



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Omzeilen ketenregeling via uitzendovereenkomst geen misbruik

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2021

Document Version

Final published version

Published in

Jurisprudentie Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2021). Omzeilen ketenregeling via uitzendovereenkomst geen misbruik. 222. Case note on: Rb. Noord-Holland, 12/05/21, ECLI:NL:RBNHO:2021:6781 *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 30(13), 2133-2139.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

222

Omzeilen ketenregeling via uitzendovereenkomst geen misbruik

Kantonrechter Rechtbank Noord-Holland zp Haarlem

12 mei 2021, nr. 8742893 CV EXPL 20-7511, ECLI:NL:RBNHO:2021:6781 (mr. Aardenburg)

Noot mr. dr. J.P.H. Zwemmer

Voortzetting arbeidsovereenkomst door uitzendovereenkomst. Geen schijnconstructie. Reële uitzendovereenkomst.

[BW art. 7:668a lid 6, 7:690, 7:691 lid 8 sub b]

De werknemer is op 1 juli 2014 voor een jaar bij El Al in dienst getreden voor gemiddeld 20 uur per week. Na het eerste jaar is de arbeidsovereenkomst verlengd tot 18 juni 2016. El Al wilde de arbeidsovereenkomst daarna niet verlengen, omdat zij niet wilde dat er een contract voor onbepaalde tijd zou ontstaan. Zij is wel akkoord gegaan met het inlenen van de werknemer via uitzendbureau Skyjob. Deze inlening heeft plaatsgevonden van 19 juni 2016 tot 31 mei 2017 en is daarna verlengd tot 31 mei 2018. Aansluitend is de werknemer door uitzendbureau Aviapartner van Skyjob ingeleend en tewerkgesteld bij El Al. Deze uitzending is per 30 juni 2019 geëindigd, omdat El Al de uitzendovereenkomsten niet wilde verlengen. De werknemer stelt dat sprake is van een schijncon-

structie en vordert loon en tewerkstelling. In kort geding zijn zijn vorderingen afgewezen. In de bodemprocedure beroept de werknemer zich op het nadien gewezen arrest in de zaak Taxi Dorenbos van 8 november 2019 («JAR» 2020/87). Hij stelt dat de gebruikte uitzendconstructie geen ander doel heeft dan het omzeilen van de wettelijke ontslagbescherming.

De kantonrechter overweegt dat misbruik van een uitzendconstructie aan de orde is bij een stelsel van samenhangende afspraken, dat zich ertoe leent om te ontkomen aan de werking van het ontslagrecht. Daarbij is van belang of de werknemer steeds dezelfde functie heeft vervuld, of er sprake is van een reële uitzendovereenkomst of van payrolling, van wie het initiatief is uitgegaan om de arbeidsovereenkomst te laten opvolgen door een uitzendovereenkomst en of de werkgever legitieme redenen had voor die constructie. In dit geval is de relatie tussen El Al en de werknemer materieel gewijzigd omdat de werknemer vanaf 19 juni 2016 ook werkzaamheden is gaan verrichten voor Aviapartner (voor 3 uur per week). Verder was Skyjob niet alleen op papier de werkgever, want zij betaalde het loon en stuurde salarisstroken toe. Het initiatief voor de constructie lag niet alleen bij El Al, want de werknemer heeft ermee ingestemd en begreep de consequenties ervan. El Al had voorts een legitiem belang bij de constructie, namelijk haar behoefte aan een flexibele schil vanwege een sterk fluctuerend werk-aanbod. Er is daarom geen sprake geweest van een schijnconstructie.

NB. Zie «JAR» 2020/4, m.nt. Hoogeveen, voor de uitspraak in kort geding, en HR, «JAR» 2020/87, m.nt. Zwemmer, voor Taxi Dorenbos. De feiten in deze zaak verschillen niet wezenlijk van die in Taxi Dorenbos. In beide zaken gebruikt de werkgever bewust de uitzendconstructie om het ontslagrecht te ontwijken. Nu de Hoge Raad heeft overwogen dat dat niet rechtsgeldig is, zou dat ook hier moeten gelden. Een wetswijziging zou dan wel op zijn plaats zijn, nu art. 7:668a en 7:691 BW de hier gebruikte constructie mogelijk maken.

[Werknemer] te [woonplaats],
eiser,
verder te noemen: [werknemer],
gemachtigde: mr. W.J. Floor,
tegen

de rechtspersoon naar buitenlands recht *El Al Israëli Airlines Ltd.* te Amstelveen, gedaagde, verder te noemen: El Al, gemachtigden: mrs. J.T. de Bok en J. van der Beek.

Samenvatting
(...)

1. *Het procesverloop*
(...)

2. *De feiten*

2.1. [werknemer], geboren [in 1958], is op 1 juli 2014 op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van een jaar in dienst getreden bij El Al in de functie van Station Coördinator voor gemiddeld 20 uur per week tegen een bruto maandsalaris van € 1.738,75 exclusief vakantiegeld en overige emolumenten. [werknemer] heeft samen met twee collega's die dezelfde functie vervullen als hij de supervisie over de afhandeling van elf vluchten per week. In het hoogseizoen gaat het om 13 vluchten per week. Op drukke momenten worden er bij El Al dubbele diensten gedraaid, waardoor er twee personen per shift nodig zijn. In een dergelijk geval leent El Al mensen in via Aviapartner B.V. (hierna: Aviapartner).

2.2. Na afloop van de overeengekomen periode van een jaar is de arbeidsovereenkomst verlengd tot 18 juni 2016. Bij brief van 4 mei 2016 heeft El Al aan [werknemer] meegedeeld dat [werknemer] geen vast contract krijgt en dat de arbeidsovereenkomst per 18 juni 2016 eindigt.

2.3. Vervolgens is [werknemer] van 19 juni 2016 tot 31 mei 2017 voor gemiddeld 20 uur per week via Skyjob Uitzendbureau (hierna: Skyjob) ingeleend door El Al in de functie van Station Coördinator tegen een bruto maandsalaris van € 1.756,27 inclusief vakantiedagen en exclusief overige emolumenten. Op de uitzendovereenkomst is de NBBU-cao van toepassing verklaard.

2.4. Bij e-mail van 8 november 2016 heeft [leidinggevende] (leidinggevende van [werknemer]) aan [werknemer] geschreven:

*'(...)
Het blijkt dat TLV [Tel Aviv] er toch wel boven op zit, en ze willen een bewijs zien dat je ook ander werk doet zoals afgesproken. Ga er aub even achteraan, want ik wil niet dat ze straks zeggen, sorry maar we stoppen er mee als er geen actie is. (...)'*

2.5. Bij e-mail van 24 maart 2017 heeft Skyjob aan [werknemer] geschreven: *'(...) Zoals besproken, zend ik je de door mij ondertekende uitzendovereenkomst (...) t.b.v. je werkzaamheden voor Avia Partner. Tijdvak identiek aan je huidige contract met El Al. Graag ontvang ik een door jou ondertekend exemplaar (...) retour. Dan kan [voornaam] hem as. maandag meenemen naar Tel Aviv. Is het Hoofdkantoor ook gerustgesteld (hopelijk) en dan volgt na 31 mei een verlening van je contract (...)'*

2.6. [werknemer] is – naast zijn uitzending voor gemiddeld 20 uur per week naar El Al – van 1 april 2017 tot 31 mei 2017 voor gemiddeld 3 uur per week via Skyjob ingeleend door Aviapartner als administratief support medewerker, tegen een salaris van € 15,00 per uur. Op de uitzendovereenkomst zijn de bepalingen van de NBBU-cao van toepassing verklaard.

2.7. Skyjob heeft de inlening van [werknemer] bij El Al onder dezelfde voorwaarden verlengd tot 31 mei 2018.

2.8. Bij e-mail van 3 juni 2018 heeft [leidinggevende] aan [betrokkene 1] en [betrokkene 2] van El Al geschreven: *'(...) After [werknemer] had been working directly for El Al for 2 years on temporary contract basis, and could not get a permanent contract from El Al, which was required by the Dutch law after these 2 years, the agency "Skyjob" became the official employer in 2016. (...) According to the best of my knowledge, [werknemer] has been working the last few years completely legal as per the Dutch law. This apparently, is now suddenly being questioned. The "transfer of employer" is a completely legal given (...)'.* Deze e-mail heeft [leidinggevende], ter informatie, doorgestuurd aan [werknemer].

2.9. In juni 2018 heeft [werknemer] geen werkzaamheden verricht.

2.10. [werknemer] is van 1 juli 2018 tot 30 juni 2019 via Skyjob ingeleend door Aviapartner, ook als Station Coördinator, tegen een bruto maandsalaris van € 1.780,68 per maand exclusief vakantiegeld en overige emolumenten. Op de uitzendovereenkomst is de NBBU-cao van toepassing verklaard. Aviapartner heeft [werknemer] in deze periode doorgeleend aan El Al.

2.11. Bij e-mail van 20 mei 2019 heeft [betrokkene 3] namens El Al aan [leidinggevende] geschreven: *'(...) You were right as I saw the roster and I do understand that you need someone to replace [werknemer]. (...) However our lawyer confirmed just now that according to his view there is no legal*

way to extend the contract for [werknemer] under skyjob or aviapartner. (...)'

2.12. Bij e-mail van 28 mei 2019 heeft Skyjob aan [werknemer] meegedeeld dat de uitzendovereenkomst per 30 juni 2019 werd opgezegd, omdat Aviapartner het contract niet nog een jaar wilde verlengen.

2.13. Bij e-mail van 4 juni 2019 heeft El Al aan Skyjob en Aviapartner meegedeeld dat zij de overeenkomsten op basis waarvan [werknemer] werkzaamheden verrichtte voor El Al niet verlengt.

2.14. [werknemer] heeft van Skyjob een transitievergoeding van € 4.204,56 bruto ontvangen.

2.15. Op 8 november 2019 heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank de vorderingen van [werknemer] tot, samengevat, betaling van loon en tewerkstelling afgewezen (ECLI:NL:RBNHO:2019:9323).

3. De vordering

3.1. [werknemer] vordert dat de kantonrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, El Al veroordeelt:

a) tot betaling aan [werknemer] van het loon over de periode vanaf 1 juli 2019, bestaande uit € 1.780,68 bruto per maand te vermeerderen met 8% vakantietoeslag, een gemiddelde ORT van € 477,34 bruto per maand, alsmede een vaste bonus van € 151,36 bruto per maand, telkens te voldoen na afloop van het tijdvak waarop de loonbetaling betrekking heeft, zulks onder aftrek van het bedrag van € 4.204,56 bruto dat SkyJob aan transitievergoeding aan [werknemer] betaald heeft en te vermeerderen met de wettelijke verhoging als bedoeld in artikel 7:625 BW;

b) [werknemer] binnen 14 dagen na betekening van het vonnis toe te laten tot de werkzaamheden van Station Coördinator, met alle daaraan verbonden taken en bevoegdheden, op verbeurte van een dwangsom van € 500,00 voor iedere dag dat El Al met de nakoming daarvan in verzuim zal zijn;

c) tot betaling van de kosten van deze procedure, het salaris van de gemachtigde van [werknemer] daaronder begrepen.

3.2. [werknemer] legt aan zijn vordering ten grondslag – kort weergegeven – dat de aanzegging van Skyjob van 28 mei 2019 geen rechtsgevolg heeft, omdat [werknemer] feitelijk altijd in dienst is gebleven bij El Al. Vanaf 1 juli 2016 is sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De uitzendconstructie met Skyjob was

een schijnconstructie en had geen ander doel dan het omzeilen van de wettelijke ontslagbescherming.

3.3. [werknemer] is deze bodemprocedure gestart omdat na de uitspraak in kort geding de Hoge Raad op 8 november 2019 arrest heeft gewezen in de zaak Taxi-Dorenbos (ECLI:NL:HR:2020:312). [werknemer] meent dat zijn situatie vergelijkbaar is met deze zaak. Ook in zijn zaak is een arbeidsovereenkomst gesloten met een uitzendbureau nadat de ketenregeling bij de voormalige werkgever, daarna inlener, was verbruikt. Ook bij hem was deze uitzendconstructie opgezet om te voorkomen dat er tussen de werknemer en de voormalige werkgever, daarna inlener, een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou ontstaan. [werknemer] vindt dat ook in zijn zaak met de oorspronkelijke werkgever een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan.

4. Het verweer

4.1. El Al betwist de vordering. Zij voert aan – samengevat – dat er geen arbeidsovereenkomst meer bestaat tussen [werknemer] en El Al. Er is een rechtsgeldige uitzendrelatie tot stand gekomen na het eindigen van de arbeidsovereenkomst tussen El Al en [werknemer]. Dat was ook de bedoeling van partijen. Van een schijnconstructie is geen sprake. El Al is naar [werknemer] toe volledig transparant geweest over de omstandigheid dat zij de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet kon verlengen. Het was voor [werknemer] van meet af duidelijk wat de constructie via Skyjob zou inhouden en dat hij daarmee niet in dienst zou blijven van El Al, maar dat Skyjob de formele werkgever werd van [werknemer].

4.2. El Al voert verder aan dat de Taxi Dorenbos-zaak niet tot een andere uitkomst leidt. Volgens El Al zijn de feiten in de zaak van [werknemer] anders dan die in de Taxi Dorenbos-zaak en is er in de voorliggende zaak wel sprake van een reële uitzendovereenkomst.

5. De beoordeling

5.1. Het gaat in deze zaak om de vraag of met de uitzendovereenkomsten tussen [werknemer] en Skyjob sprake is geweest van een juridische schijnconstructie, die tot gevolg heeft dat [werknemer] feitelijk in dienst is gebleven bij El Al zodat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan tussen El Al en [werknemer].

5.2. Wanneer zoals in het voorliggende geval een werknemer aansluitend aan een dienstverband voor bepaalde tijd via een uitzendbureau (meerdere keren) ingeleend (en doorgeleend) wordt bij de voormalig werkgever voor dezelfde werkzaamheden, ligt de vraag voor of de voormalig werkgever legitiem gebruik maakt van de wettelijke mogelijkheden of dat sprake is van een schijnconstructie om ontslagbescherming te omzeilen. Misbruik kan aan de orde zijn als sprake is van een stelsel van samenhangende afspraken, die zich naar haar aard ertoe leent om te ontkomen aan de werking van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen die beogen de werknemer bescherming tegen hem verleend ontslag te bieden.¹ Of een uitzendconstructie aangemerkt kan worden als misbruik kan beoordeeld worden aan de hand van de volgende gezichtspunten:

(I) heeft de werknemer steeds dezelfde functie gehouden en is hij steeds dezelfde werkzaamheden blijven uitoefenen?

(II) is sprake van een 'reële uitzendovereenkomst' of overeenkomst van payrollrolling, in die zin dat die overeenkomst ook in materiele zin voldoet aan de definitie?

(III) van wie is het initiatief uitgegaan om de arbeidsovereenkomst te laten opvolgen door een uitzendovereenkomst of overeenkomst van payrollrolling?

(IV) heeft de werkgever legitieme redenen om de overeenkomsten voor bepaalde tijd te laten opvolgen door een uitzendovereenkomst of overeenkomst van payrollrolling?

5.3. De kantonrechter deelt de stelling van [werknemer] dat de genoemde gezichtspunten geen limitatieve opsomming vormen van feiten en omstandigheden die zich in alle gevallen moeten hebben voorgedaan, wil er sprake zijn van misbruik. Het zijn immers gezichtspunten die relevant *kunnen zijn* bij de beoordeling van een uitzendconstructie. Anders dan [werknemer] is de kantonrechter van oordeel dat er in de voorliggende situatie geen sprake is van misbruik en dat er geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen [werknemer] en El Al tot stand is gekomen. De kantonrechter legt dat hieronder uit.

5.4. Vaststaat dat [werknemer] na het aangaan van de uitzendovereenkomst met Skyjob als Station Coördinator bij El Al te werk is gesteld en ook dezelfde werkzaamheden is blijven uitoefenen. Anders dan [werknemer] stelt, is met het aangaan van de uitzendovereenkomst de relatie tussen El Al en [werknemer] wel materieel gewijzigd, omdat [werknemer] niet alleen werkzaamheden voor El Al verrichtte maar ook voor AviaPartner.

5.5. Daarnaast oordeelt de kantonrechter dat tussen [werknemer] en Skyjob sprake was van een reële uitzendovereenkomst, en dat Skyjob niet uitsluitend fungeerde als 'contractueel verlengstuk' van de opdrachtgever. Het werkgeverschap van Skyjob had voldoende zelfstandige betekenis om te kwalificeren als werkgever in de zin van artikel 7:610 BW. Dat de leiding en het toezicht bij El Al zijn blijven liggen, de arbeidsvoorwaarden (nagenoeg) hetzelfde zijn gebleven en dat de afstemming van werktijden met El Al plaatsvond, zijn kenmerken die inherent zijn aan een uitzendrelatie. De werkgeverstaken die behoren bij een uitzendbureau, zoals het betalen van loon en het toesturen van salarisstroken, zijn door Skyjob uitgevoerd. Aldus was Skyjob niet slechts op papier de werkgever van [werknemer] zoals hij heeft gesteld.

5.6. Dat het initiatief voor, en de regie op de gehanteerde constructie uitsluitend bij El Al lag, zoals door [werknemer] is gesteld, is niet vast komen te staan. Vaststaat dat El Al vanuit het hoofdkantoor in Tel Aviv aan [werknemer] bij brief van 4 mei 2016 heeft meegedeeld dat het niet mogelijk was om hem een vast contract aan te bieden en dat daarmee de arbeidsrelatie tussen [werknemer] en El Al zou eindigen. Het uitgangspunt van El Al was aldus zonneklaar: geen vast personeel naast de twee vaste personeelsleden die zij al had.

5.7. Ter zitting heeft [werknemer] onder meer verklaard dat [leidinggevende], de Station Manager die bijna met pensioen was, op dat moment personeel nodig had en met El Al in overleg is getreden om ervoor te zorgen dat [werknemer] zijn werkzaamheden kon blijven uitoefenen. Nadat El Al bij haar primaire standpunt bleef dat zij geen personeel in vaste dienst wilde, heeft [leidinggevende] – aldus [werknemer] – naar een oplossing gezocht, zodat [werknemer] zijn werkzaamheden kon blijven verrichten. [werknemer] heeft ter zitting verklaard dat *'hij hoe dan ook door wilde blijven werken, ongeacht in wat voor vorm het zou worden gegoten'*. Ook heeft [werknemer]

1 Conclusie van A-G De Bock bij het Taxi-Dorenbos arrest (ECLI:NL:PHR:2019:1217) en HR 22 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0421, NJ 1992/707 (Campana-arrest).

verklaard dat 'hij ervan uitging dat het fase 3 contract tot 2020 zou lopen en aan hem is voorgespiegeld dat hij minimaal 4 jaar bij El Al zou kunnen blijven werken' en dat 'hij in ieder geval baangarantie had voor 4 jaar nu hij ook niet meer de jongste is en op zijn 62e met pensioen wilde gaan.' Hiermee staat vast dat het initiatief voor het aangaan van de uitzendrelatie zeker niet alleen van El Al is gekomen en dat de constructie met medeweten van en instemming met [werknemer] heeft plaatsgevonden. Eveneens volgt hieruit dat [werknemer] de consequenties van de uitzendrelatie begreep, hij wist dat hij anders niet langer bij El Al te werk gesteld kon worden en hij ging er zelf ook vanuit dat de werkzaamheden bij El Al geëindigd waren. De eerder ingenomen stelling van [werknemer] dat hij slechts heeft getekend wat door El Al aan hem werd voorgelegd, kan de kantonrechter in het licht van hetgeen [werknemer] ter zitting heeft verklaard dan ook niet volgen. Evenmin is de kantonrechter het met [werknemer] eens dat sprake is geweest van een situatie als bedoeld in het Taxi Dorenbos-arrest.

5.8. Daarbij komt dat voldoende vast is komen te staan dat El Al een legitiem belang had om de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van [werknemer] te laten opvolgen door een uitzendovereenkomst. El Al heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat zij behoefte heeft aan een flexibele schil vanwege een sterk fluctuerend werkaanbod. De activiteiten van El Al op Schiphol bestaan uit het begeleiden van passagiers bij inkomende en vertrekkende vluchten en het aantal vluchten dat El Al via Schiphol kan laten verlopen fluctueert. Dat El Al vanaf 2016 het beleid voert om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd niet te verlengen en zich te richten op flexibele arbeid, was [werknemer] bekend. Vanaf de indiensttreding van [werknemer] huurde El Al op regelmatige basis in drukke periodes, zoals in de zomermaanden, personeel in via AviaPartner. De functie van Station Coördinator is naar haar aard een functie die door ingeleend personeel kan worden uitgeoefend. Ook is ter zitting vast komen te staan dat El Al tot op heden uitvoering heeft gegeven aan haar beleid om met flexibele arbeid te werken; zij heeft na het vertrek van [werknemer] en [leidinggevende] geen personeel meer in vaste dienst aangenomen.

5.9. Het voorgaande leidt ertoe dat de kantonrechter van oordeel is dat voldoende aannemelijk is geworden dat er sprake was van een reële uit-

zendovereenkomst tussen [werknemer] en Skyjob en dat geen sprake is geweest van een schijnconstructie. De vorderingen van [werknemer] zullen dan ook worden afgewezen. De proceskosten komen voor rekening van [werknemer], omdat hij in het ongelijk wordt gesteld.

6. De beslissing

De kantonrechter:

- 6.1. wijst de vordering af;
- 6.2. veroordeelt [werknemer] tot betaling van de proceskosten, die tot en met vandaag voor El Al worden vastgesteld op een bedrag van € 1.496,- aan salaris van de gemachtigde van El Al;
- 6.3. verklaart dit vonnis, voor zover het de proceskostenveroordeling betreft, uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Wordt een uitzendovereenkomst aangegaan, uitsluitend om te voorkomen dat de werknemer bij voortzetting van de arbeidsovereenkomst met de werkgever door toepassing van de ketenregeling in art. 7:668a BW voor onbepaalde tijd in dienst komt, dan is van een 'reële uitzendovereenkomst' geen sprake, zo overweegt de Hoge Raad in het arrest *Taxi Dorenbos* van 21 februari 2020 («JAR» 2020/87, m.nt. Zwemmer). Omdat de werknemer zijn werkzaamheden bij Taxi Dorenbos voortzette, was daarom naar het oordeel van de Hoge Raad 'in wezen' sprake van een vierde arbeidsovereenkomst met Taxi Dorenbos. Gevolg was dat de werknemer, ondanks het door hem ondertekenen van een arbeidscontract met het payrollbedrijf, voor onbepaalde tijd in dienst was van Taxi Dorenbos. Het enkele feit dat de werknemer een arbeidscontract sluit met een payrollbedrijf (of uitzendbureau) betekent in deze situatie dus niet dat daarmee ook vaststaat dat tussen het payrollbedrijf (of uitzendbureau) en de werknemer een arbeidsovereenkomst tot stand komt. Dat door de door partijen gemaakte contractuele afspraken wordt heengekeken wanneer daarmee uitsluitend is beoogd te ontkomen aan juridische verplichtingen en consequenties die zijn verbonden aan een arbeidsovereenkomst, bevestigde de Hoge Raad al in het arrest *Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM* van 13 juli 2007 (HR 13 juli 2007, «JAR» 2007/231, *NJ* 2007/449, m.nt. Verhulp). Daar sloten de manager en STR uitsluitend

ter voorkoming van de hieraan gekoppelde premieafdrachtverplichting aan PGGM geen arbeids-overeenkomst met elkaar. Ook in andere arresten waarin de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst centraal stond, heeft de Hoge Raad telkens bevestigd dat wanneer partijen contractueel iets anders dan een arbeidsovereenkomst overeenkomen, dit alleen een rol speelt bij de kwalificatie van de overeenkomst wanneer deze contractuele afspraken corresponderen met de wijze waarop partijen hieraan vervolgen (van meet af aan) feitelijk uitvoering hebben gegeven (zie o.a. HR 14 november 1997, «JAR» 1997/263 (*Groen/Schoevers*), HR 25 maart 2011, «JAR» 2011/109, m.nt. Loonstra ('De Gouden Kooi') en meer specifiek met betrekking tot de kwalificatie van de werkgever in arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen: HR 9 oktober 2015, «JAR» 2015/277, m.nt. De Jong, *NJ* 2016/276, m.nt. Houweling (*Logidex*)). In het meest recente kwalificatie-arrest van 6 november 2020 («JAR» 2020/287, m.nt. Said, *NJ* 2021/116, m.nt. Verhulp (*X/gemeente Amsterdam*)) heeft de Hoge Raad de teugels nog wat strakker aangehaald door te overwegen dat de wijze waarop partijen de overeenkomst hebben benoemd (gelabeld) niet van belang is bij de kwalificatie. Alleen de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering hebben gegeven aan die afspraken telt daarbij nog.

In de onderhavige uitspraak oordeelt de kantonrechter te Haarlem dat sprake is van een (reële) arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau hoewel ook in deze zaak een uitzendbureau werd ingeschakeld omdat El Al niet wilde dat de werknemer op grond van art. 7:668a BW voor onbepaalde tijd bij haar in dienst zou treden. De kantonrechter overweegt dat alleen door de uitzendconstructie moet worden heengekeken 'als sprake is van een stelsel van samenhangende afspraken, die zich naar haar aard ertoe leent om te ontkomen aan de werking van de dwingendrechtelijke wetbepalingen die beogen de werknemer bescherming tegen hem verleend ontslag te bieden' (deze formulering is afkomstig uit het *Campina*-arrest, HR 22 november 1991, *NJ* 1992/707, m.nt. Stein). Bij de beoordeling of sprake is van dergelijke samenhangende afspraken toetst de kantonrechter de uitzendovereenkomst en de aanleiding en wijze van totstandkoming hiervan aan de door A-G De Bock geformuleerde vier gezichtspunten in haar conclusie voor het arrest *Taxi Dorenbos*. Deze gezichtspunten zijn

echter niet overgenomen in het arrest van de Hoge Raad. De Hoge Raad volstaat in het arrest *Taxi Dorenbos* met het bevestigen van de overweging van hof dat de uitzendovereenkomst met T4T 'slechts was geconstrueerd om onder de voor de werknemer uit de ketenregeling voortvloeiende bescherming uit te komen' en daarom van een 'reële uitzendovereenkomst' geen sprake is. Daardoor is naar het oordeel van de Hoge Raad 'in wezen' sprake van een volgende arbeidsovereenkomst met *Taxi Dorenbos* en is de werknemer daar op grond van art. 7:668a BW voor onbepaalde tijd in dienst getreden. Dat is een ruimer criterium dan de vier gezichtspunten van A-G De Bock. Op grond van dit criterium diende de kantonrechter uitsluitend te beoordelen of de werkgever enkel om onder de ketenregeling uit te komen een uitzendbureau had ingeschakeld. Dat de werknemer daarmee goed geïnformeerd en ondubbelzinnig heeft ingestemd is overigens noch binnen de gezichtspunten van A-G De Bock, noch binnen de overwegingen van de Hoge Raad relevant (in haar noot onder de eerdere uitspraak in het kort geding tussen El Al en de werknemer onder «JAR» 2020/4 bepleitte Hoogeveen nog dat bij 'informed consent' van de werknemer met de uitzendconstructie in beginsel aangenomen zou moeten worden dat sprake is van een rechtsgeldige uitzendovereenkomst).

Als de uitzendovereenkomst in de onderhavige uitspraak was aangegaan na 1 januari 2020, zou deze hebben gekwalificeerd als een payrollovereenkomst ex art. 7:692 BW. In dat geval was het verlichte arbeidsrechtelijke regime bij uitzending niet van toepassing geweest en was de werknemer meteen voor onbepaalde tijd in dienst getreden van het payrollbedrijf. Omdat dan geen sprake meer zou (kunnen) zijn van het ontduiken van de ketenregeling, is de vraag of daarmee gegeven is dat de werknemer door het enkele ondertekenen van een arbeidscontract met het payrollbedrijf in dienst wordt geacht te zijn van het payrollbedrijf. Mijns inziens hoeft dat nog steeds niet altijd het geval te zijn en blijft het arrest *Taxi Dorenbos* ook bij de kwalificatie van de payrollovereenkomst ex art. 7:692 BW relevant omdat de payrollwerknemer, ondanks de gelijkstellingsbepalingen in art. 7:692a BW en art. 8a Waadi, nog steeds in een ongunstiger arbeidsrechtelijke positie kan verkeren dan wanneer hij (direct) in dienst was getreden van de eigenaar of exploi-

tant van de onderneming waarin hij de arbeid verricht (zie voor enkele voorbeelden J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer (online), par. 4.3.8). Daarbij komt ook dat de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Wet arbeidsmarkt in balans, onder verwijzing naar de hiervoor genoemde voormelde kwalificatie-arresten, heeft benadrukt dat een schriftelijk arbeidscontract niet volstaat voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst tussen werknemer en payrollbedrijf ex art. 7:692 BW (zie o.a. *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, nr. 9, p. 44-45). Zoals ik eerder betoogde in mijn noot onder het arrest *Taxi Doorenbos* volgt uit deze arresten, maar ook uit de wettelijke definitie van de payrollovereenkomst in art. 7:692 BW zelf, dat het payrollbedrijf een voldoende zelfstandige en inhoudelijke rol moet vervullen bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst om als werkgever te kwalificeren. In de onderhavige uitspraak oordeelt de rechter dat het werkgeverschap van het uitzendbureau 'voldoende zelfstandige betekenis' had om te kwalificeren als werkgever omdat het uitzendbureau 'de werkgeverstaken verrichtte die behoren bij een uitzendbureau, zoals het betalen van loon en het toesturen van salarisstroken.' Dat is echter niet wat hiermee bedoeld wordt. Het gaat erom dat het uitzendbureau (of payrollbedrijf) in een situatie als deze invulling geeft aan het werkgeverschap (daaraan inhoudelijk iets toevoegt), bijvoorbeeld door zorg te dragen voor, en knowhow te creëren op het gebied van onder meer de scholing, herplaatsing en, in geval van arbeidsongeschiktheid, de re-integratie van de werknemer. Dat is ook wat de regering voor ogen stond bij de regulering van de payrollovereenkomst in art. 7:692 BW (zie *Kamerstukken I 2018/19*, 35074, nr. F, p. 41).

mr. dr. J.P.H. Zwemmer
universiteit van Amsterdam