

DE UITZENDARBEIDRICHTLIJN 2008/104/EG IN INTERNATIONAAL EN BELGISCH PERSPECTIEF

Et Verbum caro factum est
(Johannes I, vers 14)

Filip DORSSEMONT,
*Professor Arbeidsrecht
Centre interdisciplinaire Droit, Entreprise et Société
Université catholique de Louvain
Université Saint-Louis de Bruxelles*

INHOUD

Inleiding: uitzendarbeid	199
§ 1. Private arbeidsbemiddeling en uitzendarbeid in IAO-Conventies	200
§ 2. Private arbeidsbemiddeling, vrije mededinging en vrij verkeer van diensten in het EU-recht	205
§ 3. De Uitzendrichtlijn, juridische grondslag en doelstellingen	207
3.1. Juridische grondslag	207
3.2. Inadequaat karakter van de juridische grondslag	209
3.3. Flexicurity versus juridische grondslag	211
§ 4. De uitzendarbeid en de standaardovereenkomst	211
§ 5. Arbeidsmarktrecht	213
§ 6. Individueel arbeidsrecht	218
§ 7. Collectief arbeidsrecht	224
§ 8. Et vidimus gloriam eius	228

Op 19 november 2008 keurde de Raad van de Europese Unie de Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid goed. Deze richtlijn werd uitdrukkelijk geïnspireerd door een flexicurity-paradigma. Dit paradigma steekt schril af tegen een benadering waarvan enkele historische IAO-Conventies (34, 88, 96 en 181) blijk gaven. Private arbeidsbemiddelaars contesteerden op succesrijke wijze nationale wetten die hun beletten in concurrentie te treden met openbare diensten voor arbeidsvoorziening. Het Hof van Justitie leende hen een gewillig oor. In deze bijdrage wordt de Uitzendarbeidrichtlijn geanalyseerd en geconfronteerd met deze drie IAO-Conventies over private arbeidsbemiddeling. De IAO-conventies hebben jarenlang het exclusieve internationaalrechtelijke kader gevormd voor de regulering van uitzendarbeid in België. Een 'internrechtelijke' vergelijking van de Uitzendarbeidrichtlijn met twee richtlijnen die andere atypische of preciaire arbeidsrelaties reguleren, kan leiden tot voortschrijdend inzicht. Zij worden 'en filigrane' in de analyse betrokken. De analyse van de Uitzendarbeidrichtlijn voor een Belgisch publiek noopt tot de vraag in welke mate de Belgische regelgeving heden richtlijnconform kan worden genoemd. Zo komt de vraag aan bod of de juridische grondslag voor de vaststelling van de Uitzendarbeidrichtlijn de volledige inhoud wel voldoende draagt.

Le 19 novembre 2008, le Conseil de l'Union européenne a adopté la Directive 2008/104/CE relative au travail intérimaire. Cette directive fait expressément référence au paradigme de la flexicurité. Ce paradigme se distingue foncièrement de l'approche qui caractérise un ensemble de conventions de l'OIT (34, 88, 96 et 181). Des bureaux de placement privés ont contesté avec succès des législations nationales qui les empêchaient de faire concurrence aux services publics de l'emploi. La Cour de justice de l'Union européenne a accueilli favorablement leurs critiques. La présente contribution analyse la Directive relative au travail intérimaire au regard des conventions de l'OIT précitées. Ces conventions ont durant des années constitué le seul cadre de droit international à la réglementation du travail intérimaire en Belgique. Une comparaison de la Directive relative au travail intérimaire avec deux directives relatives aux relations de travail dites atypiques ou précaires, intégrée en filigrane dans l'analyse, la complète et fournit des clefs de lecture supplémentaires. Pour un public belge, se pose la question de la conformité de la réglementation belge à la Directive. Avant d'y répondre, il y a lieu d'examiner si la base juridique de la directive est suffisante pour fonder l'entière des règles qu'elle contient.

Inleiding: uitzendarbeid

Triangulaire relaties zijn complex. Deze vaststelling gaat ook op voor uitzendarbeid. Op 19 november 2008 keurde de Raad van de Europese Unie de Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid goed. Het betreft de eerste systematische regulering van dit fenomeen in de Europese rechtsorde via een instrument van secundair unierecht. Deze richtlijn werd uitdrukkelijk geïnspireerd door een *flexicurity*-paradigma. Een vertoog dat historisch thuishoort in de Titel over Werkgelegenheid van het VWEU werd vlees en voer voor juristen die zich traditioneel eerder over richtlijnen (Sociale Politiek) dan over richtsnoeren (Werkgelegenheid) buigen.

Dit paradigma steekt schril af tegen een benadering waarvan enkele historische IAO-Conventies blijk gaven (§ 1). Deze conventies werden niet ontworpen om dit fenomeen te reguleren. Op het ogenblik dat ze werden aangenomen, werden werknemers niet ingeleend via uitzendbureaus. De historische achterdocht tegenover private arbeidsbemiddeling heeft uitzendbureaus parten gespeeld. Het fenomeen werd willens nillens geanalyseerd vanuit dit internationaalrechtelijk kader, dat ook in vele lidstaten van de Europese Unie sporen heeft nagelaten. Private arbeidsbemiddelaars contesteerden op succesrijke wijze nationale wetten die hun beletten in concurrentie te treden met openbare diensten voor arbeidsvoorziening. Het Hof van Justitie leende hen een gewillig oor (§ 2). Een decennium voorafgaand aan de Europese richtlijn besloot de Algemene Conferentie van de IAO om een conventie goed te keuren die als een herziening geldt van de oudere instrumenten. Deze conventie is *niet* schatplichtig aan enig *flexicurity*-discours. Het erkent evenwel de positieve bijdrage die private arbeidsbemiddelaars (*private employment agencies*) kunnen leveren aan een geordende arbeidsmarkt.

In deze bijdrage wordt de Uitzendarbeidrichtlijn geanalyseerd en geconfronteerd met deze drie IAO-Conventies over private arbeidsbemiddeling (§ 3 tot 7). Het woord confrontatie werd bewust gekozen. Het conceptuele kader van de Uitzendarbeidrichtlijn en de IAO-conventies is zeer onderscheiden. Dergelijke confrontatie is primair een intellectuele exercitie. De Europese Unie is geen lid van de IAO. Beide rechtsordes bepalen op autonome wijze hoe zij zich tot elkaar verhouden en hoe zij omgaan met de vaststelling dat hun juridische normen onderling divergeren. Een vergelijking kan wel bijdragen tot een beter begrip van de Uitzendarbeidrichtlijn. De IAO-conventies hebben jarenlang het exclusieve internationaalrechtelijke kader gevormd voor de regulering van uitzendarbeid in België. Een 'internrechtelijke' vergelijking van de Uitzendarbeidrichtlijn met twee richtlijnen die andere atypische of preciaire arbeidsrelaties reguleren, kan leiden tot voortschrijdend inzicht. Zij worden *en filigrane* in de analyse betrokken.

De analyse van de Uitzendarbeidrichtlijn voor een Belgisch publiek noopt tot de vraag in welke mate de Belgische regelgeving heden richtlijnconform kan worden genoemd. Deze vraag is slechts relevant voor zover voorafgaand kan worden aangenomen dat de Europese richtlijn conform is aan het primair Unierecht. Zo komt de vraag aan bod of de juridische grondslag voor de vaststelling van de Uitzendarbeidrichtlijn de volledige inhoud wel voldoende draagt (§ 3). De impact van de relevante IAO-conventies die door België werden geratificeerd op het Belgische recht is reëel. De hoger genoemde confrontatie wordt dan ook in deze vraagstelling weerspiegeld. Dit laatste onderzoek

kan evenwel geenszins als een louter academische exercitie worden gekwalificeerd. Deze bijdrage heeft uitdrukkelijk *niet* tot doel om het complexe Belgische juridische kader over uitzendarbeid in kaart te brengen. Enkel die aspecten die door de richtlijn worden beroerd, worden hier belicht. Recente evoluties van de reglementering komen om die reden niet aan bod⁽¹⁾.

§ 1. Private arbeidsbemiddeling en uitzendarbeid in IAO-Conventies

De etymologie van het woord “beginsel” getrouw, ligt het voor de hand dat beginselen “in den beginne” worden vooropgesteld. De Uitzendarbeidswet 1987 zondigt tegen deze stelregel. Het is wachten tot artikel 31 van het Hoofdstuk III vooraleer het principiële verbod van terbeschikkingstelling wordt afgekondigd. De voorgaande hoofdstukken blijken achteraf één uitzonderingsscenario te formuleren op dit verbod (nl. de uitzendarbeid).

Die principiële afwijzing van de terbeschikkingstelling en de rigide omkadering van de uitzendarbeid naar Belgisch recht roept herinneringen op aan de historische achterdocht waarvan de IAO-Conventies inzake private arbeidsbemiddeling blijk gaven. Het internationaalrechtelijke kader evolueerde over een tijdsbestek van meer dan 60 jaar⁽²⁾. De IAO gaf meer en meer blijk van een positieve waardering van private arbeidsbemiddeling, ook wanneer die een winstoogmerk nastreefde. De verhouding van het fenomeen van de uitzendarbeid tot de notie van arbeidsbemiddeling werd in diezelfde periode uitgeklaard.

Voor een juist begrip van de IAO-Conventies inzake arbeidsbemiddeling is de verhouding tot het recht op arbeid fundamenteel. Noch de Constitutie van de IAO (1919), noch de Verklaring van Philadelphia (1944) refereren uitdrukkelijk naar een dergelijk ‘grondrecht’. Beide teksten bevatten wel de kiemen voor dergelijke erkenning. De Constitutie is het oudste internationaalrechtelijke instrument waarin de idee van “social justice” opduikt. Deze idee wordt in verband gebracht met de strijd tegen werkloosheid (“the prevention of unemployment”). In de Verklaring van Philadelphia wordt diezelfde gedachte positiever geformuleerd. De IAO stelt er zich ten doel om programma’s te bevorderen die “full employment” dienen te verwezenlijken⁽³⁾. Artikel 23, § 1 van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (1945) proclameerde

- 1 Sommige recente wijzigingen aan het toepasselijke kader die niet (alle) in rechtstreeks verband staan tot de omzetting van de Uitzendarbeidrichtlijn betreffen de Programmawet van 27 december 2012, de Wet van 26 juni 2013, en de CAO nr. 108 werden recent geanalyseerd door I. PLETS, “Strengere regels voor uitleen van werknemers”, *Or.* 2013, 138-142, P. VAN DEN BERGH en F. HENDRICKX, “Uitzendarbeid en ter beschikkingstelling: de wet van 24 juli 1987 en CAO nr. 108” in F. HENDRICKX en D. PIETERS (eds.), *Arbeids- en socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 49-73 en O. WOUTERS, “Uitzendarbeid: nieuwe regels vanaf 1 september 2013”, *Or.* 2013, 162-170.
- 2 Voor een overzicht, zie J.M. SERVAIS, *International labour law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2005, 174-178.
- 3 Zie Caput III: “The Conference recognizes the solemn obligation of the International Labour Organization to further among the nations of the world programmes which will achieve: (a) full employment and the raising of standards of living; (b) the employment of workers in the occupations in which they can have the satisfaction of giving the fullest measure of their skill and attainments and make their greatest contribution to the common well-being”.

voor het eerste een *recht op arbeid*⁽⁴⁾. Het synthetische karakter van de Verklaring liet geen uitwerking toe. Het Europees Sociaal Handvest (1961) en het Internationaal Verdrag voor economische, sociale en culturele rechten (1966) verbinden de erkenning van het recht op arbeid op uitdrukkelijke wijze met het streven naar volledige tewerkstelling. Artikel 1 van het ESH verplicht de verdragsluitende staten "to establish or maintain *free employment services for all workers*". Het is de enige bepaling in een internationale grondrechtencatalogoog die uitdrukkelijk het recht op arbeid én de doelstelling van volledige tewerkstelling koppelt aan gratis arbeidsbemiddeling. Dit artikel laat in het midden of de arbeidsbemiddeling een openbaar karakter dient te hebben. Het *European Committee on Social Rights* heeft wel verduidelijkt dat de arbeidsbemiddeling kosteloos moet zijn voor werkgevers én voor werknemers. De draagwijdte van het gratis karakter maakt het voorwerp uit van een "jurisprudentie" door het ECSR⁽⁵⁾. Het Comité benadrukt dat het bekendmaken van bepaalde jobaanbiedingen gratis dient te zijn. Werkgevers dienen niets te betalen om jobaanbiedingen bekend te maken. Werknemers dienen niets te betalen om van die aanbiedingen kennis te nemen. De confrontatie van vraag en aanbod geschiedt kosteloos. Het Comité neemt geen aanstoot aan een vergoeding van andere diensten die gericht zijn op werving en selectie. Het bestaan van niet-kosteloze arbeidsbemiddeling is evenmin problematisch, op voorwaarde dat er een gratis alternatief bestaat.

De inspiratie voor Artikel 1, § 3 ESH moet ongetwijfeld gezocht worden in drie IAO-Conventies die ten tijde van de totstandkoming van het ESH waren aangenomen.

In 1933 keurde de Algemene Vergadering (General Conference) de Convention nr. 34 concerning fee-charging employment agencies goed. In 1948 volgde de Convention nr. 88 concerning the organisation of the employment service. In 1949 werd een nieuwe conventie goedgekeurd die de "herziening" ("revision") van Conventie nr. 34 tot voorwerp had. Deze titel is evenwel misleidend. De Conventie nr. 96 (concerning fee-charging employment agencies) wijzigt geenszins de oudere conventie. Ze heft deze conventie evenmin op. Wel impliceert de ratificatie van Conventie nr. 96 door een IAO-lidstaat van rechtswege de opzegging van de Conventie nr. 34.

Deze drie IAO-Conventies getuigen van een consistente visie op arbeidsbemiddeling. Van meet af aan (1933) gold een zekere achterdocht tegen "fee-charging employment agencies", inzonderheid tegen arbeidsbemiddelaars die een winst oogmerk nastreven. In IAO-Conventie nr. 34 werd immers voorzien dat deze laatste binnen de drie jaar moesten worden afgeschaft. Arbeidsbemiddeling was in die optiek slechts voorbehouden aan "fee charging employment agencies" die geen winst oogmerk nastreefden. Deze konden evenwel slecht opereren na door de bevoegde overheid een licentie te hebben gekregen en mits ze zich onderwierpen aan overheidscontrole. Er gold eveneens een prijsreglementering. De bevoegde overheid diende maximumprijzen vast te leggen die voor de diensten konden worden gevraagd. In IAO-Conventie nr. 88 wordt een verplichting ingebouwd om een kosteloze én openbare "employment service"

4 Art. 23 UDHR:

(1) Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment.

5 Zie L. SAMUEL, *Droits sociaux fondamentaux*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, 32-37 en A. SWIATKOWSKI, *Charter of Social Rights of the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, 65-68.

in te richten met een ruime bevoegdheid om de arbeidsmarkt te organiseren. In de IAO-Conventie nr. 96 wordt de principiële verplichting tot het verbieden van de fee-charging employment agencies herhaald zonder evenwel een tijdspad voorop te stellen. Dit principiële verbod kan bovendien slechts worden gehandhaafd *nadat* een openbare dienst voor arbeidsbemiddeling werd ingevoerd ("public employment service"). De IAO-Conventie nr. 96 wettigt daardoor de indruk dat het in 1933 geïntroduceerde verbod niet werkzaam is geweest. Ze gaat er eveneens impliciet van uit dat het verbod in een aantal landen niet snel zal worden gehandhaafd, door deze "employment agencies" aan een regime te onderwerpen dat op bepaalde punten verschilt van de organismes die geen winstoogmerk nastreven. Zo dient de licentie voor arbeidsbemiddelaars met een winstoogmerk jaarlijks te worden hernieuwd in tegenstelling tot de goedkeuring waaraan arbeidsbemiddelaars *zonder* winstoogmerk waren onderworpen.

De IAO-Conventies introduceerden geen absoluut overheidsmonopolie, noch een absoluut verbod voor private arbeidsbemiddeling. Ze stuurden wel sterk aan op een verbod van private arbeidsbemiddeling *met* winstoogmerk. De vraag in welke mate het fenomeen van de uitzendarbeid onder de toepassing van de IAO-Conventies viel, is relevant. In het ontkennende geval ligt immers een weg open om de bepalingen van de IAO-Conventies te ontwijken. Dit laatste lijkt vooral relevant voor de ontwijking van de strakke prijspolitiek die de IAO-Conventies opleggen.

De definitie van arbeidsbemiddelaars ("employment agencies") in beide conventies nrs. 34 en 96 is identiek. Als "employment agency" wordt aangezien, "any person, company, institution, agency, or other organisation, which acts as an intermediary for the purpose of procuring employment for a worker or supplying a worker for an employer". De activiteit van "employment agencies" wordt in termen van "placement" geduid. In de Franse taalversies⁽⁶⁾ is sprake van des "bureaux de placement" met of zonder winstoogmerk.

De definities van *employment agencies/bureaux de placement* kwam tot stand in een tijdsscharnier waarin het fenomeen "uitzendarbeid" onbestaande was. In de definitie is sprake van een intermediair, dit is een *tussenpersoon* die een werknemer een baan verschaft (*to procure employment/procurer un emploi*) dan wel die een werkgever een werknemer verschaft (*supplying a worker for an employer*). Aangezien het uitzendbureau zelf optreedt als *werkgever* valt in een strikte interpretatie niet te begrijpen hoe dit bureau als een *tussenpersoon* kan worden aangezien die een baan verschaft. Het uitzendbureau verschaft immers geen baan als tussenpersoon, maar als werkgever zonder meer. Voor de stelling dat een uitzendbureau als een "supplier of a worker for an employer" optreedt, valt meer te zeggen. Evenwel rijst het probleem dat die gebruiker geen werkgever is van die werknemer en in theorie niet

- 6 (a) les bureaux de placement à fin lucrative, c'est-à-dire toute personne, société, institution, agence ou autre organisation qui sert d'intermédiaire pour procurer un emploi à un travailleur ou un travailleur à un employeur, à l'effet de tirer de l'un ou de l'autre un profit matériel direct ou indirect; cette définition ne s'applique pas aux journaux ou autres publications, sauf à ceux dont l'objet exclusif ou principal est d'agir comme intermédiaires entre employeurs et travailleurs;
- (b) les bureaux de placement à fin non lucrative, c'est-à-dire les services de placement des sociétés, institutions, agences ou autres organisations qui, tout en ne poursuivant pas un profit matériel, perçoivent de l'employeur ou du travailleur, pour lesdits services, un droit d'entrée, une cotisation ou une rémunération quelconque.

eens (eigen) werknemers hoeft te hebben. Uitzendbureaus zijn dus strikt genomen geen bemiddelaars in een spel tussen vraag en aanbod. Zij bieden zelf een baan aan. De ambiguïteit van de formules heeft geleid tot divergerende interpretaties. Niettegenstaande het IAO-expertencomité de mening toegedaan was dat uitzendbureaus onder de IAO-Conventie nr. 96 vielen, beriepen vele lidstaten zich op de tegenovergestelde interpretatie om het verwijt van een gebrek aan conformiteit van het regulerende kader inzake uitzendarbeid met de IAO-conventies te ontlopen⁽⁷⁾.

In 1997 werd een nieuwe IAO-Conventie nr. 181 goedgekeurd. Ze geldt als een herziening van Conventie nr. 96 in de hierboven beschreven betekenis. Deze conventie getuigt van een meer positieve waardering voor de functie van private arbeidsbemiddeling binnen een goed functionerende arbeidsmarkt. Er wordt afgestapt van de opzet om private arbeidsbemiddeling met een winstoogmerk te verbieden. De IAO-Conventie nr. 96 liet uitzonderingen toe op het principiële verbod van private arbeidsbemiddeling met een winstoogmerk voor zover de openbare dienst voor arbeidsvoorziening niet in deze behoefte kon voorzien⁽⁸⁾. De IAO-Conventie nr. 181 voert een copernicaanse revolutie door. Er geldt binnen bepaalde voorwaarden een principiële vrijheid van private arbeidsbemiddeling. Het bevorderen van die vrijheid wordt zelfs als een doelstelling aangemerkt⁽⁹⁾. Evenwel kan een lidstaat na overleg met de meest representatieve werkgevers en werknemersorganisaties bepaalde sectoren of werknemers van de vrijheid van uitzendarbeid uitzonderen.

De hoger gemelde ambiguïteit die de personele toepassingsfeer van de IAO-Conventies nr. 34 en 96 kenmerkte, werd weggewerkt. Artikel 1 integreert in de personele toepassingsfeer van "employment agencies" uitdrukkelijk de activiteit van uitzendbureaus die wordt gedefinieerd als

"services consisting of employing workers with a view to making them available to a third party, who may be a natural or legal person (referred to below as a "user enterprise") which assigns their tasks and supervises the execution of these tasks".

Men zou kunnen betogen dat de hierboven gekozen vertaling van "employment agencies" als arbeidsbemiddelaars daardoor minder gelukkig wordt.

De Conventie nr. 181 opteert voor een meer substantiële benadering om de werknemers te beschermen. De procedurele vereisten waaraan private arbeidsbemiddelaars moeten voldoen, worden versoepeld. De staten dienen de voorwaarden voor de exploitatie van *fee charging employment agencies* vast te leggen in overeenstemming

7 Zie over deze interpretatiekwestie: INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE, 81st Session, 1994, *The role of private employment agencies in the functioning of labour markets*, Geneva, International Labour Office, 1994, 45. Zie ook G. SCHNORR, "International Law. International Private Law" in W. ALBEDA, R. BLANPAIN en G.M.J. VELDKAMP, *Temporary Work in Modern Society*, Deventer, Kluwer The Netherlands, 1978, 411-418 en G.H. CAMERLYNCK, "Approaches to temporary work. Legal Sources, Definitions and Possible Channels" in W. ALBEDA, R. BLANPAIN en G.M.J. VELDKAMP, *Temporary Work in Modern Society*, Deventer, Kluwer The Netherlands, 1978, 460-467.

8 Zie artikel 5 IAO-Conventie nr. 96.

9 Zie artikel 2 IAO-Conventie nr. 181.

met een stelsel van vergunningen of certificering, tenzij ze anders worden geregeld of vastgesteld door passende nationale wetgeving en praktijk⁽¹⁰⁾.

De inhoudelijke waarborgen zijn veelzijdig. Ze hebben betrekking op het recht op vrijheid van vereniging en het recht op collectief overleg⁽¹¹⁾. Gelijke kansen en gelijke behandeling bij de toegang tot werk en tot bepaalde beroepen moeten worden gewaarborgd. Werknemers moeten door de bemiddelaars worden behandeld zonder discriminatie op basis van ras, huidskleur, geslacht, godsdienst, politieke overtuiging, nationale herkomst, sociale afkomst, of enige andere vorm van discriminatie onder de nationale wetgeving en praktijk, zoals leeftijd of handicap⁽¹²⁾. Deze bepaling maakt geen onderscheid tussen werknemers die zelf worden aangeworven of worden geplaatst. Een soortgelijke opmerking kan worden gemaakt op het gebied van andere principes zoals de bescherming van persoonsgegevens van werknemers of het verbod op kinderarbeid⁽¹³⁾.

Gelijke behandeling van werknemers door uitzendbureaus én werknemers van de inlenende onderneming wordt niet vooropgesteld.

Artikel 11 heeft specifiek betrekking op de rechtspositie van uitzendkrachten. Dit artikel verplicht de lidstaten tot het nemen van maatregelen om te waarborgen dat uitzendkrachten een passende bescherming genieten op de volgende gebieden:

- a) vrijheid van vereniging;
- b) collectieve onderhandelingen;
- c) minimumlonen;
- d) werktijden en andere arbeidsvoorwaarden;
- e) wettelijke sociale uitkeringen;
- f) toegang tot scholing;
- g) de veiligheid en gezondheid op het werk;
- h) een vergoeding in geval van een arbeidsongeval of beroepsziekte;
- i) een vergoeding in geval van insolventie en bescherming van werknemersvorderingen;
- j) bescherming van het moederschap en uitkeringen, en ouderlijke bescherming en voordelen.

Conventie nr. 181 wijkt af van Conventie nr. 96 met betrekking tot de kwestie van de omvang van de vergoedingen die moet worden vastgesteld. De verplichting om een dergelijke rigide schaal op te leggen is verlaten ten gunste van de regel dat private arbeidsbemiddelaars niet direct of indirect, geheel of gedeeltelijk, de eventuele vergoedingen of kosten aan de werknemers mogen doorrekenen⁽¹⁴⁾.

De goedkeuring van deze nieuwe conventie staat niet los van een ontwikkeling die zich in een andere internationale organisatie voltrok⁽¹⁵⁾. Het Hof van Justitie van

10 Zie artikel 3 IAO-Conventie nr. 181.

11 Zie artikel 4 IAO-Conventie nr. 181.

12 Zie artikel 5 IAO-Conventie nr. 181.

13 Zie artikelen 6 en 9 IAO-Conventie nr. 181.

14 Zie artikel 7 IAO-Conventie nr. 181.

15 Zie de referenties naar de hierna besproken arresten *Höfner and Elser* in INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE, 81st Session, 1994, *The role of private employment agencies in the functioning of labour*

de Europese Unie sprak zich in enkele mijlpaalarresten uiterst negatief uit over de beperkingen en verboden van private arbeidsbemiddeling in Duitsland en Italië die door de oudere IAO-Conventies waren geïnspireerd. Deze rechtspraak is een katalysator geweest voor het opzeggen van de IAO-Conventie nr. 96. Slechts enkele lidstaten zijn nog door deze conventie gebonden⁽¹⁶⁾.

§ 2. Private arbeidsbemiddeling, vrije mededinging en vrij verkeer van diensten in het EU-recht

De analyse van de uitzendarbeid naar Europees recht kan niet tot een analyse van de Uitzendarbeidrichtlijn worden gereduceerd. Vooreerst kwam de uitzendarbeid reeds incidenteel aan bod in enkele oudere richtlijnen. Ten tweede stonden de uitzendarbeid en de private arbeidsbemiddeling centraal in een aantal spraakmakende prejudiciële procedures die in de jaren 90 van de vorige eeuw werden ingeleid voor het Hof van Justitie. Het Hof diende zich in deze casusposities te buigen over enkele nationale regelingen die een verbod van private arbeidsbemiddeling inhielden in het licht van de mededingingsvrijheid en het vrij verkeer van diensten. Deze rechtspraak heeft een constitutioneelrechtelijke status in de mate waarin het Hof de private arbeidsbemiddeling in het licht van het Europees primair recht benadert.

Noch de private arbeidsbemiddeling noch uitzendarbeid komt in de verdragsteksten aan bod. Private arbeidsbemiddeling vormt evenwel een “dienst” in de zin van artikel 56 VWEU⁽¹⁷⁾. Openbare diensten van arbeidsvoorziening (“public employment services”) kunnen worden geduid als diensten van algemeen economisch belang in de zin van artikel 14 van het VWEU⁽¹⁸⁾ en in de zin van artikel 36 van het Charter van de grondrechten van de Europese Unie. Immers, de toegang tot kosteloze arbeidsbemiddeling (“service gratuit de placement”) wordt gewaarborgd door artikel 29 van het Charter. Het lijkt immers erg moeilijk om het algemeen economisch belang van een openbare dienst voor arbeidsvoorziening te ontkennen die precies tot de verwezenlijking van dit grondrecht bijdraagt. Blijkens de toelichting bij het Charter vormen de vrijheid van beroep en het recht om te werken (artikel 15 Charter) de grondslag van dit recht.

Die laatste kwalificatie houdt geenszins een immuniteit in ten faveure van de openbare diensten voor arbeidsvoorziening. In artikel 106, § 2 VWEU wordt uitdrukkelijk gesteld dat

“De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, onder de regels vallen van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.”

markets, Geneva, International Labour Office, 1994, 44-45.

16 Het betreft Frankrijk, Luxemburg en Malta.

17 Zie reeds HvJ 17 december 1981, C-279/80 (*Webb*).

18 Zie A. JACOBS, “Services of General Interest and the Treaty of Lisbon” in N. BRUUN, K. LOERCHER en I. SCHOEMANN, *The Lisbon Treaty and social Europe*, Oxford, Hart Publishers, 2012, 278-302.

Wel bepaalt artikel 14 VWEU dat “de Unie en de lidstaten er, in het kader van hun onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van de Verdragen zorg voor dragen dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en, met name economische en financiële, voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen”.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie diende zich in de jaren 90 te buigen over een overheidsmonopolie inzake arbeidsbemiddeling in Duitsland en Italië. In *Höfner en Elser* werd dit monopolie betwist door een arbeidsbemiddelaar die bedrijfsleiders diende te werven in naam en voor rekening van een cliënt. Het betrof een headhunter, geen uitzendbureau. In het tijdsscharnier had Duitsland gekozen om te kiezen voor deel II van de IAO-Conventie nr. 96, dat voorzag in een geleidelijke afschaffing van de *fee-charging employment agencies*. Nadat de arbeidsbemiddelaar zich van zijn opdracht had gekwetend, weigerde de cliënt te betalen. Hij wierp op dat de diensten illegaal waren naar Duits recht.

Het *Bundesarbeitsgericht* stelde prejudiciële vragen in verband met de conformiteit van het verbod ten gunste van het “monopolie” van de openbare dienst voor arbeidsbemiddeling met de beginselen van het vrij verkeer van diensten én met de verdragsregels betreffende de vrije mededinging.

In *Job Centre* stond de weigering van de Italiaanse gerechtelijke autoriteiten centraal om een uitzendbureau te registreren. Deze gerechtelijke saga⁽¹⁹⁾ leidde tot twee arresten van het Hof van Justitie, waarvan enkel het tweede onmiddellijk relevant is. De op te richten vennootschap, *Job Centre*, had een ruimer maatschappelijk doel dat gericht was op arbeidsbemiddeling *sensu lato*. De Italiaanse *Corte d'appello* van Milano stelde vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie over de conformiteit van het Italiaanse staatsmonopolie met de EU-beginselen inzake het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van mededinging.

In beide cases vermeed het Hof een toetsing van de relevante wetgeving aan het beginsel van het vrij verkeer van diensten⁽²⁰⁾. In *Höfner en Elser*⁽²¹⁾ betoogde het Hof dat de feiten van de zaak zoals die door de verwijzende rechter werden vastgesteld uitsluitend betrekking hadden op het verrichten van diensten die zich in al hun relevante aspecten in één enkele lidstaat situeerden. In *Job Centre II*⁽²²⁾ kwam het Hof niet toe aan het vrij verkeer omdat het oordeelde dat het ruim geformuleerde verbod in strijd was met de vrijheid van mededinging.

In beide arresten nam het Hof van Justitie een gematigd standpunt in. Het verlenen van een monopolie op het gebied van arbeidsbemiddeling met betrekking tot bedrijfsleiders of op het gebied van bemiddeling tussen vraag en aanbod op de arbeidsmarkt werd niet *per se* als een misbruik van een machtspositie in de zin van de mededingingsregels aangemerkt.

19 S. SCIARRA, “Job Centre: an illustrative example of strategic litigation” in S. SCIARRA, *Labour Law in the Courts*, Oxford, Oregon, 2001, 241-260.

20 E. TRAVERSA, “The role played by the Court of Justice of the European Community in opening up the market for private employment agencies”, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, Nr. 36, Den Haag, Kluwer Law International, 1999, 105 e.v.

21 HvJ 23 april 1991, C-41/90 (*Höfner and Elser v. Macrotron*).

22 HvJ 11 december 1997, C-55/96 (*Job Centre Coop. arl*).

Het Hof erkende dat een openbare dienst voor arbeidsvoorziening een onderneming betrof belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Of de uitoefening van een monopolie op het gebied van werving van leidinggevenden een misbruik vormde van een machtspositie moest *a posteriori* worden beoordeeld aan de hand van een analyse van de Duitse arbeidsmarkt.

In *Höfner en Elser* werd geoordeeld dat indien de Duitse *Bundesanstalt* niet in staat was aan de vraag in dit specifieke marktsegment te beantwoorden (*executive recruitment*), een dergelijk monopolie een schending van de mededingingsregels uitmaakt, daar waar de grensoverschrijdende handel werd aangetast. In *Job Centre II* werd deze voorzichtige benadering toegepast op een nog ruimer monopolie. Het Hof bevestigde deze rechtspraak ook later in *Carra en anderen*⁽²³⁾.

§ 3. De Uitzendrichtlijn, juridische grondslag en doelstellingen

3.1. Juridische grondslag

De Uitzendarbeidrichtlijn van 5 december 2008 werd vastgesteld op basis van artikel 137 (2) VEG⁽²⁴⁾. Dit verdragsartikel machtigt het Europees Parlement en de Raad om met gekwalificeerde meerderheid minimumrichtlijnen vast te stellen met betrekking tot "arbeidsvoorwaarden". De Uitzendarbeidrichtlijn is ingebed in de klassieke Sociale Politiek van de Europese Unie. De insteek is geenszins het bevorderen van het vrij verkeer van diensten.

Het optreden van de Unie beoogt daardoor de sociale doelstellingen van de Unie te verwezenlijken die in artikel 136⁽²⁵⁾ VEG werden aangehaald. Deze doelstellingen betreffen "de bevordering van de werkgelegenheid, de gestage verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden, zodat de onderlinge aanpassing daarvan op de weg van de vooruitgang wordt mogelijk gemaakt, alsmede een adequate sociale bescherming, de sociale dialoog, de ontwikkeling van de menselijke hulpbronnen om een duurzaam hoog werkgelegenheidsniveau mogelijk te maken, en de bestrijding van uitsluiting".

Het fenomeen van de uitzendarbeid werd nooit eerder op een systematische wijze benaderd. De aandacht van de Europese Commissie voor de uitzendarbeid is meer dan een kwarteeuw ouder⁽²⁶⁾. In haar *Action program* (1989)⁽²⁷⁾ ter uitvoering van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden⁽²⁸⁾ bracht de Commissie een voorstel van richtlijn te berde met betrekking tot bepaalde duur-overeenkomsten en de uitzendarbeid. Ze stelde voor om het probleem van atypische

23 HvJ 8 juni 2000, C-258/98 (*Carra and others*).

24 Dit artikel concordeert met artikel 153, § 2 VWEU.

25 Dit artikel concordeert met artikel 151 VWEU.

26 Zie in dit verband H. FRENZEL, "The temporary agency work directive", *European Labour Law Journal* 2010, 119-126 en L. ZAPPALA, "Legislative and judicial approaches to temporary agency work in EU law-an historical overview" in K. AHLBERG, B. BERCUSON, N. BRUUN e.a., *Transnational Labour Regulation*, Brussel, Peter Lang, 2008, 155-167.

27 Zie COM (89) 568 final (29 november 1989).

28 Over het Gemeenschapshandvest, zie C. BARNARD, *EU Employment Law*, Oxford, Oxford University Press 2012, 12-14; J. Kenner, *EU Employment Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 109-152.

arbeid op een geïntegreerde wijze aan te pakken, inclusief het probleem van de deeltijdarbeid. Deze vorm van arbeid was eveneens voorwerp geweest van eerdere commissievoorstellen. De noodzaak om op te treden werd ingegeven door een klassieke sociale overweging. Sociale dumping moest worden vermeden, daar deze als een distorsie van de mededinging werd aangezien. De Commissie bepleitte een verbetering van de sociale bescherming van de atypische werknemers. Deze benadering spoorde met het Gemeenschapshandvest dat de werknemers *zonder* een voltijdse arbeids-overeenkomst voor onbepaalde duur als een bijzondere categorie benadert. Het Gemeenschapshandvest heeft aandacht voor de moeilijkheid om voor deze werknemers een billijk referentieloon te waarborgen. Meer algemeen wordt in het Gemeenschapshandvest de verbetering van de levensstandaard en de arbeidsvoorwaarden bepleit. De onderlinge opwaartse aanpassing van die voorwaarden, betreffende de duur en de aanpassing van de arbeidstijd voor andere arbeidsvormen dan arbeid voor onbepaalde duur, zoals arbeid voor een bepaalde duur, deeltijdarbeid, uitzendarbeid en seizoenarbeid, wordt daartoe essentieel geacht.

Deze ambitieuze agenda werd niet onmiddellijk gerealiseerd. Twee akkoorden die tussen de Europese sociale partners tot stand kwamen over respectievelijk deeltijdarbeid en over arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur hebben wel tot een doorbraak geleid. Beide akkoorden gelden tot op heden als succesvolle producten uit de gouden era van de Europese Sociale Dialoog. Ze werden bij wijze van een Europese richtlijn omgezet⁽²⁹⁾. In de preambule van het Europees akkoord over arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur wordt verduidelijkt dat dit akkoord *niet* van toepassing was op uitzendkrachten die door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur zijn verbonden. Niettegenstaande zij in het akkoord wel de intentie te kennen geven de noodzaak van een dergelijk specifiek akkoord te overwegen en in weerwil van een formele raadpleging door de Commissie⁽³⁰⁾, zijn de intersectorale sociale partners er niet in geslaagd om hierover een akkoord te sluiten. In 2001 liepen de onderhandelingen dood. In 2002 formuleerde de Commissie een voorstel van richtlijn⁽³¹⁾. Zes jaar later was de goedkeuring van dit gewijzigde voorstel⁽³²⁾ een feit.

De aandacht die de Europese regelgever voorafgaand aan de Uitzendarbeidsrichtlijn aan uitzendarbeid besteedde, was tot op heden fragmentarisch. In één enkele richtlijn wordt uitdrukkelijk bepaald dat de richtlijn van toepassing is op uitzendkrachten⁽³³⁾. Een richtlijn heeft specifiek betrekking op de veiligheid en de gezondheid van de uitzendkrachten⁽³⁴⁾. Sommige richtlijnen zonderen de uitzendarbeid uit van het

29 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 - Bijlage: Kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid, *Pb.L.* 014, 20/01/1998 en 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, *Pb.L.* 175, 10/07/1999.

30 Zie hierover K. AHLBERG, "A story of Failure-But also of Success" in K. AHLBERG, B. BERCUSSON, N. BRUUN e.a., *Transnational Labour Regulation*, Brussel, Peter Lang, 2008, 191-261.

31 COM 2002 (149 def).

32 COM 2002 (701 def).

33 Zie bijvoorbeeld 96/71, Artikel 2, 2) Richtlijn 2008/94/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever *Pb.L.* 283 28/10/2008.

34 Richtlijn 91/383/EEG van de Raad van 25 juni 1991 ter aanvulling van de maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van de werknemers met arbeids-

toepassingsgebied⁽³⁵⁾. De meeste richtlijnen zijn zonder verdere specificatie van toepassing op “werknemers”. In de mate waarin ze al naargelang van het geval naar het interne recht van de lidstaten dan wel in een autonome “communautaire” betekenis als “werknemers” kunnen worden gekwalificeerd, zullen ze binnen de toepassingsfeer van die richtlijnen vallen. Men zou kunnen betogen dat er geen nood bestaat aan een verdere precisering van de verhouding van uitzendkrachten tot sociaalrechtelijke richtlijnen. Niets is minder waar. Zo stelde advocaat-generaal Bot in zijn conclusie bij de recente zaak *Albron* de vraag in welke mate uitzendkrachten die op langdurige wijze voor een gebruiker werken, in geval van overname van de inlenende onderneming dienen te worden overgenomen⁽³⁶⁾. Het Hof van Justitie deed hierover nog geen duidelijke uitspraak⁽³⁷⁾.

3.2. Flexicurity versus juridische grondslag

De juridische grondslag van de richtlijn indachtig, ligt het voor de hand om het relevante conceptuele kader te enten op het paradigma van de beschermingsgedachte. Een dergelijk kader is uitermate relevant ten aanzien van werknemers die zich in een precaire situatie bevinden. In de overwegingen van de richtlijnen staat evenwel een onderscheiden paradigma voorop. Er wordt primair verwezen naar werkgelegenheidsdoelstellingen, inzonderheid naar de richtsnoeren van de werkgelegenheidspolitiek. Binnen dat betoog wordt het paradigma van de *flexicurity* naar voren geschoven⁽³⁸⁾. Zoals de etymologie van het woord suggereert, staan “flexibiliteit” en “arbeidszekerheid” centraal. Beide heten de “segmentering van de arbeidsmarkt” te verminderen⁽³⁹⁾.

Het betreft overigens geen karikaturale uitruil tussen meer flexibiliteit voor werkgevers tegenover meer zekerheid voor werknemers. Blijkens de overwegingen beantwoordt de uitzendarbeid aan de *behoeften* van zowel de werkgevers als van de werknemers. Beide actoren hebben behoefte aan flexibiliteit. De eersten om arbeidsorganisatorische redenen, de laatsten om “arbeid en privéleven”⁽⁴⁰⁾ beter te combineren⁽⁴¹⁾. Enkel de werkgeversbehoefte aan flexibiliteit komt verder aan bod in het *corpus* van de richtlijn.

betrekkingen voor bepaalde tijd of uitzendarbeid-betrekkingen, *PbL.* 206, 29/07/1991.

35 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, *PbL.* 175, 10/07/1999 en Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbL.* 376, 27/12/2006.

36 HvJ 21 oktober 2010, C-242/09 (*Albron*).

37 B. HANSEZ, “Le transfert d’entreprise et la mise à disposition du personnel”, in F. DORSSEMONT en A. LAMINE, *Les restructurations en droit social*, Waterloo, Kluwer Waterloo, 2013, 5-39, en F. DORSSEMONT, “Overgang van onderneming en ter beschikkingstelling van werknemers. Enkele beschouwingen in de marge van de zaak *Albron*”, *Soc.Kron.* 2012, 114-119 en J. ZWEMMER, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer, Kluwer, 2012, 210-211.

38 Zie overweging 8 van de Uitzendarbeidrichtlijn.

39 Zie overweging 9 van de Uitzendarbeidrichtlijn.

40 Een recente getuigenis van een uitzendkracht doet twijfels rijzen over de geschiktheid van uitzendarbeid als een middel om arbeid en gezinsleven te combineren. De rechtsonzekerheid die het statuut kenmerkt doet twijfels rijzen over de voorspelbaarheid van enig inkomen op korte termijn en bemoeilijkt in aanzienlijke mate de planning van gezinstaken en de synchronisatie van vrije tijd. Ten overvloede mag opgemerkt worden dat het niet *per se* om deeltijdarbeid gaat. Zie T. VIAENE, *Wegwerpmens. Lief en leed van een interimmer*, Berchem, Epo, 2013, 160 p.

41 Zie overweging 10 van de Uitzendarbeidrichtlijn.

De arbeidsorganisatorische vrijheid om op uitzendarbeid een beroep te doen kan slechts worden beperkt om redenen van algemeen belang, die met name verband houden met de bescherming van de uitzendkrachten, de eisen ten aanzien van de gezondheid en veiligheid op het werk of de noodzaak de goede werking van de arbeidsmarkt te garanderen, en misbruik te voorkomen. Lidstaten worden verplicht dergelijke verbodsbepalingen en of beperkingen te "heroverwegen"⁽⁴²⁾. Deze bepaling ziet niet op de voorwaarden waaronder uitzendbureaus kunnen opereren op de arbeidsmarkt, maar wel op de voorwaarden waaronder de gebruikers een beroep kunnen doen op een uitzendconstructie. Uitdrukkelijk wordt immers gesteld dat de nationale voorschriften inzake de registratie, afgifte van vergunningen, certificering, financiële waarborgen of het toezicht op uitzendbureaus niet worden geveriseerd.

Los van deze behoeften staat de richtlijngever ook stil bij de gevolgen van zo veel flexibiliteit. Er wordt een win-winverhaal verteld. Uitzendarbeid leidt tot "het scheppen van de banen" en tot de "inpassing op de arbeidsmarkt"⁽⁴³⁾. De stelling dat een juridisch kader "banen kan scheppen" is van metajuridische aard. Ze kan in het bestek van deze bijdrage niet worden getoetst. Dat de uitzendarbeid de inpassing op de arbeidsmarkt bevordert, wordt enigszins gefaciliteerd door enkele bepalingen in de richtlijn die verband houden met de toegang tot een "vaste baan" bij de inlenende onderneming⁽⁴⁴⁾. Niettegenstaande er geenszins sprake is van een gecontractualiseerd "recht op arbeid", kunnen dergelijke rechten geduid worden als aspecten van de vrijheid van arbeid.

De "arbeidszekerheidsgedachte" krijgt wezenlijk vorm door de introductie van een onuitgegeven gelijkheidsbeginsel. Uitzendkrachten dienen wat de zogeheten essentiële arbeidsvoorwaarden betreft, op dezelfde wijze te worden behandeld als de werknemers die door de genoemde onderneming voor dezelfde functie in dienst zouden zijn genomen⁽⁴⁵⁾.

De richtlijn bevat een andere bepaling die ziet op de gelijke behandeling van uitzendkrachten en permanente krachten. De uitzendkrachten hebben immers toegang tot de bedrijfsvoorzieningen of diensten in de inlenende onderneming, met name kantines, kinderopvang- en vervoerfaciliteiten, onder dezelfde voorwaarden als de werknemers die rechtstreeks door deze onderneming zijn aangesteld, tenzij het verschil in behandeling om objectieve redenen gerechtvaardigd is⁽⁴⁶⁾. Het betreft hier geen essentiële arbeidsvoorwaarden in de zin van de richtlijn.

De *flexicurity*-gedachte laat toe de bepalingen van de richtlijn op te delen in arbeidsmarktrechtelijke bepalingen én in individueel arbeidsrechtelijke bepalingen. Er is evenwel nog een derde luik. Het heeft een meer collectief arbeidsrechtelijke draagwijdte. De Uitzendarbeidrichtlijn bevat enkele bepalingen over "vertegenwoordiging van de uitzendkrachten" en over "de informatie van de werknemersvertegenwoordigers"⁽⁴⁷⁾. Collectief arbeidsrechtelijke regels kunnen

42 Artikel 4 Uitzendarbeidrichtlijn.

43 Zie overweging 10 van de Uitzendarbeidrichtlijn.

44 Zie artikel 6, eerste en twee lid Uitzendarbeidrichtlijn.

45 Zie artikel 5 Uitzendarbeidrichtlijn.

46 Zie artikel 6, vierde lid Uitzendarbeidrichtlijn.

47 Zie artikelen 7 en 8 van de Uitzendarbeidrichtlijn.

in het algemeen in verband worden gebracht met een idee van “empowerment”. Ongetwijfeld biedt het versterken van de “capability” van uitzendkrachten opportuniteiten voor meer arbeidszekerheid. Zoals verder zal worden betoogd, is het twijfelachtig of en hoe de bepalingen van de richtlijn de “capability” van uitzendkrachten zullen versterken.

3.3. Inadequaat karakter van de juridische grondslag

De vraag rijst of de juridische grondslag van de Uitzendarbeidrichtlijn deze *flexicurity*-benadering volledig kan schragen. Vast staat dat sprake is van een zekere contaminatie van het conceptuele kader dat de Titel over de Sociale Politiek kenmerkt door een werkgelegenheidsdiscours. Die vaststelling geldt evenwel vooral de overwegingen. Aan de werkgelegenheidsdoelstelling wordt wel uitdrukkelijk lippendienst bewezen in artikel 2. Problematischer lijkt ons evenwel artikel 4. Dit reguleert in essentie de voorwaarden waaronder een inlenende onderneming gebruik kan maken van bepaalde diensten van private arbeidsbemiddelaars. In wezen heeft dit niets met Sociale Politiek te maken. Sociale Politiek heeft betrekking op relaties tussen werkgevers en werknemers dan wel tussen burgers en een stelsel van sociale zekerheid. Met het faciliteren van contracten tussen ondernemingen heeft Sociale Politiek niets van doen. Het is erg moeilijk om hierin geen bepaling te zien die betrekking heeft op het vrij verkeer van diensten. De omstandigheid dat de richtlijngever bepalingen in verband met de registratie, afgifte van vergunningen, certificering, financiële waarborgen of het toezicht op uitzendbureaus onverlet laat, verguldt de pil, maar neemt dit onbehagen niet geheel weg. Zo ziet de Dienstenrichtlijn⁽⁴⁸⁾ onder meer op vereisten die de rechten van een gebruiker beperken⁽⁴⁹⁾ en verbiedt de richtlijn op zeer algemene wijze beperkingen op de vrijheid van dienstverrichting die niet noodzakelijk of niet proportioneel zijn⁽⁵⁰⁾. Het is erg moeilijk om artikel 4 van de Uitzendarbeidrichtlijn niet als een dergelijke bepaling te lezen die essentieel betrekking heeft op de vrijheid van diensten. Het is paradoxaal om vast te stellen dat dergelijke beperkingen heden worden geïntroduceerd in weerwil van de expliciete uitsluiting van de uitzendarbeid in de Dienstenrichtlijn. Deze vaststelling knelt des te sterker, nu de richtlijn werd vastgesteld op basis van een bepaling in de Titel over de Sociale Politiek. Deze verdragsrechtelijke basis draagt artikel 4 geenszins. Het is uiterst betwistbaar dat de Belgische Staat aan dit artikel zou zijn gebonden.

§ 4. De uitzendarbeid en de standaardovereenkomst

De Uitzendarbeidrichtlijn bewijst lippendienst aan de klassieke⁽⁵¹⁾ thesis dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur de standaardovereenkomst vormt. In de 15de overweging valt te lezen dat “*arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd de algemene vorm van arbeidsverhouding zijn*”.

48 Voor de verhouding van de Dienstenrichtlijn tot het Europees sociaal recht en het Europees Sociaal Model, zie U. NEERGAARD, R. NIELSEN en L. M. ROSEBERRY (eds.), *The Services Directive*, Copenhagen, DJOf Publishing, 2008, 260 p.

49 Artikel 19 Dienstenrichtlijn 2006/123.

50 Artikel 16 Dienstenrichtlijn 2006/123.

51 Voor een recent onderzoek naar de houdbaarheid van deze thesis in rechtsvergelijkend perspectief, zie J. BUELENS en J. PEARSON, *Standard Work: an anachronism*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 235 p.

Het ware logisch geweest dat de richtlijngever een ondubbelzinnige misbruikbepaling zou bevatten teneinde misbruik van uitzendarbeid te voorkomen en de algemene vorm te vrijwaren. In de richtlijn duikt evenwel geen separate misbruikbepaling op. Wel bepaalt het vijfde lid van artikel 5 Uitzendarbeidrichtlijn dat ziet op het gelijkheidsbeginsel dat lidstaten “passende maatregelen, overeenkomstig de nationale wetgeving en/of praktijk” dienen te nemen “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”.

Deze bepaling is chronisch onduidelijk. Met de voorkoming van misbruik bij de toepassing van dit artikel wordt klaarblijkelijk bedoeld “voorkoming van achtereenvolgende opdrachten om bepalingen van deze richtlijn te omzeilen”. Aangenomen mag worden dat de richtlijngever bedoelt dat in bepaalde omstandigheden het geven van “achtereenvolgende opdrachten”, telkenmale voor bepaalde duur zonder dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur tot stand komt, abusievelijk kan zijn. Er is dan evenwel geen sprake van de toepassing van een artikel, maar wel van de toevlucht tot de uitzendarbeid. Het is overigens niet geheel duidelijk welke bepalingen van de richtlijn daardoor zouden worden omzeild. Immers, alle bepalingen van de richtlijn blijven van toepassing telkenmale een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid wordt uitgevoerd.

De thesis dat arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde duur de standaardovereenkomst uitmaken, duikt eveneens op in door richtlijn 99/70 omgezette raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor *bepaalde tijd*. In de zesde overweging van de raamovereenkomst wordt gesteld dat de “arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd de *normale* arbeidsverhouding zijn en bijdragen tot de levenskwaliteit van de betrokken werknemers”.

Onduidelijk is of achter de evolutie van het woordgebruik van “normale” naar “algemene” arbeidsverhoudingen een semantisch onderscheid schuilgaat.

De raamovereenkomst gaat uit van een gelijkaardige dosis achterdocht ten aanzien van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd. De “misbruikbepaling” werd evenwel geheel anders geformuleerd. Vooreerst is er duidelijk sprake van een misbruik dat gelegen kan zijn in het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of verhoudingen voor bepaalde tijd in plaats van de ongelukkige formule die de Uitzendarbeidrichtlijn hanteert. Het voorkomen van misbruik werd bovendien geïntegreerd in de doelstellingen van de raamovereenkomst.

Last but not least, verplicht de misbruikbepaling de lidstaten om maatregelen in te voeren om misbruik te voorkomen. De benadering van de Uitzendarbeidrichtlijn is diametraal tegenovergesteld. Er geldt principieel geen enkele ondubbelzinnige verplichting om maatregelen te nemen om misbruik te voorkomen. Er geldt integendeel krachtens artikel 4 een verplichting om bestaande maatregelen te heroverwegen. Zo wordt eerder een weg van negatieve dan van positieve integratie gevolgd. “Misbruik” kan slechts een geldige overweging zijn om bestaande maatregelen te sauveren.

In het vijfde lid van artikel 5 duikt wel een bepaling op die gelezen *kan* worden als een verplichting om maatregelen te introduceren ter voorkoming van misbruik. Deze bepaling is evenwel chronisch onduidelijk én verduidelijkt in tegenstelling tot de vijfde clausule van de raamovereenkomst niet over welke dwingende alternatieven een lidstaat beschikt om dit misbruik te voorkomen. Een toelichting in een rapport van een door de Europese Commissie opgerichte expertengroep die zich over de omzetting van de richtlijn boog, biedt enige duidelijkheid. In dit rapport valt te lezen dat de misbruikbepaling vooral ziet op die lidstaten die gebruik maken van de in de richtlijn vervatte mogelijkheden tot derogatie van het beginsel van gelijke behandeling. Deze toelichting lijkt de toepassings sfeer van de misbruikbepaling verder te versmallen⁽⁵²⁾.

In de vijftiende overweging van de Uitzendarbeidsrichtlijn keert het argument van de standaardovereenkomst overigens als een boemerang terug. Indien uitzendkrachten door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur gebonden zijn, kan er om die reden in deze hypothese afgeweken worden van de regels die in de inlenende onderneming gelden. Het beginsel van gelijke behandeling kan om die reden opzij worden gezet. Overigens werden de bepalingen van de richtlijn op een meer genuanceerde wijze geformuleerd. In artikel 5, tweede lid wordt slechts gesteld dat voor uitzendkrachten met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van het gelijkheidsbeginsel kan worden afgeweken, mits ze worden vergoed tijdens de periode tussen de uitvoering van twee opdrachten.

Een mogelijke verklaring voor dit verschil in benadering is gelegen in de verklaarde overtuiging dat de uitzendarbeid pretendeert tegemoet te komen aan een aspiratie van werknemers naar meer flexibiliteit teneinde hun professionele en privéleven te verzoenen. Een gelijkaardige overtuiging klinkt eveneens door in de raamovereenkomst die de Europese sociale partners hebben gesloten inzake deeltijdarbeid. Deze overeenkomst werd omgezet bij wijze van Richtlijn 97/81. In deze overeenkomst wordt gesteld dat de toegang tot deeltijdarbeid voor mannen en vrouwen dient te worden “vergemakkelijkt, teneinde hen in staat te stellen zich op het pensioen voor te bereiden, beroepsleven en gezinsleven te combineren en de mogelijkheden inzake onderwijs en opleiding te benutten, waardoor hun bekwaamheden en hun loopbaanontwikkeling worden verbeterd, zulks in het wederzijds belang van werkgevers en werknemers en op een manier waardoor de ontwikkeling van de ondernemingen wordt bevorderd”. In deze raamovereenkomst treft men in het geheel geen misbruikbepaling aan.

§ 5. Arbeidsmarktrecht

Artikel 4 legt lidstaten een verplichting op om “beperkingen en verboden” op de inzet van uitzendkrachten in heroverweging te nemen. Er wordt een duidelijke deadline gesteld. De Commissie dient in kennis te worden gesteld van de resultaten van die heroverweging. Blijkens de rubricering van artikel 4 (“Heroverweging van verbodsbepalingen en beperkingen”) lijken deze procedurele verplichtingen de kern van het artikel uit te maken. In de tekst van het artikel staat echter een meer

52 Zie <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=706&langId=en&intPagelId=207>.

materiële regel voorop. Deze regel stelt op vrij categorische wijze: “Beperkingen van en een verbod op de inzet van uitzendkrachten kunnen uitsluitend worden gerechtvaardigd met redenen van algemeen belang, die met name verband houden met de bescherming van de uitzendkrachten, de eisen ten aanzien van de gezondheid en veiligheid op het werk of de noodzaak de goede werking van de arbeidsmarkt te garanderen, en misbruik te voorkomen.”

Niettegenstaande dergelijke bepalingen die getekend worden door een geest van negatieve integratie verrassen in een instrument van secundair sociaal gemeenschapsrecht, betreft het hier geen *novum*. De vijfde clausule van de raamovereenkomst over deeltijdarbeid beoogt “belemmeringen” in kaart te brengen en nodigt lidstaten en gebeurlijk de sociale partners uit die belemmeringen te verwijderen. De verschillen tussen de libellering van de clausule en de formulering van artikel 4 van de Uitzendarbeidsrichtlijn zijn opvallend. Er wordt geen materiële regel geëxpliciteerd die uitdrukkelijk vooropstelt onder welke voorwaarden dat beperkingen en verboden legitiem zijn. De toon is minder dwingend. De omstandigheid dat deze procedurele verplichting niet in de indicatieve wijze werd geformuleerd (lidstaten sporen op, onderzoeken en verwijderen), maar op een voorwaardelijke wijze (“moeten”, “devraient”, “should”), deed vragen rijzen over het dwingende karakter van de bepaling⁽⁵³⁾. Het hoeft evenmin betoog dat het gebruik van het woord “in voorkomend geval” onduidelijkheid schept. Het wekt de indruk dat lidstaten beperkingen mogen verwijderen “naar het hen voorkomt”, d.w.z. dat zij soeverein oordelen.

Een ander opmerkelijk onderscheid is het gebruik van het woord “belemmeringen” in plaats van “beperkingen” in de raamovereenkomst. Er wordt geen tijdspad voor een dergelijk onderzoek vooropgesteld. De Commissie dient niet uitdrukkelijk op de hoogte te worden gesteld van de uitkomst van dit onderzoek.

De bepaling van de Uitzendarbeidsrichtlijn roept een aantal vragen op. Zo rijst de vraag wat de Commissie geacht wordt te doen, indien een lidstaat niet aan de *procedurele* verplichting voldoet. Indien een Staat niet rapporteert, ligt een infractieprocedure voor de hand. Het is onwaarschijnlijk dat een lidstaat geen gevolg zou geven aan een dergelijke rapportageverplichting. Moeilijker liggen de zaken, indien een lidstaat bepaalde beperkingen en/of verboden niet wenst te heroverwegen, niettegenstaande de Commissie meent dat deze *niet* kunnen worden gerechtvaardigd door een reden van algemeen belang. Indien men immers meent dat artikel 4 wel degelijk een autonome materiële draagwijdte heeft⁽⁵⁴⁾, staat het lidstaten logischerwijze niet vrij om soeverein te appreciëren welke beperkingen of verboden legitiem zijn.

Finaal lijkt het Hof van Justitie zich dan te moeten uitspreken over de vraag of dergelijke beperkingen de toets van de richtlijnconformiteit kunnen doorstaan. Niettegenstaande een infractieprocedure de meest eigenlijke weg lijkt om de richtlijnconformiteit van nationale verboden of beperkingen te onderzoeken, kunnen dergelijke vragen ook opduiken in het kader van een prejudiciële procedure.

53 Zie B. BARNARD, *EU Employment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 437 en M. SCHMITT, *Droit du travail de l'Union européenne*, Brussel, Larcier, 2012, 145.

54 In die zin C. ENGELS, “Regulating temporary work in the European Union” in R. BLANPAIN en F. HENDRICKX, *Temporary agency work in the European Union and the United States*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2013, 13.

Zo werd het Hof recent in een Belgische zaak⁽⁵⁵⁾ uitgenodigd om zich te buigen over de richtlijnconformiteit van bepaalde beperkingen van het gebruik van deeltijdarbeidsovereenkomsten naar Belgisch recht. Het betrof de verplichting tot het bewaren, *casu quo* bekendmaken van bepaalde documenten in de onderneming. Deze verplichting laat de sociale inspectie toe het werkrooster van deeltijders te verifiëren in de strijd tegen zwart werk. In deze zaak werden ook administratieve en strafrechtelijke sancties in geval van niet-naleving van deze bepalingen in vraag gesteld. De verwijzende rechter had vragen bij de richtlijnconformiteit van deze bepalingen in het licht van clause 5 van de Europese raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid. Het Hof heeft de bepaling in de raamovereenkomst evenwel niet als een aanbeveling geïnterpreteerd en bevestigde in wezen de materiële draagwijdte van deze clause⁽⁵⁶⁾. In de beschikking *Dai Cugini*⁽⁵⁷⁾ heeft het Hof geoordeeld dat de beperkingen naar Belgisch recht aan een objectieve en legitieme doelstelling beantwoorden, *in casu* de beteugeling van zwart werk. Het nodigt de verwijzende rechter uit om de proportionaliteit van deze beperkingen te toetsen. Bij de toepassing van de proportionaliteitstoets diende zowel rekening te worden gehouden met de aard van de beperkingen (de verplichting tot bewaring en bekendmaking van bepaalde roosters en arbeidsovereenkomsten), als met de zwaarte van de sancties. Het Hof staat in dit verband stil bij de flexibiliteit die het strafrechtelijke mechanisme biedt bij de strafbaarstelling en bij het weerlegbare karakter van het vermoeden van voltijdse arbeid.

De bepaling van de Uitzendarbeidsrichtlijn geeft aan welke rechtvaardigingsgronden als legitiem kunnen worden beschouwd om het gebruik van uitzendkrachten te beperken of te verbieden. Maatgevend is enkel een reden die gerechtvaardigd wordt door het algemeen belang. Het algemeen belang wordt verduidelijkt door het gebruik van het woord "met name" (*notamment, in particular*). Het dient "met name" verband te houden met "de bescherming van de uitzendkrachten, de eisen ten aanzien van de gezondheid en veiligheid op het werk of de noodzaak de goede werking van de arbeidsmarkt te garanderen en misbruik te voorkomen".

Het is niet geheel duidelijk of deze woorden ertoe strekken het relevante algemene belang verder op limitatieve te preciseren dan wel te illustreren. De Belgische overheid gaat in haar rapportage uit van de gedachte dat deze woorden als voorbeeld werden bedoeld. In het eerder genoemde rapport van de expertengroep wordt die zienswijze onderschreven⁽⁵⁸⁾.

In dit lijstje wordt *niet* verwezen naar de bescherming van de permanente werknemers van de inlenende onderneming. Dit is merkwaardig om tal van redenen. Vooreerst lijken een aantal bepalingen van de richtlijn zichtbaar geïnspireerd door de gedachte dat permanente werknemers moeten worden beschermd. Zo vermijdt het gelijkheidsbeginsel dat "permanente" werknemers door zogeheten "tijdelijke" worden verdrongen via een mechanisme van oneerlijke concurrentie. Ook de verplichting voor een inlenende onderneming om haar werknemersvertegenwoordigers in te lichten over de inzet van arbeidskrachten wijst op het belang van de "permanente"

55 HvJ 7 april 20011, C-151/10 (*Dai Cugini*), JTT 2011, 385 met (omstandige) noot M. MORSA.

56 Zie reeds HvJ 24 april 2008, C-55/07 en C-56/07 (*Michaeler*).

57 HvJ 7 april 20011, C-151/10 (*Dai Cugini*), JTT 2011, 385 met (omstandige) noot M. MORSA.

58 Zie het verslag van de EXPERT GROUP, *Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work*, augustus 2011, 31.

werknemers. In de inleidende overwegingen wordt het belang van andere werknemers dan de uitzendkrachten uitdrukkelijk meegewogen. In overweging nr. 20 wordt uitdrukkelijk gesteld dat lidstaten bepalingen mogen handhaven die ertoe strekken de vervanging van stakende werknemers door uitzendkrachten te verbieden. Aangenomen mag worden dat deze bepalingen de toets aan het gememoreerde “algemeen belang” doorstaan.

Niettegenstaande het belang van de permanente werknemers niet wordt gememoreerd, kan dit belang m.i. wel degelijk worden gerecupereerd via de aanvaarde *ratio legis* van de “goede werking van de arbeidsmarkt” én van het voorkomen van misbruik.

De richtlijngever stelt in het *corpus* van de richtlijn uitdrukkelijk dat de leden 1, 2 en 3 van artikel 4 gelden “onverminderd de nationale voorschriften inzake de registratie, afgifte van vergunningen, certificering, financiële waarborgen of het toezicht op uitzendbureaus”. De wetgever lijkt hiermee te kennen te geven dat dergelijke bepalingen worden geïmmuniseerd. De richtlijn kan noch tot een heroverweging van deze bepalingen, noch tot een vaststelling van een afwezigheid van richtlijnconformiteit aanleiding geven. Die immunisering is evenwel relatief. In een arrest van 30 juni 2011 oordeelde het Hof van Justitie dat de bepalingen in de Brusselse ordonnantie van 26 juni 2003 met betrekking tot het gemengde beheer van de arbeidsmarkt in de Regio Brussel-Hoofdstad die een bepaalde vennootschapsvorm voorschreven voor uitzendbureaus en die het maatschappelijke doel tot deze ondernemingsactiviteit beperkten, een onoorbare beperking vormden van het verdragsrechtelijk gewaarborgde vrij verkeer van diensten⁽⁵⁹⁾. Maatgevend was de vaststelling dat de Belgische Staat niet duidelijk had gemaakt waarom deze niet-discriminatoire vereisten door een overweging van algemeen belang werden gediend. Het hoeft geen betoog dat deze vereisten als voorschriften in de zin van artikel 4, vierde lid Uitzendarbeidsrichtlijn konden worden gekwalificeerd. Het arrest laat m.i. niet toe te stellen dat dergelijke vereisten onmogelijk konden worden verantwoord door een overweging van algemeen belang, maar de Belgische Staat heeft nagelaten deze motivering inzichtelijk te maken⁽⁶⁰⁾.

De minister van Werk heeft op 19 maart 2009 de Nationale Arbeidsraad om advies verzocht over de geïsoleerde kwestie van de heroverweging. De Nationale Arbeidsraad was zich al snel bewust dat een inventarisatie van de verboden en de beperkingen slechts haalbaar was, indien de paritaire comités zouden worden gevraagd om de op sectoraal vlak bestaande verboden en beperkingen te inventariseren en te evalueren. Deze vraag werd op verzoek van de NAR bij monde van de directeur-generaal van de Algemene Dienst voor collectieve arbeidsbetrekkingen aan de paritaire comités overgemaakt. De directeur-generaal heeft op 18 oktober 2011 op basis van de hem toegekomen informatie een nota opgestuurd aan de NAR. Op 1 december 2011 heeft de NAR in een brief de minister ingelicht over de activiteiten die de sociale partners hebben gewijd aan de oefening opgelegd door artikel 4 van de richtlijn. De adviesaanvraag van de minister heeft niet geleid tot een genummerd en publiek toegankelijk document. Op basis van deze informatie heeft de Belgische Staat achteraf wel aan zijn rapportageverplichting ten aanzien van de Commissie kunnen voldoen.

59 M. SCHLACHTER, “Transnational Temporary Agency Work: How Much Equality Does the Equal Treatment Principle Provide?”, *IJCLIR* 2012, 185.

60 HvJ 30 juni 2011, C-379/10 (*Commissie t. België*).

In zijn rapport⁽⁶¹⁾ heeft de Belgische Staat een overzicht gegeven van de voorwaarden waaronder een beroep op uitzendarbeid toegelaten is, alsook van de vigerende verboden en beperkingen van het beroep op uitzendkrachten. De Staat beperkt zich niet tot een analyse van de intersectorale regels die vervat liggen in de Belgische Wet van 24 juli 1987 en de CAO's nr. 36 en 58. Hij rapporteert ook over het bestaan van de voorwaarden waaronder een beroep op uitzendkrachten mogelijk is in sectorale cao's en over de daar bestaande verboden en beperkingen. Daarbij wordt blijk gegeven van een zin voor subsidiariteit. De Staat laat het aan de sociale partners over om de betreffende beperkingen in heroverweging te nemen. De Uitzendarbeidrichtlijn laat dit uitdrukkelijk toe⁽⁶²⁾. Het rapport geeft dan ook getrouw de visie van de sectorale partners weer, waarbij de Staat zich heeft onthouden om in geval van een gebrek aan eensgezindheid zijn oordeel over de legitimiteit van bepaalde beperkingen uit te spreken. Een veel voorkomende legitimering die door de sociale sectorale partners (al dan niet unaniem) werd gegeven, betreft de vrijwaring van de gezondheid en de veiligheid van de werknemers. Deze vaststelling geldt zowel de sectoren die uitzendarbeid geheel verbieden⁽⁶³⁾ als de sectoren die het beroep op uitzendkrachten verregaand beperken⁽⁶⁴⁾. Een andere reden betreft de goede werking van de arbeidsmarkt ten faveure van de doorstroom van jongere werknemers of de vaste werknemers⁽⁶⁵⁾.

De Belgische Staat heeft in zijn rapport de boeiende thesis verdedigd dat een aantal voorwaarden in wezen slechts tot doel hebben om het tijdelijke karakter van de inlening bij de inlenende onderneming te verduidelijken⁽⁶⁶⁾. De Uitzendarbeidrichtlijn verduidelijkt immers niet wat onder "tijdelijk" moet worden verstaan. Op dit geïsoleerde punt is deze richtlijn in hetzelfde bedje ziek als de Detacheringsrichtlijn 96/71. In tegenstelling tot de Detacheringsrichtlijn die scenario's uitwerkt waaronder werknemers worden gedetacheerd, worden er bovendien geen scenario's gegeven van terbeschikkingstelling. De Belgische Staat heeft dan ook met verve de stelling verdedigd dat het interprofessionele kader slechts tot doel heeft om op limitatieve wijze een aantal scenario's van "tijdelijkheid" te schetsen. Deze scenario's worden op limitatieve wijze in de Uitzendarbeidswet opgesomd. Het betrof *anno* 2011 de (tijdelijke) vervanging van een vaste werknemer, de (tijdelijke) vermeerdering van werk, de tijdelijke uitvoering van uitzonderlijk werk, het tijdelijk (occasioneel)

61 *Verslag namens de Belgische Staat aan de Europese Commissie aangaande de resultaten van de heroverweging van de nationale verbodsbepalingen en beperkingen op de inzet van uitzendarbeid*, december 2011. Voor een analyse, zie P. VAN DEN BERGH en F. HENDRICKX, "Uitzendarbeid en ter beschikkingstelling: de wet van 24 juli 1987 en CAO nr. 108" in F. HENDRICKX en D. PIETERS (eds.), *Arbeids- en socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 53-54.

62 Artikel 4, derde lid Uitzendarbeidrichtlijn.

63 Verhuisondernemingen, meubelbewaring en aanverwante activiteiten (PC 140), binnenscheepvaart (PC 139), afbraakwerken van asbest en verwijdering van asbest en verrichten van werkzaamheden die verband houden met het gebruik van een begassingsmiddel (KB 15 december 2010 tot vaststelling van maatregelen betreffende het welzijn op het werk van uitzendkrachten).

64 Drukkerij-, grafische kunst en dagbladbedrijf (PC 130), bedrijf der grint- en zandgroeven in openlucht (PSC 102.06), bouwsector (PC 124), non-ferrometalen (PC 105).

65 Kleding- en confectiebedrijf (PC 109), autobussen en autocars (PSC 140.01), terugwinning van lopen (PSC 142.02).

66 P. VAN DEN BERGH en F. HENDRICKX, "Uitzendarbeid en ter beschikkingstelling: de wet van 24 juli 1987 en CAO nr. 108" in F. HENDRICKX en D. PIETERS (eds.), *Arbeids- en socialezekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 54.

leveren van artistieke prestaties en of het produceren van artistieke werken en de tewerkstelling in het kader van een door het gewest erkend tewerkstellingstraject. CAO nr. 36 heeft het begrip “uitzonderlijk” nader ingevuld en CAO nr. 58 expliciteert de duur van een aantal scenario’s (vervanging en tijdelijke vermeerdering). Beide cao’s introduceren enkele procedurele hendels van collectief arbeidsrechtelijke aard die een controle toelaten op het beroep op uitzendkrachten. De Belgische Staat is de mening toegedaan dat de uit deze intersectorale cao’s voortvloeiende regels oorbare beperkingen zijn. Hij schuift op moedige wijze een rechtvaardigingsgrond naar voren die niet specifiek in de richtlijn wordt genoemd: de bescherming van de vaste tewerkstelling op de arbeidsmarkt.

Nu kan door bepaalde advocaten des duivels theoretisch worden betoogd dat verbodsbepalingen om veiligheids- en gezondheidsredenen in tegenstelling tot fijnmazigere beperkingen blij zouden geven van een gebrek aan zin voor proportionaliteit. Deze kritiek overtuigt mij niet. Vooreerst rijst de vraag of het Hof nu werkelijk vanop de Kirchberg een beter zicht heeft op de veiligheidsproblematiek die op werkplekken speelt waar men beter geen juristen aanwerft. Bovendien staat vast dat het meest gespecialiseerde instrument, de Richtlijn 93/81, lidstaten een discretionaire keuze laat tussen een verbod op het beroep op preciaire werknemers dan wel begeleidende maatregelen. In een recent rapport van de Commissie over de omzetting van de Uitzendarbeidrichtlijn wordt overigens uitdrukkelijk gesteld dat de veiligheids- en gezondheidsredenen in het licht van de optie in de Richtlijn 93/81 moeten worden geapprecieerd⁽⁶⁷⁾.

§ 6. Individueel arbeidsrecht

Luidens artikel 2 beoogt de Uitzendarbeidrichtlijn de bescherming van de uitzendkracht te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren door de naleving van een beginsel van *gelijke behandeling*. Niettegenstaande het beginsel van gelijke behandeling geen *novum* uitmaakt in het Europese arbeidsrecht, onderscheidt de richtlijn zich zowel van het beginsel van non-discriminatie dat in de specifieke Europese raamakkoorden over arbeidsovereenkomsten van bepaalde duur én deeltijdwerk werd ingebouwd⁽⁶⁸⁾ als van enkele algemene richtlijnen die discriminatie beteugelen in arbeidsverhoudingen⁽⁶⁹⁾.

Artikel 6, derde lid Uitzendarbeidrichtlijn beschermt de uitzendkrachten door te waken over het kosteloze karakter van de ‘arbeidsbemiddeling’ *sensu lato* die wordt aangeboden.

67 COM 2014 (176) final, 11.

68 Zie Clausule 4 van de Kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid (omgezet via Richtlijn 97/81) en Clausule 4 Raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (omgezet via Richtlijn 99/70).

69 Zie de Richtlijnen 2000/43 (houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming), 2000/78 (tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep), 2006/54 (betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking)).

Voor de individuele arbeidsverhoudingen lijken eveneens enkele bepalingen relevant waarvan het soortelijk gewicht geringer is. Ze betreffen de toegang tot het werk en het individualiseerbare recht op de toegang tot collectieve voorzieningen en opleidingen.

Het *gelijkheidsbeginsel* van de Uitzendarbeidsrichtlijn onderscheidt zich van het *non-discriminatiebeginsel* dat in de Europese raamakkoorden over arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde duur en voor deeltijdarbeid werd verankerd⁽⁷⁰⁾. De vraag rijst wat de draagwijdte van dit semantische onderscheid kan zijn. Gegeven de *open* rechtvaardigingsgronden die het non-discriminatiebeginsel in beide overeenkomsten kenmerkt, lijkt dit semantische onderscheid op het eerste gezicht te moeten worden genuanceerd. Zo komt het ons voor dat een gedifferentieerde behandeling niet strijdig is met het beginsel van gelijke behandeling voor zover dit onderscheid objectief verantwoord is en proportioneel. Uit de omstandigheid dat enkel artikel 6, vierde lid naar objectieve rechtvaardigingsgronden verwijst, kan niet a *contrario* worden afgeleid dat het beginsel van gelijke behandeling zich tegen objectieve differentiaties zou verzetten. Er lijkt mij evenwel een belangrijk onderscheid te bestaan. Dit houdt verband met de sluikse⁽⁷¹⁾ wijze waarop de “essentiële arbeidsvoorwaarden” worden gedefinieerd. Er wordt immers gekeken naar de bezoldiging en de arbeidstijd zoals deze voortvloeien uit de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve arbeidsovereenkomsten en/of andere in de inlenende onderneming vigerende bindende bepalingen van *algemene* strekking. Dergelijke definitie laat paradoxaal genoeg ruimte voor een onderscheiden behandeling van uitzendkrachten en vaste werknemers die gebaseerd is op de individuele arbeidsovereenkomsten⁽⁷²⁾. Nu kan worden aangenomen dat de arbeidstijden veeleer gebaseerd zijn op algemene regels, terwijl de concrete bezoldiging van een vaste werknemer niet restloos wordt bepaald door algemene regels. Dit wordt overigens uitdrukkelijk bevestigd in het Rapport van de Experts⁽⁷³⁾. Deze benadering steekt schril af tegen de wijze waarop non-discriminatie wordt gedefinieerd in de hierboven genoemde richtlijnen.

In tegenstelling tot de klassieke discriminatierichtlijnen die een brede sociaalrechtelijke toepassingsfeer huldigen, wordt het beginsel van gelijke behandeling beperkt tot zogeheten “essentiële” arbeidsvoorwaarden. Deze worden limitatief opgelijst in artikel 5, eerste lid van de Uitzendarbeidsrichtlijn. In essentie gaan deze voorwaarden over twee nauw verweven begrippen: tijd en geld.

70 Zie in dit verband M. SCHLACHTER, “Transnational Temporary Agency Work: How Much Equality Does the Equal Treatment Principle Provide?”, *UCLLIR* 2012, 189 (de auteur stelt dat het beginsel van non-discriminatie in de Richtlijn 99/70 “more generous” zou zijn). COUTOURIS en HORTON verdedigen dezelfde stelling, maar verduidelijken dat het verschil gelegen is in de toepassingsfeer *ratione materiae*, d.w.z. de ruimere sfeer van arbeidsvoorwaarden die in de Richtlijn 99/70 aan de orde wordt gesteld: N. COUTOURIS en R. HORTON, “The temporary Agency Work Directive: another broken promise”, *Industrial Law Journal* 2009, 334.

71 Zie immers artikel 3, eerste lid, *littera f*) dat aan de bepaling over gelijke behandeling voorafgaat.

72 C. ENGELS, “Regulating temporary work in the European Union” in R. BLANPAIN en F. HENDRICKX, *Temporary agency work in the European Union and the United States*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2013, 14-15.

73 Zie het verslag van de EXPERT GROUP, *Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work*, augustus 2011, 18.

Een confrontatie met andere richtlijnen die voor de bepaling van hun toepassings sfeer het arbeidsrechtelijke domein in kaart brengen, volstaat om in te zien dat het hier een zeer minimalistische benadering betreft⁽⁷⁴⁾. Zo valt onmiddellijk op dat de problematiek van het ontslag niet wordt behandeld⁽⁷⁵⁾. Een vergelijking met de Detacheringsrichtlijn die een beperkte en zeer internationaal privaatrechtelijke invulling geeft aan een beginsel van gelijke behandeling lijkt meer aangewezen. Deze richtlijn bevordert een gelijke behandeling van gedetacheerde werknemers en inlandse werknemers op vlak van de volgende arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden⁽⁷⁶⁾:

- a) maximale werk- en minimale rustperioden;
- b) minimumaantal betaalde vakantiedagen;
- c) minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk; dit punt is niet van toepassing op de aanvullende bedrijfspensioenregelingen;
- d) voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, inzonderheid door uitzendbedrijven;
- e) gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk;
- f) beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van zwangere of pas bevallen vrouwen, kinderen en jongeren;
- g) gelijke behandeling van mannen en vrouwen, alsmede andere bepalingen inzake niet-discriminatie.

Een vergelijking van beide lijstjes doet een aantal lacunes oplichten. Ze betreffen de problematiek van de veiligheid en de gezondheid en de problematiek van de non-discriminatie en van de beschermende maatregelen met betrekking tot arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van zwangere of pas bevallen vrouwen, kinderen en jongeren.

74 Zie bij wijze van voorbeeld de toepassings sfeer van artikel 3 Richtlijn 2000/78:

- "a) de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep, met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria, ongeacht de tak van activiteit en op alle niveaus van de beroepshiërarchie, met inbegrip van bevorderingskansen;*
- b) de toegang tot alle vormen en alle niveaus van beroepskeuzevoorlichting, beroepsopleiding, voortgezette beroepsopleiding en omscholing, met inbegrip van praktijkervaring;*
- c) werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning;*
- d) het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werkgevers- of werknemersorganisatie of enige organisatie waarvan de leden een bepaald beroep uitoefenen, waaronder de voordelen die deze organisaties bieden."*

en Artikel 1 Richtlijn 2006/54:

- "Doel van deze richtlijn is het verzekeren van de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep.*
- Daartoe worden bepalingen vastgesteld betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling op:*
- a) de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van promotie, en tot beroepsopleiding;*
- b) arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van beloning;*
- c) ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid."*

Relevant is ook de definitie van arbeidsrecht in Artikel 1 van de Dienstenrichtlijn 2006/123:

- "Deze richtlijn laat het arbeidsrecht onverlet, dat wil zeggen alle wettelijke of contractuele bepalingen betreffende arbeids- en tewerkstellingsvoorwaarden met inbegrip van de gezondheid en veiligheid op het werk en de betrekkingen tussen werkgevers en werknemers, die de lidstaten toepassen overeenkomstig nationale wettelijke bepalingen die in overeenstemming zijn met het Gemeenschapsrecht. Evenmin is deze richtlijn van invloed op de socialezekerheidswetgeving van de lidstaten."*

75 Zie ook H. FRENZEL, "The temporary agency work directive", *European Labour Law Journal* 2010, 127.

76 Artikel 3, eerste lid Richtlijn 96/71.

De veiligheid en de gezondheid van atypische werknemers maakt het voorwerp uit van een bijzondere richtlijn die van toepassing is op uitzendkrachten⁽⁷⁷⁾. Voorts bevat het artikel 4 Uitzendarbeidsrichtlijn een passus over de in de inlenende onderneming geldende regels betreffende de bescherming van zwangere vrouwen en zogende moeders en van kinderen en jongeren. Die regels moeten ook ten aanzien van uitzendkrachten in acht worden genomen "ongeacht of deze regels bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve overeenkomsten en/of andere bepalingen van algemene strekking zijn vastgesteld". Eenzelfde bepaling werd ingevoerd ten aanzien van regels in verband met de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en maatregelen ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid⁽⁷⁸⁾. In een zeer *strikte* interpretatie dient de toepassing van deze regels te kaderen binnen de essentiële arbeidsvoorwaarden zoals gedefinieerd in artikel 3, eerste lid, *littera f*) Uitzendarbeidsrichtlijn. Immers, indien die regels worden toegepast buiten een context van arbeidstijd en bezoldiging, valt men formeel buiten de gememoreerde hypothese van de toepassing van de eerste alinea van het eerste lid van artikel 5. Mij lijkt de problematiek van non-discriminatie en van de bescherming van de zwangere of pas bevallen vrouw, van kinderen en jongeren een meer rekkelijke interpretatie te verdienen dan de sfeer van arbeidstijd en beloning. Dergelijke interpretatie zou ook leiden tot een convergentie tussen de Detacheringsrichtlijn en de Uitzendarbeidsrichtlijn. De Belgische wetgever heeft bij de omzetting gekozen voor een rekkelijke interpretatie. Aan artikel 19 Uitzendarbeidswet werd een tweede lid toegevoegd. Artikel 19 heeft betrekking op de toepassing van de bepalingen van de wetgeving inzake de reglementering en de bescherming van de arbeid, welke gelden op de plaats van het werk. Het tweede lid verduidelijkt dat de bepalingen die betrekking hebben op de in de Uitzendarbeidsrichtlijn genoemde onderwerpen als wetgeving inzake de reglementering en de bescherming van de arbeid gelden. Er is geen restrictie tot de context van bezoldiging en loon⁽⁷⁹⁾.

Het genie van de Uitzendarbeidsrichtlijn is gelegen in de aanvaarding van de vergelijkbaarheid van de rechtspositie van werknemers die door onderscheiden werkgevers worden tewerkgesteld. In het arrest *Allonby*⁽⁸⁰⁾ had het Hof van Justitie immers beslist "*dat een vrouw wier arbeidsovereenkomst met een onderneming niet is verlengd, en die meteen door een andere onderneming ter beschikking wordt gesteld van haar vorige werkgever om hetzelfde werk te verrichten, zich niet tegenover de als tussenpersoon handelende onderneming op het beginsel van gelijke beloning kan beroepen onder verwijzing naar de beloning die een man in dienst van haar vorige werkgever voor gelijke of gelijkwaardige arbeid ontvangt*".

Maatgevend was de overweging:

"Wanneer evenwel de vastgestelde verschillen in beloning van werknemers die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten, niet zijn toe te schrijven aan één bron, ontbreekt

77 Richtlijn 91/383/EEG van de Raad van 25 juni 1991 ter aanvulling van de maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van de werknemers met arbeidsbetrekkingen voor bepaalde tijd of uitzendarbeidsbetrekkingen.

78 Zie artikel 5, eerste lid Uitzendarbeidsrichtlijn.

79 Artikel 4 van de Wet van 9 juli 2012 tot omzetting van de Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid, *BS* 26 juli 2012.

80 HvJ 13 januari 2004, C-242/09 (*Allonby*).

een entiteit die verantwoordelijk is voor de ongelijkheid en die de gelijke behandeling zou kunnen herstellen. Een dergelijke situatie valt niet onder artikel 141, lid 1, EG, zodat de arbeid en de beloning van die werknemers niet op grond van deze bepaling kunnen worden vergeleken.”⁽⁸¹⁾

De Uitzendarbeidsrichtlijn vormt in dit opzicht een belangwekkende innovatie⁽⁸²⁾. Het gelijkheidsbeginsel werkt immers tussen werknemers die werkzaam zijn op dezelfde plek, maar die een verschillende werkgever hebben en een verschillende financieringsbron. Voor de vergelijkbaarheid is niet vereist dat een reële comparator wordt gevonden in de inlenende onderneming. Artikel 5 vergelijkt de essentiële arbeidsvoorwaarden immers met degene die zouden gelden als de tijdelijke werknemer rechtstreeks door de genoemde onderneming voor dezelfde functie in dienst zou zijn genomen. Een vergelijking met een fictieve maatman is voldoende.

Het kosteloze karakter in hoofdte van werknemers van de door de uitzendbureaus verrichte arbeidsbemiddeling roept herinneringen op aan een gelijkaardige bepaling in de IAO-Conventie nr. 181. Artikel 7 van deze Conventie luidt:

“Private employment agencies shall not charge directly or indirectly, in whole or in part, any fees or costs to workers.”

Artikel 6, derde lid van de Uitzendarbeidsrichtlijn preciseert in tegenstelling tot de IAO- norm niet dat noch op een directe noch op een indirecte wijze kosten mogen worden doorgerekend. De formulering dat aan werknemers geen “honoraria” mogen worden aangerekend, is eerder ongelukkig. Ze kan leiden tot een discussie over de vraag of alle “kosten” als honoraria kunnen worden gekwalificeerd. Het Rapport van de Expertengroep gaat niet in op deze kwestie. Positiever lijkt ons dat de richtlijn in tegenstelling tot de IAO-Conventie oog heeft voor een praktijk waarbij honoraria zouden worden aangerekend in een fase die volgt op het verrichten van de uitzendarbeid. Immers ook voor het sluiten van een arbeidsovereenkomst of het aangaan van een arbeidsverhouding met de inlenende onderneming na hun uitzendopdracht in de betrokken inlenende onderneming is het denkbaar dat de uitzendbureaus een honorarium bedingen. Deze bepaling lijkt zich niet te verzetten tegen een contractuele boete die een inlenende onderneming aan een uitzendbureau zou moeten betalen bij een afwijking. Voor zover dergelijke contractuele “boete” zou zijn bedongen voor een afwijking volgend op de initiële arbeidsverhouding met het uitzendbureau, kan worden gewezen op artikel 6, tweede lid Uitzendarbeidsrichtlijn. Lidstaten moeten de nodige maatregelen nemen “opdat eventuele bepalingen die het sluiten van een arbeidsovereenkomst of het tot stand komen van een arbeidsverhouding tussen de inlenende onderneming en de uitzendkracht na afloop van zijn uitzendopdracht verbieden of verhinderen, nietig zijn of nietig kunnen worden verklaard”⁽⁸³⁾.

81 Zie § 46 arrest *Allonby*.

82 M. SCHLACHTER, “Transnational Temporary Agency Work: How Much Equality Does the Equal Treatment Principle Provide?”, *IJCLLR* 2012, 18 en N. COUNTOURIS en R. HORTON, “The Temporary Agency Work Directive: Another Broken Promise?”, *Industrial Law Journal* 2009, 335.

83 Artikel 6, tweede lid Uitzendarbeidsrichtlijn.

Artikel 16 van de Uitzendarbeidswet bepaalt slechts dat “de contractuele bedingen waarbij het de uitzendkracht verboden is zich bij een gebruiker te verbinden, als niet bestaande worden beschouwd”⁽⁸⁴⁾. Het komt me voor dat deze bepaling die slechts ziet op een verbod in de arbeidsovereenkomst tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau de richtlijn slechts onvolledig omzet.

Meer positief lijkt mij de verplichting die werd ingebouwd om de uitzendkrachten in te lichten over de vacatures in de inlenende onderneming⁽⁸⁵⁾. De bepaling lijkt geënt op het raamakkoord betreffende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Ze is minder verregaand geformuleerd dan een bepaling in de raamovereenkomst betreffende de deeltijdarbeid. Deze bepaling nodigde werkgevers uit om maatregelen te nemen die de toegang tot deeltijdse functies op alle niveaus bevorderde⁽⁸⁶⁾. Deze bepaling van de Uitzendarbeidsrichtlijn werd omgezet via artikel 20*bis* van de Uitzendarbeidswet. Dit artikel preciseert dat aan de verplichting tot inlichting kan worden voldaan door middel van een algemene aankondiging op een geschikte plaats⁽⁸⁷⁾.

Een belangrijke manier om te bewerkstelligen dat de uitzendarbeid werknemers meer inzetbaar maakt, betreft de toegang tot opleiding in de uitzendbureaus dan wel in de inlenende onderneming. De richtlijn kent noch een recht op opleiding toe, noch een gelijke toegang in vergelijking met vaste werknemers. De richtlijngever geraakt niet verder dan een vrome wens dat de lidstaten zelf maatregelen zouden nemen dan wel de dialoog tussen de sociale partners zouden bevorderen teneinde die doelstellingen te (helpen) verwezenlijken⁽⁸⁸⁾. Een gelijkaardige verplichting werd geformuleerd in verband met de toegang tot kinderopvangvoorzieningen⁽⁸⁹⁾. Beide bepalingen werden omgezet in Belgisch recht via artikel 10*bis* van de Uitzendarbeidswet⁽⁹⁰⁾.

Een formulering die meer oog had voor “gelijkheid van toegang” had als een katalysator kunnen werken voor een betere bescherming. Inzake de toegang tot de bedrijfsvoorzieningen of diensten in de inlenende onderneming, met name kantines, kinderopvang- en vervoerfaciliteiten, geldt dat die onder dezelfde voorwaarden als voor de werknemers die rechtstreeks door deze onderneming zijn aangesteld, moeten worden voorzien. De richtlijn gaat er niet van uit dat deze toegang *per se* kosteloos is. Het betreft dan ook niet steeds een aspect van de bezoldiging, welk begrip niet door de richtlijn wordt gedefinieerd. Het gelijkheidsbeginsel is niet zeer maximalistisch en biedt ruimte voor een open rechtvaardigingssysteem. Er is in deze context evenmin sprake van een vergelijking met een fictieve maatman.

84 Zie over de perken van deze bepaling: A. VAN BEVER, “Concurrentie, afwerving en confidentialiteit”, *NJW* 2011, 125.

85 Artikel 6, eerste lid Uitzendarbeidsrichtlijn.

86 Clause 5 van de Kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid.

87 Artikel 5 van de Wet van 9 juli 2012 tot omzetting van de Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid, *BS* 26 juli 2012.

88 Artikel 6, vijfde lid, b) Uitzendarbeidsrichtlijn.

89 Artikel 6, vijfde lid, a) Uitzendarbeidsrichtlijn.

90 Artikel 3 van de Wet van 9 juli 2012 tot omzetting van de Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid, *BS* 26 juli 2012.

§ 7. Collectief arbeidsrecht

Collectief arbeidsrecht veronderstelt de mogelijkheid van een collectieve organisatie van werknemers. De werking van overlegorganen is gebaat bij een duurzame arbeidsgemeenschap in tijd en ruimte. Uitzendkrachten zijn niet op duurzame wijze gebonden aan een inlenende onderneming. Niettegenstaande de richtlijn de hypothese concipieert van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur met het uitzendbureau, legt het geenszins een dergelijke duurtijd op. Om die reden is de toekenning van een recht om vertegenwoordigers te kiezen of aan te duiden en *a fortiori* het recht om zelf een mandaat op te nemen geen evidente zaak. Die vaststelling geldt zowel inspraak binnen het uitzendbureau als binnen de inlenende onderneming. De richtlijn biedt ter zake geen oplossing. Ze erkent geen recht op vertegenwoordiging van of door uitzendkrachten. Ze bepaalt slechts marginaal dat uitzendkrachten "meetellen" voor de berekening van de tewerkstellingsdrempels die de instelling van overlegorganen conditioneren ⁽⁹¹⁾. De ondertitel "Vertegenwoordiging van de uitzendkrachten" blijkt een vlag die de lading niet dekt. De Uitzendarbeidsrichtlijn bevat een bepaling die het recht op informatie van werknemers in de inlenende onderneming versterkt. Artikel 8 bepaalt dat "de inlenende onderneming passende informatie dient te verstrekken over de inzet van uitzendkrachten in de onderneming". Deze bepaling is een unicum in de richtlijn, aangezien ze rechten toekent aan de werknemers van de inlenende onderneming, *ergo* van de permanente werknemers.

Voor wat betreft het tellen van de uitzendkrachten voor de berekening van de tewerkstellingsdrempels, biedt de richtlijn een keuze aan de lidstaten. Zij kunnen de uitzendkrachten meetellen voor de berekening van de drempel van de overlegorganen bij het uitzendbureau, dan wel bij de inlenende onderneming of bij beide ondernemingen. De Belgische wetgever opteerde in artikel 25 van de Uitzendarbeidswet voor een dubbele telling van de uitzendkrachten bij zowel de uitzendbureaus als de inlenende onderneming. Deze dubbele telling geldt niet voor uitzendkrachten die vaste werknemers vervangen. Artikel 25 ziet slechts op bepalingen van wetten en verordeningen die steunen op het aantal werknemers dat door een onderneming wordt tewerkgesteld. Om die reden is deze bepaling niet dienstig voor de instelling van de vakbondsafvaardiging. In 1981 werd de CAO nr. 36 *quater* gesloten in de NAR om het statuut van de vakbondsafvaardiging voor uitzendkrachten te regelen. De bevoegdheid van de interprofessionele sociale partners zetelend in de NAR wordt verklaard en expliciet gerechtvaardigd door de omstandigheid dat het voor de uitzendarbeid opgerichte paritair comité niet werkte in de zin van artikel 7 van de CAO-Wet. Deze cao bepaalt niet *of* en *hoe* de uitzendkrachten moeten worden meegeteld voor de berekening van de werknemers voor de instelling van de vakbondsafvaardiging bij de inlenende onderneming. Naar verluidt is de CAO nr. 36 *quater* in de praktijk dode letter gebleven ⁽⁹²⁾. Artikel 20 CAO nr. 108 bepaalt heden dat "voor de toepassing van de cao-bepalingen met betrekking tot de vakbondsafvaardigingen de ter beschikking van een gebruikende onderneming gestelde uitzendkrachten eveneens in aanmerking komen voor de berekening van de personeelssterkte van die onderneming". Naar analogie met

91 Artikel 7 Uitzendarbeidsrichtlijn.

92 O. MORENO, *Travail temporaire, travail intérimaire et mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs*, Brussel, Kluwer, 2005, 173-175.

artikel 25 Uitzendarbeidswet wordt ook hier bepaald dat uitzendkrachten die vaste werknemers vervangen buiten deze dubbele telling worden gehouden.

Voor de goede orde houdt de dubbele telling niet in dat uitzendkrachten enig actief stemrecht zouden hebben bij sociale verkiezingen in de inlenende onderneming of als een lid van de vakbondsafvaardiging zouden kunnen worden verkozen dan wel aangeduid. Het is zelfs onduidelijk in welke mate de werknemersvertegenwoordigers in de inlenende onderneming dan wel de leden van de vakbondsafvaardiging de belangen van deze uitzendkrachten kunnen verdedigen. Het komt me voor dat de brede legaliteitscontrole die aan deze vertegenwoordigers werd toevertrouwd, wel toelaat aan werknemersvertegenwoordigers, *casu quo* leden van de vakbondsafvaardiging, om in het kader van de hen toevertrouwde opdracht toe te zien op de handhaving van die legaliteit ten faveure van werknemers die *in* de inlenende onderneming werkzaam zijn. De relevante bepalingen⁽⁹³⁾ laten immers niet toe te stellen dat dit wettigheidstoezicht beperkt zou zijn tot de werknemers *van* de onderneming, noch tot de gesyndiceerde werknemers⁽⁹⁴⁾.

Voor wat betreft de omzetting van de bepaling in de Uitzendarbeidrichtlijn over het verstrekken van “passende informatie” over de inzet van uitzendkrachten in de inlenende onderneming, kan worden gewezen op de jaarlijkse informatieverplichting (artikel 5), de trimestriële inlichtingen (artikel 6), de informatie op verzoek van de werknemersvertegenwoordigers omtrent “personeelsaangelegenheden” (artikel 9) en de informatie over de organisatie van het werk (artikel 10) die besloten liggen in de CAO nr. 9 houdende de ordening van de in de NAR gesloten nationale akkoorden en collectieve arbeidsovereenkomsten betreffende ondernemingsraden. Niettegenstaande enkel artikel 5 uitdrukkelijk gewaagt van ter beschikking van gebruikers gestelde werknemers, zijn de andere bepalingen voldoende lenig om informatie over de inzet van uitzendkrachten te genereren. Bij ontstentenis van een ondernemingsraad zal de vakbondsafvaardiging een deel van deze informatierechten uitoefenen. Artikel 24 beperkt die subsidiaire rol tot de artikelen 4, 5, 6, 7 en 11 van de CAO nr. 9⁽⁹⁵⁾. Onverminderd de toepassing van deze bepalingen, werd in de CAO nr. 108 een bepaling ingevoegd die de passende informatie over de inzet van arbeidskrachten op meer precieze wijze verankert. Artikel 22 CAO nr. 108 bepaalt in dit verband dat “de gebruiker de ondernemingsraad of, bij ontstentenis ervan, de vakbondsafvaardiging om de zes maanden een globale informatie zal bezorgen, uitgesplitst per motief, over het aantal uitzendkrachten en hun prestaties tijdens de in § 2 bedoelde periodes”. Een tweede paragraaf van hetzelfde artikel bepaalt dat deze informatie betrekking heeft op de periode van 1 januari tot 30 juni en op de periode van 1 juli tot 31 december. Aangenomen mag worden dat deze informatie een retrospectief karakter heeft.

In geval van ontstentenis van een ondernemingsraad en een vakbondsafvaardiging bij de inlenende onderneming werd door artikel 23 CAO nr. 108 voorzien in een verplichting voor het uitzendbureau om maandelijks op elektronische wijze de

93 Zie Artikel 11, 3° CAO nr. 5 en Artikel 15, *littera f*) Bedrijfsorganisatiewet.

94 F. DORSSEMONT, “Collectief arbeidsrechtelijke aspecten van internationale detachering” in Y. JORENS (ed.), *Handboek Europese detachering en vrij verkeer van diensten*, Brugge, die Keure, 2009, 572 en J. BUELENS, *Collectief overleg in (onder)aannemingsverhoudingen*, Brugge, die Keure, 2012, 146 en 154.

95 Zie artikel 24 CAO nr. 5.

volgende informatie mee te delen aan het Fonds voor bestaanszekerheid voor de uitzendkrachten:

- de naam en het adres van de gebruikers, het nummer van het paritair comité waaronder ze ressorteren en hun identificatienummer bij de Kruispuntbank van Ondernemingen;
- alle opdrachten, uitgesplitst per motief, met betrekking tot de betrokken periode, met uitzondering van het motief vervanging van een vaste werknemer wegens schorsing van de arbeidsovereenkomst.

Een ander significant collectief arbeidsrechtelijk vraagstuk werd in de overwegingen van de Uitzendarbeidsrichtlijn aangesneden, maar komt niet ter sprake in het *corpus* van dit instrument. Zoals hierboven werd gemeld wordt in de 20ste overweging gesteld dat de bepalingen van de richtlijn met betrekking tot een verbod of een beperking van het inzetten van uitzendkrachten de nationale wetgeving of gebruiken die de vervanging van stakende werknemers door uitzendkrachten verbieden onverlet laten. De richtlijn bepaalt dus geenszins dat lidstaten verplicht zouden zijn om een bepaling in te voeren die het breken van een staking door de vervanging van stakende werknemers door uitzendkrachten zou tegengaan.

Geheel verwonderlijk is dit door sommigen betreunde⁽⁹⁶⁾ mutisme niet. De Europese regelgever vermag immers geenszins het recht te staken of het recht op *lock-out* te reguleren op grond van de Titel over Sociale Politiek. Artikel 153, vijfde lid VWEU sluit dit formeel uit.

In de Belgische rechtsorde bestaat een conventionele bepaling die bepaalt dat “een uitzendbureau geen uitzendkrachten bij een gebruiker mag tewerkstellen of aan het werk mag houden in geval van staking of lock-out”. Deze bepaling ligt vervat in artikel 19 van de CAO nr. 108. Ze herneemt *verbatim* artikel 8 van de opgeheven CAO nr. 58. De draagwijdte van deze bepaling heeft veel inkt doen vloeien en is omstreden. Het ligt niet in de bedoeling van deze bijdrage dit debat opnieuw in kaart te brengen. Wel lijkt het voor de hand te liggen deze bepaling te confronteren met de overweging in de richtlijn.

In een letterlijke lezing gaat deze bepaling veel verder dan een verbod om enkel stakende werknemers door uitzendkrachten te vervangen. Ook het eerste gedeelte van de bepaling kan niet in die zin worden gelezen. Het impliceert immers een algemeen en tijdelijk inleningsverbod in het geval een staking of een lock-out uitbreekt, ongeacht of de uitzendkrachten worden aangewend om een werknemer te vervangen wiens arbeidsovereenkomst werd geschorst wegens staking of lock-out. Bovendien wordt in de cao bepaald dat uitzendkrachten die reeds waren tewerkgesteld gedurende de periode van de staking of de lock-out dienen te worden teruggeroepen. Deze uitzendkrachten voerden per definitie andere taken uit dan degene die door de stakers werden uitgevoerd. De Belgische conventionele

96 N. COUNTOURIS en R. HORTON, “The Temporary Agency Work Directive: Another Broken Promise?”, *Industrial Law Journal* 2009, 336. De auteurs putten inspiratie uit de ILO Private Employment Agencies Recommendation R 188 (1997). Nr. 6 van dit instrument bepaalt: “Private employment agencies should not make workers available to a user enterprise to replace workers of that enterprise who are on strike.”

bepalingen reguleren eveneens de hypothese van een lock-out die in de 20ste overweging wordt doodgewegen.

De Belgische overheid heeft in haar rapport een opmerkelijke poging ondernomen om deze *prima facie* zeer verregaande draagwijdte te relativeren. Ze merkt op dat het verbod op uitzendarbeid bij staking of lock-out beperkt wordt tot de perimeter van de getroffen exploitatiezetel en beroepscategorie. Een andere nuancering betreft de draagwijdte van de notie "staking". In het rapport wordt hierover opgemerkt dat deze term naar Belgisch recht doelt op de "vrijwillige en collectieve stopzetting van het werk". Zogeheten stiptheidsacties of acties van desorganisatie zouden er niet onder vallen. Wat betreft de invulling van de perimeter *ratione personae et ratione loci*, treedt de Belgische Staat daarmee een standpunt bij dat door een deel van de Belgische doctrine werd verdedigd⁽⁹⁷⁾. In een zeer doorwrochte annotatie hebben Humblet en Vanthournout⁽⁹⁸⁾ op m.i. overtuigende wijze aangetoond dat deze interpretatie geen steun vindt in de cao-bepaling. *Ratione personae et loci* geldt een verbod op het inzetten of behouden van uitzendkrachten bij de gebruiker als rechtspersoon. Hiermee wordt niet bedoeld op een institutioneel ondernemingsbegrip dat bij de afbakening van de toepassingsfeer zou toelaten om abstractie te maken van de juridische personificatie. De perimeter wordt geconditioneerd door de juridische vormgeving. Van tel is de onderneming die een rechtspersoon drijft. Binnen die perimeter is er evenmin ruimte om de toepassingsfeer te beperken tot de relevante beroepscategorie die staakt.

In rechtsvergelijkend perspectief beschouwd, valt daarbij op dat de Belgische regelgever een zeer rekkelijke bescherming tegen stakingsbrekers aanhoudt. In Frankrijk kan een stakende werknemer wel degelijk worden vervangen door een uitzendkracht die voorafgaand aan het begin van de staking was aangeworven^{(99), (100)}. Naar Duits recht hebben uitzendkrachten slechts het recht om met behoud van loon te weigeren om stakende werknemers te vervangen. Het is de inlenende onderneming evenwel niet verboden om dergelijke stakingsbrekers aan te werven. Wel geldt een verplichting om hen op dit recht te wijzen⁽¹⁰¹⁾. In Nederland geldt een algemeen verbod om arbeidskrachten ter beschikking te stellen, indien het aan een uitzendbureau bekend is of redelijkerwijze bekend kan zijn dat een bedrijf of onderneming of een gedeelte daarvan door een werkstaking, uitsluiting of

97 F. TILLEMANS, *Tijdelijke arbeid, uitzendarbeid en terbeschikkingstelling van werknemers*, Deurne, Kluwer, 1992, 101 en O. MORENO, *Travail temporaire, travail intérimaire et mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs*, Kluwer, Brussel, 2005, p. 76, nr. 89.

98 P. HUMBLET en J. VANTHOURNOUT, "Uitzendarbeid en staking: behoefte aan een duidelijke regeling?", *RW* 2006-07, 374-377.

99 P. LOKIEC, *Droit du Travail II, Les relations collectives du travail*, Paris, PUF, 2011, 403.

100 Article L1251-10 *Code du travail*: "Outre les cas prévus à l'article L. 1251-9, il est interdit de recourir au travail temporaire:
1° Pour remplacer un salarié dont le contrat de travail est suspendu à la suite d'un conflit collectif de travail."

101 Zie M. BERTZBACK e.a., "Sonderformen des Streiks" in W. DÄUBLER (ed.), *Arbeitskampfrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2011, 397 en H. WOLTER, "Vorbereitung und Durchführung von (gewerkschaftlichen) Streiks" in W. DÄUBLER (ed.), *Arbeitskampfrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2011, 307-308.

bedrijfsbezetting wordt getroffen ⁽¹⁰²⁾. Het verbod geldt op *algemene wijze* voor het verrichten van werkzaamheden in dat bedrijf, die onderneming of dat gedeelte, ongeacht of de uitzendkracht voordien werd aangeworven.

§ 8. Et vidimus gloriam eius ⁽¹⁰³⁾

In het begin van deze bijdrage werd gesuggereerd dat door de Uitzendarbeidsrichtlijn het woord (*flexicurity*) heden vlees (positief recht) is geworden. In de lijn van deze parafrase van de aanhef van het Johannes-evangelie rijst de oneerbiedige vraag of we dit beginsel doorheen de analyse van de Uitzendarbeidsrichtlijn nu in zijn volle heerlijkheid hebben mogen aanschouwen. Nog belangrijker is te weten wat dit met ons (het Belgische reglementaire kader voor uitzendarbeid) doet. De confrontatie van dit paradigma met de benadering van de IAO en een onderzoek naar de conformiteit van het Belgische recht stonden in dit onderzoek centraal.

Het Belgische reglementaire kader werd sterk beïnvloed door de IAO-Conventies. De doelstelling van de *flexicurity*-benadering die de EU-richtlijn kenmerkt, staat geenszins haaks op de doelstelling van de IAO-Conventies. In beide rechtsordes wordt formeel lippendienst bewezen aan de bevordering van werkgelegenheid, sterker aan een streven naar volledige tewerkstelling. Het vertoog van de IAO over “full employment” was de aanzet voor een erkenning van het recht op arbeid in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, in het Europees Sociaal Handvest en het Internationaal Verdrag voor economische, sociale en culturele rechten. Van een dergelijk recht op arbeid treft men in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie geen spoor aan.

Een belangwekkend punt van convergentie betreft eveneens het verbod van het afwentelen van de kosten voor ‘arbeidsbemiddeling’ op de uitzendkracht.

De divergenties situeren zich eerder op het vlak van het te voeren beleid om die doelstelling te verwezenlijken. Historisch getuigen de IAO-Conventies van een achterdocht ten overstaan van private arbeidsbemiddeling met een winst oogmerk en een geloof in de kracht van een openbare dienst voor arbeidsbemiddeling. Een nuance is hier op zijn plaats. De IAO-conventies hebben nooit een verplichting ingebouwd om aan de openbare dienst voor arbeidsbemiddeling een monopolie toe te vertrouwen. Sterker, de IAO-Conventie nr. 181 erkent uitdrukkelijk de positieve bijdrage die *private employment agencies* kunnen leveren tot de werking van een goed geordende arbeidsmarkt. De Uitzendarbeidsrichtlijn vertolkt diezelfde overtuiging, maar verbindt daaraan wel juridische gevolgen. Staten die grenzen stellen aan de toevlucht tot uitzendarbeid dienen dit te rechtvaardigen. Niet door het algemeen belang gerechtvaardigde beperkingen dienen te worden afgeschaft.

102 Zie artikel 10 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs.

Degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt, stelt, voor zover hem bekend is of redelijkerwijze bekend kan zijn dat in een bedrijf of onderneming, of een gedeelte daarvan, een werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting bestaat, geen arbeidskrachten ter beschikking voor het verrichten van werkzaamheden in dat bedrijf of die onderneming of wel dat gedeelte daarvan, waar de werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting heerst.

103 Johannes I, vers 14.

De Europese richtlijn ontgoochelt in zijn collectief arbeidsrechtelijk luik(je). Ze heeft in tegenstelling tot de IAO-Conventies geen enkele aandacht voor de vrijheid van vakvereniging en collectief overleg. Het collectief arbeidsrechtelijke luik biedt geen enkel perspectief op “empowerment” van preciaire werknemers. Het miskent op deze wijze het belang van collectief arbeidsrechtelijke mechanismes om de beleden arbeidsrechtelijke bescherming effectief te handhaven en uit te werken.

In beide rechtsordes wordt een bescherming ingebouwd ten faveure van uitzendkrachten. In de IAO-Conventie nr. 181 wordt een beginsel van *adequate protection* ingebouwd dat een ruime draagwijdte kent. De Uitzendarbeidrichtlijn ent de bescherming op de leest van het gelijkheidsbeginsel. De materiële draagwijdte van dit beginsel is aanzienlijk beperkt. Het gelijkheidsbeginsel wordt beperkt tot zogeheten essentiële arbeidsvoorwaarden. Bovendien geldt dat de gelijkheid slechts wordt afgetoetst aan de hand van de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve arbeidsovereenkomsten en/of andere in de inlenende onderneming vigerende bindende bepalingen van *algemene* strekking. In tegenstelling tot de Kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid en de Raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is er geen sprake van een beginsel van non-discriminatie. In tegenstelling tot de laatstgenoemde raamovereenkomst is evenmin sprake van een ondubbelzinnige misbruikbepaling.

De vraag naar de richtlijnconformiteit van de Belgische regulering van de uitzendarbeid dient aan te vangen met een belangrijke vaststelling. Een lectuur van de Uitzendarbeidrichtlijn bevreedt de Belgische lezer primair niet door wat er uitgedrukt wordt, maar door wat niet uitdrukkelijk wordt vooropgesteld. De Belgische Uitzendarbeidswet staat in het teken van een verbod: “Gij zult geen werknemers ter beschikking stellen van een andere werkgever”. Vrijheid van uitzendarbeid is geen beginsel, maar een uitzondering. Op een ogenblik dat de Uitzendarbeidrichtlijn werd goedgekeurd, werd dit verbod verstrengd⁽¹⁰⁴⁾. Deze benadering is heilzaam in tijden waarin een vertoog over maatschappelijke verantwoordelijkheid van werkgevers *bon ton* is. Immers hoe kan een werkgever maatschappelijke verantwoordelijkheid claimen, indien hij alles doet om zijn werkgeversaansprakelijkheid te ontlopen door te ontkennen dat hij een werkgever is van de werknemers die in zijn onderneming werken? Het bestaan van een dergelijk verbod laat geenszins toe vast te stellen dat de Belgische reglementering niet richtlijnconform zou zijn.

De op het eerste gezicht meest problematische conformiteitskwestie betreft de vraag of de beperkingen op het beroep op uitzendkrachten door een reden van algemeen belang kunnen worden gerechtvaardigd. In een recente evaluatie⁽¹⁰⁵⁾ van de omzetting van de Uitzendarbeidrichtlijn stak de Commissie haar ontgoocheling over de povere resultaten van de heroverwegingsexercitie niet onder stoelen of banken. De Commissie overwoog: “the review of restrictions and prohibitions on the use of temporary agency work has served, in the majority of cases, to legitimate the status quo, instead of giving an impetus to the rethinking of the role of agency work in modern, flexible labour markets.” De Commissie oordeelt dat een belangrijke doelstelling van de Uitzendarbeidrichtlijn daardoor niet werd verwezenlijkt. Impliciet

104 Zie I. PLETS, “Strengere regels voor uitlenen van werknemers”, *Or.* 2013, 138-142.

105 Zie COM 2014 (176) final, 19.

geeft de Commissie daardoor te kennen dat de omzetting niet richtlijnconform zou zijn. Ze sluit infractieprocedures niet uit.

De Uitzendarbeidsrichtlijn staat voor de Commissie duidelijk in het teken van het bevorderen van een beroep op uitzendkrachten en van uitzendbureaus die deze krachten ter beschikking stellen. De vraag of de juridische grondslag van de richtlijn dergelijke arbeidsorganisatorische vrijheid wettigt, is echter legitiem. Sterker, de vrijheid van dienstverlening die de Uitzendarbeidsrichtlijn kenmerkt, is radicaler dan het beginsel van het verdragsrechtelijke vrij verkeer van diensten. Dit beginsel kan immers slechts worden ingeroepen door buitenlandse dienstverleners die in België willen opereren. Kortom, het vermeende gebrek aan richtlijnconformiteit roept de meer fundamentele voorvraag in het leven of de juridische grondslag van de Uitzendarbeidswet de heroverwegingsbepaling van artikel 4 wel draagt. In ondergeschikte orde, lijkt me de argumentatie dat de vermeende beperkingen die het Belgische stelsel kenmerken, de tijdelijkheidsvereiste verduidelijken legitiem.

De omzetting van artikel 6, § 2 van de Uitzendarbeidsrichtlijn (nietigheid, vernietigbaarheid van bepalingen die het sluiten van een arbeidsovereenkomst tussen uitzendkracht en inlenende onderneming verbieden of verhinderen) door artikel 16 van de Uitzendarbeidswet lijkt me onvoldoende. Dit artikel lijkt immers niet bruikbaar om clausules in de commerciële overeenkomst tussen het uitzendbureau en de inlenende onderneming te beteugelen.

De Uitzendarbeidswet verankert geenszins het kosteloze karakter van de uitzendarbeidswet ten faveure van de uitzendkracht. Nu kan worden betoogd dat de decreten en ordonnanties over de certificering van uitzendbureaus dit euvel remediëren. Het komt me evenwel voor dat deze instrumenten een administratieve en geen arbeidsovereenkomstenrechtelijke draagwijdte hebben. Aangezien de uitzendkracht er zich om die reden niet op kan beroepen, lijkt de omzetting van artikel 6, § 3 om die reden gebrekkig.