakosten.
- 5.2 Upfield heeft de door [REDACTED] aangevoerde beroepsgronden bestreden en concludeert

tot bekrachtiging van de bestreden beschikking, met veroordeling van [REDACTED] in de kosten van – naar het hof begrijpt: – het hoger beroep vermeerderd met de wettelijke rente en de nakosten.

## 6. Beoordeling in hoger beroep

### *kern van het geschil*

- 6.1 In de kern gaat het geschil tussen [REDACTED] en Upfield over het antwoord op de vraag of hier sprake is van misbruik (van uitzending) in de zin van art. 5 lid 5 van Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (hierna: de Uitzendrichtlijn). [REDACTED] beantwoordt deze vraag bevestigend. Hij stelt zich vervolgens op het standpunt dat een richtlijnconforme uitleg van het Nederlandse recht meebrengt dat als passende sanctie op dat misbruik een arbeidsovereenkomst tussen [REDACTED] en Upfield moet worden aangenomen. Upfield beantwoordt de vraag ontkennend, voor zover al de Uitzendrichtlijn hier van toepassing is.
- 6.2 De kantonrechter heeft geoordeeld – heel kort weergegeven – dat (een aaneengesloten inleenperiode van dertien jaar weliswaar een lange periode is, maar alleen op die grond) geen sprake is van misbruik als bedoeld in de Uitzendrichtlijn (rov. 5.7 van de bestreden beschikking). Bij wijze van conclusie heeft de kantonrechter geoordeeld dat er tussen [REDACTED] en Upfield geen arbeidsovereenkomst bestaat of heeft bestaan, en dat daaruit volgt dat alle verzoeken van [REDACTED] moeten worden afgewezen (rov. 5.12 van de bestreden beschikking). Tegen deze oordelen en overwegingen die daartoe hebben geleid, komt [REDACTED] op met beroepsgronden 2 tot en met 10.
- 6.3 Beroepsgronden 2 tot en met 10 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Alvorens daartoe over te gaan, zal het hof overwegen dat de Uitzendrichtlijn hier van toepassing is.
- ### *toepasselijkheid van de Uitzendrichtlijn*
- 6.4 Ingevolge art. 1 lid 1 Uitzendrichtlijn is de richtlijn van toepassing op werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau, die ter beschikking worden gesteld van inlenende ondernemingen om onder toezicht of leiding van die ondernemingen tijdelijk te werken. Art. 3 lid 1, aanhef en onder a, Uitzendrichtlijn bepaalt dat onder werknemer wordt verstaan iedere persoon die in de betrokken lidstaat krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer. Art. 3 lid 1, aanhef en onder c, Uitzendrichtlijn definieert uitzendkracht als een werknemer met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau teneinde ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van laatstgenoemde onderneming tijdelijk te werken. Ook in de definities van uitzendbureau, inlenende onderneming en opdracht wordt uitgegaan van tijdelijk werk (art. 3 lid 1, aanhef en onder b, d en e, Uitzendrichtlijn).
- 6.5 In het arrest LD/ALB FILS Kliniken<sup>1</sup> heeft het Hof van Justitie van de EU (hierna ook: HvJ EU, of: het Hof) overwogen dat uit de bewoordingen van art. 1 lid 1 en

<sup>1</sup> HvJ EU 22 juni 2023, C-427/21, ECLI:EU:2023:505.

genoemde definitiebepalingen van de Uitzendrichtlijn blijkt dat de arbeidsverhouding met een inlenende onderneming naar haar aard tijdelijk is (punt 42, onder verwijzing naar het hieronder aan te halen JH/KG-arrest), en dat het woord 'tijdelijk' in art. 1 lid 1 Uitzendrichtlijn wordt gebruikt ter omschrijving van de wijze waarop een werknemer bij die onderneming ter beschikking wordt gesteld (punt 43, onder verwijzing naar het eveneens hieronder aan te halen Daimler-arrest). Het Hof heeft hieraan de conclusie verbonden dat wil een arbeidsverhouding binnen de werkingssfeer van de Uitzendrichtlijn vallen, een werkgever zowel bij de sluiting van de arbeidsovereenkomst als bij elk van de daadwerkelijk verrichte terbeschikkingstellingen de bedoeling moet hebben om de werknemer tijdelijk ter beschikking te stellen van de inlenende onderneming (punt 44). In het kader van de letterlijke uitleg van art. 1 lid 1 Uitzendrichtlijn en de context van deze bepaling, heeft het HvJ EU verder overwogen (dat de richtlijn weliswaar vermeldt dat arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd de algemene vorm van arbeidsverhouding zijn, maar) dat uit zijn rechtspraak volgt dat de Uitzendrichtlijn uitsluitend betrekking heeft op tijdelijke, voorbijgaande of in de tijd beperkte arbeidsbetrekkingen, en niet op vaste arbeidsverhoudingen (punt 50, wederom onder verwijzing naar het JH/KG-arrest).

6.6 Upfield betoogt dat met deze laatstbedoelde overweging definitief is komen vast te staan dat de Uitzendrichtlijn niet van toepassing is op de uitzendkracht met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, zoals [REDACTED]. Upfield heeft hierbij de arbeidsverhouding tussen Randstad en [REDACTED] op het oog. Daarmee miskent Upfield echter dat deze overweging van het HvJ EU ziet op de arbeidsverhouding tussen de uitzendkracht en de inlenende onderneming, niet op die tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau. De enkele omstandigheid dat tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau een arbeidsovereenkomst (voor onbepaalde tijd en fase C) bestaat, staat aan de toepasselijkheid van de Uitzendrichtlijn niet in de weg. Dit volgt ook uit rechtspraak van de Hoge Raad over het beschermingsbereik van art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn en art. 9a Waadi.<sup>2</sup>

6.7 De vraag is of de arbeidsverhouding tussen [REDACTED] en Upfield als (naar haar aard) tijdelijk in de hierboven bedoelde zin van de Uitzendrichtlijn moet worden aangemerkt. Naar het oordeel van het hof is dit het geval. Aangenomen moet worden dat Randstad (en Adecco), zowel bij het aangaan van de arbeids- en detacheringsovereenkomsten met [REDACTED] als bij elk van de daadwerkelijk verrichte terbeschikkingstellingen, de bedoeling had(den) [REDACTED] tijdelijk ter beschikking te stellen van Upfield (Unilever). Daarbij neemt het hof in aanmerking dat:

- vóórdat [REDACTED] door Unilever werd ingeleend, Randstad hem ook bij andere opdrachtgevers te werk had gesteld;
- Randstad [REDACTED] in 2003 bij Unilever te werk heeft gesteld en na beëindiging van die inlening in 2006 pas opnieuw met ingang van 2 juli 2009;
- Randstad [REDACTED] in (week 35 en 36 van 2009, dus van 24 augustus tot en met 6 september) 2009 heeft uitgezonden naar een andere opdrachtgever, te weten [REDACTED].

Gelet op de bedoeling van Randstad in de zin van het LD/ALB FILS Kliniken-arrest gaat ook [REDACTED] ervan uit dat zijn terbeschikkingstelling aan Unilever (Upfield) ('aanvankelijk in ieder geval') tijdelijk was en dat deze terbeschikkingstelling dus

<sup>2</sup> HR 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:751 en HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689.

onder de werkingssfeer van de Uitzendrichtlijn valt (pleitnotities in hoger beroep. nrs. 7.8 en 7.10). Upfield heeft zich hierover niet uitgelaten.

6.8 Het voorgaande brengt mee dat de Uitzendrichtlijn hier van toepassing is.

*geen misbruik als bedoeld in art. 5 lid 5 Uitzendrichtlijn*

6.9 Beroepsgronden 2 tot en met 10 kunnen evenmin tot vernietiging van de bestreden beschikking leiden omdat naar het oordeel van het hof hier geen sprake is van misbruik in de zin van art. 5 lid 5 Uitzendrichtlijn. Daartoe overweegt het hof het volgende.

*art. 5 Uitzendrichtlijn*

6.10 Art. 5 Uitzendrichtlijn behelst en geeft handen en voeten aan het beginsel van gelijke behandeling. Lid 1 van art. 5 Uitzendrichtlijn bepaalt dat de essentiële arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten, voor de duur van hun opdracht bij een inlenende onderneming, ten minste dezelfde zijn als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door de genoemde onderneming voor dezelfde functie in dienst waren genomen. In het JH/KG-arrest<sup>3</sup> heeft het HvJ EU overwogen dat dit beginsel deel uitmaakt van de tweeledige doelstelling van de Uitzendrichtlijn om de door de ondernemingen nagestreefde doelstelling van flexibiliteit te verzoenen met de doelstelling van zekerheid die beantwoordt aan de bescherming van de werknemers. Het Hof heeft dit afgeleid uit overweging 11 van de Uitzendrichtlijn waarin valt te lezen dat de richtlijn niet alleen bedoeld is om tegemoet te komen aan de behoeften van ondernemingen aan flexibiliteit, maar ook aan de behoeften van 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 (punten 50 en 52). Daarin past ook het doel van de richtlijn om de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen, een doelstelling die met name tot uiting komt in art. 6 leden 1 en 2 Uitzendrichtlijn (punt 51).

6.11 Lid 5 van art. 5 Uitzendrichtlijn luidt, voor zover hier van belang:

‘De lidstaten nemen passende maatregelen, overeenkomstig de nationale wetgeving en/of praktijk, met het oog op voorkoming van misbruik bij de toepassing van dit artikel, met name voorkoming van achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van deze richtlijn te omzeilen.’

6.12 Over deze bepaling heeft het HvJ EU in het JH/KG-arrest overwogen dat zij lidstaten (onder andere) de verplichting oplegt tot het nemen van passende maatregelen met het oog op voorkoming van (met name) achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van de Uitzendrichtlijn in haar geheel te omzeilen (punten 55 en 57). Op grond hiervan moet worden vastgesteld dat de Uitzendrichtlijn ook tot doel heeft dat de lidstaten ervoor zorgen dat uitzendarbeid bij dezelfde inlenende onderneming voor een uitzendkracht geen permanente situatie wordt (punt 60). Art. 5 lid 5 Uitzendrichtlijn verzet zich niet tegen een nationale wettelijke regeling die geen grenzen stelt aan het aantal achtereenvolgende opdrachten van dezelfde uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming, maar de bepaling verzet zich er wel tegen dat een lidstaat geen enkele maatregel neemt om het tijdelijke karakter van uitzendarbeid te

<sup>3</sup> HvJ EU 14 oktober 2020, C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823.

waarborgen (punten 72 en 63). Bij dit laatste kan ook een rol zijn weggelegd voor de nationale rechter (punt 64). Het is aan de (nationale) rechter (in de JH/KG-zaak) om na te gaan of het gaat om een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd waaraan op kunstmatige wijze de vorm van opeenvolgende uitzendovereenkomsten is gegeven om de doelstellingen van de Uitzendrichtlijn, in het bijzonder het tijdelijke karakter van uitzendarbeid, te omzeilen (punt 67). Bij deze beoordeling kan de rechter rekening houden met de volgende overwegingen (punt 68):

69. Indien de achtereenvolgende opdrachten van een uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming tot gevolg hebben dat de duur van de activiteit bij die onderneming langer is dan wat redelijkerwijs als 'tijdelijk' kan worden aangemerkt, zou dat een aanwijzing kunnen zijn voor misbruik van achtereenvolgende opdrachten in de zin van artikel 5, lid 5, eerste volzin, van richtlijn 2008/104.

70. Evenzo omzeilen achtereenvolgende opdrachten die aan een uitzendkracht bij dezelfde inlenende onderneming worden toevertrouwd, (...) de kern van de bepalingen van richtlijn 2008/104 en vormen zij misbruik van deze vorm van arbeidsverhouding, aangezien zij het door deze richtlijn bereikte evenwicht tussen flexibiliteit voor werkgevers en zekerheid voor werknemers aantasten door deze zekerheid te ondermijnen.

71. Wanneer ten slotte in een concreet geval geen objectieve verklaring wordt gegeven voor het feit dat de betrokken inlenende onderneming gebruikmaakt van achtereenvolgende uitzendovereenkomsten, staat het aan de nationale rechter om in de context van de nationale regeling en rekening houdend met de omstandigheden van elk geval te onderzoeken of een van de bepalingen van richtlijn 2008/104 wordt omzeild, temeer wanneer het dezelfde uitzendkracht is die op basis van de betrokken reeks overeenkomsten bij de inlenende onderneming wordt tewerkgesteld.<sup>7</sup>

*toetsingskader voor misbruik als bedoeld in art. 5 lid 5 Uitzendrichtlijn*

- 6.13 Met deze laatste overwegingen (punten 69-71) – die het HvJ EU heeft herhaald in zijn Daimler-arrest<sup>4</sup> – heeft het Hof in wezen een toetsingskader (gezichtspunten) voor nationale rechters geformuleerd ter beoordeling van de vraag of in een concreet geval in feite sprake is van een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd, waaraan op kunstmatige wijze de vorm van de (opvolgende) uitzendovereenkomst(en) is gegeven om de doelstelling van de Uitzendrichtlijn te omzeilen, oftewel ter beoordeling van de vraag wanneer niet langer sprake is van het gebruik maken van (een) uitzendovereenkomst(en), maar van misbruik als bedoeld in art. 5 lid 5 Uitzendrichtlijn.<sup>5</sup> Deze overwegingen kan de nationale rechter in aanmerking nemen indien in het nationale recht geen (precieze) tijdsduur is vastgesteld waarna een terbeschikkingstelling niet meer als 'tijdelijk' kan worden aangemerkt (met name wanneer opeenvolgende verlengingen van de terbeschikkingstelling van een uitzendkracht aan dezelfde inlenende onderneming zich over langere tijd uitstrekken; Daimler-arrest, punten 57 en 59). In dat geval immers

'staat het aan de nationale rechters om deze [tijdsduur; hof] in elk concreet geval te bepalen aan de hand van alle relevante omstandigheden, waaronder met name de specifieke kenmerken van de sector (...) en om (...) zich ervan te vergewissen dat de toewijzing van achtereenvolgende

<sup>4</sup> HvJ EU 17 maart 2022, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196, punten 60-62.

<sup>5</sup> Vgl. ECLI:NL:PHR:2022:846, nr. 7.23.



opdrachten aan een uitzendkracht niet tot doel heeft de doelstellingen van richtlijn 2008/104 en in het bijzonder de tijdelijke aard van uitzendarbeid te omzeilen' (Daimler-arrest, punt 58).

In het Nederlandse recht is niet geregeld na welke tijdsduur een terbeschikkingstelling van een uitzendkracht aan een inlenende onderneming niet (meer) als tijdelijk kan worden aangemerkt (als bedoeld in de Uitzendrichtlijn).

- 6.14 Het hof zal zich in deze zaak van dit toetsingskader bedienen. Daaraan staat niet in de weg dat de overwegingen in het JH/KG-arrest in het bijzonder zien op gevallen van achtereenvolgende opdrachten of opeenvolgende uitzendovereenkomsten (waarbij dezelfde uitzendkracht ter beschikking wordt gesteld aan dezelfde inlenende onderneming). Deze focus ligt in zoverre voor de hand dat art. 5 lid 5 Uitzendrichtlijn rept van voorkoming van misbruik, 'met name voorkoming van achtereenvolgende opdrachten om de bepalingen van deze richtlijn te omzeilen'. Vooral in gevallen van achtereenvolgende opdrachten zal sprake kunnen zijn van een kunstmatig vormgegeven arbeidsverhouding die in feite een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd is, terwijl die vorm ertoe dient de doelstellingen van de Uitzendrichtlijn, in het bijzonder het tijdelijke karakter van uitzendarbeid, te omzeilen. Dit neemt niet weg dat ook in gevallen waarin – zoals in het geval van ██████ en Upfield – sprake is van één (langdurige) terbeschikkingstelling (opdracht) van dezelfde uitzendkracht aan dezelfde inlenende onderneming op grond van een vaste arbeidsovereenkomst met een uitzendbureau, zal kunnen worden geoordeeld dat de arbeidsverhouding tussen de uitzendkracht en de inlenende onderneming in feite voor onbepaalde tijd is en dat daaraan op kunstmatige wijze de vorm van een uitzendovereenkomst is gegeven om de doelstellingen van de Uitzendrichtlijn te omzeilen. Ook bij deze beoordeling kan het toetsingskader uit het JH/KG-arrest een rol spelen.

*duur van de terbeschikkingstelling*

- 6.15 De terbeschikkingstelling van ██████ door Randstad (en Adecco) bij (Unilever en) Upfield is aangevangen op 2 juli 2009 en heeft vervolgens bijna (aaneengesloten) dertien jaar geduurd. Daarmee is de duur van de activiteit van ██████ bij (Unilever en) Upfield naar het oordeel van het hof dermate lang dat dit een aanwijzing kan vormen voor misbruik van de uitzendovereenkomst.

*objectieve verklaring*

- 6.16 In haar verweerschrift in eerste aanleg (nrs. 6-7) heeft Upfield aangevoerd dat ██████ van het begin tot en met het eind van zijn terbeschikkingstelling bij haar is ingezet op algemene, ondersteunende werkzaamheden waarmee gaten in de bezetting als gevolg van bijvoorbeeld vakantie, ziekte en pieken in de productie werden opgevuld. Aldus was ██████ volgens Upfield onderdeel van de flexibele schil waarbij de werkzaamheden, afhankelijk van de noodzaak, steeds bij verschillende afdelingen en aan verschillende productielijnen werden verricht. Het ging bijvoorbeeld om het invullen van gaten in de bezetting bij de afdeling expeditie en om supportwerk aan diverse lijnen. Anders dan werknemers in dienst van Upfield, had ██████ geen vaste plek aan een lijn en droeg hij nooit verantwoordelijkheid voor een vaste lijn, maar ondersteunde hij daarentegen de lijnverantwoordelijke(n) ingeval van het ontbreken van voldoende 'eigen' ondersteuning. ██████ heeft gereageerd op 'de wens van Upfield om te werken met een flexibele schil' (pleitnotities eerste aanleg, nr. 3.5), maar heeft deze door Upfield aangevoerde feiten en omstandigheden niet betwist.

6.17 De kantonrechter heeft hierover het volgende overwogen:

5.9 Verder is er naar het oordeel van de kantonrechter in dit geval een objectieve verklaring voor de achtereenvolgende uitzendovereenkomsten bij dezelfde inlener. Upfield heeft voldoende onderbouwd dat zij, gelet op de aard van haar onderneming (een productieomgeving) een gerechtvaardigd belang heeft bij het hebben van een flexibele schil. Zo is de bemensing van de margarinelijnen gebaseerd op een bepaald verzuimquotum, maar zal het 'gat' in de bemensing als er meerdere werknemers afwezig zijn moeten worden opgevuld. Een uitzendkracht kan de relatief eenvoudigste positie innemen, waarvoor minder vaardigheden zijn vereist. Van belang hierbij is, dit is door [REDACTED] niet weersproken, dat uitzendkrachten – anders dan werknemers die in dienst zijn van Upfield – geen zogenoemde lijnverantwoordelijkheid hebben. Door Upfield is onweersproken gesteld dat de hoeveelheid werk zowel per seizoen als binnen de week verschilt, doordat sommige lijnen op een specifieke dag in de week klaar moeten zijn en meerdere bekerlijnen om verschillende redenen (zoals onderhoud) voor langere tijd niet draaien. Het gevolg hiervan is dat de benodigde bezetting op deze lijnen varieert, waarbij de inzet van flexibele krachten wordt afgeschaald in de minder drukke periodes. Partijen verschillen van mening over hoe lang [REDACTED] op de verschillende productielijnen binnen Upfield heeft gewerkt. (...) Hoe dan ook, [REDACTED] heeft in ieder geval flexibel op verschillende lijnen van Upfield gewerkt, zonder dat hij daarbij lijnverantwoordelijkheid had.'

Dat de feitelijke gang van zaken een andere was dan die waarvan de kantonrechter in deze rechtsoverweging is uitgegaan, heeft [REDACTED] niet aangevoerd (ook niet in het kader van beroepsgrond 7 die specifiek tegen deze rechtsoverweging is gericht). In hoger beroep moet daarom van de juistheid daarvan worden uitgegaan.

6.18 In het licht van het voorgaande moet dus ervan worden uitgegaan dat [REDACTED] gedurende zijn terbeschikkingstelling – afgezien van de korte periode dat hij voor [REDACTED] werkzaam was – bij (Unilever en) Upfield in een productieomgeving werkte en ondersteunende werkzaamheden verrichtte (op de relatief eenvoudigste positie) op verschillende afdelingen en aan verschillende (productie)lijnen, telkens als gevolg van een 'gat' in de geplande bemensing van die afdelingen en lijnen dat moest worden opgevuld. De hoeveelheid werk aan de lijnen kon zowel per seizoen als binnen de week verschillen en anders dan de werknemers van (Unilever en) Upfield had [REDACTED] geen vaste plek aan een lijn en droeg hij geen lijnverantwoordelijkheid. Dat [REDACTED] aldus deel uitmaakte van de zogeheten flexibele schil bij Upfield en dat Upfield – vanwege de aard van haar onderneming – behoefte heeft aan en belang heeft bij flexibel in te zetten werkkrachten, ontkent [REDACTED] niet. Met de kantonrechter is het hof van oordeel dat dit belang als gerechtvaardigd (of: redelijk) moet worden beschouwd en dat het een objectieve verklaring oplevert voor het feit dat Upfield gebruik maakte van de uitzendovereenkomst.

6.19 Hieraan kan niet afdoen het betoog van [REDACTED] dat die flexibele schil niet permanent uit dezelfde uitzendkrachten mag bestaan en dat Upfield ervoor moet waken dat de ingehuurd uitzendkrachten tijdelijk worden ingeleend. Dit betoog ziet eraan voorbij dat Upfield blijkens een door haar (als productie 3 bij verweerschrift in eerste aanleg) overgelegd overzicht uitzendkrachten in vaste dienst heeft genomen en dat zij [REDACTED] (in verband met zijn opleiding(sniveau) niet een vast contract maar) een jaarcontract voor de functie van operator heeft aangeboden (dat [REDACTED] om hem moverende redenen niet heeft aanvaard). Van een permanente situatie is daarom in zoverre geen sprake.

*verstoring evenwicht flexibiliteit en zekerheid*

- 6.20 Uit het voorgaande volgt verder dat niet kan worden gezegd dat het gebruik van de uitzendovereenkomst gedurende bijna 13 jaar het door de Uitzendrichtlijn bereikte evenwicht tussen flexibiliteit (voor Upfield) en zekerheid (voor ██████ aantast (verstoot) door deze zekerheid te ondermijnen.
- 6.21 Andere feiten of omstandigheden dan de duur van de uitzending en het ontbreken van een objectieve verklaring heeft ██████ voor zijn conclusie dat sprake is van misbruik in de zin van art. 5 lid 5 Uitzendrichtlijn, niet gesteld. De enkele stelling dat de uitzendovereenkomst tussen Randstad en ██████ alleen bestaat om de uit de Uitzendrichtlijn voortvloeiende bescherming te omzeilen, maakt dit niet anders. Naar het oordeel van het hof is ook anderszins niet (voldoende) aannemelijk geworden dat door Randstad en/of Upfield aan de arbeidsverhouding tussen ██████ en Upfield op kunstmatige wijze de vorm van een uitzendovereenkomst is gegeven om de doelstellingen van de Uitzendrichtlijn te omzeilen.
- 6.22 De voorgaande overwegingen – in onderling verband bezien – brengen mee dat naar het oordeel van het hof hier weliswaar sprake is van langdurig gebruik van de uitzendovereenkomst, maar niet van misbruik daarvan in de zin van art. 5 lid 5 Uitzendrichtlijn. Beroepsgronden 2 tot en met 10 stuiten hierop af. Voor zover beroepsgrond 10 op de proceskostenveroordeling ziet (rov. 5.13 van de bestreden beschikking), levert dit geen zelfstandige grond op en behoeft zij in zoverre geen afzonderlijke beoordeling.

*conclusie en proceskosten*

- 6.23 De conclusie is dat het hoger beroep van ██████ doel mist. Daarom zal het hof de beschikking waarvan beroep bekrachtigen. Het hof zal ██████ als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten van het hoger beroep. Het salaris van de advocaat van Upfield zal het hof begroten op € 8.856,-- (= twee punten x € 4.428,-- (tarief VI)).

## 7. Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt de tussen partijen gegeven beschikking van de kantonrechter in de rechtbank Rotterdam van 12 december 2022;
- veroordeelt ██████ als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Upfield begroot op € 783,-- aan verschotten (griffierecht), € 8.856,-- aan salaris voor de advocaat en op € 178,-- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 92,-- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze beschikking is voldaan en vervolgens betekening van deze beschikking heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 92,-- na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van veertien dagen;

- 
- verklaart deze beschikking ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Deze beschikking is gegeven door mrs. H.J. van Kooten, R.S. van Coevorden en L.G. Verburg, en in het openbaar uitgesproken op 4 juni 2024.

