

DRIEHOEKSRELATIES IN HET ARBEIDSRECHT

ONDER REDACTIE VAN

Prof. mr. F.G. Laagland

Mr. J. Kloostra

Serie Onderneming en Recht
deel 137

WOLTERS KLUWER – 2023

WOORD VOORAF

Arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen zijn een belangrijk onderdeel van de arbeidsmarkt. Hoewel een tweezijdige arbeidsverhouding op nationaal en Europees niveau nog steeds het uitgangspunt is, neemt het aandeel driehoeksverhoudingen al jaren toe. Het meest bekend is ongetwijfeld de figuur van uitzending, maar deze is zeker niet het enige voorbeeld. Ook bemiddeling, contracting, payrolling en onder omstandigheden platformwerk zijn arbeidsrelaties waarbij meer partijen zijn betrokken. Het juridische regime verschilt per type driehoeksverhouding en volgt onder meer uit het Burgerlijk Wetboek (BW) en de Wet allocatie arbeid door intermediairs (Waadi).

Steeds vaker rijst de vraag of de regels voor specifieke driehoeksverhoudingen nog wel leiden tot uitkomsten die wenselijk zijn voor arbeidskrachten, ondernemingen en maatschappij. Deze discussie speelt zich af tegen de achtergrond van het bredere debat over de inrichting van de arbeidsmarkt. Verschillende gremia hebben zich inmiddels over haar toekomstige inrichting gebogen. Wij volstaan hier met de verwijzing naar de Commissie Regulering van Werk (ook wel de Commissie Borstlap genoemd), de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid en de Sociaal-Economische Raad. De breed gedragen conclusie is dat de huidige regels rondom het verrichten van werk toe zijn aan verandering. Ook in de politiek weerklinkt deze oproep en bezint men zich op de te nemen maatregelen. Het is onvermijdelijk dat deze maatregelen gevolgen hebben voor de regelgeving inzake arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen.

Deze bundel beoogt bij te dragen aan een reflectie op de rol en positie van driehoeksverhoudingen op de arbeidsmarkt anno 2023. Wetenschappers hebben zich de afgelopen jaren niet onbetuigd gelaten over dit thema. Deze bundel gaat echter een stap verder en analyseert de verschillende driehoeksverhoudingen vanuit een meer overkoepelend perspectief. Dit is waardevol, omdat moet worden voorkomen dat de wetgever overgaat tot het adresseren van knelpunten die verbonden zijn aan een bepaalde

driehoeksrelatie, zonder daarbij acht te slaan op de mogelijke effecten op andere driehoeksverhoudingen. Het denken in silo's herbergt immers het risico dat knelpunten bij de ene driehoeksverhouding op den duur verschuiven naar een andere. Het overkoepelende perspectief heeft ertoe geleid dat de auteurs van de juridische bijdragen vanuit een nationale en Europese invalshoek reflecteren op alle arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen die de Nederlandse arbeidsmarkt rijk is. Zo wordt duidelijk hoe driehoeksverhoudingen zich in juridisch opzicht tot elkaar en de tweezijdige arbeidsrelatie verhouden, en in hoeverre voorgestelde oplossingsrichtingen aan gesignaleerde problemen tegemoetkomen. Uitgangspunt daarbij is steeds dat driehoeksverhoudingen een plek verdienen op de arbeidsmarkt, maar niet mogen worden ingezet om te concurreren op arbeidsvoorwaarden of om regelgeving te omzeilen.

De bundel is ook vernieuwend vanwege de multidisciplinaire insteek. Wetenschappelijk onderzoek naar de inrichting van de arbeidsmarkt is niet voorbehouden aan juristen. Wetenschappers uit verschillende andere disciplines laten daarom in deze bundel eveneens hun licht over het thema schijnen. Naast de juridische bijdragen omvat de bundel bijdragen met een economische, sociologische en psychologische invalshoek. De bevindingen uit de verschillende disciplines komen fraai samen in het slot-hoofdstuk, dat de aanvullende waarde bewijst van een multidisciplinaire samenwerking. De redactie verwacht dat zowel de individuele hoofdstukken als de som der delen de rechtspraktijk, de politiek en de wetenschap stof tot nadenken zullen geven en een waardevolle bijdrage zullen leveren aan het debat over de toekomstige inrichting van de arbeidsmarkt. Met veel genoegen nemen wij de bundel dan ook op in de Serie Onderneming & Recht.

Deze bundel was niet tot stand gekomen zonder de inspanningen van velen. Bijzondere dank gaat uit naar Annemarie Gerrits-Artz en Marianne Koopman voor hun ondersteunende werkzaamheden bij de totstandkoming van de bundel. Het soepele verloop van het project is mede te wijten aan hun voortvarendheid en vakmanschap.

S.C.J.J. Kortmann
N.E.D. Faber
C.J.H. Jansen
B.A. Schuijling

Nijmegen, november 2022

INHOUDSOPGAVE

WOORD VOORAF	V
Hoofdstuk 1 - Driehoeksrelaties in het arbeidsrecht: <i>een inleiding</i>	1
<i>F.G. Laagland & J. Kloostra</i>	
1.1 Een gefragmenteerd juridisch speelveld	1
1.2 Doel van de bundel	7
Deel I: een juridische analyse	15
Hoofdstuk 2 - Uitzendwerk gezien vanuit de grondslagen van het arbeidsrecht	17
<i>N. Zekić</i>	
2.1 Inleiding	17
2.2 Verleden, heden en onzekere toekomst	18
2.2.1 Uitzendwerk en de ILO	18
2.2.2 De ontwikkeling in Nederland	20
2.3 Fundamentele grondslagen van het arbeidsrecht	22
2.3.1 Ongelijke positie werkgever en werknemer	23
2.3.2 Gelijk loon voor gelijke arbeid	27
2.4 Rechtvaardiging voor het verlichte regime	30
2.5 Knelpunten en voorstellen	33
2.6 Langdurig inlenen van uitzendkrachten voor structureel werk	35
2.7 Conclusie	39

Hoofdstuk 3 - Driehoeksrelaties gezien vanuit het Europees recht	45
<i>M. Kullmann</i>	
3.1 Inleiding	45
3.2 Grensoverschrijdende detachering van werknemers	47
3.2.1 Concurrentie op arbeidsvoorwaarden en sociale dumping	47
3.2.2 De definitie detachering: (onder)aanneming, detachering in concernverband en uitzending	49
3.2.2.1 Aanneming van werk	51
3.2.2.2 Detachering in concernverband	52
3.2.2.3 Uitzending	53
3.2.2.4 In tijd beperkte terbeschikkingstelling	55
3.3 Uitzendarbeid: het ter beschikking stellen van uitzendkrachten aan inlenende ondernemingen door uitzendbureaus	59
3.3.1 Flexibiliteit voor werkgevers en het combineren van werk en privé voor werknemers	59
3.3.2 De definitie terbeschikkingstelling: uitzending	60
3.3.3 Terbeschikkingstelling moet tijdelijk zijn	61
3.4 Platformwerk	64
3.4.1 Innovatie en duidelijkheid	64
3.4.2 De definitie platformwerk	66
3.5 Conclusie	69
Hoofdstuk 4 - Bemiddeling en online platformen	75
<i>J. Kloostra</i>	
4.1 Inleiding	75
4.2 De ontwikkeling van de regulering van arbeidsbemiddeling vanuit een historisch perspectief	76
4.3 Bemiddeling: een eerste juridische verkenning	80
4.3.1 De regeling van arbeidsbemiddeling in de Waadi: definitie en gedragsnormen	80
4.4 Kwalificatieperikelen rondom online platformen: is het platform een elektronisch prikbord, bemiddelaar of stelt het arbeidskrachten ter beschikking?	82
4.4.1 Het grensvlak tussen bemiddeling en het bieden van een elektronisch prikbord	83
4.4.2 Het grensvlak tussen arbeidsbemiddeling en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten	88
4.5 Rechtspraak als houvast voor toekomstige gevallen	93
4.6 Nieuwe regels op het gebied van de inrichting van de arbeidsmarkt: de positie van arbeidsbemiddeling	97
4.7 Conclusie	100

Hoofdstuk 5 - Van uitzenden naar payroll... en weer terug	107
<i>E.M. Hoogeveen & M. Tanja</i>	
5.1. Inleiding	107
5.2. De brede uitzendovereenkomst en de Uitzendrichtlijn	108
5.2.1 De Uitzendrichtlijn	108
5.3. De payrollovereenkomst en de Uitzendrichtlijn	112
5.3.1 Aanleiding voor de wettelijke regeling	112
5.3.2 Definitie van de payrollovereenkomst	113
5.3.3 Indicaties van payroll: allocatie	115
5.3.4 Indicaties van payroll: exclusiviteit	122
5.4. Van uitzenden naar payroll	123
5.4.1 Geen geruisloze vervanging van de rechtsverhouding	123
5.4.2 Meerdere contracten bij één inlener	125
5.4.3 Migratie na aanbesteding of tender	126
5.5. Van payroll naar uitzenden	128
5.6. Conclusies	131
Hoofdstuk 6 - De CAO voor uitzendkrachten: uniek, maar voor hoe lang nog?	135
<i>J.A.C. Brouwer</i>	
6.1. Inleiding	135
6.2. De achtergrond van de CAO voor Uitzendkrachten	137
6.2.1 Opkomst van de uitzendbranche en de cao	137
6.2.2 Een (nieuw) wettelijk kader voor uitzendwerk	138
6.2.2.1 De rechtspositie van de uitzendkracht: eindelijk duidelijkheid	138
6.2.2.2 De beloning van de uitzendkracht: conform de inlener	140
6.2.2.3 De keuze voor driekwart dwingend recht	141
6.2.3 Conclusie achtergrond	143
6.3. Ontwikkelingen 1999-2022	143
6.3.1 De rechtspositie van uitzendkrachten	143
6.3.2 De beloning van uitzendkrachten	146
6.3.3 Conclusie ontwikkelingen	149
6.4. De toekomst van de CAO voor Uitzendkrachten	150
6.4.1 Zorgen over flexibele arbeid	151
6.4.2 Het SER MLT-advies en het advies van de Commissie Regulering van Werk	152
6.4.2.1 De rechtspositie van uitzendkrachten	152
6.4.2.2 De beloning van uitzendkrachten	153
6.4.3 Gevolgen voor de cao	153

6.4.4	Conclusie toekomst	155
6.5	Tot slot	155
Hoofdstuk 7 - Detacheren als eigen (sub)rijbaan?		159
<i>N. Jansen</i>		
7.1	Inleiding	159
7.2	De kernelementen van detacheren	161
7.2.1	Detacheren is een vorm van terbeschikkingstelling	161
7.2.2	Onderscheidende (kern)elementen van detacheren	162
7.2.2.1	Bestendige(re) arbeidsrelaties	163
7.2.2.2	Opleidingsniveau	166
7.2.2.3	Scholing	167
7.2.3	Motieven van inleners	168
7.2.4	Tussenconclusie	170
7.3	Juridische knelpunten	171
7.3.1	Sectorindeling Whk-premie	172
7.3.2	Belemmeringsverbod	173
7.3.3	Inlenersbeloning	175
7.3.4	Een waardering van de knelpunten	176
7.4	Conclusie en twee laatste kanttekeningen	183
Hoofdstuk 8 - Contracting, mede met een blik op Duitsland		189
<i>F.G. Laagland & L.G.G. Oosterveld</i>		
8.1	Inleiding	189
8.2	Juridische context	190
8.2.1	Aanneming van werk versus overeenkomst van opdracht	190
8.2.2	Contracting versus uitzending	194
8.2.2.1	Aan de werkgever verstrekte opdracht	194
8.2.2.2	Terbeschikkingstelling onder toezicht en leiding	196
8.3	Analyse van mogelijke knelpunten	198
8.3.1	Schijnconstructies	198
8.3.2	Omzeiling van collectieve arbeidsvoorwaarden	201
8.3.3	Onderaannemingketens	205
8.4	Toekomstperspectief	208
8.4.1	Adviesrapport Commissie Regulering van Werk	208
8.4.2	MLT-advies SER	211
8.4.3	De grenzen van het Europese recht	213
8.5	Conclusie	216

Hoofdstuk 9 - Bemiddeling en terbeschikkingstelling van zzp'ers en de toepassing van de Waadi	223
<i>S. Said</i>	
9.1 Inleiding	223
9.2 De achtergrond en totstandkoming van de Waadi en de positie van zelfstandigen	224
9.2.1 De Arbeidsbemiddelingswet (1930)	225
9.2.2 De Wet TBA (1965)	226
9.2.3 De Arbeidsvoorzieningswet (1990)	227
9.2.4 De Waadi (1998)	229
9.3 Bemiddeling van zzp'ers: arbeidsbemiddeling in de zin van de Waadi?	230
9.4 Tussenkost van zzp'ers: terbeschikkingstelling	233
9.4.1 Waadi-bepalingen van Nederlandse bodem	234
9.4.2 Waadi-bepalingen met een oorsprong in de Uitzendrichtlijn	235
9.5 De zzp'er en de Waadi: een blik op de toekomst	240
9.6 Conclusie	245
 Deel II: een sociologische en psychologische analyse	 251
 Hoofdstuk 10 - Bedrijfskundige motieven van organisaties om te kiezen voor flexibele arbeid: een literatuurstudie	 253
<i>J.P. de Jong</i>	
10.1 Inleiding	253
10.2 Strategisch HRM en flexibiliteit	255
10.3 Motieven	257
10.3.1 Een globaal overzicht van motieven	257
10.3.2 Inhuren van flexibele werknemers: een bedrijfskundige analyse	259
10.3.2.1 Kosten	263
10.3.2.2 Fluctuaties in de vraag naar arbeid	263
10.3.2.3 Organisatiekenmerken	265
10.3.2.4 Banen en werk	267
10.4 Motieven en de impact op werknemers	268
10.5 Motieven en de impact op organisaties	270
10.6 Conclusie	273

Hoofdstuk 11 - Het psychologisch contract in driehoeksrelaties	283
<i>C. Freese & S.M.E. van den Groenendaal</i>	
11.1 Inleiding	283
11.2 De theorie: het psychologisch contract	286
11.2.1 De inhoud van het psychologisch contract	289
11.2.2 Vervulling en schending van het psychologisch contract	290
11.2.3 Kenmerken en typologieën van psychologische contracten	290
11.3 HRM-beleid voor flexibele werkenden: van Strategisch HRM naar inclusief HRM	292
11.4 De wederzijdse verwachtingen in het psychologisch contract bij flexibele arbeidsrelaties	294
11.4.1 Hebben flexibel werkenden (in driehoeksrelaties) lagere of minder verwachtingen dan werknemers?	296
11.4.2 Hebben werkenden in driehoeksrelaties andere verwachtingen dan vaste werknemers?	297
11.4.3 Wie is er verantwoordelijk voor de reciprociteit van de bijdragen in driehoeksrelaties; de inlenende organisatie, de intermediair of de werkende zelf?	301
11.5 Discussie: driehoeksrelaties, inclusief HRM-beleid en de consequenties voor sociaal beleid	305
Hoofdstuk 12 - Werkwaarden van jonge flexwerkers en de betekenis hiervan voor hun huidige en toekomstige loopbaankeuzes	317
<i>R.G. van Merweland, P. Peters & I.R. Jonkers</i>	
12.1 Introductie	317
12.2 Theoretisch kader	318
12.2.1 Werkwaarden van jonge flexwerkers	318
12.2.2 De protean en parallelle loopbaan	321
12.3 Methode	322
12.3.1 Onderzoeksstrategie	322
12.3.2 Methode van dataverzameling en data-analyse	323
12.4 Resultaten	324
12.4.1 Overeenkomsten en verschillen in de werkwaarden van Generatie Y- en Z-flexwerkers	325
12.4.2 Toekomstige loopbaankeuzes	332
12.5 Discussie en praktijkaanbevelingen	333
12.5.1 De werkwaarden van jonge flexwerkers	333
12.5.2 Praktijkaanbevelingen	337
12.6 Afronding	338

Deel III: een economische analyse	345
Hoofdstuk 13 - De economische ratio achter het gebruik van arbeidsrechtelijke driehoeksrelaties	347
<i>A. Heyma</i>	
13.1 Inleiding en vraagstelling	347
13.2 Een algemene beschouwing over de werking van de arbeidsmarkt	348
13.2.1 Evenwicht tussen vraag en aanbod	348
13.2.2 Informatie-asymmetrie	349
13.2.3 Onzeker wervingsproces producent	350
13.2.4 Onzeker sollicitatieproces werkzoekende	351
13.3 De economische ratio achter het bestaan van driehoeksrelaties	351
13.3.1 Economische motieven voor het gebruik van driehoeksrelaties	351
13.3.2 Schaalvoordelen	354
13.4 Gevolgen van driehoeksrelaties voor werkgelegenheid, productie en nationaal inkomen	357
13.4.1 Positieve versus negatieve economische gevolgen	357
13.4.2 Marktmacht versus schaalvoordelen	359
13.5 Besluit: economisch optimale inzet driehoeksrelaties	364
Hoofdstuk 14 - De langetermijnontwikkeling van uitzendwerkers op de arbeidsmarkt	369
<i>R. Diris & O. van Vliet</i>	
14.1 Introductie	369
14.2 Data	372
14.3 Analyse	376
14.3.1 Achtergrondkenmerken	376
14.3.2 Trends in arbeidsmarktuitskomsten	377
14.3.3 Verschillen naar geslacht, leeftijd en migratieachtergrond	381
14.3.4 Verschillen naar beroepsgroep	384
14.3.5 De rol van achtergrondkenmerken in de verschillen tussen uitzendwerkers en andere groepen	387
14.3.6 De rol van de coronacrisis en de conjunctuur	388
14.4 Conclusies	390

Hoofdstuk 15 - Uitleiding en synthese	397
<i>F.G. Laagland & J. Klootra</i>	
15.1 Centrale vraagstelling	397
15.2 Integrale bespreking van de bijdragen	397
15.3 Enige afrondende observaties en gedachten	405
Begrippenlijst type driehoeksrelaties	409

HOOFDSTUK 1

DRIEHOEKSRELATIES IN HET ARBEIDSRECHT: *EEN INLEIDING*

*F.G. Laagland & J. Kloostra*¹

1.1 Een gefragmenteerd juridisch speelveld

Vanuit de behoefte voor meer rechtszekerheid en een adequatere wettelijke regeling op het gebied van arbeidsverhoudingen zag in 1907 de Wet op de arbeidsovereenkomst het licht.² Drucker, geestelijk vader van deze wet, meende dat de overheid via regulering een rol had om in te grijpen in situaties waarbij een voortdurende ongelijkheid bestaat tussen partijen bij de arbeidsverhouding.³ Een nieuwe regeling moest zodanige waarborgen bevatten dat de werknemer, wat de onderhandelingspositie betreft, meer gelijk werd aan zijn wederpartij, de werkgever.⁴ De contractsvrijheid was daarbij volgens Drucker niet heilig en daarom kende zijn ontwerp bepalingen van dwingendrechtelijke aard.⁵ De in 1907 tot stand gebrachte balans tussen de contractsvrijheid en de bescherming van de werknemer richtte zich op de tweezijdige verhouding tussen werknemer en werkgever (in deze bundel ook wel de reguliere arbeidsovereenkomst genoemd). De wet kende geen regels voor arbeidsrechtelijke driehoeksrelaties. De realiteit is inmiddels een heel andere. In de wetgeving anno 2023 nemen arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen een prominente positie in. Ook in wetenschappelijke en politieke discussies over de toekomst van het arbeidsrecht is de driehoeksrelatie niet meer weg te denken.

Hoewel de balans uit 1907 voor de tweezijdige verhouding ook zo zijn veranderingen heeft ondergaan, valt op dat door de jaren heen bij driehoek-

1 Femke Laagland is hoogleraar Europees arbeidsrecht aan de Radboud Universiteit. Jorn Kloostra is bij dezelfde universiteit docent/promovendus Sociaal recht.

2 Loonstra & Westerbeek, *SMA* 2007/11.

3 Zie over onder meer de rol van Drucker bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst: Jansen & Loonstra, *NJB* 2007, p. 1654-1661.

4 Rayer 2014, §2.3.2, met verwijzing naar: Bles 1907, Deel I, p. 114 (MvA).

5 Het ontwerp van Drucker vormde uiteindelijk de basis voor de wet uit 1907. De Wet op de arbeidsovereenkomst trad uiteindelijk in werking op 1 februari 1909.

verhoudingen niet in algemene zin over een balans is nagedacht. Rondom de verschillende driehoeksrelaties is een wettelijk raamwerk gebouwd dat steeds per driehoeksrelatie een eigen balans aanbrengt tussen enerzijds de contractsvrijheid en anderzijds de bescherming van de werknemer dan wel de arbeidsmarkt meer in het algemeen.⁶ De meest bekende driehoeksrelatie is uitzending, waarvan de opkomst is te herleiden tot vlak na de Tweede Wereldoorlog.⁷ In een uitzendconstructie betreft een inlenende partij een arbeidskracht van een uitlenende partij, het uitzendbureau. De juridische positie van de uitgeleende arbeidskracht was in de jaren vijftig onderwerp van debat vanwege het gebrek aan regels.⁸ De overheid besloot in te grijpen. In 1965 trachtte de wetgever twijfels omtrent de juridische positie van uitzendkrachten weg te nemen door hen bij wet onder de sociale verzekeringen te brengen.⁹ Als gevolg van deze regeling gold de uitlener als de partij die belast was met het betalen van premies. In 1970 ging de wetgever qua regulering een stap verder door onder andere voor uitzendbureaus een vergunningsplicht in te voeren.¹⁰ Ook de in 1990 tot stand gekomen Arbeidsvoorzieningswet kende een verbod op het zonder vergunning ter beschikking stellen van arbeidskrachten.¹¹

Aan het eind van de vorige eeuw bestond in toenemende mate vraag naar een flexibele inzet van arbeidskrachten.¹² Ook op politiek niveau was een verandering zichtbaar in het denken over de vormgeving van arbeidsrelaties: de rol van private partijen werd vergroot,¹³ waardoor de contractsvrijheid toenam.¹⁴ Nieuw beleid werd doorgevoerd, waarbij liberalisering

6 In 1930 kwam de Arbeidsbemiddelingswet 1930 tot stand, die openbare arbeidsbemiddeling regelde. Openbare arbeidsbemiddeling betreft bemiddeling bij het vinden van werk door de overheid. Arbeidsbemiddeling door particuliere instanties werd verboden.

7 Zie over de geschiedenis van uitzending: Zwemmer 2012, hoofdstuk 4.

8 Peters, *SEW* 1953, p. 545 e.v.; Zie tevens: De Leede, *NJB* 1970, p. 275, met verwijzing naar: Koopmans 1962, p. 294 e.v..

9 Met de Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (wet TBA). Deze wet zag op het ter beschikking stellen tegen een vergoeding. Zie voor een uitgebreider historisch overzicht: Fase & Van Drongelen 2005.

10 Koninklijk Besluit van 10 september 1970, *Stb.* 1970, 410. Zie: Fase & Van Drongelen 2005. Ter beschikking stellen van arbeidskrachten zonder vergunning was verboden.

11 De Wet TBA werd overgeheld naar de Arbeidsvoorzieningswet 1990. De wet kende strikte voorschriften over de terbeschikkingstelling.

12 Van der Woude, *NJB* 1995, p. 449.

13 Men brengt deze verandering ook wel in verband met de opkomst van het neoliberalisme. Zie voor een overzicht: Rayer 2014, hoofdstuk 2. Zie in meer algemene zin over het (begrip) neoliberalisme in Nederland: Mellink & Oudenampsen 2022.

14 Van Drongelen 2016.

en privatisering als belangrijke uitgangspunten golden.¹⁵ Concreet nam de wetgever eind jaren negentig de Wet flexibiliteit en zekerheid (Wfz) en de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) aan. De Wfz trachtte een evenwicht te creëren in de behoefte aan flexibiliteit van werkgevers enerzijds en zekerheid voor werknemers anderzijds.¹⁶ De wetswijzigingen hadden gevolgen voor de hiervoor reeds besproken driehoeksrelatie uitzending. De uitzendovereenkomst kreeg een wettelijke basis maar uitzendwerknemers genoten via een apart uitzendregime minder vergaande arbeidsrechtelijke bescherming dan vaste arbeidskrachten.¹⁷ Het nieuwe regime gaf uitzendondernemingen ruimte in te spelen op economische ontwikkelingen. De Waadi bevatte nadere regels voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Daarnaast werden in laatstgenoemde wet regels ondergebracht voor een ander type driehoeksrelatie: de figuur van arbeidsbemiddeling waarbij een bemiddelaar twee partijen bij elkaar brengt om er vervolgens tussenuit te vallen.¹⁸ Met de Waadi werd ook de sinds 1970 geldende vergunningsplicht voor uitzendbureaus afgeschaft. Deze ontwikkelingen op wetgevend gebied illustreren dat de overheid voor wat betreft de regulering van arbeidsrelaties een minder prominente rol voor zichzelf zag weggelegd in vergelijking met dertig jaar eerder.

In dezelfde periode kwam tevens een nieuwe driehoeksrelatie op: payrolling.¹⁹ In deze constructie stelt de uitlener een arbeidskracht ter beschikking aan een partij die deze werkende inleent. Anders dan bij uitzending is het de inlenende partij die de arbeidskracht werft en selecteert. Pas in 2020 zijn voor payrolling – als *lex specialis* van uitzending – wettelijke regels vastgelegd. Deze regels maken duidelijk dat de arbeidskracht ook in deze driehoeksverhouding een overeenkomst met de uitlener heeft. Daarmee onderscheiden payrolling en uitzending zich van arbeidsbemiddeling waarvoor, zoals gezegd, eind jaren negentig in de Waadi eigen re-

15 Rayer 2014, §2.8; Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) van 4 december 1995 (*Kamerstukken II* 1995/96, 24 543, nr. 1).

16 Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2021, p. 69.

17 Het ging bijvoorbeeld om de introductie van het verlicht regime voor uitzendkrachten.

18 Regels die voorheen waren opgenomen in de Arbeidsvoorzieningswet. Overigens is bij de totstandkoming van de Waadi te kennen gegeven dat de dan nog verplichte vergunning voor arbeidsbemiddeling op termijn afgeschaft wordt. Op dat moment staat ILO-verdrag nr. 96 daar nog aan in d weg. Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 27 588, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 7.

19 Vgl. Laagland, *TRA* 2018/26.

gels werden opgenomen.²⁰ Weer een ander figuur is contracting waarbij de opdrachtnemer met zijn eigen arbeidskrachten een werk tot stand brengt voor de opdrachtgever. Deze figuur stamt uit de jaren zeventig van de vorige eeuw, maar groeide ook vooral vanaf de jaren negentig.²¹ Contracting is geen juridisch begrip en kent geen eigen arbeidsrechtelijke regelgeving. Een relatief nieuw fenomeen is tot slot platformarbeid. Hierbij organiseert en faciliteert een digitaal (arbeids)platform vraag en aanbod van diensten waarbij menselijke arbeid een rol speelt. Deze nieuwe manier van werken heeft invloed op de verschillende soorten driehoeksrelaties.

Al de voornoemde driehoeksrelaties hebben gemene delers, namelijk het efficiënt bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt.²² Het gebruik van driehoeksrelaties biedt ondernemers kansen hun activiteiten qua personele bezetting zo optimaal mogelijk vorm te geven²³ en op die manier wendbaar en daarmee concurrerend te zijn. Op basis van deze kenmerken vervullen de constructies in de ogen van het kabinet een belangrijke rol op de arbeidsmarkt.²⁴ Er zijn echter ook risico's die samenhangen met de afwijkende regels. De verschillende driehoeksverhoudingen hebben allemaal hun eigen kenmerken op grond waarvan steeds een ander wettelijk regime geldt.²⁵ Op basis van het huidige wettelijk kader is voorstelbaar dat arbeidskrachten die dezelfde of soortgelijke werkzaamheden verrichten in een bepaalde onderneming, andere arbeidsvoorwaarden hebben enkel vanwege het type contract op grond waarvan zij werkzaam zijn. Hierdoor bestaat het risico dat ondernemers driehoeksrelaties inzetten om te concurreren op arbeidsvoorwaarden. Daarnaast spelen driehoeksrelaties in op de angst bij opdrachtgevers dat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat met de arbeidskracht. Door een derde partij er als het ware tussen te schuiven zouden

20 Bemiddeling bij arbeid is op de arbeidsmarkt overigens een bekend fenomeen. Reeds in de veertiende eeuw werd al gesproken over tussenpersonen die behulpzaam zijn bij het zoeken naar personeel, zie Fase & Van Drongelen 2005, p. 13.

21 Vgl. Houwerzijl 2020, met een aldaar opgenomen verwijzing naar de dissertatie van Buelens uit 2012.

22 Het efficiënt bijeen brengen van vraag en aanbod doet zich strikt genomen niet voor bij payrolling. In die constructie wordt efficiencyvoordeel behaald in het kader van de administratie.

23 Verburg, *TRA* 2021/34.

24 Zo wijst onderzoek, dat is uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van SZW, volgens het kabinet uit. Zie: Brief van 11 november 2020, *Kamerstukken II* 2020/21, 29 544, 1028, onder verwijzing naar: De Beleidsonderzoekers 2020.

25 Vgl. De Beleidsonderzoekers 2020, p. 13.

werkgevers een vast contract proberen te ontlopen.²⁶ Het risico bestaat dat het contract voor onbepaalde tijd bij het bedrijf waar wordt gewerkt steeds minder de standaard is. Het verschil tussen werknemers met een vast contract en werknemers werkzaam in een flexibele arbeidsrelatie, waaronder een driehoeksrelatie, zorgt bovendien voor een tweedeling op de arbeidsmarkt waarbij de verschillende driehoeksrelaties op hun beurt ook weer een eigen beschermingsniveau behelzen. Dit onderscheid tussen werkenden treedt anno 2023 steeds meer op de voorgrond. Het aantal flexibele arbeidsrelaties is vanaf de eeuwwisseling fors gestegen.²⁷ Waar in 2003 14% van de werkenden een flexibel dienstverband had, is dit aantal in 2021 toegenomen tot circa 28%.²⁸

De laatste jaren heeft de politiek de risico's van driehoeksrelaties op het netvlies en lijkt een kentering zichtbaar ten opzichte van de jaren negentig. In het Sociaal Akkoord van 2012 gaven kabinet en sociale partners aan te willen voorkomen dat driehoeksrelaties (waaronder zij uitzendarbeid, payrolling en contracting verstaan) oneigenlijk worden gebruikt.²⁹ Met de Wet werk en zekerheid (Wwz) uit 2015 en de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) uit 2020 zijn vervolgens veranderingen doorgevoerd voor uitzending en payrolling. Deze wijzigingen hebben echter ook weer tot meer diversiteit geleid omdat payrolling thans een eigen wettelijk regime kent ten opzichte van uitzending. Ook voor andere driehoeksrelaties ligt nadere aanpassing in het verschiet, mede naar aanleiding van het rapport *'In wat voor land willen wij werken?'* van de Commissie Regulering van werk (CRW) en het rapport *'Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht'* van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR). De CRW pleit voor een overzichtelijker speelveld.³⁰ In de visie van de commissie zouden op de arbeidsmarkt slechts drie arbeidsrelaties (rijbanen genoemd) mogelijk moeten zijn, namelijk de arbeidsovereenkomst, de uitzendovereenkomst en de overeenkomst van opdracht.³¹ De WRR beveelt onder meer aan oneerlijke concurrentie tussen contractsvormen te voorkomen. Hier toe zou een model van sociale zekerheid moeten worden ontwikkeld dat oneigenlijke concurrentie tegengaat, en zekerheden biedt voor alle wer-

26 Van Sloten 2014, §2.3.

27 Zie de overzichten op www.flexbarometer.nl. Cijfers zijn ontleend aan het CBS.

28 CBS Statline; Werkzame beroepsbevolking; positie in de werkkring.

29 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 566, nr. 15.

30 Het Ministerie van SZW heeft voorstellen van de CRW nader uitgewerkt in 39 beleidsvarianten op het terrein van regulering van werk. Zie: *Kamerstukken II* 2019/20, 29 544, nr. 1021.

31 CRW 2020.

kenden.³² Het kabinet onderschrijft de conclusies uit beide rapporten. Met de CRW en de WRR is het kabinet van mening dat driehoeksrelaties niet ingezet moeten worden als instrument om kostenbesparingen voor inleners of langdurige flexibiliteit mogelijk te maken.³³ Voorts heeft de Sociaal-Economische Raad (SER) medio juni 2021 het MLT-advies *'Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving'* uitgebracht.³⁴ In het advies herneemt de Raad het uitgangspunt dat structureel werk in beginsel wordt uitgevoerd krachtens een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, maar komt met weer een eigen oplossing. De SER doet met name aanbevelingen ten aanzien van uitzending en oneigenlijk gebruik van contracting met het uiteindelijke doel flexibele arbeidsrelaties terug te dringen en de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aantrekkelijker te maken. Uit de rapporten van de CRW en SER volgen concrete suggesties tot aanpassing van het juridisch kader rondom arbeidsrelaties. Hierbij valt echter op dat voor bepaalde driehoeksrelaties zoals uitzending en contracting zekere aanpassingen worden voorgesteld terwijl andere driehoeksrelaties zoals payrolling, bemiddeling en platformwerk geen of slechts summiere aandacht krijgen.

In reactie op de rapporten van de WRR en CRW stelde het toenmalige kabinet:

“Een belangrijke boodschap uit de rapporten is dat de oorzaak van de tweedeling op de arbeidsmarkt voor een groot deel ligt in onze eigen wet- en regelgeving. Dat biedt perspectief: het betekent dat we een beweging richting een arbeidsmarkt die werkt voor iedereen in eigen hand hebben – al is de uitdaging bijzonder complex.”³⁵

Het huidige kabinet is voornemens deze handschoen op te pakken. Het regeerakkoord *'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst'* uit december 2021 neemt het eindrapport van de CRW en het SER MLT-advies als uitgangspunt voor de wijze waarop de inrichting van de arbeidsmarkt er in de toekomst uit moeten komen te zien.³⁶ In de Hoofdpijnenbrief Arbeidsmarkt van juli 2022 schetst de Minister van SZW vervolgens de visie van het kabinet op de hervorming van de arbeidsmarkt, evenals de acties die men beoogt te

32 WRR 2020.

33 Brief van 11 november 2020, *Kamerstukken II 2020/21*, 29 544, nr. 1028.

34 SER 2021.

35 Zie: *Kamerstukken II 2020/21*, 29 544, nr. 1044.

36 Coalitieakkoord 2021-2025, *'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst'*, d.d. 15 december 2021.

nemen om tot deze hervorming te komen.³⁷ Een belangrijke pijler is dat de tweezijdige arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in beginsel de werkvorm moet zijn voor het organiseren van structureel werk. Andere contractvormen poogt men beter te reguleren ten behoeve van inzet waar dat nodig is en dienen niet meer te worden gebruikt om te concurreren op arbeidsvoorwaarden. Concreet stelt het kabinet onder meer voor de regels rondom uitzending te hervormen via de (her)introdactie van een certificeringsstelsel.³⁸

1.2 Doel van de bundel

Aan de start van deze inleiding bleek dat de wetgever in 1907 de Wet op de arbeidsovereenkomst heeft geënt op de arbeidsrelatie waarbij twee partijen betrokken zijn. Paragraaf 1.1. illustreert dat de arbeidsmarkt vandaag de dag met tal van driehoeksrelaties een andere realiteit toont. De wijze waarop driehoeksrelaties door de jaren heen zijn gereguleerd, loopt sterk uiteen. Waar de ene figuur een uitgebreide regeling kent, is de ander arbeidsrechtelijk slechts beperkt aan regels onderhevig. Dit onderscheid leidt in de praktijk tot een veelheid aan keuzemogelijkheden tussen het type driehoeksrelatie.³⁹ Dat er juridisch verschillen zijn tussen driehoeksrelaties is in beginsel niet problematisch. Wel rijzen bezwaren wanneer dit (i) leidt tot ongelijke behandeling van arbeidskrachten die hetzelfde werk binnen een bepaalde onderneming verrichten, (ii) het onderscheid tussen de verschillende driehoeksrelaties onvoldoende duidelijk is of (iii) driehoeksrelaties worden gebruikt om een reguliere arbeidsovereenkomst te omzeilen. Over de risico's lijkt een zekere overeenstemming te bestaan. Wat echter opvalt is dat de rapporten van de CRW, de WRR en het SER MLT-advies de verschillende driehoeksrelaties afzonderlijk benaderen in plaats van in elkaars verlengde. Daarin schuilt het gevaar dat knelpunten van een bepaalde driehoeksrelatie worden aangepakt, terwijl bij een andere driehoeksrelaties soortgelijke knelpunten blijven bestaan. Verder is denkbaar dat de (wijziging in de) regulering van de ene driehoeksrelatie leidt tot een verschuiving van arbeid naar een ander type driehoeksrelatie als die laatste ongemoeid blijft. Zolang het gebruik van

37 *Kamerstukken II 2021/22, 29 544, nr. 1112.*

38 *Kamerstukken II 2021/22, 29 891, nr. 92.* Een conceptwetsvoorstel is inmiddels gepubliceerd onder de titel 'Wijziging van de wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs in verband met de invoering van een certificeringsplicht voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten'.

39 In het verleden is in het geval van driehoeksrelaties daarom ook wel eens de term 'arbeid à la carte' gebruikt. Zie: Van Haasteren & Van Overeem 1976.

driehoeksrelaties (ook) gezien wordt als een risicomijdend en kostenbesparend middel, bestaat het risico op een dergelijk waterbedeffect.⁴⁰

Deze bundel heeft als doel om tot een reflectie te komen op het fenomeen driehoeksrelaties in brede zin. Wanneer wij spreken van arbeidsrechtelijke driehoeksrelaties doelen we op de situatie dat een derde partij op enige wijze betrokken is bij het werk dat de werkende verricht ten behoeve van de werkverschaffer. Dat is duidelijk het geval bij uitzending, detachering, payrolling en bemiddeling. Over contracting kan men twisten. Hoewel de werknemer strikt genomen met de werkverschaffer een juridische noch feitelijke relatie heeft, valt de constructie binnen het bereik van ons begrip van driehoeksrelaties indien de werkende het werk verricht op de locatie van de werkverschaffer. Bij platformwerk kan sprake zijn van een driehoeksrelatie, maar dat is niet standaard het geval.

De overkoepelende vraag van deze bundel luidt: *Hoe verhouden de verschillende driehoeksrelaties zich tot elkaar en tot de reguliere (dat wil zeggen: tweezijdige) arbeidsovereenkomst?* Per driehoeksrelatie wordt onderzocht wat de balans is tussen de contractsvrijheid en de bescherming van werknemers en meer in het algemeen de arbeidsmarkt, welke knelpunten zich voordoen en wat het effect is in de praktijk. In het verlengde wordt geanalyseerd in hoeverre de voorstellen van de CRW, WRR en de SER een oplossing bieden voor de geconstateerde knelpunten per driehoeksrelatie en of, en zo ja, welk risico er bestaat op een waterbedeffect. Aan de hand van deze onderzoeksvragen bieden wij in de uitleiding inzicht in het samenspel tussen de verschillende driehoeksrelaties en hun positie ten opzichte van de reguliere arbeidsovereenkomst. Het doel is niet om vast te stellen hoe driehoeksrelaties gereguleerd moeten worden. Een oordeel daarover is uiteindelijk voorbehouden aan de politiek. De bevindingen uit de bundel kunnen de beleidsbepalers wel helpen een geïnformeerde beslissing te nemen over de vraag of wettelijke aanpassingen nodig zijn omdat de huidige regels niet voldoen aan de doelstellingen die eraan ten grondslag liggen en zo ja, hoe die aanpassingen er uit kunnen zien in een breder verband. De bundel draagt in die zin bij aan het nadenken over de juridische vormgeving van arbeidsrechtelijke driehoeksrelaties in de toekomst.

De bundel bestaat uit drie delen. In deel I worden de verschillende typen driehoeksrelaties aan een juridische analyse onderworpen. Daarmee bie-

40 Zie bijvoorbeeld het advies van de Raad van State ten aanzien van de Wet Arbeidsmarkt in Balans: *Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 4.*

den wij een volledig beeld van de huidige constructies binnen het systeem van de wet. De focus ligt op de constructies waarbij de arbeidskracht de juridische status heeft van een werknemer. De zzp'er kan in de analyse echter niet ontbreken, omdat steeds meer arbeid door zzp'ers wordt verricht en het niet altijd even duidelijk is of een arbeidskracht een werknemer of zzp'er is. Voor alle bijdragen geldt dat de auteurs analyseren welke plaats de betreffende driehoeksrelatie inneemt binnen het systeem van de wet en welke juridische knelpunten zich voordoen in het licht van de bij deze constructie geslagen balans tussen de contractsvrijheid en de bescherming van werknemers. Tevens wordt onderzocht wat het effect is van de gesuggereerde oplossingsrichtingen van de CRW, WRR en de SER. De hiervoor genoemde vragen worden niet op een systematische wijze door de auteurs besproken en beantwoord; de auteurs kiezen hun eigen aanpak. Hiervoor is gekozen omdat wetenschappelijke vrijheid onzes inziens tot een meer originele benadering leidt en in die zin meer kans biedt op vernieuwde inzichten die eigen zijn aan een bepaalde driehoeksrelatie. Naast de meer gedetailleerde blik op de afzonderlijke driehoeksrelaties naar Nederlands recht, is in deel I ruimte voor een breder perspectief. Zo is aandacht voor de vraag hoe driehoeksrelaties zich verhouden tot de internationale grondslagen van het arbeidsrecht en hoe de Europese Unie arbeidsrechtelijke driehoeksrelaties benadert. Het eerste deel biedt daarmee een *state of the art* beeld van de Nederlandse arbeidsrechtelijke driehoeksrelatie in juridische zin en reikt een conceptueel kader aan inzake de balans tussen de contractsvrijheid en bescherming van werknemers.

De overkoepelende onderzoeksvraag laat zich evenwel niet beantwoorden vanuit enkel een juridisch perspectief, maar vraagt om een multidisciplinaire aanpak.⁴¹ Wetenschappelijk onderzoek naar de inrichting van de arbeidsmarkt is immers niet voorbehouden aan juristen. De balans tussen de contractsvrijheid en bescherming van werknemers kan op een bepaalde manier in het recht zijn weergegeven, maar daarmee is niet duidelijk hoe deze balans uitwerkt voor de betrokken partijen en de arbeidsmarkt als onderdeel van de economie. Ook hier kunnen zich knelpunten voordoen in het licht van de doelstellingen van de wet. Een vakoverschrijdende invalshoek geeft daarmee een breder zicht op de mogelijke knelpunten en oplossingen daarvoor. In de bundel zijn daarom ook psychologische, sociologische en economische bijdragen opgenomen. Deel II kent een psychologische en sociologische invalshoek. Centraal staat wat de invloed

41 Vgl. Asser/Vranken 2014/159, die optekent: "*The world has problems, the university has departments.*" Zie ook Van Vliet & Bennaars, TAC 2021/2.

van het gebruik van driehoeksrelaties is op bedrijven en arbeidskrachten. Welke motieven hebben bedrijven voor het gebruik van arbeidsrechtelijke driehoeksrelaties en wat is het psychologisch effect van deze vormgeving van de arbeid op de individuele arbeidskracht? In deel III staat een economische benadering centraal en verschuift de focus naar de effecten van driehoeksrelaties voor de arbeidsmarkt. Leidt de inzet van driehoeksrelaties tot een betere afstemming van vraag en aanbod en dus tot een lagere werkloosheid of is juist het tegendeel het geval? Wat zijn de arbeidsmarkt-perspectieven van werknemers werkzaam in driehoeksrelaties? In beide delen wordt vanuit de theorie gereflecteerd op de vraag naar de gevolgen van driehoeksrelaties voor arbeidskrachten, bedrijven en de arbeidsmarkt. De psychologische, sociologische en economische perspectieven leveren essentiële componenten op voor het nadenken over de regulering rondom driehoeksrelaties. Een bijkomend voordeel van samenwerking en reflectie vanuit meerdere disciplines is dat eventuele vooroordelen en/of aannames kunnen worden doorgeprikt.⁴²

Zoals gezegd beoogt deze bundel het onderzoeksonderwerp in een breder geheel te behandelen. Dat komt tot uiting in de uitleiding. In dit laatste hoofdstuk reflecteren wij op de bevindingen in de drie delen en komen de verschillende lijnen samen bij de beantwoording van de hiervoor genoemde overkoepelende onderzoeksvraag.

42 Asser/Vranken 2014/165-166.