



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Pluraliteit van werkgeverschap

Zwemmer, J.P.H.

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Zwemmer, J. P. H. (2012). Pluraliteit van werkgeverschap.

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.

3

Werkgeverschap en -aansprakelijkheid in het publieke arbeidsrecht

3.1 Inleiding

Buiten Titel 10 Boek 7 BW zijn in publiekrechtelijke wet- en regelgeving voorschriften opgenomen die betrekking hebben op de invulling of uitvoering van bepaalde aspecten van de arbeidsovereenkomst en die door de werkgever jegens de werknemer in acht moeten worden genomen. Het gaat daarbij om de Arbeidsomstandigheden- en Arbeidstijdenwet, de Wet arbeid vreemdelingen, de Wet arbeid en zorg, de Wet aanpassing arbeidsduur, het Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen 1945, de Wet melding collectief ontslag en de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. Soms wordt in deze publiekrechtelijke arbeidswet- en regelgeving, wat het werkgeversbegrip betreft, aangeknoopt bij het civiele werkgeversbegrip uit artikel 7:610 lid 1 BW, soms worden eigen definities gehanteerd van – onder meer – wie als werkgever in de desbetreffende wet of regeling wordt aangemerkt en als zodanig tegenover de werknemer gehouden is tot nakoming van de in die wet of regeling neergelegde voorschriften.

In dit hoofdstuk analyseer ik aan de hand van de historie en de doelstellingen van deze wet- en regelgeving op welke gronden de wetgever tot het in elk van deze regelingen gehanteerde werkgeversbegrip kwam. Daarbij zal blijken dat in de Arbeidsomstandigheden- en Arbeidstijdenwet en de Wet arbeid vreemdelingen een materieel werkgeversbegrip wordt gehanteerd, terwijl in de andere hiervoor genoemde arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving uitsluitend de civielrechtelijke werkgever verantwoordelijk is voor de naleving van de op basis van die wet- en regelgeving voor de werkgever geldende verplichtingen.

3.2 Arbeidsomstandighedenrecht

Zowel de Arbeidsomstandighedenwet als de Arbeidstijdenwet beoogt de veiligheid, de gezondheid en het welzijn van werknemers in verband met de arbeid te bevorderen voor zover deze factoren kunnen worden beïnvloed door de deelname aan het arbeidsproces. De arbeidsomstandigheden- en arbeidstijdenwetgeving maakten een

vergelijkbare historische ontwikkeling door.¹ De respectievelijk aan de Arbeidsomstandighedenwet en Arbeidstijdenwet ten grondslag liggende Veiligheidswet 1934² en Arbeidswet 1919³ bevatten geen verplichtingen voor de ‘werkgever’ op het gebied van de veiligheid en arbeids- en rusttijden van de ‘werknemer’, maar voor het hoofd of de bestuurder van een onderneming jegens de in de onderneming werkzame personen.⁴ Uit de structuur van de veiligheids- en arbeidswetten volgde dat onder het hoofd of de bestuurder van de onderneming diende te worden verstaan de natuurlijke persoon die de onderneming in stand hield, dan wel de natuurlijke persoon die eigenaar was van de rechtspersoon die de onderneming in stand hield.⁵ De voorschriften uit de veiligheids- en arbeidswetten dienden derhalve ten behoeve van alle in de onderneming werkzame personen te worden nageleefd door de natuurlijke persoon die de onderneming in stand hield, dan wel door de natuurlijke persoon die eigenaar was van de rechtspersoon die de onderneming in stand hield. Daarbij werd geen onderscheid gemaakt tussen eigen werknemers en personen die uit anderen hoofde werkzaam waren in de onderneming.

De keuze voor een meer privaatrechtelijke invulling van de arbeidsomstandighedenwetgeving in de Arbeidsomstandighedenwet 1980 vormde de aanleiding voor het aanknopen bij de begrippen werkgever en werknemer, zij het met eigen definities. Deze definities werden later één op één overgenomen in de Arbeidstijdenwet. Hoewel het civielrechtelijke werkgeverschap uit Titel 10 Boek 7 BW het uitgangspunt vormt,

- 1 Zie voor een historisch overzicht van de ontwikkeling van het arbeidsomstandighedenrecht A.J.C.M. Geers, *Recht en humanisering van de arbeid* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1988, p. 17-105.
- 2 De Veiligheidswet 1934 was de vervanger van de (eerste) Veiligheidswet uit 1895. De veiligheids- wetten bevatten definities en regelingen met betrekking tot aansprakelijkheid, opsporing en bevoegdheden van de Arbeidsinspectie en een strafbaarstelling. In de veiligheidswetten werden geen verplichtingen op ‘de werkgever’ gelegd maar op het “hoofd of de bestuurder van een bedrijf of een onderneming” (Veiligheidswet 1895) of op het “hoofd of de bestuurder van een onderneming” (Veiligheidswet 1934). Evenmin werd het begrip werknemer gehanteerd. In plaats daarvan werd gesproken over in de onderneming werkzame personen en door hen “in of voor eenig bedrijf in fabrieken en werkplaatsen” verrichte arbeid.
- 3 De eerste wettelijke regeling waarin regels werden gesteld over de arbeidstijden van werknemers was de Arbeidswet 1889. Daarvoor werd in het zogenoemde ‘Kinderwetje van Van Houten’ van 19 september 1874 al verboden om kinderen beneden twaalf jaren in dienst te nemen of in dienst te hebben om hen te laten werken in fabrieken (het verbod was niet van toepassing op “huiselijke en persoonlijke diensten en op veldarbeid”). De Arbeidswet 1919 was anders dan de Arbeidswet 1889, die alleen betrekking had op vrouwen en jeugdigen, van toepassing op alle in een onderneming werkzame personen.
- 4 Overigens werd tijdens de parlementaire behandeling van de Arbeidswet 1889 wel enkele malen de term werkgever gebruikt als alternatief voor hoofd of bestuurder van een bedrijf of een onderneming (Handelingen der Staten-Generaal. Bijlagen 1888-1889, 53.4, p. 13) en op grond van artikel 75 jo. 74 lid 2 Arbeidswet 1919 was naast het hoofd of de bestuurder van de onderneming het “opzichthoudend” personeel aansprakelijk voor de naleving van bepalingen uit deze wet voor zover dit personeel door het hoofd of bestuurder met de zorg voor de naleving van deze bepalingen uit deze wet was belast.
- 5 Tijdens de parlementaire behandeling van de Arbeidswet 1889 werd in het kader van de strafbaarstelling van het hoofd of de bestuurder gesproken over “zijn bedrijf” en wordt hij even later aangeduid als “de fabrikant of de baas”. Handelingen der Staten-Generaal. Bijlagen 1888-1889, 53.28. Verder bepaalde artikel 74 lid 2 Arbeidswet 1919 in het kader van de aansprakelijkheid voor de naleving van deze wet dat het hoofd of de bestuurder verplicht was ervoor te zorgen dat in “zijn onderneming” geen arbeid werd verricht in strijd met het in die wet bepaalde. Ook in de artikelen 67 en 73 Arbeidswet 1919 wordt gesproken over “zijn onderneming”.

wordt ij het ter beschikking stellen van werknemers de inlener en niet de uitlener als werkgever aangemerkt. Wordt de werknemer door zijn civielrechtelijke werkgever ter beschikking gesteld aan een opdrachtgever om aldaar gebruikelijke werkzaamheden te verrichten, dan is die opdrachtgever werkgever in de zin van de Arbeidsomstandigheden- en Arbeidstijdenwet en uit dien hoofde aansprakelijk voor de arbeidsomstandigheden en arbeids- en rusttijden van de door hem ingeleende werknemer. Het hebben van feitelijke zeggenschap over de door de werknemer verrichte arbeid, en daarmee op de arbeidsomstandigheden en -tijden van de werknemer, is van doorslaggevende betekenis bij het werkgeverschap in de Arbeidsomstandigheden- en Arbeidstijdenwet.

3.2.1 De werkgever in de Arbeidsomstandighedenwet

De werkgever in de zin van de Arbeidsomstandighedenwet is op grond van artikel 1 lid 1 sub a onder 1 van die wet degene jegens wie een ander krachtens arbeidsovereenkomst (of publiekrechtelijke aanstelling) gehouden is tot het verrichten van arbeid. De verplichting tot het verrichten van arbeid moet dus voortvloeien uit een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst. Voorts bepaalt dit eerste lid dat bij het ter beschikking stellen van werknemers niet de uitlener, maar de inlener van de werknemer werkgever is in de zin van de Arbeidsomstandighedenwet indien de ingeleende werknemer bij de inlener arbeid verricht die deze gewoonlijk doet verrichten. In artikel 1 lid 2 onder a sub 1 is bepaald dat ook wanneer de arbeid wordt verricht door een persoon die geen werknemer is in de zin van Titel 10 Boek 7 BW, degene die deze persoon onder zijn gezag arbeid laat verrichten werkgever is in de zin van de Arbeidsomstandighedenwet. Bij dergelijke personen kan worden gedacht aan stagiaires en vrijwilligers.⁶ Deze definities van de werkgever en de werknemer voor de toepassing van de Arbeidsomstandighedenwet waren dezelfde als in de Arbeidsomstandighedenwet 1980 waarin deze definities werden geïntroduceerd.⁷

Tijdens de parlementaire behandeling van de Arbeidsomstandighedenwet 1980 zijn de in deze wet geïntroduceerde definities van werkgever en werknemer in de zin van deze wet uitvoerig aan de orde geweest. In de memorie van toelichting bij de Arbeidsomstandighedenwet 1980 werd meegedeeld dat de hiervoor beschreven in de veiligheidswetten gehanteerde terminologie werd verlaten omdat men wilde aanknopen bij de "inmiddels gangbaar geworden" begrippen werkgever en werknemer.⁸ Als werkgever moest worden beschouwd de natuurlijke of rechtspersoon die de onderneming in stand houdt en die een ander op grond van een arbeidsovereenkomst (dan wel uit hoofde van een publiekrechtelijke aanstelling) in dienst heeft. De wetgever achtte het echter noodzakelijk dit werkgeversbegrip voor de toepassing van de Arbeidsomstandighedenwet uit te breiden omdat daar twee (destijds nog) kleine

6 Kamerstukken II 1997/98, 25 879, nr. 3, p. 35. Voorts kan op grond van het tweede lid van dit artikel in bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gevallen mede als werkgever worden beschouwd degene die, ook al is er geen arbeidsovereenkomst, een ander niet onder zijn gezag arbeid in een woning doet verrichten.

7 Aldus de regering in de memorie van toelichting. Kamerstukken II 1997/98, 25 879, nr. 3, p. 35.

8 Kamerstukken II 1976/77, 14 497, nr. 3, p. 20.

categorieën van voor de werkgever werkzame personen buiten vielen. De eerste categorie bestond uit werknemers die door hun werkgever ter beschikking waren gesteld aan een inlener voor het verrichten van normale bedrijfsarbeid in de onderneming van de inlener. Voor de toepassing van de Veiligheidswet 1934 was deze inlener verantwoordelijk voor de veiligheid en de gezondheid van de aan hem ter beschikking gestelde werknemers.⁹ Deze situatie werd gehandhaafd door in artikel 1 lid 1 sub a onder 1 van de Arbeidsomstandighedenwet de werkgever die de werknemer aan een derde ter beschikking had gesteld, uit te sluiten van het werkgeversbegrip en in artikel 1 lid 1 sub a onder 2 de inlener als werkgever in de zin van de Arbeidsomstandighedenwet aan te merken.¹⁰ Bij de tweede categorie ging het om personen die zonder dat sprake was van een arbeidsovereenkomst arbeid verrichtten onder het gezag van een ander van wie zij wat hun veiligheid en gezondheid betrof afhankelijk waren.¹¹ Deze categorie personen werd in artikel 1 lid 2 onder het bereik van de Arbeidsomstandighedenwet gebracht.¹²

De introductie van de begrippen werkgever en werknemer in de Arbeidsomstandighedenwet 1980 leidde tijdens de parlementaire behandeling tot de vraag in hoeverre deze strookten met de op dit vlak in andere wetten gehanteerde begrippen.¹³ Daarbij werd de regering gevraagd of de in de Arbeidsomstandighedenwet geïntroduceerde definities van werkgever en werknemer op alle andere terreinen van met name de sociale wetgeving door zouden worden gevoerd.¹⁴ De regering deelde mee dat de in het wetsontwerp opgenomen definities van werkgever en werknemer “als uitgangspunt de meest elementaire juridische begrippen van de rechtspositieregelingen van de werknemers, namelijk de arbeidsovereenkomst en de publiekrechtelijke aanstel-

9 Zie HR 10 mei 1960, NJ 1960, 433.

10 Artikel 1 lid van de Arbeidsomstandighedenwet 1980 luidde als volgt: “1. In het bij of krachtens deze wet bepaalde wordt verstaan onder: a. werkgever: 1. degene jegens wie een ander krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling gehouden is tot het verrichten van arbeid, behalve indien die ander aan een derde ter beschikking wordt gesteld voor het verrichten van arbeid, welke die derde gewoonlijk doet verrichten; 2. degene aan wie een ander ter beschikking wordt gesteld voor het verrichten van arbeid als bedoeld onder 1.; b. werknemer: de ander bedoeld onder a.”

11 Als voorbeelden van dergelijke gevallen werden in de memorie van toelichting onder meer genoemd personen die in de onderwijssector werkten of personen die als stagiair of leerling in een bedrijf werkzaam waren en als zodanig ook onder de bescherming van de Veiligheidswet 1934 vielen. Kamerstukken II 1976/77, 14 497, nr. 3, p. 20.

12 Op grond van deze bepaling werd mede als werkgever beschouwd “degene die zonder werkgever of werknemer in de zin van het eerste lid te zijn, een ander onder zijn gezag arbeid doet verrichten.” In de memorie van antwoord deelde de regering mee dat voor deze zeer algemene formulering was gekozen omdat het in deze wet ging om het bevorderen van gunstige omstandigheden overal waar mensen arbeid verrichten in afhankelijkheid van een ander. Met de woorden “zonder werknemer in de zin van het eerste lid te zijn” werd beoogd dat het leidinggevend personeel in dienst van de werkgever ex artikel 1 lid 1 van de Arbeidsomstandighedenwet niet als werkgever in de zin van het tweede lid zou worden aangemerkt. Wel wees de regering erop dat, hoewel in het geval van een leidinggevende werknemer primair de werkgever aansprakelijk is, in samenhang met artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht daarnaast de leidinggevende werknemer aansprakelijk kan zijn wanneer hij, zoals wordt gesteld in dit artikel “tot het feit opdracht heeft gegeven of feitelijk leiding heeft gegeven aan de verboden gedraging.” Kamerstukken II 1978/79, 14 497, nr. 5, p. 49.

13 Kamerstukken II 1977/78, 14 497, nr. 4, p. 36.

14 Kamerstukken II 1977/78, 14 497, nr. 4, p. 36.

ling (hadden).¹⁵ Dit uitgangspunt, dat aangeknoopt diende te worden bij het civielrechtelijke werkgeversbegrip, moest volgens de regering op alle terreinen van de (sociale) wetgeving zoveel mogelijk gevolgd worden en alleen als daarvoor een dringende reden bestond, diende een ander uitgangspunt te worden gekozen. Ten tijde van de totstandkoming van de veiligheidswetten bestond een dergelijke dringende reden omdat het strafrecht destijds, als hiervoor gesteld, nog geen algemene regeling bevatte inzake de strafbaarheid van rechtspersonen. Daarom werd in de veiligheidswetten niet de civielrechtelijke werkgever, die ook een rechtspersoon kon zijn, maar het hoofd of de bestuurder van de onderneming waarin een persoon werkzaam was aansprakelijk gehouden. Nu inmiddels op grond van artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht ook een rechtspersoon strafbaar kon worden gesteld, stond niets meer in de weg aan het aanknopen bij het civielrechtelijke werkgeverschap in de Arbeidsomstandighedenwet. De vraag of het de bedoeling was de in de Arbeidsomstandighedenwet geïntroduceerde definities van werkgever en werknemer op alle andere terreinen van met name de sociale wetgeving door te voeren, beantwoordde de regering ontkennend. Zij deelde mee dat bij iedere wet opnieuw moest worden bezien wat in het licht van het door die wet nagestreefde doel de meest geschikte definitie van werkgever en werknemer zou zijn en daarbij de gronden die de aanleiding vormden voor de definitie van werkgever en werknemer in de Arbeidsomstandighedenwet in ogenschouw moesten worden genomen.¹⁶

In de Arbeidsomstandighedenwet wordt de inlener “aansprakelijk gesteld voor de arbeidsomstandigheden omdat hij en niet de uitlener deze kan beïnvloeden.”¹⁷

Werkgeverschap in de Arbo-kaderrichtlijn

In de hiervoor genoemde kaderrichtlijn betreffende de veiligheid en gezondheid op het werk van 12 juni 1989¹⁸ is de werkgever gedefinieerd als iedere natuurlijke of rechtspersoon die wederpartij is in de arbeidsverhouding met de werknemer en die de verantwoordelijkheid draagt voor het bedrijf en/of de inrichting waarbij de werknemer wordt tewerkgesteld. Uit deze definitie volgt dat de werkgever in de zin van de kaderrichtlijn partij moet zijn bij de “arbeidsverhouding” met de werknemer en tevens de eigenaar of exploitant is van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Het in de kaderrichtlijn gehanteerde begrip arbeidsverhouding is geen wettelijk begrip in het Nederlandse arbeidsrecht. Partij bij de arbeidsverhouding moet naar Nederlands recht worden uitgelegd als partij bij de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW. Daardoor zou in de kaderrichtlijn sprake zijn van een beperkter werkgeversbegrip dan in de Arbeidsomstandigheden- (en Arbeidstijden)wet omdat de inlener geen partij is bij de arbeidsovereenkomst van de aan hem ter beschikking gestelde werknemer en de uitzendende of detacherende werkgever niet de eigenaar of exploitant is van de onderneming waarin de werknemer arbeid verricht. Het gevolg hiervan zou zijn dat noch de uitzender of detacherende werkgever, noch de inlener als

15 Kamerstukken II 1978/79, 14 497, nr. 5, p. 48.

16 Kamerstukken II 1978/79, 14 497, nr. 5, p. 49.

17 Kamerstukken II 1978/79, 14 497, nr. 5, p. 48.

18 Richtlijn 89/391/EEG van 12 juni 1989.

werkgever verantwoordelijk zou zijn voor de voorschriften uit de kaderrichtlijn. Dit wordt ondervangen in de aanvullende richtlijn van 25 juni 1991¹⁹ ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van de werknemers met arbeidsbetrekkingen voor bepaalde tijd of uitzendarbeid-betrekkingen. Van een “uitzendarbeid-betrekking” in de zin van deze richtlijn is sprake wanneer de werknemer aan een inlenende onderneming en/of vestiging ter beschikking wordt gesteld om voor en onder toezicht van deze onderneming en/of vestiging te werken. In deze richtlijn is onder andere bepaald dat deze werknemers, wat de veiligheid en gezondheid op het werk betreft, dezelfde mate van bescherming genieten als de overige werknemers van de inlenende onderneming en/of vestiging. Daarmee wordt aangesloten bij de wijze waarop de werkgever is gedefinieerd in de Arbeidsomstandighedenwet (en in de hierna te bespreken Arbeidstijdenwet).

3.2.2 De werkgever in de Arbeidstijdenwet

De definities van de begrippen werkgever en werknemer in de Arbeidstijdenwet zijn hetzelfde als die in de Arbeidsomstandighedenwet en werden daaruit één op één overgenomen.²⁰ Ook in de Arbeidstijdenwet wordt dus de inlener aangemerkt als werkgever van de aan hem ter beschikking gestelde werknemer.²¹ Tijdens de parlementaire behandeling van de Arbeidstijdenwet werd de keuze voor het werkgeverschap van de inlener niet nader toegelicht. In de memorie van toelichting werd slechts volstaan met de mededeling dat de op dat moment van kracht zijnde Arbeidswet 1919 de verantwoordelijkheid voor de naleving van de arbeids- en rusttijden bij de “werkgever-inlener” legde en deze constructie werd gehandhaafd in de Arbeidstijdenwet.²² Vermeldenswaardig is nog wel wat in de memorie van toelichting werd meegedeeld over de gezagsverhouding in het kader van de toepassing Arbeidstijdenwet. Hoewel voor de toepasselijkheid van de Arbeidswet 1919 niet noodzakelijk was dat de betrokken arbeid krachtens een arbeidsovereenkomst werd verricht, diende wel “een zekere band, een zekere mate van zeggenschap in de relatie tussen de leiding van de onderneming en de arbeiders” te bestaan.²³ Daarvan is volgens de regering sprake wanneer de werkgever “het recht heeft toezicht uit te oefenen, leiding te geven door aanwijzingen of instructies een nadere taakomschrijving te geven en de werknemer verplicht is één en ander te aanvaarden, ongeacht of dat recht ook geëffectueerd wordt dan wel die plicht wordt nagekomen. Deze omschrijving heeft tot gevolg dat het een breed scala van gezagsrelaties omvat,

19 Richtlijn 91/383/EEG van 25 juni 1991. Zie hierover ook paragraaf 2.5.1.

20 Kamerstukken II 1993/94, 23 646, nr. 3, p. 67. In de Arbeidstijdenwet ontbreekt echter de in artikel 1 lid 2 onder a sub 2 Arbeidsomstandighedenwet 1998 geïntroduceerde bepaling op grond waarvan in bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gevallen mede als werkgever wordt beschouwd degene die, ook al is er geen arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling, een ander niet onder zijn gezag arbeid in een woning doet verrichten.

21 Artikel 1:1 lid 1 sub a Arbeidstijdenwet. Evenals in artikel 1 lid 2 van de Arbeidsomstandighedenwet volgt uit de woorden “zonder werknemer in de zin van het eerste lid te zijn” in artikel 1:1 lid 2 sub a dat het leidinggevende personeel in dienst van de werkgever ex artikel 1:1 lid 1 sub a van de Arbeidstijdenwet niet als werkgever in de zin van het tweede lid kan worden aangemerkt. Kamerstukken II 1993/94, 23 646, nr. 3, p. 69.

22 Kamerstukken II 1993/94, 23 646, nr. 3, p. 67.

23 Kamerstukken II 1993/94, 23 646, nr. 3, p. 67.

namelijk zowel de gezagsrelatie in een strikt hiërarchische organisatie, als die in een arbeidsrelatie waarin in de praktijk vrijwel nooit instructies of aanwijzingen worden gegeven.”²⁴ Waar de inlener in de Arbeidsomstandighedenwet reeds wordt aangemerkt als werkgever van de ingeleende werknemer wanneer deze werkzaamheden verricht die behoren tot de bedrijfsuitoefening van de inlener, zou daarvoor op basis van de wetsgeschiedenis van de Arbeidstijdenwet dus eveneens sprake moeten zijn van een bepaalde gezagsrelatie tussen de inlener en de ingeleende werknemer.

3.3 De werkgever in de Wet arbeid vreemdelingen

De Wet arbeid vreemdelingen (WAV) dient ertoe de Nederlandse arbeidsmarkt te beschermen, oneerlijke concurrentie tegen te gaan en illegale tewerkstelling te voorkomen.²⁵ Doelstellingen van de WAV zijn de restrictieve toelating van arbeidsmigranten, de verbetering van de allocatie op de arbeidsmarkt, de bestrijding van illegale tewerkstelling en het laten van een zo groot mogelijke vrijheid van arbeidskeuze aan eenmaal duurzaam tot Nederland toegelaten vreemdelingen in de zin van de WAV.²⁶ De WAV kwam in 1995 in de plaats van de Wet arbeid buitenlandse werknemers (Wabw) uit 1979. Op grond van artikel 1 onder c WAV wordt onder een vreemdeling in de zin van die wet verstaan “ieder die de Nederlandse nationaliteit niet bezit en niet op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander moet worden behandeld”.²⁷ De werkgever in de zin van de WAV is op grond van artikel 1 onder b WAV degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten dan wel de natuurlijke persoon die een ander huishoudelijke of persoonlijke diensten laat verrichten. Op grond van artikel 2 lid 1 jo. 3 lid 1 WAV is het een werkgever verboden een vreemdeling met een andere nationaliteit dan die van één van de landen van de Europese Economische ruimte,²⁸ of Zwitserland arbeid te laten verrichten in Nederland. In verband hiermee gebruik ik hierna het meer specifieke begrip derdelander. Voorts geldt op grond van het op 1 mei 2012 in werking getreden artikel 2a WAV een meldingsplicht voor een werkgever in de zin van de WAV die een “vreemdeling”²⁹ arbeid in Nederland laat verrichten voor wie geen tewerkstellingsvergunning nodig is.

24 Kamerstukken II 1993/94, 23 646, nr. 3, p. 68.

25 Zie o.a. Kamerstukken I 2011/12, 32 843, B, p. 1.

26 Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 4.

27 Zie artikel 1 sub m van de Vreemdelingenwet 2000 waarnaar artikel 1 sub c WAV verwijst.

28 Met uitzondering van Bulgarije en Roemenië.

29 Artikel 2a WAV werd in de WAV opgenomen in het kader van de implementatie van artikel 4 lid 1 sub c van de (hierna besproken) richtlijn van 18 juni 2009 (2009/52/EG) tot vaststelling van minimumnormen voor sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen (Kamerstukken II 2010/11, 32 843, nr. 3, p. 3). Op grond van dit artikel dienen de lidstaten de werkgevers te verplichten de door hen aangewezen bevoegde instanties, binnen een door iedere lidstaat te bepalen termijn, in kennis te stellen van de aanvang van de tewerkstelling van onderdanen van derde landen. Hoewel uit de wetsgeschiedenis niet kan worden afgeleid dat dit de bedoeling is geweest, geldt deze meldingsplicht op grond van de bewoordingen van artikel 2a WAV nu ten aanzien van elke vreemdeling en wordt dit niet beperkt tot derdelanders. Dat zou betekenen dat deze meldingsplicht ook zou gelden ten aanzien van vreemdelingen die afkomstig zijn uit een land dat behoort tot de EU/EER en Zwitserland. Dit zou mijns inziens in strijd zijn met het vrije verkeer van personen.

Degene die de derdelander feitelijk arbeid laat verrichten in zijn beroep of bedrijf is de vergunningsplichtige (of meldingsplichtige) werkgever in de zin van de WAV.³⁰ Of sprake is van een arbeidsovereenkomst³¹ of een gezagsverhouding³² is voor het zijn van werkgever in de zin van de WAV niet van belang. De omstandigheid dat in opdracht of ten dienste van een ander arbeid wordt verricht, maakt die ander reeds werkgever in de zin van de WAV.³³ Het werkgeversbegrip in de WAV is aanzienlijk uitgebreid ten opzichte van het werkgeversbegrip in de Wabw. In de Wabw werd als werkgever aangemerkt degene met wie de derdelander zich in een arbeidsovereenkomst had verbonden, behalve wanneer hij in het kader van een uitzendovereenkomst ter beschikking was gesteld aan een derde. In die laatste situatie was die derde – in wiens onderneming de derdelander feitelijk arbeid verrichtte – en niet het uitzendbureau de (vergunningsplichtige) werkgever in de zin van de Wabw.³⁴ Doordat in de WAV anders dan in de Wabw de vergunningsplicht is gelegd op degene voor of ten behoeve van wie de derdelander de feitelijke werkzaamheden verricht, is bij elke vorm van terbeschikkingstelling – en niet alleen bij uitzending ex artikel 7:690 BW – degene die de derdelander in zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten, werkgever in de zin van de WAV. Of de derdelander deze werkzaamheden verricht krachtens een arbeidsovereenkomst met degene voor wie hij feitelijk werkzaam is, dan wel krachtens een arbeidsovereenkomst met een derde, is bij het bepalen van het werkgeverschap op grond van de WAV niet relevant. Ook indien de derdelander de arbeid voor een ander verricht, anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst en zonder dat sprake is van een gezagsverhouding, kan toch sprake zijn van werkgeverschap in de zin van de WAV.

Uit het bovenstaande volgt dat in de WAV sprake is van een nog ruimer of materiëler werkgeversbegrip dan in het arbeidsomstandighedenrecht. Tijdens de parlementaire behandeling van de WAV werd in dit kader meegedeeld dat met dit ruimere werkgeversbegrip werd beoogd duidelijk te maken dat het voor een werkgever/opdrachtgever/ondernemer altijd verboden is derdelanders zonder tewerkstellingsvergunning arbeid te laten verrichten.³⁵ De regering achtte deze aanpassing nodig “omdat in de praktijk steeds naar wegen werd gezocht om via sluiptwegen en ingewikkelde constructies het verbod derdelanders tewerk te stellen en daarmee de vergunningsplicht te ontgaan.”³⁶ In de WAV wordt eveneens een ruimer werkgeversbegrip

30 Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 13.

31 Zie Rb. Amsterdam, sector bestuursrecht, 3 april 2009, LJN: BI7456. Ook uitgevers die opdracht hebben gegeven kranten te verspreiden werden door de Raad van State als werkgever beschouwd en in die hoedanigheid beboet. ABRvS 17 maart 2010, AB 2010, 182 m.nt. Jansen en LJN: BL7836.

32 Zie Rb. Amsterdam, sector bestuursrecht algemeen, 6 juni 2007, LJN: BB5573.

33 Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 5, p. 2. De tewerkstellingsvergunning is vereist wanneer arbeid voor een ander wordt verricht. Voor arbeid door een zelfstandige die als zodanig ook over een (eveneens getoetste) vergunning tot verblijf beschikt, is geen tewerkstellingsvergunning vereist. Als de arbeid door de derdelander zelf voor eigen rekening en risico wordt verricht en het product vervolgens openbaar ter verkoop wordt aangeboden, is er geen vergunningsplichtige werkgever aan te wijzen.

34 Kamerstukken II 1975/76, 13 682, nr. 6, p. 27.

35 Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 4.

36 Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 4.

gehanteerd dan in de richtlijn van 18 juni 2009³⁷ tot vaststelling van minimumnormen voor sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, die met ingang van 1 mei 2012 in de WAV is geïmplementeerd. In deze richtlijn (artikel 2 onder e) wordt de werkgever gedefinieerd als “een natuurlijk persoon of een rechtspersoon, uitzendondernemingen daaronder begrepen, voor of onder wiens leiding en/of toezicht de tewerkstelling plaatsvindt.” Zoals hiervoor bleek, is degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten werkgever in de zin van de WAV. Daarbij maakt het, anders dan in deze richtlijn, voor de toepassing van de WAV niet uit of personeel wordt ingehuurd via uitzendbureaus of opdrachtnemers (loonbedrijven of onderaannemers).³⁸

3.3.1 Pluraliteit van werkgeverschap en de Wet arbeid vreemdelingen

Omdat reeds het in opdracht of ten dienste van een ander verrichten van arbeid voldoende is om die ander als werkgever te kwalificeren in de zin van de WAV, kan bij uitzending of detachering tegelijkertijd sprake zijn van meer werkgevers.³⁹ De uitzendende of detacherende werkgever en de inlener of opdrachtgever waarbij de derdelander is tewerkgesteld, zijn beiden als werkgever in de zin van artikel 1 onder b WAV verantwoordelijk voor de tewerkstellingsvergunning van de derdelander indien de tewerkstelling plaatsvindt in de bedrijfsuitoefening van de uitzendende of detacherende werkgever.⁴⁰ Daarbij is niet relevant of de derdelander de werkzaamheden onder toezicht en leiding dan wel onder het gezag van de opdrachtgever verricht. In een dergelijke situatie heeft de derdelander dus twee werkgevers in de zin van de WAV.⁴¹ Wanneer de opdrachtgever de aan hem ter beschikking gestelde derdelander doorleent aan een derde, kan zelfs sprake zijn van drie werkgevers voor de toepassing van de WAV, mits het doorlenen van de derdelander aan de derde eveneens verband houdt met de bedrijfsuitoefening van de doorlenende opdrachtgever. Daarvan is naar het oordeel van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State sprake wanneer de doorlenende opdrachtgever betrokken is (geweest) bij de tewerkstelling

37 Richtlijn 2009/52/EG.

38 Omdat de WAV met haar ruimere werkgeversbegrip bij de bestrijding van de tewerkstelling van illegaal verblijvende derdelanders verder gaat dan de richtlijn, kan dit ruimere werkgeversbegrip op grond van het communautaire recht geoorloofd worden geacht (Vgl. artikel 153 lid 4 VWEU). Zie over het werkgeversbegrip in de richtlijn ook P.J. Krop, T. de Lange en M. Tjebbes, Sancties tegen werkgevers van illegaal verblijvende derdelanders, *Migrantenrecht* 2009/8, p. 336-346.

39 Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 5, p. 2. In de Nota naar aanleiding van het verslag bij de wijziging van de WAV in verband met de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen formuleerde toenmalig staatssecretaris Rutte dit nog duidelijker: “De werkgever die een arbeidsovereenkomst sluit met een vreemdeling is per def(i)nitie verantwoordelijk voor het beschikken over een tewerkstellingsvergunning. Maar daarnaast zijn ook nog tal van andere situaties aan te wijzen, waarin niet (alleen) de formele, maar (ook) de feitelijke werkgever vergunningplichtig is. Indien er sprake is van een intermediair die een vreemdeling uitleent of detachert bij een andere werkgever, zijn volgens de Wav-definitie van werkgever zowel de intermediair als de werkgever waar de daadwerkelijke arbeid verricht word(t), verantwoordelijk voor de tewerkstellingsvergunning.” Kamerstukken II 2003/04, 29 523, nr. 6, p. 2.

40 Zie ABRvS 5 maart 2008, LJN: BC5795. Zie hierover ook E.J.A. Franssen, Het werkgeversbegrip in de Wet arbeid vreemdelingen: breder kunnen we het niet maken, *ArbeidsRecht* 2012/4.

41 Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 523, nr. 6, p. 2/3.

van de doorgeleende derdelander.⁴² Anders dan in de Arbeidsomstandigheden- en Arbeidstijdenwet blijft in de WAV de uitzendende of detacherende werkgever dus niet buiten beeld. In een dergelijke situatie hoeven niet beide werkgevers in de zin van de WAV te beschikken over een tewerkstellingsvergunning.⁴³ Doorgaans zal dit de uitzendende of detacherende werkgever zijn.⁴⁴ Deze kan een tewerkstellingsvergunning krijgen met daarop aangegeven voor welke werkzaamheden bij welke inleners of opdrachtgevers de derdelander arbeid mag verrichten.⁴⁵

Pluraliteit van (werkgevers)aansprakelijkheid bij uitzending of detachering op grond van de WAV heeft niet slechts betrekking op het aanvragen van een tewerkstellingsvergunning. Artikel 23 lid 1 WAV verplicht de werkgever in de zin van de WAV de "vreemdeling"⁴⁶ het loon te betalen als bedoeld in artikel 2 sub j van de hiervoor besproken richtlijn van 18 juni 2009. In dit artikel wordt onder loon verstaan "beloning of salaris en alle andere vergoedingen in contanten of in natura, die de werknemer al dan niet rechtstreeks met betrekking tot zijn tewerkstelling ontvangt van zijn werkgever en die gelijkwaardig zijn aan wat vergelijkbare, in een legale arbeidsverhouding tewerkgestelde, werknemers zouden hebben ontvangen." In artikel 23 lid 3 en 4 WAV is een ketenaansprakelijkheid opgenomen op grond waarvan de derdelander "elke naast hogere werkgever" kan aanspreken voor de nakoming van het loon in de zin van artikel 23 lid 1 WAV, indien de "naast lagere werkgever" niet betaalt. Zodra een loonvordering is voldaan, kan een andere werkgever in de zin van de WAV niet meer

42 ABRvS 5 maart 2008, LJN: BC5795 en ABRvS 27 januari 2010, AB 2010, 48. Een dergelijke betrokkenheid wordt in sommige situaties snel aangenomen. Zie o.a. ABRvS 16 april 2008, LJN: BC9625, ABRvS 17 december 2008, LJN: BG7195 en ABRvS 6 mei 2009, LJN: BI2970. In deze uitspraken verwijst de ABRvS naar zijn uitspraak van 11 juli 2007 in zaak nr. 200700303/1 (www.raadvanstate.nl) waarin hij overwoog dat instemming met, respectievelijk wetenschap van de arbeid voor de kwalificatie als werkgever in de zin van de WAV niet is vereist. Ook het enkel mogelijk maken van het verrichten van arbeid en het niet verhinderen daarvan, wordt opgevat als het laten verrichten van arbeid. In zijn uitspraak van 4 april 2012 (LJN: BW0785) waarin het ging om derdelanders die zonder tewerkstellingsvergunning het Financieele Dagblad bezorgden, oordeelde de ABRvS echter dat de abonnees van het Financieele Dagblad niet eveneens – naast het Financieele Dagblad en de distributeur – als werkgever in de zin van de WAV van de illegaal tewerkgestelde bezorgers konden worden aangemerkt. De ABRvS overwoog: "Behoudens het bepalen van het adres waarop het dagblad dient te worden bezorgd en de tijdelijke opschorting van die bezorging, heeft een abonnee (...) als consument, geen invloed op de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan de distributie van het dagblad."

43 Artikel 2 lid 2 WAV.

44 Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 13.

45 De inlenende werkgever dient echter wel altijd eerst te controleren of er inderdaad een tewerkstellingsvergunning is afgegeven voor de desbetreffende derdelander die bij hem de feitelijke werkzaamheden verricht; indien dit niet zo is, zal hij zelf een tewerkstellingsvergunning moeten aanvragen en verkrijgen voordat de desbetreffende derdelander bij hem mag worden tewerkgesteld.

46 Bepalingen uit de richtlijn van 18 juni 2009 inzake de (na)betaling van loon aan (illegaal tewerkgestelde) derdelanders vormden de grond voor de wijziging van artikel 23 WAV (Kamerstukken II 2010/11, 32 843, nr. 3, p. 3-5). Volgens de bewoordingen van artikel 23 lid 1 WAV geldt verplichting tot betaling van het in deze bepaling genoemde loon nu echter jegens elke vreemdeling en wordt dit niet beperkt tot derdelanders. Hoewel uit de wetsgeschiedenis niet kan worden afgeleid dat dit de bedoeling is geweest, zou dit betekenen dat deze verplichting en de ketenaansprakelijkheid van artikel 23 lid 3 en 4 WAV ook zouden gelden jegens vreemdelingen die afkomstig zijn uit een land dat behoort tot de EU/EER en Zwitserland. Hiervoor constateerde ik reeds dat hetzelfde zou gelden voor de meldingsplicht op grond van de bewoordingen van artikel 2a WAV.

voor dezelfde vordering jegens de derdelander worden aangesproken.⁴⁷ Nu hier sprake is van een subsidiaire aansprakelijkheid van de naast hogere werkgever, is de vraag wie als naast hogere en naast lagere werkgever moeten worden gekwalificeerd. De wetsgeschiedenis geeft hierop geen antwoord. Dat in artikel 23 lid 3 en 4 WAV wordt gesproken van naast hogere en lagere werkgevers, kan mijn inziens worden verklaard aan de hand van de aan deze bepalingen ten grondslag liggende bepalingen uit artikel 8 lid 1 en 2 uit de richtlijn van 18 juni 2009.⁴⁸ Deze bepalingen uit de richtlijn hebben betrekking op de medeaansprakelijkheid van de hoofdaannemer en iedere intermediaire aannemer naast of in plaats van de tewerkstellende onderaannemer voor het loon van de illegaal tewerkgestelde derdelander. De primair aansprakelijke – naast lagere – werkgever is dan de onderaannemer voor wie de werker de arbeid feitelijk verricht en de subsidiair aansprakelijke – naast hogere – werkgever is dan de hoofdaannemer. Anders dan bij onderaanneming kan naar mijn mening bij arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen – zoals uitzending en detachering – niet worden gesproken van naast hogere en naast lagere werkgevers in de zin van de WAV. Zowel de uitzendende en detacherende werkgever als de inlener en opdrachtgever kunnen de derdelander in het kader van hun eigen bedrijfsuitoefening arbeid laten verrichten. Zou echter ook binnen deze arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen op de voet van artikel 23 lid 3 en 4 WAV een primair aansprakelijke en een subsidiair aansprakelijke werkgever moeten worden aangewezen, dan behoort mijns inziens de uitzender/detacheerder te worden beschouwd als de primair aansprakelijke werkgever op grond van artikel 23 lid 3 en 4 WAV omdat deze zich met de derdelander verbond het loon te betalen.

In artikel 23 lid 2 WAV is het rechtsvermoeden uit het oude artikel 23 WAV vrijwel ongewijzigd overgenomen.⁴⁹ Op grond hiervan kan de derdelander voor wie geen tewerkstellingsvergunning werd aangevraagd, de werkgever in de zin van de WAV aanspreken voor achterstallig loon waarbij een rechtsvermoeden geldt dat hij ten minste zes maanden werkzaam is voor die werkgever tegen het in artikel 23 lid 1 WAV bedoelde loon en voor een binnen de desbetreffende bedrijfstak gebruikelijke arbeidsduur. Wanneer de derdelander ter beschikking is gesteld aan een inlener of opdrachtgever zonder dat voor hem een tewerkstellingsvergunning is aangevraagd, zou hij die inlener of opdrachtgever kunnen aanspreken voor het achterstallig loon als bedoeld in artikel 23 lid 1 WAV op basis van het rechtsvermoeden uit artikel 23 lid 2 WAV.

3.4 Overig publiek arbeidsrecht

Buiten Titel 10 Boek 7 BW zijn in verschillende publiekrechtelijke regelingen dwingendrechtelijke voorschriften neergelegd die rechtstreeks doorwerken in dan wel van toepassing zijn op de individuele arbeidsovereenkomst van de werknemer. Deze

47 Kamerstukken I 2011/12, 32 843, B, p. 5.

48 Kamerstukken II 2010/11, 32 843, nr. 3, p. 5.

49 Voor de implementatie van de richtlijn luidde artikel 23 WAV als volgt: "Indien een werkgever een vreemdeling arbeid doet verrichten in strijd met artikel 2, wordt de vreemdeling vermoed gedurende ten minste zes maanden werkzaam te zijn voor die werkgever tegen een beloning en een arbeidsduur die in de betreffende bedrijfstak gebruikelijk is."

regelingen bevatten definitiebepalingen waarin is bepaald wat onder werkgever en werknemer in de zin van de betrokken regeling dient te worden verstaan. Het gaat hier om de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, de Wet aanpassing arbeidsduur en de Wet arbeid en zorg. Andere publiekrechtelijke regelingen bevatten voorschriften bij het ontslag van werknemers. In deze regelingen zijn bepalingen opgenomen waarin is vastgelegd wat onder 'werkgever' en 'werknemer' in de zin van de betrokken regeling dient te worden verstaan. Hier gaat het om de Wet melding collectief ontslag en het Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen 1945.

3.4.1 De werkgever in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag

De Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WMM) van 27 november 1968⁵⁰ bevat regels en voorschriften op het gebied van een minimumloon en een minimumvakantiebijslag. In de memorie van toelichting bij de WMM werd meegedeeld dat de wet tot doel heeft "aan alle in het beroeps- en bedrijfsleven werkzaam zijnde werknemers, voor zover zij niet op grond van bijzondere bepalingen van deze wet buiten de kring van rechthebbenden vallen, een minimumloon en een minimumvakantiebijslag te verzekeren, welke gezien de algehele welvaartssituatie als een aanvaardbare tegenprestatie voor de in de dienstbetrekking verrichte arbeid kunnen worden beschouwd." Hiermee wordt, zo vervolgde de regering, "de werknemer een aanspraak verleend, welke hij zo nodig langs civielrechtelijke weg kan geldend maken."⁵¹ Op grond van artikel 7 lid 1 (en artikel 15 lid 1) WMM heeft de werknemer "uit de overeenkomst, waarop een dienstbetrekking berust" voor de door hem in die dienstbetrekking verrichte arbeid jegens de werkgever recht op het minimumloon (en de minimumvakantiebijslag) op grond van de WMM. Artikel 5 lid 1 WMM bepaalt dat voor de toepassing van de wet onder werkgever wordt verstaan "de persoon, tot wie een werknemer in dienstbetrekking staat." Voorts wordt in artikel 5 lid 2 WMM tevens als werkgever aangemerkt degene met wie de bemiddelingsovereenkomst in de zin van artikel 2 lid 2 WMM is gesloten.

Onder dienstbetrekking wordt in artikel 2 lid 1 WMM verstaan de arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht uit Titel 10 Boek 7 BW.⁵² In de memorie van toelichting werd dit verder niet toegelicht. Het enige dat de regering hierover meedeelde was dat voor de hand lag dat voor de werkingssfeer van de WMM de arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht tot uitgangspunt was genomen.⁵³ Waarschijnlijk hield

50 Stb. 1968/657. De wet trad in werking op 23 februari 1969.

51 Kamerstukken II 1967/68, 9 574, nr. 3, p. 14.

52 Ambtenaren vallen niet onder de werkingssfeer van de WMM omdat dit, zoals de regering meedeelde in de memorie van antwoord, niet verenigbaar is met de grondwettelijke bevoegdheid van de Kroon tot regeling van de bezoldiging der rijksambtenaren. In artikel 2 lid 3 WMM werden ook arbeidscontractanten uitgesloten van de werkingssfeer van de WMM omdat de arbeidsvoorwaarden van deze werknemers op grond van artikel 134 van de Ambtenarenwet 1929 door de overheid of de andere in artikel 32 lid 3 WMM genoemde overheidslichamen dienden te worden geregeld en omdat het aanbeveling verdiende de bezoldiging van ambtenaren en de beloning van arbeidscontractanten "in onderling verband te beschouwen." Zie Kamerstukken II 1967/68, 9 574, nr. 5, p. 3.

53 Kamerstukken II 1967/68, 9 574, nr. 3, p. 15.

dit verband met het feit dat de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW op grond van artikel 7:616 BW het loon verschuldigd is aan de werknemer en het daarom voor de hand lag aan te sluiten bij de arbeidsovereenkomst voor de toepassing van de WMM. In artikel 2 lid 2 WMM wordt onder dienstbetrekking in de zin van de WMM tevens verstaan de bemiddelingsovereenkomst (van de handelsagent), mits hij uitsluitend voor die andere partij bemiddelt, het verlenen van die bemiddeling voor hem geen bijkomstige werkzaamheid is en hij zich daarbij doorgaans niet door meer dan twee andere personen laat bijstaan.⁵⁴ Ten slotte is in artikel 3 WMM de mogelijkheid opgenomen een “arbeidsverhouding”, die niet een dienstbetrekking is in de zin van artikel 2 WMM, bij algemene maatregel van bestuur aan te merken als dienstbetrekking in de zin van de WMM. Op deze wijze werd mogelijk gemaakt de werkingssfeer van de WMM verder te verruimen indien dit in de toekomst gewenst zou blijken te zijn.⁵⁵ Daarbij werd echter wel benadrukt dat het niet de bedoeling was degene die geheel zelfstandig een bedrijf of beroep uitoefende een vast minimuminkomen uit arbeid te garanderen op de voet van de WMM. Veeleer diende hierbij volgens de regering te worden gedacht aan categorieën van personen uit het beroeps- en bedrijfsleven die zowel in maatschappelijk opzicht als wat hun arbeidsverhouding betrof met werknemers krachtens arbeidsovereenkomst kunnen worden gelijkgesteld.⁵⁶

Wordt de arbeid verricht op basis van een arbeidsovereenkomst in de zin van Titel 10 Boek 7 BW dan is uitsluitend de civielrechtelijke werkgever jegens de werknemer aansprakelijk voor het minimumloon op grond van de WMM. Wat de aansprakelijkheid voor het minimumloon (en de minimumvakantiebijslag) betreft, blijft bij uitzending en detachering op grond van het werkgeversbegrip in de WMM de inlener of opdrachtgever dus buiten beeld.⁵⁷ Deze inlener of opdrachtgever kan wel op grond van artikel 7:692 BW naast de werkgever aansprakelijk zijn jegens de werknemer voor de voldoening van het toepasselijke minimumloon en de toepasselijke minimumvakantiebijslag op grond van de WMM wanneer hij de werknemer heeft betrokken van een niet-gecertificeerd uitzendbureau.⁵⁸ Daarnaast wordt sinds 1 maart 2012 op grond van artikel 18b lid 3 WMM bij uitzending of detachering de inlener of de opdrachtgever als werkgever beschouwd in het kader van de verplichting tot overlegging aan de Arbeidsinspectie van de in artikel 18b lid 2 WMM genoemde bescheiden inzake het aan de werknemer betaalde loon, de betaalde vakantiebijslag en het aantal door de

54 Deze uitbreiding van het begrip dienstbetrekking hield verband met het feit dat de handelsagent in de sociale verzekeringswetgeving ook veelal als werknemer wordt beschouwd. Kamerstukken II 1967/68, 9 574, nr. 3, p. 15.

55 De Minister heeft gebruik gemaakt van deze mogelijkheid en bij besluit van 2 september 1996 (Stb. 1996/481) tevens als dienstbetrekking in de zin van de WMM aangemerkt de overeenkomst waarbij een persoon tegen beloning arbeid verricht – persoonlijk dan wel uitsluitend met behulp van zijn echtgenoot dan wel degene met wie hij een gezamenlijke huishouding voert of bij hem inwonende familie – voor ten hoogste twee anderen, tenzij deze overeenkomst is aangegaan in beroep of bedrijf.

56 Kamerstukken II 1967/68, 9 574, nr. 3, p. 15.

57 Mijns inziens geeft artikel 3 WMM de Minister wel de mogelijkheid deze relatie met de inlener of opdrachtgever met de aan hem ter beschikking gestelde werknemer aan te merken als dienstbetrekking in de zin van artikel 2 WMM.

58 Zie hierover nader paragraaf 4.8.3.

werknemer gewerkte uren. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de verplichting tot overlegging van de voormelde bescheiden op grond van 18b lid 3 WMM op de inlener of de opdrachtgever rust omdat de aangetroffen persoon ook in de onderneming werkzaam kan zijn krachtens een arbeidsovereenkomst met een ander dan de eigenaar of exploitant van die onderneming.⁵⁹ Dat laatste is het geval bij uitzending en detachering.

3.4.2 De werkgever in de Wet aanpassing arbeidsduur

In de Wet aanpassing arbeidsduur (WAA) van 19 februari 2000⁶⁰ is aan de werknemer een recht gegeven op aanpassing van zijn arbeidsduur. Op grond van de WAA dient de werkgever een verzoek van de werknemer om aanpassing van zijn arbeidsduur te honoreren, tenzij dit op grond van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen niet van de werkgever kan worden verwacht.⁶¹ De WAA is niet van toepassing op werkgevers met minder dan tien werknemers.⁶² De werknemer kan zowel om een vermindering als om een vermeerdering van zijn arbeidsduur verzoeken. De werknemer moet echter wel minimaal een jaar in dienst zijn op het moment dat de door hem verzochte aanpassing van de arbeidsduur ingaat en hij kan slechts eenmaal per twee jaar om aanpassing van zijn arbeidsduur verzoeken op grond van de WAA.⁶³

Onder werkgever wordt in artikel 1 sub a WAA verstaan “degene die een ander krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of publiekrechtelijke aanstelling arbeid laat verrichten.” Evenmin als bij de hiervoor besproken WMM werd bij de parlementaire behandeling van de WAA inhoudelijk aandacht besteed aan de keuze van de regering om in de WAA aan te sluiten bij het civielrechtelijke werkgeverschap. De regering deelde mee ervoor gekozen te hebben deze voorschriften niet in Titel 10 Boek 7 BW op te nemen omdat zij deze van toepassing wilde laten zijn op alle werkgevers en werknemers, zowel op basis van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst, als op basis van een publiekrechtelijke aanstelling. Door deze voorschriften neer te leggen in een zelfstandige wet konden zij van toepassing worden verklaard op werknemers en ambtenaren en – waar aan de orde – zelfstandigen en uitkeringsgerechtigden.⁶⁴

Als hiervoor gesteld kan de werknemer aanspraak maken op de aanpassing van zijn arbeidsduur op grond van de WAA wanneer hij ten minste gedurende een jaar voorafgaand aan het beoogde tijdstip van ingang van die aanpassing in dienst is van de werkgever. Op grond van de laatste zin van artikel 2 lid 1 WAA worden bij de vaststelling van de in de vorige zin genoemde periode van een jaar samengeteld, perioden waarin met tussenpozen van niet meer dan drie maanden arbeid wordt

59 Kamerstukken II 2010/11, 32 896, nr. 3, p. 2.

60 Stb. 2000/114. De wet trad in werking op 1 juli 2000.

61 Artikel 2 lid 5 WAA.

62 Artikel 2 lid 12 WAA. Dit lid bepaalt voorts dat een werkgever met minder dan tien werknemers zelf een regeling dient te treffen inzake het recht van de werknemers op een aanpassing van hun arbeidsduur.

63 Artikel 2 lid 1 en lid 3 WAA.

64 Kamerstukken II 1998/99, 26 447 (26 358), nr. 12. Destijds was het nog de bedoeling dat de voorschriften uit de WAA onderdeel zouden worden van de hierna besproken Wet arbeid en zorg.

verricht voor verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn. Uit de memorie van toelichting volgt dat dit opvolgende werkgeverschap in de WAA werd opgenomen om te voorkomen dat de werkgever door ten aanzien van dezelfde arbeid af te wisselen met een andere werkgever (bijvoorbeeld een uitzendbureau) kon bewerkstelligen dat de termijn van een jaar niet zou worden bereikt.⁶⁵ Tijdens de parlementaire behandeling kwam de toepassing van de WAA in uitzendverhoudingen aan de orde. Enkele Tweede Kamerleden stelden voor in de WAA op te nemen dat een weigering van de opdrachtgever de arbeidsduur in overeenstemming met de wensen van de werknemer aan te passen, voor het uitzendbureau een legitieme reden zou zijn het verzoek om aanpassing van de arbeidsduur, dat bij hem als werkgever werd ingediend, niet in te willigen.⁶⁶ De regering ging hier niet in mee en benadrukte dat het recht op aanpassing van de arbeidsduur onderdeel uitmaakt van de tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht gesloten uitzendovereenkomst en de overeenkomst tussen het uitzendbureau en dat de opdrachtgever daar los van staat. Die opdrachtgever is niet gehouden mee te werken aan de uitvoering van een verzoek van de uitzendkracht om aanpassing van de arbeidsduur. Voor hem geldt uitsluitend de met het uitzendbureau gesloten opdrachtovereenkomst. Een weigering van de opdrachtgever mee te werken aan een aanpassing van de arbeidsduur kon dus niet worden aangemerkt als een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang. Van een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang zou volgens de regering wel sprake kunnen zijn wanneer zich nog andere bijzondere omstandigheden zouden voordoen, zoals wanneer het uitzendbureau geen andere, vervangende terbeschikkingstelling zou kunnen aanbieden die zou aansluiten bij de wensen van de uitzendkracht.⁶⁷

3.4.3 De werkgever in de Wet arbeid en zorg

In de Wet arbeid en zorg (WAZO) van 16 november 2001⁶⁸ zijn regels en voorschriften opgenomen met betrekking tot verschillende typen verlof voor de werknemer. Het gaat hier om een recht op verlof en soms tevens om een recht op uitkering gedurende het verlof. In de WAZO werden ten tijde van de totstandkoming van die wet bestaande verlofregelingen ondergebracht en nieuwe verlofregelingen geïntroduceerd. Beoogd werd alle verlofregelingen voor werknemers onder te brengen in één wet en regels te stellen die het voor werknemers mogelijk moesten maken werk en zorgtaken te combineren.⁶⁹ In de WAZO zijn geregeld: het recht van de werknemer op verlof én uitkering bij zwangerschap, bevalling, adoptie en pleegzorg; het recht van de werknemer op betaald kraamverlof en kortdurend zorgverlof; het recht van de werknemer op calamiteiten- en ander kortverzuimverlof; ouderschapsverlof en de financiering van de loopbaanonderbreking.

65 Kamerstukken II 1998/99, 26 358, nr. 3, p. 15.

66 Kamerstukken II 1998/99, 26 358, nr. 4, p. 25.

67 Kamerstukken II 1998/99, 26 358, nr. 5, p. 29.

68 Stb. 2001/567. De wet trad in werking op 1 december 2001.

69 Kamerstukken II 1999/00, 27 207, nr. 3, p. 4.

Evenals in de WAA wordt in artikel 1:1 sub a WAZO onder werkgever verstaan “degene die een ander krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of publiekrechtelijke aanstelling arbeid laat verrichten.” Wel wordt in artikel 1:1 WAZO met de woorden “tenzij anders is bepaald” de mogelijkheid opengelaten in de wet een andere omschrijving van het begrip werkgever (of werknemer) te gebruiken.⁷⁰ Om in aanmerking te komen voor een recht op ouderschapsverlof dient de arbeidsovereenkomst van de werknemer ten minste een jaar te hebben geduurd.⁷¹ In artikel 6:3 lid 2 WAZO worden bij de vaststelling van die periode – op dezelfde gronden als in de WAA⁷² – samengeteld perioden, waarin met tussenpozen van niet meer dan drie maanden arbeid wordt verricht voor verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn. Tenzij dit op grond van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen niet van de werkgever kan worden verwacht, moet een verzoek van de werknemer om kort- en langdurend zorgverlof door de werkgever worden toegewezen.⁷³ Hetzelfde geldt voor een verzoek om ouderschapsverlof door een werknemer die de arbeid buiten Nederland verricht en voor de werknemer die het ouderschapsverlof op een afwijkende wijze wil opnemen.⁷⁴ De toepassing van de WAZO bij uitzending en detachering van werknemers kwam tijdens de parlementaire behandeling hiervan niet aan de orde.

3.4.4 De werkgever in het Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen 1945

Op grond van artikel 1 sub c BBA 1945 wordt voor de toepassing van het BBA 1945 onder werkgever verstaan “de werkgever, bedoeld in artikel 610, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek”⁷⁵ alsmede de natuurlijke of rechtspersoon voor wie anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst persoonlijk arbeid wordt verricht, tenzij de persoon die deze arbeid verricht dergelijke arbeid in de regel voor meer dan twee anderen verricht, hij zich door meer dan twee andere personen (niet zijnde zijn partner of inwonende familie) laat bijstaan, of deze arbeid voor hem slechts een bijkomstige werkzaamheid is.⁷⁶ In het Ontslagbesluit van de Minister van SZW zijn regels vastgelegd waaraan het UWV WERKbedrijf is gebonden bij zijn beoordeling over het al dan niet verlenen van een ontslagvergunning. Op grond van het Ontslagbesluit⁷⁷ en de Beleidsregels ontslagtaak UWV⁷⁸ (hierna Beleidsregels), waarin het beleid van

70 Dat is op dit moment het geval in de artikelen 3:6 e.v. WAZO betreffende de uitkering in verband met zwangerschap, bevalling, adoptie en pleegzorg.

71 Artikel 6:3 WAZO. Bij de andere in de WAZO geregelde verlofvormen wordt een dergelijke eis niet gesteld.

72 Kamerstukken II 1999/00, 27 207, nr. 3, p. 57/58.

73 Artikel 5:4 lid 2 en 5:11 lid 3 WAZO.

74 Artikel 6:1 lid 3 en 6:2 lid 5 WAZO.

75 Artikel 1 sub c onder 1 BBA 1945.

76 Artikel 1 sub c onder 2 jo. Artikel 1 sub b onder 2 BBA 1945. In artikel 2 BBA 1945 worden werknemers bij een publiekrechtelijk lichaam, docenten, geestelijken en huishoudelijk personeel uitgesloten van toepassing van het BBA 1945.

77 Regeling van 7 december 1998, Stcrt. 1998/238. Laatstelijk gewijzigd bij Regeling van 18 januari 2012, Stcrt. 2012/1429.

78 Besluit beleidsregels ontslagtaak UWV 2010, Stcrt. 2010/19010. Dit besluit is met ingang van 1 september 2012 vervangen door het Besluit beleidsregels ontslagtaak UWV 2012, Stcrt. 2012/16614. Zie www.werk.nl.

het UWV WERKbedrijf bij de beoordeling van een verzoek om een ontslagvergunning is vastgelegd, moet de werkgever een ontslag om bedrijfseconomische redenen voldoende onderbouwen met jaarstukken en (omzet)prognoses. De werknemer moet dan op grond van zijn leeftijd en anciënniteit in aanmerking komen voor ontslag en de werkgever moet inzichtelijk maken dat hij de werknemer niet kan plaatsen op een andere functie. Ook bij een verzoek om een ontslagvergunning wegens disfunctioneren, verwijtbaar handelen of nalaten door de werknemer, of wegens een verstoorde arbeidsrelatie zal door de werkgever aannemelijk moeten worden gemaakt en met bescheiden moeten worden onderbouwd dat het ontslag noodzakelijk is en de werknemer niet elders in de onderneming kan worden geplaatst.

Pluraliteit van werkgeverschap en de preventieve ontslagtoezicht op grond van het BBA 1945

Hoewel in het BBA 1945, wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van Titel 10 Boek 7 BW, uitsluitend de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW als werkgever wordt aangemerkt, wordt in of bij de toepassing van het Ontslagbesluit wel rekening gehouden met de situatie waarin sprake is van opvolgend werkgeverschap en de situatie waarin de werknemer de arbeid verricht in de onderneming van een andere partij dan de contractuele werkgever. Dit rekening houden met heeft betrekking op de toepassing van het afspiegelingsbeginsel op grond van artikel 4:2 lid 1 van het Ontslagbesluit. Op basis van dit afspiegelingsbeginsel wordt aan de hand van de leeftijd en de indiensttredingsdatum van de werknemers vastgesteld welke werknemers binnen een categorie uitwisselbare functies in aanmerking komen voor ontslag. Op grond van de Beleidsregels wordt bij de vaststelling van de anciënniteit van de werknemer de duur van arbeidsovereenkomsten met eerdere werkgevers meegeteld wanneer sprake is van opvolgend werkgeverschap.⁷⁹ Van opvolgend werkgeverschap is op grond van de Beleidsregels sprake, wanneer (i) de aard van de door de werknemer verrichte werkzaamheden, (ii) de locatie waarin de werkzaamheden worden uitgevoerd en (iii) de bedrijfsmiddelen waarmee de activiteiten worden uitgevoerd bij (de) eerdere werkgever(s) (vrijwel) hetzelfde zijn gebleven en de arbeidsovereenkomsten elkaar met een tussenpoos van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd.⁸⁰ Ook de periode waarin de werknemer als uitzendkracht werkzaam was bij een opdrachtgever voordat hij een arbeidsovereenkomst sloot met die opdrachtgever, wordt op grond van de Beleidsregels meegeteld bij de vaststelling van de anciënniteit van de werknemer indien aan voormelde voorwaarden is voldaan.

Andere situaties waarin bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel de gedurende eerdere arbeidsovereenkomsten met andere werkgevers opgebouwde anciënniteit wordt meegeteld bij de latere werkgever, zijn die waarin de arbeidsovereenkomst van de werknemer is overgegaan door overgang van onderneming en die waarin de werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest van verschillende tot de dezelfde

⁷⁹ Beleidsregels ontslagtaak UWV, hoofdstuk 13-3/4, versie september 2012.

⁸⁰ In de Beleidsregels wordt in dit kader verwezen naar de voorwaarden voor opvolgend werkgeverschap ex artikel 7:668a lid 2 BW. Zie hierover paragraaf 4.8.4.

groep behorende groepsmaatschappijen. In de eerste situatie blijven de door de werknemer bij de overgegangene onderneming dienstjaren behouden en tellen deze mee bij de berekening van de anciënniteit van de werknemer bij de nieuwe werkgever.⁸¹ In de laatste situatie tellen de door de werknemer bij de andere groepsmaatschappij (en) opgebouwde dienstjaren niet mee bij de berekening van de anciënniteit van de werknemer, tenzij de werknemer op basis van een door de groep gevoerd “employability-beleid” in dienst is geweest van verschillende groepsmaatschappijen. Van een dergelijk employability-beleid is sprake wanneer in beginsel van werknemers wordt verwacht dat zij op basis van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten in dienst zullen zijn van verschillende groepsmaatschappijen. Dat binnen een groep sprake is van een dergelijk employability-beleid kan op grond van de Beleidsregels⁸² onder meer blijken uit een centraal gevoerd vacaturebeleid, de regel dat interne – in dienst van een groepsmaatschappij zijnde – kandidaten voorrang hebben boven externe kandidaten bij de vervulling van vacatures en/of uit afspraken in de arbeidsovereenkomst over bijvoorbeeld het meenemen van door de werknemer bij één of meer andere groepsmaatschappijen opgebouwde dienstjaren. Van belang is dat aannemelijk is dat de groep een bestendig beleid voert om dienstverbanden binnen (een deel van) de groep samen te tellen. Behalve bij de vaststelling van de anciënniteit in het kader van de toepassing van het afspiegelingsbeginsel, wordt de omstandigheid dat de werknemer in dienst is van een groepsmaatschappij eveneens in aanmerking genomen bij de beoordeling van de herplaatsingsmogelijkheden van de werkgever. Volgens de Beleidsregels mag van een werkgever die deel uitmaakt van een groep worden verwacht dat deze onderzoekt of herplaatsing bij een andere groepsmaatschappij mogelijk is.⁸³ Dat geldt des te meer wanneer de werknemer door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt.⁸⁴ De door de werknemer bij andere groepsmaatschappijen gewerkte dienstjaren en de extra herplaatsingsmogelijkheden van een werkgever die deel uitmaakt van een groep, kunnen eveneens in aanmerking worden genomen bij de vaststelling van een ontslagvergoeding in een ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW of in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure ex artikel 7:681 BW.⁸⁵

81 Beleidsregels ontslagtaak UWV, hoofdstuk 13-4 en 24-8, versie september 2012. Wanneer de arbeidsovereenkomst van de werknemer bij een juridische fusie of (af)splitsing overgaat op de verkrijgende rechtspersoon bij de fusie of (af)splitsing, gaat de door de werknemer bij de vorige werkgever opgebouwde anciënniteit onder algemene titel over. Zie hierover paragraaf 7.2.6 en 7.3.11.

82 Beleidsregels ontslagtaak UWV, hoofdstuk 13-5/6, versie september 2012.

83 Beleidsregels ontslagtaak UWV, hoofdstuk 20-2, versie september 2012. Artikel 3:1 van het Ontslagbesluit vormt de grondslag voor het door het UWV WERKbedrijf betrekken van de herplaatsingsmogelijkheden van de werkgever bij de beoordeling van een ontslagvergunningaanvraag. Zie over de herplaatsingsverplichtingen van een groepsmaatschappij ook paragraaf 6.6.6.

84 In de Beleidsregels wordt verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 21 mei 2010 (NJ 2010, 495 m.nt. Heerma van Voss en JAR 2010/163) waarin de Hoge Raad oordeelde dat van de werkgever die deel uitmaakt van een groep in beginsel een extra inspanning mag worden verwacht om een boventallige werknemer die door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt binnen het hem “vertrouwde concern” te herplaatsen.

85 Dit komt nader aan de orde in paragraaf 6.6.6.

Verricht de werknemer de arbeid op basis van een arbeidsovereenkomst met zijn (contractuele) werkgever bij en onder het gezag van een derde, dan kan op grond van artikel 4:2 lid 2 of 3 van het Ontslagbesluit worden afgeweken van het in het eerste lid van dit artikel neergelegde afspiegelingsbeginsel. Dit afwijken houdt verband met de omstandigheid dat in een dergelijke situatie de toepassing van het afspiegelingsbeginsel over alle uitwisselbare functies binnen de bedrijfsvestiging van de (contractuele) werkgever problematisch is omdat de vervanging van een bij een opdrachtgever werkzame werknemer in redelijkheid niet kan worden geëffectueerd. Op grond van artikel 4:2 lid 2 van het Ontslagbesluit zijn op verzoeken om toestemming voor het opzeggen van arbeidsovereenkomsten van werknemers in de schoonmaak- en uitzendsector speciale bijlagen (Bijlage A en B) bij het Ontslagbesluit van toepassing. Kort gezegd vindt op grond van deze bijlagen geen afspiegeling plaats over alle uitwisselbare functies in de bedrijfsvestiging van het schoonmaakbedrijf of het uitzendbureau, maar slechts over uitwisselbare functies bij één (of meer) bepaalde schoonmaakploeg(en) dan wel inleenopdracht(en). Bijlage B is uitsluitend van toepassing op ontslagvergunningsaanvragen van uitzendwerkgevers die werknemers ter beschikking stellen aan opdrachtgevers in het kader van een door hen op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie.⁸⁶

Wanneer de werkgever geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt kan bij een verzoek om toestemming voor het ontslag van diens bij en onder het gezag van een derde werkzame werknemer op grond van artikel 4:2 lid 3 Ontslagbesluit worden afgeweken van het afspiegelingsbeginsel. Deze hardheidsclausule is van belang bij verzoeken om toestemming voor het ontslag van gedetacheerde werknemers van (intra-concern) detacherende werkgevers die geen uitzendwerkgever zijn in de zin van Bijlage B. De werkgever zal dan moeten aantonen dat vervanging van de betrokken werknemer te bezwaarlijk is in het licht van de zakelijke relatie van de werkgever met de derde bij en onder wiens gezag de werknemer de arbeid verricht.⁸⁷ Bij een verzoek om toestemming voor het ontslag van werknemers die werkzaam zijn op basis van een payrollovereenkomst gelden daarbij speciale Beleidsregels.⁸⁸ Bij payrolling stelt een payrollbedrijf de werknemer in beginsel langdurig en exclusief ter beschikking aan één opdrachtgever.⁸⁹ Volgens de Beleidsregels is onverkorte

86 De in vergelijking met artikel 7:690 BW meer specifieke wijze waarop de uitzendwerkgever is gedefinieerd in Bijlage B komt nader aan de orde in paragraaf 4.9. Zie hierover ook Beleidsregels ontslagtaak UWV, hoofdstuk 15, versie september 2012.

87 In de Beleidsregels worden verschillende omstandigheden genoemd die een rol kunnen spelen bij de beoordeling door het UWV WERKbedrijf van de gerechtvaardigdheid van een beroep op de hardheidsclausule van artikel 4:2 lid 3 Ontslagbesluit. Zie Beleidsregels ontslagtaak UWV, hoofdstuk 17, versie september 2012.

88 Beleidsregels ontslagtaak UWV, hoofdstuk 16, versie september 2012.

89 Bij de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling sluit een payrollbedrijf een arbeidsovereenkomst met de werknemer omdat de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht (de opdrachtgever) het juridische en administratieve werkgeverschap uit handen wil geven aan een payrollbedrijf. Deze opdrachtgever wierf en selecteerde de werknemer en de werknemer wordt exclusief en in beginsel langdurig aan hem ter beschikking gesteld op basis van een door hem met het payrollbedrijf gesloten opdrachtovereenkomst. Ook komt voor dat de opdrachtgever (een deel van) zijn personeelsbestand een arbeidsovereenkomst laat sluiten met een door hem aangezocht payrollbedrijf, waarna dit payrollbedrijf deze werknemers langdurig en exclusief aan hem ter beschikking gaat stellen. Zie hierover nader paragraaf 4.12.

toepassing van het afspiegelingsbeginsel bij payrollling niet mogelijk omdat de opdrachtgever beslist over de opzegging van de payrollovereenkomst. In de Beleidsregels wordt de opzegging van de payrollovereenkomst door de opdrachtgever van het payrollbedrijf aangemerkt als een bedrijfseconomische reden voor ontslag in de zin van het Ontslagbesluit. Het payrollbedrijf hoeft slechts aannemelijk te maken dat de opdrachtgever de payrollovereenkomst heeft beëindigd. Of de opdrachtgever van het payrollbedrijf daar een gegronde reden voor had, is niet relevant. Dit staat in schril contrast met de hiervoor genoemde vereisten die gelden bij een verzoek om toestemming voor het ontslag voor de werknemer die gewoon in dienst is van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid verricht. In feite verkeert de payrollwerknemer voor de toepassing van het Ontslagbesluit in een positie die vergelijkbaar is met die van een uitzendkracht. Bij payrollling wordt echter iets heel anders beoogd dan bij uitzending. Het payrollbedrijf vervult geen allocatiefunctie op de arbeidsmarkt. De opdrachtgever werft en selecteert de werknemer zelf en de werknemer wordt niet aan verschillende inleners ter beschikking gesteld door het payrollbedrijf, maar is exclusief en in beginsel langdurig werkzaam bij de opdrachtgever die hem wierf en selecteerde. Het uitzendbureau daarentegen richt zich op het op tijdelijke basis ter beschikking stellen van door hemzelf geworven en geselecteerde uitzendkrachten aan verschillende opdrachtgevers. Anders dan een payrollbedrijf heeft een uitzendbureau daardoor ook voldoende herplaatsingsmogelijkheden voor de uitzendkrachten wanneer een opdrachtgever een uitzendovereenkomst beëindigt. Mijns inziens houdt het UWV – wanneer het payrollbedrijf en niet de opdrachtgever al zou kunnen worden gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW – ten koste van de werknemer in zijn Beleidsregels onvoldoende rekening met de omstandigheid dat het payrollbedrijf slechts als ‘papierwerkgever’ fungeert.

3.4.5 De werkgever in de Wet melding collectief ontslag

In artikel 1 WMCO worden de werkgever en de werknemer gedefinieerd als “partijen bij een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 610, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.”⁹⁰ Wanneer de werkgever voornemens is de dienstbetrekkingen te beëindigen van twintig of meer werknemers die werkzaam zijn in één WMCO-werkgebied, bestaat voor hem een meldingsplicht op grond van de WMCO. Deze meldingsplicht geldt alleen wanneer de werkgever voornemens is twintig of meer van de op grond van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW bij hém in dienst zijnde werknemers te ontslaan. Volgens artikel 2 lid 1 sub a WMCO is de wet niet van toepassing op ontslagen waarvoor geen toestemming van het UWV

⁹⁰ De grondslag van de WMCO vormt de richtlijn van 17 februari 1975 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag (Richtlijn 75/129/EEG van 17 februari 1975, gewijzigd bij Richtlijn 92/56/EEG van 24 juni 1992 en vervangen door Richtlijn 98/59/EG van 20 juli 1998).

WERKbedrijf vereist is.⁹¹ Ook de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd, of om redenen die uitsluitend de persoon van de werknemer betreffen⁹² en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met een bestuurder van een NV of BV vallen niet onder de toepassing van de WMCO.⁹³ In de memorie van toelichting werd meegedeeld dat de arbeidsverhouding, berustend op een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten – nu is dat de opdrachtovereenkomst ex artikel 7:400 BW – buiten de WMCO werd gehouden omdat daarbij niet snel sprake zou zijn van collectief ontslag.⁹⁴

De WMCO in groepsverhoudingen

De werkgever die wil overgaan tot een collectief ontslag in de zin van de WMCO is verplicht tot melding aan de werknemersverenigingen en aan het UWV WERKbedrijf. Deze meldingsplicht ontstaat op het moment dat de werkgever meent dat ter oplossing van de zich voordoende moeilijkheden het middel van collectief ontslag moet worden gebruikt.⁹⁵ Op dat moment is sprake van een voornemen tot collectief ontslag in de zin van artikel 3 lid 1 WMCO. In groepsverhoudingen is het vaak niet de groepsmaatschappij, als werkgever in de zin van de WMCO van de voor collectief ontslag in aanmerking komende werknemers, maar de moedermaatschappij waarbij dit voornemen ontstaat. Wanneer de moedermaatschappij vervolgens tot een beslissing komt, moet de groepsmaatschappij deze beslissing en het daarmee eventueel gepaard gaande collectieve ontslag uitvoeren. In een dergelijke situatie is de groepsmaatschappij verplicht tot melding op grond van de WMCO als de moedermaatschappij een strategisch of commercieel besluit heeft genomen waaruit dat collectieve ontslag door de groepsmaatschappij – als werkgever in de zin van de WMCO – zal voortvloeien.⁹⁶ De groepsmaatschappij is dus niet reeds verplicht tot melding op het moment dat de moedermaatschappij het in de vorige zin genoemde strategische of commerciële besluit overweegt dat tot collectief ontslag bij de groepsmaatschappij zal leiden.

91 Op grond van artikel 2 BBA 1945 is geen voorafgaande toestemming vereist voor het ontslag van werknemers bij een publiekrechtelijk lichaam (sub a), onderwijzend en docerend personeel, werkzaam aan onderwijsinrichtingen, staande onder het beheer van een natuurlijke of rechtspersoon (sub b), personen die een geestelijk ambt bekleden (sub c) en voor werknemers die doorgaans op minder dan drie dagen per week uitsluitend of hoofdzakelijk huishoudelijke of persoonlijke diensten in de huishouding van een natuurlijk persoon verrichten (sub d). Voorts is de WMCO in het tweede lid van artikel 2 BBA 1945 niet van toepassing verklaard op het doen eindigen van arbeidsovereenkomsten in verband met het aflopen van de seizoensarbeid in het kader waarvan deze arbeidsovereenkomsten werden aangegaan.

92 De WMCO ziet op collectieve ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen en niet op ontslag op grond van aan de persoon van de werknemer gebonden redenen zoals een verstoorde arbeidsrelatie of het disfunctioneren van de werknemer.

93 Artikel 2 lid 1 sub c, b en d WMCO.

94 Kamerstukken II 1974/75, 13 324, nr. 3, p. 13.

95 Kamerstukken II 1974/75, 13 324, nr. 5, p. 6.

96 HvJ EG 10 september 2009, JAR 2009/252 (Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry e.a./Fujitsu Siemens Computers Oy), r.o. 48.

3.5 Conclusie

In arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving buiten het BW waarin regels zijn gesteld met betrekking tot de uitvoering, inrichting en beëindiging van de arbeidsovereenkomst wordt op uiteenlopende wijze invulling gegeven aan het begrip werkgever.

In de Arbeidsomstandigheden- en Arbeidstijdenwet en de WAV wordt niet aangesloten bij het werkgeverschap ex artikel 7:610 lid 1 BW. In verband met de in deze wetgeving nagestreefde doelstellingen worden hierin respectievelijk als werkgever beschouwd degene bij wie de werknemer de arbeid feitelijk verricht en degene die de derdelander in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf (of ambt) arbeid laat verrichten. Of degene in wiens beroep of bedrijf de werknemer de arbeid verricht ook de civielrechtelijke werkgever is van de werknemer, is niet relevant voor de toepassing van deze wetgeving. De uiteenlopende doelstellingen die ten grondslag liggen aan deze arbeidswetgeving – de waarborging van veilige werkomstandigheden en het welzijn van de werknemer versus de bestrijding van illegaliteit en misbruik bij de tewerkstelling van derdelanders – hebben op hun beurt weer geleid tot een uiteenlopende invulling van het werkgeversbegrip in deze wetgeving. Waar het werkgeverschap in de Arbeidsomstandigheden- en Arbeidstijdenwet is gekoppeld aan de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid feitelijk verricht, kunnen voor de toepassing van de WAV de feitelijke werkgever en de contractuele werkgever tegelijkertijd als werkgever worden gekwalificeerd. Dat is aan de orde wanneer de tewerkstelling plaatsvindt in de bedrijfsuitoefening van de uitzendende of detacherende werkgever. In deze situatie 'laat' dan zowel de feitelijke als de contractuele werkgever de derdelander arbeid verrichten in de uitoefening van zijn bedrijf in de zin van de WAV.

In andere publiekrechtelijke arbeidswetgeving wordt bij de definiëring van de werkgever juist wel aangesloten bij het civielrechtelijke werkgeverschap. Dat in deze arbeidswetgeving wel wordt aangeknoopt bij het civielrechtelijke werkgeverschap kan worden verklaard aan de hand van het doel van deze wetgeving. In de WMM, WAA en de WAZO worden regels en minimumvoorwaarden gesteld met betrekking tot de inrichting en invulling van de arbeidsovereenkomst. Het BBA 1945 en de WMCO bevatten regels op het gebied van de (collectieve) beëindiging van (de) arbeidsovereenkomst(en). Anders dan in de Arbeidsomstandigheden- en Arbeidstijdenwet en de WAV gaat het in deze publiekrechtelijke arbeidswetgeving niet om regels die direct betrekking hebben op de bescherming van de werknemer als persoon, maar om de (contractuele) inrichting van de arbeidsovereenkomst en om regels bij de beëindiging daarvan. Dit verklaart waarom in deze arbeidswetgeving wordt aangesloten bij het civielrechtelijke werkgeversbegrip.

In enkele situaties wordt in deze arbeidswetgeving wel rekening gehouden met pluraliteit van werkgeverschap. Zo worden in de WAA en de WAZO, evenals in Titel 10 Boek 7 BW, eerdere arbeidsovereenkomsten met één of meer andere werkgevers meegeteld indien de door de werknemer op basis van deze verschillende arbeidsovereenkomsten verrichte arbeid min of meer dezelfde bleef. Anderzijds kan in beginsel uitsluitend een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang aan de kant van de

werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW een grond vormen voor de afwijzing van een verzoek om aanpassing van de arbeidsduur, om kort- en langdurend zorgverlof en – in bepaalde situaties – om ouderschapsverlof. Dat betekent dat deze afwijzingsgrond geen rol speelt wanneer de werknemer de arbeid verricht in de onderneming van een ander dan zijn contractuele werkgever zoals het geval is bij uitzending of detachering. Bij uitzending zal dat niet tot praktische problemen leiden omdat het uitzendbureau dan een andere uitzendkracht ter beschikking kan stellen aan de inlener. Dat is anders wanneer de werknemer langdurig gedetacheerd is bij een opdrachtgever door een contractuele werkgever die geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. In deze situatie leidt de koppeling van deze afwijzingsgrond aan het bedrijfs- of dienstbelang van de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW ertoe dat aan werkgeverskant geen beroep kan worden gedaan op deze hardheidsclausule in de WAA en de WAZO. Mijns inziens wordt daarmee onvoldoende rekening gehouden met de belangen van de contractuele werkgever en de opdrachtgever in geval van dergelijke langdurige detacheringen.

Bij de toepassing van het BBA 1945 wordt op verschillende manieren rekening gehouden met de situatie waarin gelijktijdig of opvolgend verschillende partijen zijn betrokken bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Waar de door de werknemer bij een andere contractuele werkgever opgebouwde anciënniteit in aanmerking wordt genomen bij het verzoek om een ontslagvergunning door een opvolgende werkgever, leidt – bij gelijktijdige pluraliteit van werkgeverschap – de omstandigheid dat de werknemer de arbeid verricht in de onderneming van een ander dan de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW tot minder ontslagbescherming bij de toepassing van het BBA 1945. Wanneer een uitzendbureau verzoekt om een ontslagvergunning voor een uitzendkracht vormt de opzegging van de uitzendovereenkomst door de inlener een bedrijfseconomische grond voor het ontslag. Het afspiegelingsbeginsel is dan zeer beperkt van toepassing en wanneer het uitzendbureau geen herplaatsingsmogelijkheden heeft, wordt de ontslagvergunning verleend. De geringere ontslagbescherming van de uitzendkracht wordt gerechtvaardigd geacht in verband met de aard van de onderneming van het uitzendbureau. Aan de ene kant heeft de arbeid in verband hiermee een flexibeler karakter en anderzijds zullen daardoor vaker herplaatsingsmogelijkheden bestaan voor de uitzendkracht. Ook bij arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarin de contractuele werkgever geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt kan worden afgeweken van het afspiegelingsbeginsel. Bij payrolling wordt de beëindiging van de payrollovereenkomst door de opdrachtgever zelfs als een bedrijfseconomische grond voor ontslag aangemerkt door het UWV WERKbedrijf. Daarmee zou de payrollwerknemer voor de toepassing van het BBA 1945 komen te verkeren in een positie die vergelijkbaar is met die van een uitzendkracht. Daargelaten of het payrollbedrijf kan worden gekwalificeerd als de civielrechtelijke werkgever van de payrollwerknemer, wordt deze verminderde ontslagbescherming niet gerechtvaardigd door de allocatiefunctie die het payrollbedrijf vervult op de arbeidsmarkt. Daarom zouden naar mijn mening bij de beoordeling van een verzoek om toestemming voor het ontslag van een payrollwerknemer de gronden van de opdrachtgever voor de beëindiging van de payrollovereenkomst moeten worden betrokken.

In situaties waarin, als bij payrolling, de eigenaar of exploitant van de onderneming niet de contractuele werkgever is van de langdurig in zijn onderneming tewerkgestelde werknemers, zou voorts afbreuk kunnen worden gedaan aan het met de WMCO beoogde doel. Omdat de raadplegingsverplichting geldt voor de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW, zou deze pas ontstaan nadat deze feitelijke werkgever de terbeschikkingstelling van 20 of meer van de langdurig bij hem tewerkgestelde werknemers heeft beëindigd. In dat geval staan de vakbonden voor een voldongen feit en zal deze raadpleging uitsluitend nog betrekking hebben op de sociale gevolgen van het ontslag. Daarmee zou afbreuk worden gedaan aan wat in de WMCO en in de daaraan ten grondslag liggende richtlijn werd beoogd met de raadplegingsverplichting bij collectief ontslag.