



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Pluraliteit van werkgeverschap

Zwemmer, J.P.H.

Publication date
2012

[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.

4

Werkgeverschap bij uitzending en detachering

4.1 Inleiding

Uitzendarbeid kwam op in de jaren vijftig en zestig van de vorige eeuw als gevolg van de grote krapte op de arbeidsmarkt veroorzaakt door de grote economische groei in die jaren. In die eerste jaren werd uitzendarbeid vaak negatief geassocieerd met ronselaars en koppelbazen die zich schuldig maakten aan belastingontduiking en die met valse loonconcurrentie onrust veroorzaakten op de arbeidsmarkt. Met de invoering van het vergunningstelsel werd uitzending gereguleerd en gingen uitzendbureaus een steeds belangrijker allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt. Uitzendbureaus gingen voorzien in een behoefte aan gespecialiseerd personeel bij 'piek of ziek', een belangrijke rol vervullen bij de (her)intreding van werknemers op de arbeidsmarkt en in tijden van recessie een belangrijke bijdrage leveren aan het herstel van de economie door te voldoen aan de (grotere) behoefte aan flexibele arbeid. Daarnaast voorzagen uitzendarbeid in een behoefte aan flexibiliteit bij bepaalde categorieën deelnemers aan de arbeidsmarkt, zoals vrouwen en jongeren.¹ Dit vormde de reden voor het opnemen van een bijzondere regeling voor de uitzendovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW. Wanneer de uitzendovereenkomst voldoet aan de definitie van artikel 7:690 BW heeft de uitzendkracht een arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau. Voor deze arbeidsovereenkomst geldt op grond van artikel 7:691 BW en Bijlage B Ontslagbesluit een verlicht arbeidsrechtelijk regime op basis waarvan meer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen worden aangegaan met de uitzendwerknemer en de arbeidsovereenkomst gemakkelijker (tussentijds) kan worden beëindigd.

Bij uitzending is sprake van een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding² tussen de uitzendwerknemer, de uitzendwerkgever en de opdrachtgever van de uitzendwerkgever (de inlener). Enerzijds heeft de uitzendwerknemer een arbeidsovereenkomst

1 Zie over situaties waarin behoefte bestaat aan door uitzendbureaus aangeboden flexibele arbeid, welke inleners hiervan gebruik maken en waarin de uitzendkracht zich onderscheidt van een 'gewone' werknemer: D.E.G. Moolenaar, *The Dutch market for agency work* (diss. Amsterdam UvA), Saarbrücken: Lambert Academic Publishing 2002.

2 Bij mijn weten was De Leede de eerste die in deze situatie het begrip driehoeksverhouding hanteerde. Zie L.J.M. de Leede, *Driehoeksverhoudingen in het arbeidsrecht*, NJB 7 maart 1970, nr. 10, p. 270-276.

met de uitzendwerkgever en anderzijds verricht hij arbeid onder toezicht en leiding van deze inlener. Voordat de relatie tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau in het BW werd geduid als een arbeidsovereenkomst, werd deze soms ook wel gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht omdat tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau geen sprake zou zijn van een gezagsverhouding. De regeling van de uitzendovereenkomst in het BW maakte een einde aan de twijfel over de wijze waarop de rechtsverhouding tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau juridisch moest worden gekwalificeerd. Tijdens de parlementaire behandeling van artikel 7:690 BW deelde de regering mee dat de regeling voor de uitzendovereenkomst niet alleen betrekking heeft op tijdelijke uitzending van uitzendkrachten door uitzendbureaus, maar dat deze regeling tevens van toepassing kan zijn op andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarbij de werknemer in de uitoefening van het bedrijf of beroep van de werkgever ter beschikking wordt gesteld aan een derde om onder diens leiding en toezicht arbeid te verrichten. Van doorslaggevende betekenis bij de beantwoording van de vraag of in dat geval sprake is van uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW, is of de werkgever binnen een dergelijke driehoeksverhouding een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervult. De vraag is dan welke van de andere thans op de arbeidsmarkt voorkomende – en soms in 1999 nog niet bestaande – driehoeksverhoudingen, naast de hiervoor genoemde traditionele uitzending door uitzendbureaus, onder de definitie van artikel 7:690 BW kunnen worden geschaard.

De juridische kwalificatie van de uitzendovereenkomst voorafgaande aan de inwerkingtreding van artikel 7:690 BW komt aan de orde in de paragrafen 4.2 en 4.3.

In paragraaf 4.4 onderzoek ik aan de hand van de wetsgeschiedenis van artikel 7:690 BW wat destijds de gronden waren voor het opnemen van een bijzondere regeling voor de uitzendovereenkomst in het BW en in paragraaf 4.5 worden de elementen uit de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW besproken. In paragraaf 4.6 komen de richtlijn betreffende uitzendarbeid uit 2008 en de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) aan bod. Deze regelingen, waarin voorschriften zijn opgenomen op het gebied van de gelijke behandeling van uitzendkrachten ten opzichte van gewone werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de inlener, bevatten van artikel 7:690 BW afwijkende definities van uitzendarbeid. In paragraaf 4.7 komt het verlichte arbeidsrechtelijke regime bij uitzending en de relatie van de uitzendwerknemer met de inlener aan de orde.

Hoewel tussen de uitzendwerknemer en de inlener slechts een feitelijke relatie bestaat, worden in of op basis van Titel 10 Boek 7 BW bepaalde aan het werkgeverschap verbonden rechten en verplichtingen mede neergelegd bij of toegerekend aan de inlener. Daardoor is in bepaalde omstandigheden sprake van medeaansprakelijkheid van de inlener voor de uit de arbeidsovereenkomst tussen de uitzendwerknemer en de uitzendwerkgever voortvloeiende verplichtingen en van opvolgend werkgeverschap in uitzendverhoudingen. In paragraaf 4.8 komt aan de orde in welke omstandigheden hiervan sprake is en welke redenen ten grondslag liggen aan deze pluraliteit van (werkgevers)aansprakelijkheid in uitzendverhoudingen. In de paragrafen 4.9, 4.10, 4.11 en 4.12 bespreek ik andere op de arbeidsmarkt voorkomende driehoeksverhoudingen

naast de 'traditionele' uitzending door een uitzendbureau. Beoordeeld wordt welke detachingsvarianten onder de definitie van artikel 7:690 BW kunnen worden gebracht, wanneer bij managementovereenkomsten sprake is van uitzending ex artikel 7:690 BW of werkgeverschap ex artikel 7:610 lid 1 BW en of payrolling als uitzending ex artikel 7:690 BW kan worden gekwalificeerd en, als dit niet het geval is, wat daarvan de gevolgen zijn voor de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer. Het hoofdstuk eindigt met een conclusie.

4.2 Uitzendrelaties

Dat het door de werknemer verrichten van arbeid onder het gezag van een andere partij dan de partij die als werkgever een arbeidsovereenkomst met de werknemer sloot niet in de weg staat aan het werkgeverschap van deze laatste partij, aanvaardde de Hoge Raad al in een arrest uit 1943.³ In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer was blijven bestaan nadat de werknemer op grond van een overeenkomst tussen zijn werkgever en een derde ter beschikking werd gesteld aan de derde om uitsluitend onder diens leiding arbeid te verrichten. Op welke wijze in deze situatie aan het element gezag werd voldaan in de verhouding tussen de werknemer en de (contractuele) werkgever die hem aan een derde ter beschikking stelde, was onduidelijk. Koopmans heeft dit in zijn dissertatie uit 1962 zo uitgelegd dat de terbeschikkingstelling – hij sprak hier van de “leenverhouding” – van de werknemer aan de derde kon worden gezien als een tijdelijk delegeren van werkgeversgezag aan de derde door de (contractuele) werkgever.⁴ Op grond van deze delegatie van werkgeversgezag aan de derde bestond dan een gezagsverhouding tussen de (contractuele) werkgever en de werknemer. Wanneer de leenverhouding eindigde, bleef de arbeidsovereenkomst bestaan en viel de werknemer weer terug op zijn (contractuele) werkgever. Van leenverhoudingen was volgens Koopmans sprake wanneer “een vennootschap personeel tijdelijk ter beschikking stelt van een dochteronderneming, of wanneer een metaalbedrijf gedurende bepaalde tijd een aantal van zijn arbeiders afstaat aan een ander metaalbedrijf dat met grote personeelstekorten te kampen heeft.”⁵

Als aparte categorie binnen de leenverhoudingen onderscheidde Koopmans de leenverhouding waarbij de “contractuele werkgever van het ter beschikking stellen van arbeiders aan anderen zijn bedrijf maakt.”⁶ Deze categorie werd later aangeduid als uitzending en, in verband met de grote krapte die in de jaren vijftig en zestig op de arbeidsmarkt heerste, snel populair. In die jaren werden deze uitzendondernemers

3 HR 16 april 1943, NJ 1943, 352.

4 Koopmans formuleerde dit als volgt: “Opdrachten aan de arbeider om de aanwijzingen van derden te volgen kunnen mede als gezag voor de toepassing van art. 1637a B.W. (artikel 7:610 lid 1 BW) worden beschouwd: de dienstbetrekking met A kan zo voortduren terwijl bij B wordt gewerkt, ook als nimmer bij A is gewerkt maar wel bij C, D en E.” T. Koopmans, *De begrippen werkmán, arbeider en werknemer* (diss. Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: Samsom 1962, p. 296.

5 T. Koopmans, *De begrippen werkmán, arbeider en werknemer* (diss. Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: Samsom 1962, p. 296.

6 T. Koopmans, *De begrippen werkmán, arbeider en werknemer* (diss. Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: Samsom 1962, p. 296.

vaak negatief aangeduid als ronselaars of koppelbazen, omdat zij werknemers met hogere lonen weglrokken bij hun werkgevers en hen vervolgens tegen een gefixeerd bedrag per week of per maand ter beschikking stelden aan allerlei ondernemingen, vaak metaalfabrieken, scheepswerven, of havenbedrijven. Deze handelwijze ging meestal gepaard met het ontgaan of ontduiken van de afdracht van loonbelasting en sociale premies en leidde tevens tot loonconcurrentie waardoor onrust ontstond op de arbeidsmarkt.⁷ Om deze praktijken te stoppen, werd in 1965 de Wet terbeschikkingstelling arbeidskrachten (Wet TBA) ingevoerd. In de Wet TBA werd aan de Kroon de bevoegdheid gegeven het ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een vergunning te binden.⁸ Dit vergunningstelsel werd in 1970 ingevoerd. In 1990 werd de Wet TBA⁹ overgeheveld naar de in dat jaar in werking getreden Arbeidsvoorzieningswet (1990). Ook de Arbeidsvoorzieningswet verbood het zonder vergunning ter beschikking stellen van arbeidskrachten.¹⁰ Niettemin had elke aanvrager recht op de vergunning, tenzij gegronde vrees bestond dat wettelijke regels zouden worden overtreden of hierdoor de goede verhoudingen op de arbeidsmarkt zouden worden geschaad.¹¹ Artikel 93 lid 1 sub c van de Arbeidsvoorzieningswet verbood het uitzendbureau arbeidskrachten ter beschikking te stellen aan opdrachtgevers voor andere dan tijdelijke arbeid. Op de houder van de uitzendvergunning was de Regeling voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten van toepassing. Dit was een besluit¹² van de Minister van SZW waarin het de vergunninghouder werd verboden een uitzendkracht langer dan zes maanden naar één bedrijf uit te zenden. Verschillende uitzendkrachten die elkaar binnen een bepaalde periode bij dezelfde opdrachtgever opvolgden, werden bij de berekening van deze termijn als één uitzendkracht beschouwd. Voorts verbood deze regeling het verrichten van andere dan tijdelijke arbeid door de uitzendkracht. Ook mocht aan de uitzendkracht geen hoger of lager loon worden betaald dan hij zou hebben ontvangen wanneer hij de arbeid op grond van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever had verricht. Met de inwerkingtreding van de Arbeidsvoorzieningswet 1996 op 1 januari 1997 verviel voormelde voorwaarde dat de terbeschikkingstelling betrekking moest hebben op tijdelijke arbeid, maar bleef het hiervoor genoemde op deze bepaling gebaseerde besluit van de Minister van SZW van kracht.¹³

4.3 Overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst?

Voorafgaand aan de inwerkingtreding van artikel 7:690 BW werd de rechtsverhouding tussen de uitzender (het uitzendbureau) en de uitzendkracht verschillend

7 Zie S.G. Francovich en M.J. Vos, De nieuwe Arbeidsvoorzieningswet en het ter beschikking stellen van arbeid, SR 1991/5.

8 Zie voor een uitvoerige beschrijving van wat voorafging aan de inwerkingtreding van de Wet TBA alsmede van het systeem van de Wet TBA: M.V. van der Woude, De ontworpening van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, NJB 24 maart 1995, nr. 12, p. 448-452.

9 Samen met de Arbeidsbemiddelingswet 1930.

10 Artikel 90 Arbeidsvoorzieningswet.

11 Artikel 95 Arbeidsvoorzieningswet daarvoor was deze voorwaarde opgenomen in artikel 6 lid 1 TBA.

12 Besluit van 17 december 1990, Stcrt. 1990/ 245.

13 Artikel 19 van de Invoeringswet Arbeidsvoorzieningswet 1996.

geduid.¹⁴ In de literatuur meenden sommigen dat sprake was van een opdrachtovereenkomst en anderen dat onder omstandigheden sprake kon zijn van een arbeidsovereenkomst.¹⁵ Een meerderheid meende dat de uitzendovereenkomst diende te worden gesplitst in een voorovereenkomst die werd aangegaan op het moment dat de uitzendkracht zich inschreef bij het uitzendbureau, en de overeenkomst die ontstond nadat de uitzendkracht aan het werk was gegaan bij de opdrachtgever van het uitzendbureau. Bij die laatste overeenkomst diende dan aan de hand van de feitelijke omstandigheden te worden vastgesteld of deze rechtsverhouding voldeed aan de elementen van de arbeidsovereenkomst.¹⁶

Voor alle auteurs stond of viel de juridische duiding van de uitzendovereenkomst als arbeidsovereenkomst met de aanwezigheid van een gezagsverhouding tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau. Ook de Hoge Raad dacht er zo over. In zijn in paragraaf 2.3.5 besproken arresten¹⁷ uit 1977, 1980 en 1988 bevestigde de Hoge Raad dat de in die uitspraken in het geding zijnde vormen van uitzending en in- en uitlening meebrachten dat een arbeidsovereenkomst bestond met het uitzendbureau of uitleenbedrijf, omdat de uitgezonden of uitgeleende werknemer op grond van zijn overeenkomst met het uitzendbureau of uitleenbedrijf verplicht was de werkzaamheden bij de derde te verrichten met inachtneming van de aanwijzingen van die derde. Het door het uitzendbureau aan de opdrachtgever overlaten van de nadere bepaling van de werkzaamheden van de uitzendkracht bracht naar het oordeel van de Hoge Raad mee dat in deze situaties een gezagsverhouding bestond tussen de uitzendkracht of uitgeleende werknemer met het uitzendbureau of uitleenbedrijf. In deze situaties werd de feitelijke gezagsverhouding door de uitzender of detacheerder aan de derde gedelegeerd, zo kan worden opgemaakt uit deze arresten.

De Hoge Raad formuleerde in deze arresten geen algemene regel op grond waarvan bij uitzending altijd een arbeidsovereenkomst bestond met het uitzendbureau. Of sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau, hing telkens af van de feitelijke omstandigheden waarbij van doorslaggevend belang was of de uitzendkracht op grond van zijn overeenkomst met het uitzendbureau verplicht was werkzaamheden bij de derde te verrichten met inachtneming van de aanwijzingen van die derde. Als de relatie tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau een vrijblijvende was en de uitzendkracht kon weigeren werkzaamheden te gaan verrichten bij bepaalde opdrachtgevers, dan was geen sprake van een

14 Zie voor een overzicht van deze literatuur: Praktijkboek Flexibele Arbeidsrelaties, Deventer: Kluwer (losbl.), onderdeel H 1.1.

15 Zie voor een overzicht van de verschillende meningen in de literatuur: H. Naber, Vormt het uitzendwezen in het arbeidsrecht een driehoek met twee zijden?, NJB 24 februari 1979, nr. 8, p. 157, W.H.A.C.M. Bouwens, Personeelswerving via het uitzendbureau, SR 1988/1, p. 4/5, Praktijkboek Flexibele Arbeidsrelaties, Deventer: Kluwer (losbl.), onderdeel H 5.4.1 Uitzendwerk en punt 8 van de conclusie van A.G. Koopmans voor HR 27 november 1992, NJ1993, 273.

16 Zie Praktijkboek Flexibele Arbeidsrelaties, Deventer: Kluwer (losbl.), onderdeel H 5.4.1 en de daar genoemde literatuur. Zie ook de conclusie van A-G Koopmans voor HR 7 april 1995, JAR 1996/168.

17 HR 14 oktober 1977, NJ 1978, 31, HR 23 mei 1980, NJ 1980, 633 m.nt. Stein en HR 18 november 1988, NJ 1989, 344.

arbeidsovereenkomst tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau.¹⁸ In zijn noot bij het arrest van de Hoge Raad van 23 mei 1980¹⁹ betoogde Stein dat de uitzendovereenkomst op drie verschillende wijzen kon worden geduid:

- i. de uitzendkracht diende als werknemer in dienst van de opdrachtgever van het uitzendbureau te worden aangemerkt (het uitzendbureau was slechts belast met het administreren van de loonbetaling);
- ii. de uitzendkracht diende als werknemer in dienst van het uitzendbureau te worden aangemerkt (de uitzendkracht was krachtens een gezagsverhouding jegens het uitzendbureau verplicht om de aanwijzingen van de derde op te volgen); en
- iii. de uitzendkracht was noch bij het uitzendbureau, noch bij de opdrachtgever in dienst op basis van een arbeidsovereenkomst omdat beide verhoudingen niet voldeden aan de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW (de derde had zich niet tot loonbetaling aan de uitzendkracht verbonden en tussen uitzendbureau en uitzendkracht bestond geen gezagsverhouding).

Wanneer de uitzendkracht door het uitzendbureau niet gehouden kon worden het hem door de uitzender aangeboden werk te aanvaarden, ontbrak volgens Stein het element van de gezagsverhouding (of ondergeschiktheid) en kon geen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau. In een dergelijke situatie bestonden volgens Stein ook gegronde bezwaren tegen het aannemen van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever. Een door hem genoemd bezwaar was dat het uitzendbureau voor zichzelf optrad bij het leggen van contact met de opdrachtgever en de uitzendkracht en de opdrachtgever – zo begrijp ik Stein – zich niet aan elkaar hadden verbonden. In die situatie resteerde dan alleen nog de hiervoor onder (iii) genoemde duiding en moest volgens Stein de rechtsverhouding tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau worden aangemerkt als een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten, zoals destijds opgenomen in artikel 1637 BW (oud BW).²⁰

4.4 De totstandkoming van artikel 7:690 BW

Ondanks de onduidelijkheid die reeds sinds de jaren zestig had bestaan over de duiding van de uitzendovereenkomst, liet de regering zich pas halverwege de jaren

¹⁸ Van Haren beschouwde de verplichting arbeid te verrichten in relatie tot de gezagsverhouding als een wezenskenmerk van de arbeidsovereenkomst en meende dat wanneer dit kenmerk ontbrak, eerst een arbeidsovereenkomst ontstond op het moment dat op een oproep van de één de acceptatie door de ander plaatsvond. I.A.C. van Haren, *Flexibiliteit in het aanstellings- en ontslagrecht*, in: *Blinde vlekken in het sociaal recht (liber amicorum B.S. Frenkel)*, Deventer: Kluwer 1986, p. 92.

¹⁹ HR 23 mei 1980, NJ 1980, 633 m.nt. Stein. In dit arrest boog de Hoge Raad zich over het oordeel van de rechtbank, dat sprake was van een gezagsverhouding tussen de uitzendkracht en de uitzender omdat de uitzendkracht jegens de uitzender verplicht was de hem door de uitzender opgedragen arbeid te verrichten met inachtneming van de in de opdrachtbevestiging vermelde werktijden én van de aanwijzingen van de inlener. De Hoge Raad overwoog dat de rechtbank gelet op de feitelijke omstandigheden in deze zaak “zonder schending van enige rechtsregel” tot dit oordeel had kunnen komen.

²⁰ Nu zou dit een overeenkomst van opdracht ex artikel 7:400 BW zijn.

negentig van de vorige eeuw voor de eerste keer uit over de aard van de relatie tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (Wulbz) werd meegedeeld dat de "heersende opvatting uitging van een twee-fasen-structuur."²¹ Deze tweefasenstructuur hield volgens de regering in dat de uitzendkracht een voorovereenkomst sloot met het uitzendbureau op het moment dat hij zich liet registreren. Wanneer de uitzendkracht vervolgens daadwerkelijk werd uitgezonden naar een opdrachtgever van het uitzendbureau, bestond tussen het uitzendbureau en uitzendkracht een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Gedurende de behandeling van de Wulbz in de Eerste Kamer werden deze mededelingen echter weer genuanceerd. In lijn met de hiervoor genoemde arresten van de Hoge Raad uit 1977, 1980 en 1988 werd vooropgesteld "dat aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden beoordeeld zal moeten worden of de juridische relatie tussen een uitzendbureau en een uitzendkracht als een arbeidsovereenkomst kan worden aangemerkt in de zin van artikel 1637a BW."²² Terug bij af dus, dat wil zeggen, bij de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW.

Het in de kabinetsnota Flexibiliteit en Zekerheid van 4 december 1995²³ opgenomen voornemen van de regering in het BW een weerlegbaar rechtsvermoeden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst op te nemen, maakte echter noodzakelijk dat een einde kwam aan de twijfel over de wijze waarop de rechtsverhouding tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau moest worden geduid. In dat kader wilde de regering bezien onder welke voorwaarden de overeenkomst tussen uitzendbureau en uitzendkracht als een arbeidsovereenkomst kon worden aangemerkt.²⁴ Op 3 april 1996 gaf de Stichting van de Arbeid (hierna: STAR) in haar Nota Flexibiliteit en Zekerheid²⁵ haar visie op de uitzendrelatie. Deze heeft vervolgens de basis gevormd van de regeling van de uitzendovereenkomst. De STAR constateerde dat de intermediairs, in het bijzonder het uitzendwezen, een allocatieve functie op de arbeidsmarkt vervulden en die allocatiefunctie een wezenlijk onderdeel vormde van een flexibele arbeidsmarkt. Deze allocatieve functie veronderstelde een optimale keuzevrijheid van partijen bij het aangaan en verbreken van onderlinge relaties in het kader van de tewerkstelling van de uitzendkracht. In de praktijk leidde dit echter tot het ontbreken van zekerheid over de duur van die onderlinge relaties en daarmee ontbrak het de uitzendkracht aan zekerheid over de omvang van de in de toekomst te verwerven inkomsten. Volgens de STAR diende deze onzekerheid voor de uitzendkracht te worden beperkt naar gelang diens relatie met het uitzendbureau langer

21 Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 6, p. 21.

22 Kamerstukken I 1995/96, 24 439, nr. 134b, p. 38.

23 Zie S.W. Kuip en C.G. Scholtens, Flexibiliteit en zekerheid, Parlementaire Geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 921/922.

24 Duidelijkheid over de rechtsverhouding tussen de uitzendkracht en de uitzender zou volgens de regering tevens de naleving van de informatieverplichting van artikel 7:655 BW (destijds artikel 1637f BW) dienen. Dit artikel was op 1 januari 1994 in werking getreden ter uitvoering van EG-richtlijn 91/533 betreffende informatie aan de werknemer over zijn arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding.

25 Zie S.W. Kuip en C.G. Scholtens, Flexibiliteit en zekerheid, Parlementaire Geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 922-925.

duurde omdat dan de binding over en weer tussen de uitzendkracht en de uitzender toenam. De STAR stelde daarom voor de uitzendrelatie vanaf het eerste moment van tewerkstelling als een arbeidsovereenkomst tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau te kwalificeren. Anderzijds zou, gelet op het belang van de allocatieve functie van uitzendarbeid, voor kortdurende uitzendrelaties een 'lichter' arbeidsrechtelijk regime van toepassing dienen te zijn. Pas wanneer de uitzendrelatie langer duurde – de STAR noemde een periode van zes maanden – zou het gewone arbeidsrechtelijke regime van toepassing moeten zijn op de uitzendrelatie, behoudens voor zover cao-partijen daarvan binnen de grenzen van Titel 10 van Boek 7 BW af zouden zijn geweken. Daarbij dienden volgens de STAR voor de uitzendrelatie speciale ontslagrichtlijnen te worden ontwikkeld teneinde te bepalen in welke gevallen sprake kon zijn van een ontslag wegens verminderd werkaanbod dan wel om economische redenen. Wanneer de rechtspositie van de uitzendkracht in lijn met deze voorstellen zou worden ingericht, konden de sinds 1970 vereiste vergunning voor het ter beschikking stellen van uitzendkrachten en de daaraan verbonden maximumtermijn worden afgeschaft.

De adviezen van de STAR, waaronder het als een arbeidsovereenkomst aanmerken van de uitzendovereenkomst, werden overgenomen in het wetsvoorstel flexibiliteit en zekerheid. Daarnaast vervielen de verplichte vergunning en de maximale terbeschikkingstellingstermijn uit de Arbeidsvoorzieningswet. De in deze wet opgenomen voorschriften en gedragsnormen op het gebied van het ter beschikking stellen van werknemers, die mede uit hoofde van het IAO Verdrag betreffende particuliere uitzendbureaus voor arbeidsbemiddeling²⁶ wettelijk moesten zijn geregeld, werden opgenomen in de op 1 juli 1998 in werking getreden Waadi. In de memorie van toelichting²⁷ bij de Waadi motiveerde de regering de afschaffing van het vergunningstelsel door erop te wijzen dat dit in de weg stond aan de totstandkoming van een optimaal werkende markt voor allocatieve diensten. Dat kon een nadelig effect hebben op de werking van de gehele arbeidsmarkt en daarmee een belemmering vormen voor een optimale arbeidsparticipatie.

In de memorie van toelichting²⁸ bij de Wet flexibiliteit en zekerheid werd ten aanzien van de voorgestelde regeling van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 en 691 BW meegedeeld dat het werken voor en via uitzendbureaus sterk in omvang was toegenomen en de uitzendformule een belangrijke allocatiefunctie vervulde op de arbeidsmarkt. Die allocatiefunctie moest behouden blijven. Tegelijkertijd constateerde de regering dat in de praktijk behoefte aan grotere duidelijkheid was gebleken met betrekking tot de rechtspositie van de bij de uitzendrelatie betrokken partijen. Ten

26 ILO Convention 181 on Private Employment Agencies, C181 van 19 juni 1997. Zie hierover de toelichtende nota bij de brief van de Minister van Buitenlandse Zaken van 10 juni 1999 inzake de goedkeuring van IAO Verdrag nr. 181, Staten-Generaal, vergaderjaar 1998/1999, 26 601, nrs. 262 en 1.

27 Kamerstukken II 1996/97, 25 264, nr. 3, p. 4.

28 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9.

aanzien van de juridische duiding stelde zij voor in een aparte afdeling van Titel 10 Boek 7 BW een specifieke regeling van de uitzendovereenkomst op te nemen waarin deze overeenkomst als een arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt. De allocatiefunctie rechtvaardigde volgens de regering dat partijen bij de uitzendovereenkomst anders dan in het geval van een gewone arbeidsovereenkomst een zekere vrijheid dienden te hebben bij het aangaan en verbreken van hun arbeidsrelatie. Tegelijkertijd diende deze vrijheid volgens de regering te worden begrensd omdat deze voor de werknemer, wat zijn arbeid en inkomen betrof, een onzekere factor vormde. In navolging van de STAR werd gekozen voor een periode van zes maanden waarin een verlicht arbeidsrechtelijk regime zou gelden. Gedurende deze periode zouden in afwijking van artikel 7:668a BW meer dan drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen worden gesloten zonder dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou ontstaan. Voorts zouden de uitzendwerkgever en de uitzendwerknemer een uitzendbeding overeen kunnen komen op grond waarvan de arbeidsovereenkomst gedurende deze periode van rechtswege zou eindigen bij de beëindiging van de uitzendopdracht op verzoek van de opdrachtgever.

De regeling van de uitzendovereenkomst zou alleen van toepassing zijn op werkgevers met een allocatiefunctie, zo benadrukte de regering met de volgende woorden in de memorie van toelichting: “De bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst geldt alleen voor die werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen, dus die in het kader van de uitoefening van hun beroep of bedrijf arbeidskrachten ter beschikking stellen aan derden.”²⁹ Incidentele terbeschikkingstelling van werknemers door werkgevers met in feite geheel andersoortige beroeps- of bedrijfsactiviteiten en intra-concern detachering vielen daar niet onder.³⁰ De regering voegde hieraan toe dat het met de voorgestelde regeling van de uitzendovereenkomst beoogde toepassingsbereik ruimer was dan de op dat moment in de praktijk voorkomende tijdelijke uitzending van uitzendkrachten door ‘traditionele’ uitzendbureaus. Ook andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarbij de werknemer in de uitoefening van het bedrijf of beroep van de werkgever ter beschikking wordt gesteld aan een derde om onder diens leiding en toezicht arbeid te verrichten, zouden hieronder kunnen vallen. Omdat de voorgestelde regeling van de uitzendovereenkomst echter uitsluitend van toepassing was op werkgevers die in het kader van een door hen op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie werknemers ter beschikking stellen aan derden, zou deze regeling volgens de regering in de praktijk echter alleen van toepassing zijn op “organisaties zoals uitzendbureaus, detacheerbedrijven, arbeidspools en andere organisaties, die er hun beroep van maken arbeidskrachten onder welke noemer dan ook, tijdelijk aan derden ter beschikking te stellen.”³¹ Tijdens de latere behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer benadrukte de regering nogmaals dat de

29 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10.

30 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10.

31 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10.

bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst alleen geldt voor werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen.³²

4.5 De definitie van artikel 7:690 BW

Voldoet de uitzendovereenkomst aan de definitie van artikel 7:690 BW, dan is sprake van een uitzendovereenkomst waarbij de werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst is van de uitzender. In artikel 7:690 BW wordt de uitzendovereenkomst gedefinieerd als:

“de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde.”

Binnen deze definitie onderscheid ik vier elementen:

- i. er is een arbeidsovereenkomst tussen de ter beschikking stellende (uitzend) werkgever en de werknemer;
- ii. de werknemer wordt in het kader van het beroep of bedrijf van de uitzendwerkgever aan een derde ter beschikking gesteld voor het verrichten van arbeid;
- iii. de terbeschikkingstelling vindt plaats krachtens een opdrachtovereenkomst tussen de uitzendwerkgever en de derde; en
- iv. de werknemer moet de arbeid verrichten onder toezicht en leiding van de derde.

4.5.1 Arbeidsovereenkomst met de uitzendwerkgever

Omdat een arbeidsovereenkomst van de uitzendwerkgever met de werknemer het startpunt vormt in de definitie van artikel 7:690 BW rees in de literatuur de vraag of de rechtsverhouding tussen de uitzendwerkgever en de werknemer tevens aan de vereisten van artikel 7:610 lid 1 BW moet voldoen.³³ In de memorie van toelichting bij de Wet flexibiliteit en zekerheid werd deze vraag niet beantwoord. Daarin werd ten aanzien van de juridische duiding van de uitzendrelatie volstaan met de mededeling dat deze als een arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt en “dit betekent dat op deze

32 Dit naar aanleiding van de vraag vanuit de Tweede Kamer, of het door een ingenieursbureau elders detacheren van enkele personeelsleden ook onder de definitie van de uitzendovereenkomst viel. Daarop herhaalde de regering: “De voorgestelde regeling van de uitzendovereenkomst geldt alleen voor die werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen. Het gaat daarbij om werkgevers (intermediairs) die er hun bedrijf of beroep van maken om vraag en aanbod van tijdelijke arbeid bij elkaar te brengen” en het dan in de praktijk zou gaan om “uitzendbureaus, detacheerbedrijven en arbeidspools.” Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 16.

33 Zie I.P. Asscher-Vonk, Flex en zeker: de uitzendkracht, SMA 1997/7/8, p. 377, P.F. Doornik, Artikel 7:690 en 691 BW De uitzendovereenkomst, SR 1997/7/8, p. 221 en E. Verhulp, De ondergeschiktheid, het belemmeren en de ziekte van de uitzendkracht, SR 2001/4, p. 101-103. Alleen Grapperhaus en Jansen stellen deze vraag niet en menen dat de rechtsverhouding tussen de uitzendwerkgever en de werknemer aan de vereisten van artikel 7:610 lid 1 BW moet voldoen: F.B.J. Grapperhaus en M. Jansen, De uitzendovereenkomst, Deventer: Kluwer 1999, p. 29.

relatie de regeling van de arbeidsovereenkomst onverkort van toepassing is, behoudens voor zover anders bepaald.”³⁴ Verhulp³⁵ meent dat uit de parlementaire geschiedenis en de tekst van artikel 7:690 BW volgt dat een uitzendovereenkomst als arbeidsovereenkomst niet aan de eisen van artikel 7:610 lid 1 BW hoeft te voldoen. Van belang zou slechts zijn of de terbeschikkingstelling geschiedt in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever en of de uitzendwerknemer krachtens een opdrachtsovereenkomst tussen de uitzendwerkgever en de derde onder toezicht en leiding van de derde arbeid verricht. Of tussen de werknemer en de uitzendwerkgever een gezagsverhouding bestaat en of de ene partij van de andere partij als loon te kwalificeren betalingen ontvangt, is hier niet van belang. Dat heeft volgens Verhulp als consequentie dat partijen er op grond van artikel 7:690 BW rekening mee moeten houden dat wanneer de ene partij de andere op grond van een tussen hen gesloten opdrachtsovereenkomst ter beschikking stelt aan een derde, tussen hen geen opdrachtsovereenkomst, maar een uitzendovereenkomst en dus een arbeidsovereenkomst bestaat. Tegen de visie van Verhulp die impliceert dat elke opdrachtsovereenkomst waarbij de ene partij ter beschikking wordt gesteld aan een derde een uitzendovereenkomst én dus een arbeidsovereenkomst kan zijn, pleit dat de regering met artikel 7:690 BW geen ruimer bereik van de arbeidsovereenkomst beoogde. In de inleiding van de memorie van toelichting bij de Wet flexibiliteit en zekerheid werd meegedeeld dat “het wetsvoorstel niet ziet op flexibele arbeid die buiten het kader van de arbeidsovereenkomst wordt verricht t.w. in het kader van een opdracht of aanneming van werk. In de regeling van deze rechtsverhoudingen wordt door specifieke regels voorzien. Het wetsvoorstel beoogt daarin geen wijziging te brengen. Voor flexibele arbeid die in het kader van een opdracht of aanneming van werk wordt verricht gelden de voor deze bijzondere contracten toepasselijke regels.”³⁶

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid stelde de Vereniging voor Arbeidsrecht (VVA) in lijn met de voormelde visie van Verhulp een aanpassing van de definitie van artikel 7:690 BW voor waaruit zou blijken dat de overeenkomst tussen de uitzendwerkgever en de uitzendwerknemer niet behoefde te voldoen aan de vereisten van artikel 7:610 lid 1 BW.³⁷ Volgens de Minister van SZW was de definitie echter voldoende duidelijk.³⁸ De Minister deelde mee dat de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW was gedefinieerd als een bijzondere arbeidsovereenkomst waarbij in het kader van de driehoeksrelatie tussen de uitzendwerkgever, de werknemer en de derde arbeid wordt verricht op basis van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW. Daarbij geldt ten aanzien van de elementen arbeid en gezag dat de werknemer in het kader van het beroep of bedrijf van de werkgever voor het verrichten van de bedongen arbeid aan een derde

34 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9/10.

35 E. Verhulp, De ondergeschiktheid, het belemmeren en de ziekte van de uitzendkracht, SR 2001/4.

36 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 3.

37 Zie S.W. Kuip en C.G. Scholtens, Flexibiliteit en zekerheid, Parlementaire Geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 950.

38 Zie S.W. Kuip en C.G. Scholtens, Flexibiliteit en zekerheid, Parlementaire Geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 950.

ter beschikking wordt gesteld waarbij de werknemer werkt onder toezicht en leiding van die derde. Bij twijfel over de vraag of sprake is van een uitzendovereenkomst moet, zo stelde de Minister,³⁹ “het totale relevante feitencomplex aan de definitie van de uitzendovereenkomst getoetst (...) worden. Voldoen de feiten aan de in de definitie gegeven omstandigheden dan kan een eventueel door partijen gegeven andere juridische duiding van de overeenkomst niet verhinderen dat de betreffende overeenkomst toch als arbeidsovereenkomst in de vorm van een uitzendovereenkomst aangemerkt dient te worden.” Bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW is dus op dezelfde wijze als bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst op de voet van de in paragraaf 2.3.4 besproken jurisprudentie van de Hoge Raad van doorslaggevende betekenis op welke wijze partijen feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de door hen gemaakte contractuele afspraken.⁴⁰

Grapperhaus en Jansen⁴¹ menen op basis van de aan het begin van deze paragraaf aangehaalde passage uit de memorie van toelichting dat pas sprake kan zijn van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW wanneer de rechtsverhouding tussen de uitzendwerkgever en de werknemer voldoet aan alle elementen van artikel 7:610 lid 1 BW. Omdat de uitzendwerknemer de arbeid verricht onder toezicht en leiding van de opdrachtgever van de uitzendwerkgever zou dan zowel tussen de uitzendwerknemer en de uitzendwerkgever, als tussen de uitzendwerknemer en die opdrachtgever een gezagsverhouding moeten bestaan. Zij lossen dit op door de gezagsverhouding op te splitsen in het werkgeversgezag van de opdrachtgever betreffende het verrichten van de arbeid en het werkgeversgezag van de uitzendwerkgever met betrekking tot alle overige zaken.⁴² Deze oplossing vertoont gelijkenis met de overwegingen van de Hoge Raad in de hiervoor in paragraaf 4.3 en in paragraaf 2.3.5 besproken arresten over de kwalificatie van de uitzendovereenkomst voorafgaand aan de inwerkingtreding van artikel 7:690 BW. Tegen deze visie van Grapperhaus en Jansen pleit dat met artikel 7:690 BW niet werd beoogd deze in de praktijk tot weinig rechtszekerheid leidende jurisprudentie van de Hoge Raad te codificeren, maar om met behulp van wetsduiding duidelijkheid te creëren over de juridische positie van de partijen bij de uitzendovereenkomst.⁴³ Ik leid uit de hiervoor aangehaalde mededelingen van de regering naar aanleiding van de door de VVA voorgestelde aanpassing van artikel 7:690 BW af dat binnen de uitzendovereenkomst de elementen arbeid, loon en gezag zijn verdeeld over de rechtsverhouding met het uitzendbureau én over de relatie met de inlener zodat niet de rechtsverhouding tussen de uitzendkracht en de uitzendwerkgever, maar deze driehoeksverhouding in haar geheel de elementen loon, arbeid en gezag uit artikel 7:610 lid 1 BW moet bevatten.⁴⁴ Is dat het geval, en voldoet de

39 Zie S.W. Kuip en C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid*, Parlementaire Geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 950.

40 Vgl. Hof Amsterdam 22 mei 2008, JAR 2008/181.

41 F.B.J. Grapperhaus en M. Jansen, *De uitzendovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1999, p. 25/26.

42 Zoals ten aanzien van het voldoen aan administratieve voorschriften, zoals de urenregistratie door de uitzendwerknemer, en het doen van ziek- en hersteldmeldingen. F.B.J. Grapperhaus en M. Jansen, *De uitzendovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1999, p. 36/37.

43 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9/10.

44 Vgl. CRvB 1 september 2005, LJN: AU2439.

driehoeksverhouding eveneens aan de hierna besproken elementen uit de definitie van artikel 7:690 BW, dan wordt de rechtsverhouding tussen de uitzendwerkgever en de uitzendwerknemer op grond van dat artikel juridisch geduid⁴⁵ als een (bijzondere) arbeidsovereenkomst.

4.5.2 In het kader van het beroep of bedrijf van de uitzendwerkgever

De uitzendwerkgever in de zin van artikel 7:690 BW moet zich in het kader van zijn beroep of bedrijf toeleggen op het ter beschikking stellen van werknemers aan derden. Dit betekent dat sprake is van een professionele op het uitzenden van personeel gerichte organisatie.⁴⁶ In de toelichting op artikel 7:690 BW werd meegedeeld dat het ter beschikking stellen van werknemers (een) doelstelling van de uitzendwerkgever moet zijn.⁴⁷ Van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW is geen sprake bij het incidenteel in voorkomende gevallen ter beschikking stellen van arbeidskrachten door werkgevers die in feite geheel andersoortige beroeps- of bedrijfsactiviteiten hebben.⁴⁸ Het ter beschikking stellen van werknemers aan derden hoeft op basis van de wettekst niet de enige bedrijfsactiviteit van de werkgever te zijn. In de eerste versie⁴⁹ van de memorie van toelichting werd nog meegedeeld dat de bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst alleen gold voor die werkgevers van wie de hoofdactiviteit bestond uit het ter beschikking stellen van arbeid. Deze zinsnede verdween echter uit de memorie van toelichting naar aanleiding van het advies van de Raad van State.⁵⁰ In dit advies constateerde de Raad van State dat de definitie van uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW aanzienlijk ruimer was dan die welke (op dat moment) werd gehanteerd in de praktijk en de rechtsliteratuur. Zo zou ook detachering, waarbij in tegenstelling tot wat het geval was bij uitzending een voortdurende arbeidsovereenkomst bestond met de uitlener, onder de definitie van de uitzendovereenkomst kunnen vallen. In haar nader rapport lichtte de regering toe dat dit juist beoogd werd. Onder de definitie van artikel 7:690 BW viel niet alleen de gebruikelijke uitzendrelatie. Ook andere driehoeksrelaties waarbij de werkgever bedrijfsmatig werknemers aan derden ter beschikking stelt om onder leiding en toezicht van een derde te werken, zouden onder de definitie van artikel 7:690 BW kunnen vallen. Dit nader rapport is vervolgens ingepast in de memorie van toelichting en grotendeels in de plaats gekomen van de in de eerdere versie opgenomen toelichting inzake het toepassingsgebied van artikel 7:690 BW. Daarbij verdween de voorwaarde dat het uitzenden de hoofdactiviteit van de werkgever diende te zijn uit de memorie van toelichting. Ook in het artikelsgewijze gedeelte van de eerste versie van de memorie van toelichting werd de voorwaarde dat

45 Deze woorden gebruikte de regering ook in de memorie van toelichting (Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9).

46 Zie ook W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2011, p. 23.

47 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 33.

48 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10.

49 Kamerstukken II 1996/97, 25 263 A, p. 2.

50 Kamerstukken II 1996/97, 25 263 B, p. 8/9.

het ter beschikking stellen van uitzendkrachten de hoofdtaak van de uitzendwerkgever moest zijn, geschrapt.⁵¹ Waarom deze voorwaarde uit de memorie van toelichting verdween en werd vervangen door de voorwaarde dat het ter beschikking stellen van werknemers aan derden een doelstelling van de activiteiten van de werkgever moet zijn, is niet duidelijk.⁵²

De uitzendwerkgever moet een allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt

Dat de uitzendwerkgever in de zin van artikel 7:690 BW de werknemers in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ter beschikking stelt, koppelde de regering aan de allocatiefunctie die de uitzendformule vervult op de arbeidsmarkt.⁵³ De allocatiefunctie van de uitzendformule die (zoals in paragraaf 4.4 aan de orde kwam) de aanleiding vormde voor het opnemen van een bijzondere regeling voor de uitzendovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW impliceerde, zo deelde de regering mee in de memorie van toelichting, "het aldus bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid."⁵⁴ Alleen wanneer de uitzendwerkgever daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervult, is sprake van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.⁵⁵ Met de definitie van uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW werd een ruimer toepassingsbereik beoogd dan de op dat moment in de praktijk voorkomende 'traditionele' uitzending door uitzendbureaus die zich richtten op terbeschikkingstelling bij 'piek of ziek'. Nu de regeling van de uitzendovereenkomst echter beperkt was tot het door werkgevers in het kader van een door hen op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie ter beschikking stellen van werknemers, zou deze volgens de regering in de praktijk alleen van toepassing zijn op "organisaties zoals uitzendbureaus, detacheerbedrijven, arbeidspools en andere organisaties, die er hun beroep van maken arbeidskrachten onder welke noemer dan ook tijdelijk aan derden ter beschikking te stellen."⁵⁶ Ook bij de kwalificatie van zulke detacheerbedrijven en arbeidspools als uitzendwerkgever ex artikel 7:690 BW zou van doorslaggevende betekenis zijn of zij daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen.⁵⁷ Terbeschikkingstelling in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf in de zin van artikel 7:690 BW houdt dus niet slechts in dat de terbeschikkingstelling van de werknemers een doelstelling van de bedrijfs- of beroepsactiviteiten van de werkgever is, maar ook dat deze plaatsvindt in het kader van een door de werkgever op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie.

4.5.3 Krachtens een aan de uitzendwerkgever gegeven opdracht

De terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer geschiedt op basis van een overeenkomst van opdracht van de uitzendwerkgever met de derde, verder is de

51 Kamerstukken II 1996/97, 25 263 A, p. 3.

52 Zie hierover ook R.M. Beltzer, Uitzendrelaties galore, SMA 2003/1, p. 5.

53 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 33.

54 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9.

55 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10 en p. 33. Zie ook Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 15/16.

56 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10.

57 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 16.

overeenkomst tussen de uitzendwerkgever en de derde vormvrij.⁵⁸ De overeenkomst van opdracht is evenals de arbeidsovereenkomst een in Boek 7 BW geregelde bijzondere overeenkomst. Op grond van artikel 7:400 lid 1 BW mogen de in het kader van een opdrachtovereenkomst verrichte werkzaamheden niet bestaan uit het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken, of het (doen) vervoeren van personen of zaken. In de artikels-gewijze toelichting bij artikel 7:690 BW deelde de regering mee dat in artikel 7:690 BW werd opgenomen dat de terbeschikkingstelling van de werknemer dient te geschieden op basis van een opdrachtovereenkomst tussen de uitzendwerkgever en de derde “om duidelijk te maken dat bijvoorbeeld aanneming van werk niet tot een uitzendovereenkomst kan leiden.”⁵⁹ In de voorzet voor de tekst van het latere artikel 7:690 BW die de STAR gaf in haar hiervoor aangehaalde Nota Flexibiliteit en Zekerheid⁶⁰ werd reeds gesproken van terbeschikkingstelling krachtens een opdrachtovereenkomst. Volgens de STAR werd daarmee duidelijk gemaakt dat arbeid verricht in het kader van een overeenkomst van aanneming van werk⁶¹ niet onder het bereik van de uitzendovereenkomst viel. Het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard op grond van de overeenkomst van aanneming van werk omvat zowel het vervaardigen van een nieuwe zaak als het werken aan een reeds bestaande zaak (bewerken, uitbreiden, veranderen, repareren, slopen).⁶² Volgens de STAR moesten diensten die in hun geheel als pakket worden uitbesteed – de STAR noemde hier als voorbeelden catering, beveiliging en schoonmaak – eveneens worden aangemerkt als verricht in het kader van een aangenomen werk.⁶³ Op basis van deze visie van de STAR zou dus geen arbeidsovereenkomst ex artikel 7:690 BW maar een ‘gewone’ arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW bestaan tussen cateraars en beveiligings- en schoonmaakbedrijven en hun werknemers die in het kader van het verrichten van respectievelijk catering-, beveiligings- en schoonmaakwerkzaamheden aan derden ter beschikking worden gesteld.

58 Wel verbiedt artikel 10 Waadi de uitzendwerkgever werknemers ter beschikking te stellen aan een onderneming waar gestaakt wordt en wordt de opdrachtovereenkomst beïnvloed door de wetgeving inzake gelijke behandeling, welke het de uitzendwerkgever verbiedt bij de werving en selectie van uitzendwerknemers onderscheid te maken naar geslacht, godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid, burgerlijke staat, leeftijd en handicap of chronische ziekte (artikel 7:646 BW, artikel 5 lid 1 sub a Algemene wet gelijke behandeling, artikel 3 Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, artikel 3 sub a Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en artikel 4 sub a Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte).

59 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 33.

60 Zie S.W. Kuip en C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid*, Parlementaire Geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 924/925.

61 Artikel 7:750 BW. De overeenkomst van aanneming van werk is de overeenkomst “waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld.”

62 Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen 5-III (1994), nr. 484. Zie ook Asser-Van den Berg 5-IIIC (2007), nrs. 8 en 26.

63 Zie S.W. Kuip en C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid*, Parlementaire Geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 925.

4.5.4 Onder toezicht en leiding van de derde

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid werd niet toegelicht wat moest worden verstaan onder het verrichten van arbeid onder toezicht en leiding van de derde.⁶⁴ In de literatuur werd aangenomen dat toezicht en leiding op hetzelfde neerkomen als werkgeversgezag in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW. Kuip en Scholtens gaan ervan uit dat de uitzendwerkgever “feitelijk niet of nauwelijks” zeggenschap heeft over de arbeidsomstandigheden van de uitzendwerknemer.⁶⁵ Grapperhaus en Jansen⁶⁶ leiden uit jurisprudentie van de Hoge Raad in belastingzaken⁶⁷ af dat het begrip toezicht en leiding kan worden uitgelegd als werkgeversgezag en menen eveneens dat de uitzendwerkgever “in het algemeen niet of nauwelijks zeggenschap heeft” over de uitzendwerknemer.⁶⁸ Ook in de (lagere) rechtspraak wordt onder toezicht houden en leiding geven door de inlener hetzelfde verstaan als werkgeversgezag ex artikel 7:610 lid 1 BW.⁶⁹ Toch dekken beide begrippen niet dezelfde lading. Anders dan de woorden ‘in dienst van’ in artikel 7:610 lid 1 BW, hebben de woorden ‘onder toezicht en leiding van’ in artikel 7:690 BW uitsluitend betrekking op het feitelijke gezag van de inlener over de door de uitzendwerknemer verrichte arbeid. Tussen de uitzendwerknemer en de inlener kan geen sprake zijn van gezag op basis van de door partijen gemaakte contractuele afspraken omdat zij zich niet met elkaar hebben verbonden. Dat verklaart mijns inziens de keuze van de regering voor de woorden ‘onder toezicht en leiding van’ in artikel 7:690 BW. Daarmee wordt bedoeld dat de inlener slechts het feitelijke werkgeversgezag heeft over de arbeid van de uitzendwerknemer. De uitzendwerkgever heeft op zijn beurt nauwelijks tot geen feitelijk gezag over de door de uitzendwerknemer verrichte arbeid. Om die reden kan de uitzendwerkgever niet aansprakelijk worden gesteld door de inlener voor fouten of slecht werk van de door hem aan de inlener ter beschikking gestelde

64 In de toelichting op de reparatiewet met betrekking tot de Wet flexibiliteit en zekerheid passeerden de woorden toezicht en leiding uit artikel 7:690 BW kort de revue omdat op dat moment in artikel 1 lid 1 sub c Waadi in dit kader werd gesproken van toezicht of leiding. Aangesproken op het verschil tussen beide formuleringen – was het nu noodzakelijk dat van zowel toezicht als van leiding sprake was voordat voldaan werd aan de definitie van artikel 7:690 BW of was alleen toezicht ook voldoende – antwoordde de regering dat sprake diende te zijn van toezicht én leiding en de formulering in de Waadi zou worden aangepast aan die van artikel 7:690 BW. Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 7, p. 18. Bij wetswijziging van 23 april 2003 heeft deze aanpassing plaatsgevonden. In artikel 34 van de Invorderingswet 1990 (aansprakelijkheid derde voor door uitzendwerkgever voor uitzendwerknemer verschuldigde loonbelasting) wordt echter nog steeds gesproken over toezicht of leiding in plaats van toezicht en leiding.

65 S.W. Kuip en C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid*, Parlementaire Geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 919.

66 F.B.J. Grapperhaus en M. Jansen, *De uitzendovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1999, p. 34.

67 HR 15 april 1992, BNB 1992/291 en HR 21 november 1997, JAR 1998/16. Ook de Centrale Raad van Beroep overwoog dat het werken onder toezicht en leiding in artikel 7:690 betekent dat tussen de uitzendwerknemer en de derde een gezagsrelatie bestaat (CRvB, 29 april 2004, USZ 2004/194).

68 F.B.J. Grapperhaus en M. Jansen, *De uitzendovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1999, p. 35. In navolging van de door hen aangehaalde Bolt en Spier: A.T. Bolt en J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Handelingen NJV 1996-I, p. 105.

69 Ktr. Sittard-Geleen 13 februari 2008, JAR 2008/157.

uitzendwerknemer.⁷⁰ Tussen de uitzendwerkgever en de uitzendwerknemer bestaat wel een contractuele gezagsverhouding op basis van de door hen gemaakte afspraken. Op grond van deze afspraken verplicht de uitzendwerknemer zich jegens de uitzendwerkgever de arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van opdrachtgevers van de uitzendwerkgever aan wie hij ter beschikking wordt gesteld. In paragraaf 2.3.2 bleek dat zowel het feitelijke gezag van de werkgever over de door de uitzendwerknemer verrichte arbeid als het contractueel bedingen van zeggenschap over de door de uitzendwerknemer verrichte arbeid een gezagsverhouding kan impliceren in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW. Mijns inziens is binnen de uitzendovereenkomst, waarbij aan werkgeverskant tegelijkertijd een uitzendwerkgever en een opdrachtgever zijn betrokken bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst van de uitzendwerknemer, het gezagselement verdeeld in een feitelijk gezag van de derde en een contractueel gezag van de uitzendwerkgever.

4.6 De 'uitzendwerkgever' in de Waadi en in de Uitzendrichtlijn

De hiervoor aangehaalde Waadi en de richtlijn van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid⁷¹ (de Uitzendrichtlijn) bevatten regels en voorschriften voor de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten. Beide regelingen bevatten eigen definities van wat voor de toepassing van die regelingen onder uitzending moet worden verstaan.

De Waadi

De Waadi bevat regels voor arbeidsbemiddeling en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Degene die de arbeidskracht ter beschikking stelt, moet hem in beginsel hetzelfde loon en overige vergoedingen betalen als de inlener betaalt aan de werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies die bij hemzelf in dienst zijn,⁷² hij mag van de arbeidskracht geen prestatie vragen in ruil voor het hem ter beschikking stellen aan (de) inlener(s)⁷³ en mag hij geen belemmeringen in de weg leggen voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst tussen de arbeidskracht en de inlener na afloop van de terbeschikkingstelling.⁷⁴ Op grond van artikel 8a Waadi is de inlener verplicht de aan hem ter beschikking gestelde arbeidskracht op dezelfde wijze als de

70 Mits de uitzendwerkgever een op zich gekwalificeerde werknemer aan de inlener ter beschikking stelde. Zie Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 2008, JAR 2008/164 en Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2009, JAR 2009/285.

71 Richtlijn 2008/104/EG van 19 november 2008.

72 Artikel 8 Waadi. In verband met de implementatie van de Uitzendrichtlijn is artikel 8 Waadi uitgebreid en sinds 27 april 2012 geldt deze verplichting tot gelijke behandeling van uitzendkrachten eveneens voor in de cao van de inlener opgenomen voorwaarden inzake (i) arbeidstijden, daaronder begrepen overwerk, rusttijden, arbeid in nachtdienst, pauzes, de duur van vakantie en het werken op feestdagen, (ii) voorschriften ter bescherming van zwangere werknemers, van werknemers die een borstkind voeden, kinderen en jeugdige werknemers en ter bevordering van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, (iii) de maatregelen ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras, godsdienst of levensovertuiging, handicap, leeftijd of hetero- of homoseksuele gerichtheid.

73 Artikel 9 Waadi.

74 Artikel 9a Waadi. Voorts mag de arbeidskracht niet ter beschikking worden gesteld aan een (onderdeel van een) onderneming waar gestaakt wordt (artikel 10 Waadi) en is degene die de arbeidskracht ter beschikking stelt verplicht de werknemer te informeren over de arbeidsomstandigheden bij de inlener (artikel 11 Waadi).

werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies die bij hemzelf in dienst zijn toegang te geven tot bedrijfsvoorzieningen of diensten in zijn onderneming (zoals de kantine en kinderopvang- en vervoerfaciliteiten). Artikel 8b Waadi verplicht de inlener de binnen zijn onderneming ontstane vacatures tijdig en duidelijk te melden aan de aan hem ter beschikking gestelde arbeidskracht.

Op grond van het op 1 juli 2012 in werking getreden artikel 7a lid 1 Waadi geldt voor een ieder die arbeidskrachten ter beschikking stelt de verplichting zich als “uitzend-onderneming” te registreren in het Handelsregister. “Er moet sprake zijn van een onderneming of rechtspersoon anders mag er niet uitgezonden worden.”⁷⁵ Artikel 7a lid 2 Waadi schrijft voor dat het een ieder (op straffe van een boete) verboden is als inlener arbeid te laten verrichten door arbeidskrachten die afkomstig zijn van een niet overeenkomstig het eerste lid bij het Handelsregister ingeschreven uitzend-onderneming.

De ‘uitzendwerkgever’ in de Waadi

In artikel 1 lid 1 sub c Waadi wordt het ter beschikking stellen van arbeidskrachten gedefinieerd als “het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht en leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, verrichten van arbeid.” Deze definitie is ruimer dan de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW. Hoewel uit de titel van de Waadi volgt dat deze wet betrekking heeft op allocatie door intermediairs, volgt noch uit de Waadi zelf noch uit de wetsgeschiedenis bij de Waadi dat deze wet uitsluitend betrekking heeft op terbeschikkingstelling van arbeidskrachten door partijen die een allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt. Daardoor kan de Waadi eveneens van toepassing zijn op andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarbij de arbeidskracht onder toezicht en leiding van een inlener arbeid verricht en die niet kunnen worden gekwalificeerd als een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. Bovendien hoeft de ter beschikking gestelde arbeidskracht op grond van de definitiebepalingen in de Waadi geen arbeidsovereenkomst te hebben met degene die hem ter beschikking stelt aan een ander. Daardoor zou de Waadi ook van toepassing kunnen zijn bij de terbeschikkingstelling van personen die een opdracht-overeenkomst sloten met de partij die hen ter beschikking stelt aan (de) inlener(s). In de memorie van toelichting bij de Waadi werd echter meegedeeld dat de ter beschikking gestelde arbeidskracht “meestal” wel een arbeidsovereenkomst zal hebben met degene die hem ter beschikking stelt aan een inlener.⁷⁶ Mijns inziens zal dat doorgaans het geval zijn omdat de ter beschikking gestelde arbeidskracht de arbeid moet verrichten onder toezicht en leiding van de inlener en deze woorden in de Waadi dezelfde betekenis hebben als toezicht en leiding in artikel 7:690 BW.⁷⁷ Dit betekent dat tussen de inlener en de aan hem ter beschikking gestelde arbeidskracht een feitelijke gezagsverhouding bestaat en de arbeidskracht dus een uitzendkracht of een gedetacheerde werknemer zal zijn.

75 Kamerstukken II 2010/11, 32 872, nr. 3, p. 18.

76 Kamerstukken II 1996/97, 25 264, nr. 3, p. 17.

77 Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 7, p. 18.

De Waadi is niet van toepassing op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in het kader van een overeenkomst van aanneming van werk.⁷⁸ Voorts wordt in artikel 1 lid 3 sub c van de Waadi het ter beschikking stellen van arbeidskrachten voor het verrichten van arbeid in een onderneming die door dezelfde ondernemer in stand gehouden wordt als die de arbeidskrachten ter beschikking stelt, uitgesloten van toepassing van de Waadi. Blijkens de memorie van toelichting regelt dit artikellid dat de regels voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten niet van toepassing zijn op intra-concern detachering.⁷⁹ De groep wordt in dat kader door de wetgever beschouwd als één werkgever.⁸⁰ Anders dan in artikel 7:691 lid 6 BW,⁸¹ waarin intra-concern detachering is uitgesloten van de toepassing van de regeling van de uitzendovereenkomst, wordt bij deze bepaling in de Waadi niet aangesloten bij artikel 2:24a en 24b BW, maar bij het ondernemersbegrip van artikel 1 lid 1 sub d WOR.⁸² Daardoor dekt de tekst van artikel 1 lid 3 sub c Waadi niet de daarmee blijkens de memorie van toelichting beoogde lading. Het in artikel 1 lid 3 sub c Waadi gebruikte begrip ondernemer komt niet op hetzelfde neer als moedermaatschappij binnen een groep in de zin van artikel 2:24b BW omdat de moedermaatschappij niet de ondernemer is in de zin van de WOR in de door de groepsmaatschappijen in stand gehouden ondernemingen. Weliswaar is het mogelijk dat de moedermaatschappij in het kader van de uitoefening van het advies- en beroepsrecht ex artikel 25 en 26 WOR van de bij haar groepsmaatschappij ingestelde ondernemingsraad wordt aangemerkt als medeondernemer naast de groepsmaatschappij,⁸³ maar daarvoor is de enkele omstandigheid dat zij de moedermaatschappij is van de groepsmaatschappij niet voldoende. De moedermaatschappij moet dan binnen de door de groepsmaatschappij in stand gehouden onderneming een positie innemen die haar stelselmatig een zodanige invloed op de besluitvorming binnen die onderneming verschaft dat gezegd

78 Artikel 1 lid 3 sub a Waadi.

79 Kamerstukken II 1996/97, 25 264, nr. 3, p. 18. De Arbeidsvoorzieningswet 1990 bevatte geen bepaling waarin intra-concern detachering van de toepassing van deze wet werd uitgesloten. Wel werd in de memorie van toelichting bij die wet meegedeeld dat deze wet niet van toepassing was omdat "een concern in principe als één werkgever moet worden gezien." Kamerstukken II 1987/88, 20 569, nr. 3, p. 57 en 77.

80 Overigens zou het van toepassing zijn van de Waadi in geval van intra-concern detachering voor de toepassing van het loonverhoudingsvoorschrift in artikel 8 Waadi weinig relevant zijn omdat de bij de groepsmaatschappijen werkzame werknemers dan allemaal in dienst zijn van een personeels-BV of andere centrale werkgever binnen de groep. Daardoor is geen sprake van werknemers die in gelijke en gelijkwaardige functies in dienst zijn van de groepsmaatschappij waarbij de werknemer is tewerkgesteld.

81 Zie over intra-concern detachering en artikel 7:691 lid 6 BW de hiernavolgende paragraaf en paragraaf 6.7.

82 Kamerstukken II 1996/97, 25 264, nr. 3, p. 18.

83 Zie OK 30 oktober 2002, JOR 2003/10 en ARO 2002, 171 (NS Reizigers), OK 28 april 2004, JAR 2004/147, JOR 2004/234 en ARO 2004, 72 (FNV Ledenservice II), OK 29 maart 2010, JAR 2011/38 en ARO 2010, 181 (Novio I), OK 14 oktober 2010, JAR 2010/309 en ARO 2010, 166 (VLM Airlines) en OK 10 mei 2011, JAR 2011/167 en ARO 2011, 92 (Novio II).

kan worden dat de onderneming mede door haar in stand wordt gehouden.⁸⁴ Dat is in groepsverhoudingen lang niet altijd het geval.⁸⁵ Wanneer tijdens de parlementaire behandeling van de Waadi niet zo klip en klaar was meegedeeld dat op grond van artikel 1 lid 3 sub c Waadi de voorschriften uit de Waadi niet van toepassing zijn bij intra-concern detachering, had een letterlijke uitleg van deze bepaling dus tot een ander resultaat kunnen leiden.

De Uitzendrichtlijn

De Uitzendrichtlijn bevat door de Lidstaten in hun nationale wet- en regelgeving te implementeren voorschriften waarmee wordt gewaarborgd dat voor uitzendkrachten dezelfde essentiële arbeidsvoorwaarden gelden als voor werknemers die in dienst zijn van de inlener. Daarnaast voorziet de Uitzendrichtlijn in een verplichting tot heroverweging door de afzonderlijke lidstaten van binnen hun nationale wetgevingen bestaande verbodsbepalingen of beperkingen met betrekking tot het gebruik van uitzendkrachten.⁸⁶ Dergelijke verbodsbepalingen zijn na de implementatie van de Uitzendrichtlijn slechts nog toegestaan voor zover hiervoor redenen van algemeen belang bestaan die verband houden met de bescherming of het welzijn van de uitzendkrachten, of met het garanderen van de goede werking van de arbeidsmarkt, dan wel het voorkomen van misbruik. De Uitzendrichtlijn heeft beperkte gevolgen gehad voor de Nederlandse wet- en regelgeving op het gebied van uitzendarbeid.⁸⁷ Dat is anders in lidstaten waarin de regulering van uitzendarbeid nog in de kinderschoenen staat en voor lidstaten waarin het gebruik van uitzendarbeid op andere dan de hiervoor genoemde gronden verboden of beperkt is.

De Uitzendrichtlijn is van toepassing op “werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau, die ter beschikking worden gesteld van inlenende ondernemingen om onder toezicht en leiding van genoemde ondernemingen tijdelijk te werken.”⁸⁸ Het in de Uitzendrichtlijn gehanteerde begrip uitzendbureau wordt in de Uitzendrichtlijn gedefinieerd als “iedere natuurlijke of

84 HR 26 januari 2000, NJ 2000, 223 en 224 m.nt. Maeijer, JAR 2000/30 en JOR 2000/55 m.nt. Van het Kaar (Provincie Zuid-Holland). Dat betekent dat de moedermaatschappij invloed uitoefende op de totstandkoming van het in het geding zijnde besluit én voor haar stelselmatig de mogelijkheid bestaat invloed uit te oefenen op de besluitvorming binnen de onderneming van haar groepsmaatschappij. Vgl. P. Ingelse, Mede-ondernemen en concernenquête, TAO 2012/1, p. 29/30. Ingelse wijst er daarbij op dat sommige schrijvers het vereiste van stelselmatige invloed zo hebben uitgelegd dat die invloed ook daadwerkelijk stelselmatig wordt uitgeoefend. Hij verwijst daarbij onder meer naar L.G. Verburg, Het territoir van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007, p. 193-197.

85 Bovendien moet sprake zijn van een besluit dat valt onder de zeggenschap die de moedermaatschappij heeft binnen of via de organen van de groepsmaatschappij. Van medeondernemerschap bij de toepassing van artikel 25 en 26 WOR kan geen sprake zijn wanneer het besluit door zijn aard valt buiten de sfeer van de aan organen van de groepsmaatschappij toekomende bevoegdheden. Zie HR 26 januari 2000, NJ 2000, 223 en 224 m.nt. Maeijer, JAR 2000/30 en JOR 2000/55 m.nt. Van het Kaar (Provincie Zuid-Holland).

86 Artikel 4 Uitzendrichtlijn.

87 Dat uitzendkrachten recht hebben op hetzelfde loon en overige vergoedingen als werknemers in dienst van de inlener die werkzaam zijn in gelijke of gelijkwaardige functies was reeds bepaald in het loonverhoudingsvoorschrift in artikel 8 Waadi.

88 Artikel 1 lid 1 Uitzendrichtlijn.

rechtspersoon die, overeenkomstig het nationale recht, een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding aangaat met uitzendkrachten teneinde deze ter beschikking te stellen van inlenende ondernemingen om daar onder toezicht en leiding van deze ondernemingen tijdelijk te werken.⁸⁹ Onder uitzendkracht wordt verstaan “een werknemer – iedere persoon die in de betrokken lidstaat krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet – met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau teneinde ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van laatstgenoemde onderneming tijdelijk te werken.”⁹⁰ Anders dan in artikel 7:690 BW wordt in de definitiebepalingen van de Uitzendrichtlijn steeds gesproken over de werknemer die tijdelijk werkt onder toezicht en leiding van inlenende ondernemingen. Dit begrip tijdelijk heeft geen betrekking op de duur van de terbeschikkingstelling. Hiermee wordt mijns inziens bedoeld dat sprake is van uitzending in de zin van de Uitzendrichtlijn wanneer de uitzendwerkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Ik leid dit af uit het rapport dat in 2011 ter facilitering van de implementatie van de Uitzendrichtlijn in opdracht van de Europese Commissie werd opgesteld door een expertgroep die onder meer bestond uit deskundigen op het gebied van uitzending afkomstig uit de 27 lidstaten.⁹¹ In dit rapport meldt de expertgroep dat het gebruik van het begrip tijdelijk in de Uitzendrichtlijn niet impliceert dat de duur van de terbeschikkingstelling begrensd is. De expertgroep constateert dat de duur van de terbeschikkingstelling in de praktijk uiteenloopt in de verschillende lidstaten en economische sectoren. Soms gaat het om dagen en in andere situaties kan de terbeschikkingstelling maanden duren. Volgens de expertgroep heeft de terbeschikkingstelling in al deze situaties een tijdelijk karakter in de zin van de Uitzendrichtlijn.⁹²

4.7 Verlicht arbeidsrechtelijk regime bij uitzending

Voldoet de uitzendovereenkomst aan de hiervoor besproken elementen uit de definitie van artikel 7:690 BW, dan is sprake van een uitzendovereenkomst waarbij de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met de uitzender. De uitzendwerkgever is als werkgever in de zin van Titel 10 Boek 7 BW aansprakelijk tot nakoming van de uit de arbeidsovereenkomst van de uitzendwerknemer voortvloeiende verplichtingen. In verband met de allocatiefunctie die de uitzendwerkgever vervult op de arbeidsmarkt werd in artikel 7:691 BW een verlicht arbeidsrechtelijk regime opgenomen bij de beëindiging van arbeidsovereenkomsten met uitzendwerknemer gedurende de eerste 26 weken. Hoewel de regering, zoals hiervoor aan de orde kwam, meende dat deze extra vrijheid van partijen bij de uitzendovereenkomst ter zake van het aangaan en verbreken van de arbeidsrelatie moest worden begrensd tot een periode van zes maanden omdat deze voor de werknemer, wat zijn arbeid en inkomen betrof, een onzekere factor vormde, kan deze periode op grond van

89 Artikel 3 lid 1 sub b Uitzendrichtlijn.

90 Artikel 3 lid 1 sub a en c Uitzendrichtlijn.

91 Report Expert Group, Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work, EC: Employment, Social Affairs & Inclusion: Labour Law August 2011.

92 Report Expert Group, p. 14.

artikel 7:691 lid 7 BW bij cao worden verlengd. Van deze mogelijkheid wordt thans op grote schaal gebruik gemaakt. Daarnaast is in een aparte bijlage bij het Ontslagbesluit (Bijlage B) een bijzondere regeling opgenomen voor de beoordeling van ontslagen in de uitzendsector. Op basis hiervan geldt een soepelere ontslagtoets in geval van een verzoek om toestemming voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst met een uitzendwerknemer.

Het verlichte arbeidsrechtelijke regime van artikel 7:691 BW

Op de uitzendovereenkomst zijn de in artikel 7:691 BW opgenomen bijzondere regels van toepassing. Artikel 7:691 lid 1 BW bepaalt dat de ketenregeling van artikel 7:668a BW pas op de uitzendovereenkomst van toepassing is nadat de uitzendwerknemer in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht in het kader van de uitzendovereenkomst. Op grond van artikel 7:691 lid 2 BW kan in de arbeidsovereenkomst een uitzendbeding worden opgenomen op grond waarvan deze van rechtswege eindigt wanneer de terbeschikkingstelling van de werknemer aan de inlener eindigt op verzoek van de inlener. Daarbij is niet relevant welke reden de inlener hiervoor heeft; een beroep op het uitzendbeding hoeft niet te worden gemotiveerd.⁹³ Op zijn beurt mag de werknemer de arbeidsovereenkomst zonder opgave van redenen onverwijld opzeggen wanneer een dergelijk uitzendbeding is opgenomen in de arbeidsovereenkomst. Het uitzendbeding geldt echter slechts gedurende de eerste 26 weken waarin de werknemer arbeid heeft verricht op basis van de uitzendovereenkomst (artikel 7:691 lid 3 BW). Na afloop van deze periode eindigt de arbeidsovereenkomst niet meer van rechtswege wanneer de terbeschikkingstelling op verzoek van de inlener eindigt en kan de werknemer de arbeidsovereenkomst ook niet meer per direct opzeggen. Artikel 7:691 lid 7 BW maakt mogelijk dat bij cao van de in dit artikel genoemde termijn van 26 weken wordt afgeweken. In de thans binnen de uitzendsector geldende bedrijfstak-cao's is van deze mogelijkheid gebruik gemaakt. In de met de Algemene Bond Uitzendondernemingen gesloten cao (ABU-cao) is een systeem van drie fasen overeengekomen. In de eerste fase is de in artikel 7:691 BW gehanteerde termijn van 26 weken uitgebreid naar 78 weken. Gedurende de daaropvolgende tweede fase kunnen in afwijking van artikel 7:668a BW gedurende twee jaar maximaal acht (van rechtswege eindigende) arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met de werknemer worden gesloten. In de daarop volgende derde fase is de werknemer voor onbepaalde tijd in dienst (getreden) van de uitzendwerkgever. In de andere bedrijfstak-cao's binnen de uitzendsector, de met de Nederlandse Bond van Bemiddelings- en Uitzendondernemingen gesloten NBBU-cao en de door Alternatief Voor Vakbond met de Nederlandse Vereniging van Uitzend- en Bemiddelingsbedrijven gesloten NVUB-cao, worden andere fasensystemen gehanteerd.

⁹³ Vgl. Ktr. Leeuwarden 25 oktober 2011, JAR 2011/304 m.nt. Zwemmer. Naar het oordeel van het Hof te Leeuwarden dient de uitlener die zich op artikel 7:691 lid 2 BW beroept wel duidelijk te maken aan de uitzendkracht dat de arbeidsovereenkomst eindigt omdat de inlener de opdracht beëindigde (Hof Leeuwarden 24 mei 2011, RAR 2011, 116).

Intra-concern detachering

Bij vooral grotere groepen of concerns zijn alle bij de verschillende groepsmaatschappijen werkzame werknemers in dienst van één groepsmaatschappij. Vaak is dit een speciaal met dat doel opgerichte rechtspersoon die binnen de groep als centrale werkgever of 'personeels-BV' fungeert. Dit wordt ook wel intra-concern detachering genoemd. Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, zijn op grond van artikel 7:691 lid 6 BW de in dit artikel opgenomen bijzondere regels voor de uitzendovereenkomst niet van toepassing op "uitzendovereenkomsten waarbij de werkgever en de derde in een groep zijn verbonden als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 dan wel de één een dochtermaatschappij is van de ander als bedoeld in artikel 24a van Boek 2."⁹⁴ Uit de memorie van toelichting⁹⁵ bij deze bepaling blijkt dat met deze uitsluiting werd beoogd te voorkomen dat "arbeidsorganisaties" via een eigen uitzendbureau personeel ter beschikking konden stellen aan de eigen organisatie, maar dan met minder verplichtingen, en werknemers van de ene naar de andere eenheid konden worden verschoven om zodoende opbouw van rechten te voorkomen. Omdat juist de allocatiefunctie van de uitzendwerkgever de grondslag vormde van de bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW en de intra-concern detacherende groepsmaatschappij deze niet vervult op de arbeidsmarkt, werd intra-concern detachering uitgesloten in artikel 7:691 lid 6 BW.⁹⁶ Wat dit betekent voor intra-concern detachering en op welke wijze intra-concern detachering zich verhoudt tot de definitie van de uitzendovereenkomst van artikel 7:690 BW, komt aan de orde in paragraaf 6.7.

De bijzondere regeling in Bijlage B voor de toetsing van ontslagen in de uitzendsector

Bij een verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst ex artikel 6 BBA 1945 wegens bedrijfseconomische redenen kan door de uitzendwerkgever een beroep worden gedaan op Bijlage B bij het Ontslagbesluit.⁹⁷ Om gedwongen werknemerswisselingen bij opdrachtgevers te voorkomen geeft Bijlage B een van artikel 4:2 lid 1 Ontslagbesluit afwijkende regeling voor ontslagen in de uitzendsector. Deze komt erop neer dat het afspiegelingsbeginsel slechts op een beperkte groep inleenopdrachten van de uitzendwerkgever hoeft te worden toegepast. Door deze beperking van de toepassing van het afspiegelingsbeginsel worden de lopende terbeschikkingstellingen op grond van inleenopdrachten met andere opdrachtgevers dan die waarbij de uitzendwerkzaamheden zijn komen te vervallen, zo min mogelijk doorkruist. Voorts is in Bijlage B voor de beoordeling van de herplaatsingsverplichtingen de actuele situatie relevant en is de uitzendwerkgever gedurende een beperkte periode – afhankelijk van de duur van het arbeidsverleden van de uitzendwerknemer – nadat de inleenopdracht is komen te vervallen, verplicht zich in te spannen de uitzendwerknemer te herplaatsen bij een andere opdrachtgever. Volgens de Beleidsregels ontslagtaak UWV⁹⁸ wordt met Bijlage B voorkomen dat bij onverkorte toepassing

94 Artikel 1 lid 3 sub c Waadi bevat een bepaling waarmee hetzelfde werd beoogd voor de toepassing van de Waadi.

95 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10 en p. 34.

96 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10 en p. 34.

97 Zie hierover tevens paragraaf 3.4.4.

98 Beleidsregels ontslagtaak UWV, hoofdstuk 15-7, versie september 2012.

van de hoofdregel uit artikel 4:2 lid 1 Ontslagbesluit de verhoudingen tussen een uitzendwerkgever en de opdrachtgevers ernstig worden verstoord. Onverkorte toepassing van het afspiegelingsbeginsel van artikel 4:2 lid 1 Ontslagbesluit op de uitzendsector zou namelijk tot gedwongen werknemerswisselingen bij de inleners kunnen leiden. Bijlage B is van toepassing op 'traditionele' uitzendbureaus (de ter beschikking gestelde werknemers moeten, afgemeten naar het totale aantal werknemers, een belangrijk deel uitmaken van het personeelsbestand van de werkgever én de werkgever moet een allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt).⁹⁹

4.8 Pluraliteit van (werkgevers)aansprakelijkheid bij uitzending

Tussen de uitzendwerknemer en de inlener bestaat geen rechtsverhouding, maar is slechts sprake van een feitelijke relatie. Deze feitelijke relatie houdt in dat de werknemer bij en onder het feitelijke gezag van de inlener werkzaam is. In enkele bepalingen in Titel 10 Boek 7 BW worden juridische consequenties verbonden aan het feitelijke werkgeverschap van de inlener. Op grond daarvan zijn, of kunnen de uitzendwerkgever en de inlener jegens de uitzendwerknemer hoofdelijk aansprakelijk zijn voor diens schade als gevolg van een bedrijfsongeval en kan de inlener in bepaalde omstandigheden door de uitzendwerknemer worden aangesproken tot voldoening aan hem van het toepasselijke minimumloon op grond van de WMM. Daarnaast wordt bij de opbouw van ontslagbescherming door de werknemer op basis van artikel 7:667 en 7:668a BW rekening gehouden met de werknemer die op basis van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met het uitzendbureau en de (voormalige) inlener – of in omgekeerde volgorde – dezelfde werkzaamheden is blijven verrichten. In arbeidswetgeving buiten het BW wordt soms, zoals bleek in het vorige hoofdstuk, de inlener als werkgever aangemerkt naast, of in plaats van de uitzendwerkgever. Op grond van het werkgeversbegrip in de Arbeidsomstandigheden- en Arbeidstijdenwet is de inlener verantwoordelijk voor de naleving van de in en op grond van deze wetten geldende voorschriften op het gebied van de arbeidsomstandigheden en arbeidstijden van de uitzendwerknemer.¹⁰⁰ De inlener is als werkgever in de zin van de WAV, naast de uitzendwerkgever, verantwoordelijk voor het aanvragen van een tewerkstellingsvergunning voor een bij hem tewerkgestelde derdelander,¹⁰¹ en de derdelander kan de inlener aanspreken voor het in de WAV genoemde loon wanneer de uitzendwerkgever niet betaalt.¹⁰²

Medezeggenschap bij uitzending; pluraliteit van ondernemers in de zin van de WOR

Uitzendwerknemers ex artikel 7:690 BW krijgen op grond van artikel 1 lid 3 onder a WOR medezeggenschapsrechten in de onderneming van de inlener nadat zij "in het

99 De achtergrond hiervan komt aan de orde in paragraaf 4.9.

100 Zie paragraaf 3.2.1 en 3.2.2.

101 De inlener zou een aan hem wegens het ontbreken van een tewerkstellingsvergunning door de Arbeidsinspectie opgelegde boete kunnen verhalen op de uitzendwerkgever, omdat het zonder tewerkstellingsvergunning ter beschikking stellen van derdelanders als een tekortkoming in de nakoming van de opdrachtovereenkomst tussen de inlener en de uitzendwerkgever kan worden beschouwd. Zie Rb. Rotterdam 20 mei 2009, JAR 2009/178, Rb. Dordrecht 17 februari 2010, RAR 2010, 68 en Rb. Rotterdam 5 januari 2011, RAR 2011, 70.

102 Zie hierover paragraaf 3.3.1. en hierna in paragraaf 4.8.3.

kader van de werkzaamheden van de onderneming daarin ten minste 24 maanden werkzaam zijn”.¹⁰³ Tot 1999 werd nog uitsluitend de werknemer die krachtens een arbeidsovereenkomst met de ondernemer werkzaam was in de door deze ondernemer in stand gehouden onderneming aangemerkt als in de onderneming werkzame werknemer in de zin van de WOR. De op grond van een arbeidsovereenkomst met een ander dan de ondernemer in de onderneming werkzame werknemer viel daardoor niet onder de persoonlijke werkingsfeer van de WOR. Dat een volledig in de arbeidsorganisatie van de onderneming opgenomen werknemer voor de toepassing van de WOR niet gold als werkzaam in die onderneming omdat hij een (civielrechtelijke) arbeidsovereenkomst had met een ander dan de ondernemer, stond op gespannen voet met de opzet van de WOR om de medezeggenschap zoveel mogelijk naar de werkvloer te brengen.¹⁰⁴ Aan het einde van de jaren negentig van de vorige eeuw achtte de wetgever de in de WOR vereiste arbeidsovereenkomst tussen de ondernemer en de in diens onderneming werkzame werknemer niet (meer) verenigbaar met het doel van de WOR. Volgens de regering had de bij een andere contractuele werkgever in dienst zijnde werknemer belang bij medezeggenschap in zowel de arbeidsorganisatie van de feitelijke werkgever als in de arbeidsorganisatie van de contractuele werkgever.¹⁰⁵ Met de 24 maanden voorwaarde in artikel 1 lid 3 onder a WOR werd beoogd te voorkomen dat uitzendkrachten die voor korte termijn werkzaam zijn in de onderneming van de inlener, daarin meteen medezeggenschapsrechten krijgen.¹⁰⁶ Volgens de regering mocht worden aangenomen dat de uitzendkracht na een dergelijke termijn als een ‘eigen’ werknemer kan worden beschouwd.¹⁰⁷ Deze uitzendkracht verkrijgt dan echter op grond van artikel 6 lid 2 en 3 WOR pas respectievelijk 6 maanden en een jaar na het verstrijken van deze 24 maanden actief en passief kiesrecht bij de samenstelling van de ondernemingsraad.¹⁰⁸ Ik acht deze dubbel telling niet goed verenigbaar met de hiervoor beschreven gronden voor het in de WOR opnemen van medezeggenschap van uitzendwerknemers in de onderneming van de inlener. Mijn inziens zou artikel 6 WOR in die zin moeten worden

103 Wat werd bedoeld met de woorden “in het kader van werkzaamheden van de onderneming” blijkt niet uit de wetsgeschiedenis. Gelet op de hiervoor genoemde, door de regering genoemde redenen voor medezeggenschap van de ingeleende werknemer bij de inlener, maken Vink en Van het Kaar hieruit mijns inziens terecht op dat de uitzendkrachten aan de (gebruikelijke) werkzaamheden van de onderneming van de inlener moeten hebben bijgedragen. Zij stellen als voorbeeld dat een door een ziekenhuis ingeleende onderhoudsschilder niet, maar een door een door een onderhoudsbedrijf ingeleende onderhoudsschilder wel in de betrokken onderneming werkzaam is in de zin van de WOR. F.W.H. Vink en R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, 23e druk, p. 35.

104 Vgl. Kamerstukken II 1969/1970, 10 335, nr. 6, p. 8.

105 Kamerstukken II 1995/1996, 24 615 nr. 3, p. 32.

106 De 24 maanden voorwaarde werd bij amendement van 27 juni 1997 opgenomen in artikel 1 lid 3 sub a WOR. Kamerstukken II, 1996/1997, 24 615, nr. 56 II (aangenomen op 2 september 1997, *Handelingen Tweede Kamer 1996/1997*, nr. 102, p. 7193).

107 Kamerstukken I 1997/1998, 24 615, nr. 81a, p. 11.

108 De indieners van het amendement legden de 24 maanden voorwaarde zo uit dat de termijnen waarna voor de uitgeleende werknemer bij de inlener actief en passief kiesrecht ontstaat op grond van artikel 6 WOR, beginnen te lopen nadat hij gedurende 24 maanden werkzaam is in de onderneming van de inlener. Zie Kamerstukken II 1996/1997, 24 615, nr. 56, p. 2. Dit werd later bevestigd door de regering. Zie Kamerstukken I 1997/1998, 24 615, nr. 81a, p. 11.

aangepast dat de in de onderneming werkzame uitzendwerknemer in de zin van artikel 1 lid 3 sub a WOR direct actief en passief heeft in de zin van dit artikel.

4.8.1 De inlener en het goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW

Omdat de uitzendwerkgever een arbeidsovereenkomst heeft met de uitzendwerknemer rust op hem, en niet op de inlener, de verplichting zich jegens de uitzendwerknemer als goed werkgever te gedragen in de zin van artikel 7:611 BW. De op grond van deze bepaling door de werkgever tegenover de werknemer in acht te nemen zorgvuldigheid bij – onder meer – een wijziging van de werkzaamheden of arbeidsvoorwaarden, een conflict met de werknemer, of bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zou dus alleen gelden voor de uitzendwerkgever. Tijdens de parlementaire behandeling van de regeling van de uitzendovereenkomst deelde de regering mee dat het “specifieke karakter van de uitzendrelatie, waarbij partijen alleen en voor zover nodig gebruik maken van elkaars diensten” meebrengt dat een verplichte motiveringsplicht bij de beëindiging van de terbeschikkingstelling niet nodig is.¹⁰⁹ Dat betekent dat wanneer de inlener besluit de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer te beëindigen, hij dit niet hoeft toe te lichten aan de uitzendwerknemer of de uitzendwerkgever in de gelegenheid moet stellen hierop te reageren. De inlener hoeft zich, zoals het Hof Leeuwarden¹¹⁰ dat formuleerde, bij de invulling van de opdrachtovereenkomst met de uitzendwerkgever niet mede te laten leiden door de belangen van de uitzendwerknemer, nu juist de flexibiliteit voor de inlener een wezenlijk kenmerk is van het samenstel van enerzijds de opdrachtovereenkomst tussen de uitzendwerkgever en de inlener en anderzijds de arbeidsovereenkomst van de uitzendwerkgever met de uitzendwerknemer. Wel nam het hof aan dat bij de beoordeling van bepaalde concrete gedragingen van de inlener tegenover de uitzendwerknemer een zekere reflexwerking toekomt aan artikel 7:611 BW. Een dergelijke concrete gedraging van de inlener zou dan op grond van deze reflexwerking van artikel 7:611 BW moeten worden aangemerkt als een onrechtmatige daad jegens de uitzendwerknemer. De uitspraak van de kantonrechter te Sneek van 10 november 2006 geeft daarvan een voorbeeld.¹¹¹ Hierin oordeelde de kantonrechter dat de inlener zich jegens de werknemer (die gedurende 17 jaar bij hem was gedetacheerd) niet als goed werkgever had gedragen omdat hij zich, zonder dit voldoende te onderbouwen, tegenover de uitzendwerkgever in negatieve zin had uitgelaten over het functioneren van de werknemer. Naar het oordeel van de kantonrechter was deze gedraging diffamerend voor de werknemer. Omdat, zoals de kantonrechter overwoog, de inlener niet in formele zin als werkgever kon worden beschouwd, had hij met deze gedraging onrechtmatig gehandeld jegens de werknemer. De inlener werd veroordeeld tot rectificatie van de negatieve uitlatingen over het functioneren van de werknemer. De kantonrechter wees echter de door de werknemer gevorderde wedertewerkstelling bij de inlener af omdat dit ook de positie van de uitzendwerkgever, als werkgever van de werknemer, zou raken terwijl de

109 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 16.

110 Hof Leeuwarden 13 december 2006, JAR 2007/17.

111 Ktr. Sneek 10 november 2006, JAR 2007/153.

uitzendwerkgever geen partij was in de procedure. In een andere uitspraak oordeelde de kantonrechter te Leeuwarden dat onder bijzondere omstandigheden het door de inlener beëindigen van de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer wel misbruik van bevoegdheid kan opleveren en daarmee onrechtmatig zou zijn jegens de uitzendwerknemer.¹¹² Van dergelijke bijzondere omstandigheden zou sprake zijn wanneer vast komt te staan dat de inlener de terbeschikkingstelling beëindigde om discriminatoire redenen die geen enkel verband houden met de door de uitzendwerknemer voor hem verrichte arbeid, of het vermogen van de uitzendwerknemer deze arbeid te kunnen verrichten. Daarbij kan worden gedacht aan het geslacht, de huidskleur, de godsdienst of levensovertuiging, de leeftijd, de seksuele gerichtheid, of een (bij de arbeid niet relevante) handicap van de uitzendwerknemer. De Commissie Gelijke Behandeling heeft in de afgelopen jaren een enkele maal geoordeeld dat de inlener zich schuldig maakte aan verboden onderscheid omdat hij de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer had beëindigd om discriminatoire redenen.¹¹³ Daarnaast heeft de Commissie Gelijke Behandeling verschillende malen geoordeeld dat de uitzendwerkgever zich ervoor moet inspannen dat de inlener zich gedurende de terbeschikkingstelling onthoudt van discriminatie van de uitzendwerknemer. Komt de uitzendwerkgever deze verplichting niet na, dan kunnen zowel de uitzendwerkgever als de inlener zich naar haar oordeel schuldig maken aan verboden onderscheid.¹¹⁴

Uit het bovenstaande volgt dat de verplichtingen op grond van het goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW minder betekenis hebben bij uitzending omdat bij uitzending sprake is van een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding waarbij tussen de uitzendwerknemer en de inlener slechts sprake is van een feitelijke relatie. Dat de uitzendwerknemer de arbeid verricht bij en onder het feitelijke gezag van de inlener impliceert mijns inziens echter niet dat de uitzendwerkgever geen eigen verantwoordelijkheid heeft jegens de uitzendwerknemer ten aanzien van de door de inlener jegens de uitzendwerknemer in acht te nemen zorgvuldigheid bij een conflict of bij een beëindiging van de terbeschikkingstelling. Dat sluit ook aan bij de wetsgeschiedenis van artikel 7:611 BW waarin werd meegedeeld dat dit artikel “niet slechts ziet op de bedoelingen van partijen onderling, maar ook op voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen en ontwikkelingen.”¹¹⁵ Neemt de inlener in dergelijke situaties niet de nodige zorgvuldigheid in acht tegenover de uitzendwerknemer, dan is de uitzendwerkgever naar mijn mening op grond van artikel 7:611 BW verplicht daartegen te protesteren bij de inlener of daartegen op een andere manier actie te ondernemen. Doet de uitzendwerkgever dit niet en gaat hij in plaats daarvan zonder protest akkoord met de beëindiging van de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer (en eventueel daarna zelf over tot het ontslag van de uitzendwerknemer),

112 Zie Ktr. Leeuwarden 25 oktober 2011, JAR 2011/304 m.nt. Zwemmer en Pres. Rb. Leeuwarden 2 maart 1999, KG 1999, 108.

113 Zie o.a. CGB 7 december 2007, oordeel 2007-210 en CGB 13 mei 2009, oordeel 2009-38. Vgl. ook CGB 21 mei 2012, oordeel 2012-92.

114 Zie o.a. CGB 22 juli 2010, oordeel 2010-113 en 2010-114 en CGB 26 januari 2012, oordeel 2012-15 en 2012-16.

115 Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 15.

dan gedraagt hij zich mijns inziens tegenover de uitzendwerknemer niet als een goed werkgever in de zin van artikel 7:611 BW.

4.8.2 *Inlenersaansprakelijkheid ex artikel 7:658 lid 4 BW*

In artikel 7:658 lid 1 BW is de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werkomgeving van de werknemer opgenomen. Op grond van dit artikel is de werkgever verplicht “de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige te maatregelen treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.”¹¹⁶ De werkgever is op grond van artikel 7:658 lid 2 BW aansprakelijk voor de schade die de werknemer lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Wanneer de werkgever echter aantoonbaar is, of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, is hij niet aansprakelijk. Hoewel de bewijslast van het hebben voldaan aan de zorgplicht op de werkgever ligt, dient de werknemer te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden.¹¹⁷ De aansprakelijkheid van de werkgever ex artikel 7:658 lid 2 BW kan worden aangemerkt als een schuldaansprakelijkheid, nu hiermee niet wordt beoogd een absolute waarborg te scheppen voor bescherming tegen – ofwel risicoaansprakelijkheid voor – het in artikel 7:658 lid 1 BW bedoelde gevaar.¹¹⁸ Dit betekent dat de wijze waarop de werkgever invulling moet geven aan zijn zorgplicht telkens weer afhangt van de specifieke feitelijke omstandigheden.¹¹⁹ Wanneer de schade van de werknemer geen verband houdt met de voor de werkgever verrichte werkzaamheden, maar wel een relatie bestaat tussen deze schade en de werkzaamheden voor de werkgever, wordt in de jurisprudentie soms aansprakelijkheid van de werkgever aangenomen op grond van artikel 7:611 BW.¹²⁰

In artikel 7:658 lid 4 BW zijn de zorgplicht en de aansprakelijkheid voor de nakoming daarvan tevens van toepassing verklaard op degene die in de uitoefening van zijn

116 In zijn arrest van 11 november 2011 (JAR 2011/316 r.o. 3.4.1 m.nt. Vegter) overweegt de Hoge Raad dat de zorgplicht “in de eerste plaats (geldt) ten aanzien van werkzaamheden die worden verricht op de in art. 1 lid 3, aanhef en onder g, Arbeidsomstandighedenwet (ruim) omschreven ‘arbeidsplaats’, dat wil zeggen iedere plaats die in verband met het verrichten van arbeid wordt of pleegt te worden gebruikt.”

117 De werknemer hoeft niet de toedracht en oorzaak van de in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden schade te bewijzen. HR 4 mei 2001, JAR 2001/96 (Bloemsma/Hattuma).

118 Zie o.a. HR 4 oktober 2002, NJ 2004, 175 (Laudy/Fair Play).

119 Op dit terrein is een veelheid aan (casuïstische) jurisprudentie geweest. Voor een overzicht hiervan verwijs ik naar W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2011 p. 229-234 en Asser-Heerma van Voss 7-V* (2008), nrs. 238-251. Zie ook W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl en W.L. Roozendaal, Prof. mr. H.L. Bakels, Schets van het Nederlandse arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 2011, p. 124-127.

120 Zie HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253 en JAR 2001/24 (Vonk/Van der Hoeven), HR 18 maart 2005, NJ 2009, 328 en JAR 2005/100 (KLM/De Kuijer) en HR 1 februari 2008, NJ 2009, 331 en JAR 2008/57 (Kooiker/Taxi Nijverdal).

beroep of bedrijf¹²¹ arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft. Dit vierde lid van artikel 7:658 BW maakte deel uit van de Wet flexibiliteit en zekerheid, maar vond zijn oorsprong in vaste jurisprudentie van de Hoge Raad sinds 15 juni 1990.¹²² In het arrest van die datum oordeelde de Hoge Raad dat de werkgever ook kan tekortschieten in zijn zorgplicht wanneer de werknemer de arbeid verricht bij een derde in het kader van de uitvoering van werkzaamheden bij én behorend tot het bedrijf van die derde. De werkgever laat dan de zorgplicht voor de veiligheid van de werkomgeving van de werknemer over aan die derde, zo overwoog de Hoge Raad. Schiet die derde tekort in de zorgplicht tegenover de bij hem werkzame werknemer, dan is de werkgever aansprakelijk als ware hijzelf tekort geschoten in zijn zorgplicht en kan de werknemer tevens direct de derde aanspreken voor de door hem geleden schade.¹²³ De Hoge Raad hanteerde artikel 6:162 BW als grondslag voor de aansprakelijkheid van de derde en ook in een procedure tussen de werknemer en de derde werd de bewijslast voor het in acht hebben genomen van de zorgplicht van artikel 7:658 BW op de derde gelegd. Met de inwerkingtreding van artikel 7:658 lid 4 BW werden de zorgplicht en aansprakelijkheid van artikel 7:658 BW tevens direct van toepassing op de derde en werd de omweg naar aansprakelijkheid via artikel 6:162 BW overbodig. Die omweg is nog wel nodig voor de aansprakelijkheid van de inlener op grond van het schenden van de hiervoor genoemde zorgplicht ex artikel 7:611 BW omdat aansprakelijkheid op deze grond uitsluitend kan worden ingeroepen door de eigen werknemers (van de inlener).¹²⁴

De regering achtte codificatie van deze jurisprudentie in artikel 7:658 BW gewenst omdat de vrijheid van degene die een bedrijf uitoefent de arbeid te laten verrichten door eigen werknemers of ingeleende personen naar haar mening niet van invloed behoorde te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt bij het verrichten van de arbeid.¹²⁵ Volgens de regering was artikel 7:658 lid 4 BW vooral van belang voor "uitzendarbeid, uitlening en aanneming van werk, waarbij tussen de werknemer en

121 Artikel 7:658 lid 4 BW is dus niet van toepassing op natuurlijke personen, niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf en de overheid, tenzij sprake is van een overheidsbedrijf. Zie Hof Arnhem 4 november 2003, JAR 2004/29. Wel kan in deze gevallen sprake zijn van aansprakelijkheid op grond van artikel 6:74 BW of artikel 6:162 BW. Volgens Van Dam ligt hierbij in de rede dat de zorgplicht in een dergelijk geval niet minder streng is dan bij artikel 7:658 lid 1 BW en de bewijslastverdeling van artikel 7:658 lid 2 BW analoog van toepassing is. C.C. van Dam, De reikwijdte van de nieuwe werkgeversaansprakelijkheid, VR 2000/2, p. 42.

122 HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716 m.nt. Stein (Stormer/Vedox). Voor die tijd werd in de (lagere) jurisprudentie over de inlenersaansprakelijkheid wisselend geoordeeld. In zijn conclusie voor HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716 geeft A-G Koopmans onder punt 9 en 10 een overzicht van deze jurisprudentie. Zie ook S.D. Lindenberg en P.L.M. Schneider, Over de grenzen van... artikel 7:658 lid 4 BW, TAP Special tien jaar flexwet 2009-3.

123 Frenk wijst erop dat de Hoge Raad in zijn arrest van 1 juli 1993 (NJ 1993, 687 m.nt. Stein en Maeijer) overwoog dat als derde niet alleen valt aan te merken degene aan wie de werkgever de arbeid van zijn werknemer ter beschikking stelt, maar ook alle anderen aan wie de zorg voor de arbeidsomstandigheden wordt overgelaten. N. Frenk, Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen in driehoeksverhoudingen en buiten arbeidsovereenkomst, NTBR 1998, p. 33.

124 HR 9 juli 2010, JAR 2010/197 (Licotec).

125 Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr. 14, p. 6. Zie ook Kamerstukken I 1998/99, 26 257, nr. 110b, p. 7.

de inlener of opdrachtgever geen overeenkomst bestaat” en wanneer “tussen degene die de arbeid verricht en degene voor wie hij de arbeid verricht wel een overeenkomst is gesloten, zij het geen arbeidsovereenkomst.”¹²⁶ De in artikel 7:658 lid 4 BW bedoelde persoon hoeft dus niet per se werknemer te zijn in de zin van Titel 10 Boek 7 BW.¹²⁷ Na de inwerkingtreding van artikel 7:658 lid 4 BW is in de lagere rechtspraak verschillend geoordeeld over de vraag of zzp'ers en andere zelfstandigen die de arbeid verrichtten op grond van een opdrachtovereenkomst of een overeenkomst van aanneming van werk onder de reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW vielen.¹²⁸ In het arrest Davelaar/Allspan¹²⁹ van 23 maart 2012 overwoog de Hoge Raad onder verwijzing naar voormelde wetsgeschiedenis dat, hoewel de regering met artikel 7:658 lid 4 BW vooral de situatie beoogde waarin de werknemer door zijn werkgever bij een derde is tewerkgesteld, ook de persoon die buiten dienstbetrekking werkzaamheden verricht onder de reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW kan vallen. Of dit het geval is, moet naar het oordeel van de Hoge Raad aan de hand van de feitelijke omstandigheden worden bepaald.

Wanneer de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met een ander dan degene in wiens beroep of bedrijf hij de arbeid verricht, is degene in wiens beroep of bedrijf hij de arbeid verricht op grond van artikel 7:658 lid 4 BW overeenkomstig artikel 7:658 lid 1 tot en met 3 BW jegens de werknemer aansprakelijk voor de schade die de werknemer lijdt in de uitoefening van de arbeid. Voorwaarde voor aansprakelijkheid is dan (overeenkomstig artikel 7:658 lid 2 BW) dat degene in wiens beroep of bedrijf de werknemer de arbeid verricht, is tekortgeschoten in zijn zorgplicht tegenover deze werknemer.¹³⁰ In deze situatie is de werkgever van de werknemer die arbeid verricht

126 Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr. 14, p. 6.

127 Dat de zorgplicht eveneens geldt tegenover niet-werknemers werd overigens reeds voorafgaand aan de inwerkingtreding van artikel 7:658 lid 4 BW aangenomen in de rechtspraak. In dat kader verwees de regering tijdens de parlementaire behandeling naar het arrest van het Hof Arnhem van 7 mei 1996 (JAR 1996/127). In deze uitspraak oordeelde het Hof Arnhem dat de zorgplicht en aansprakelijkheid van artikel 7:658 BW van overeenkomstige toepassing waren in geval van een stageovereenkomst omdat de positie van de stagiair en de aard van zijn bezigheden materieel gelijk waren aan die van een gewone werknemer.

128 Dat ook niet-werknemers onder reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW vielen werd geoordeeld in: HR 18 november 2005, JAR 2005/288 (De Hoge Raad verwierp het tegen het arrest van het hof ingestelde cassatieberoep op grond van artikel 81 Wet RO), Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 9 juli 2007, JAR 2007/226, Hof Amsterdam 22 februari 2011, LJN: BP7627; LJN: BP6445; LJN: BP6637, LJN: BP6622, Ktr. Assen 22 maart 2011, JAR 2011/99 en Ktr. Assen 31 januari 2012, LJN: BV7396. Dat ook vrijwilligers onder de reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW vallen, werd geoordeeld in: Hof Arnhem 11 januari 2005, JAR 2005/47 en Hof Amsterdam 29 maart 2011, JAR 2011/148. Dat artikel 7:658 lid 4 BW uitsluitend zou gelden voor werknemers in de zin van Titel 10 Boek 7 BW werd geoordeeld in: Rb. Zwolle 28 november 2001, NJ 2002/253, Hof Arnhem 17 augustus 2010, JAR 2010/247 en Rb. 's-Hertogenbosch 13 juli 2011, LJN: BR1652. Zie over deze rechtspraak ook P.L.M. Schneider, Is de zzp'er 'een persoon' in de zin van art. 7:658 lid 4 BW?, TAP 2011/7, p. 272-280.

129 HR 23 maart 2012, JAR 2012/110 m.nt. Zondag en JIN 2012/72 m.nt. Houweling (Davelaar/Allspan Barneveld B.V.).

130 Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr. 14, p. 6. Doordat artikel 7:658 lid 3 van overeenkomstige toepassing is, wordt bereikt dat niet alleen deze aansprakelijkheid dwingend is, maar dat ook niet ten nadele van deze werknemer kan worden afgeweken van hetgeen in Titel 3 Boek 6 BW is bepaald (Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr. 14, p. 7).

in het beroep of bedrijf van een derde naast die derde (hoofdelijk) aansprakelijk¹³¹ voor een tekortschieten van die derde in de zorgplicht jegens die werknemer.¹³² Of de werkgever ook daadwerkelijk zeggenschap had over de arbeid van de werknemer is hierbij niet relevant.¹³³

Aansprakelijkheid voor in de uitoefening van het beroep of bedrijf verrichte arbeid

Over wat moet worden verstaan onder arbeid laten verrichten in de uitoefening van het beroep of bedrijf in de zin van artikel 7:658 lid 4 BW, werd tijdens de parlementaire behandeling meegedeeld dat het moet gaan om werkzaamheden die de derde in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ook door eigen werknemers had kunnen laten verrichten.¹³⁴ De werkzaamheden moeten dus behoren tot, dan wel verband houden met de (hoofd)activiteiten die gewoonlijk binnen het beroep of bedrijf van de derde worden verricht. Onder deze (hoofd)activiteiten vallen dan de direct onder het beroep, of tot het (vervaardigen van) het product van het bedrijf behorende werkzaamheden alsmede de werkzaamheden die deze taken ondersteunen, zoals administratie-, personeels-, automatiserings-, of schoonmaakwerkzaamheden.

Dat voor de toepassing van artikel 7:658 lid 4 BW sprake moet zijn van werkzaamheden verricht in uitoefening van het beroep of bedrijf van de derde, impliceert niet dat sprake moet zijn van gezag of toezicht en leiding van die derde over de persoon die de arbeid verricht. In de rechtspraak van na de inwerkingtreding van artikel 7:658 lid 4 BW speelt (de omstandigheid dat sprake is van) ondergeschiktheid tegenover degene die de werkzaamheden laat verrichten echter vaak wel een belangrijke rol bij het aannemen van aansprakelijkheid. Zo overwoog het Hof 's-Gravenhage¹³⁵ dat artikel 7:658 lid 4 BW van toepassing was omdat sprake was van een gezagsverhouding tussen de derde en de 'werknemer'. Het Hof Leeuwarden¹³⁶ overwoog dat voor aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 lid 4 BW sprake diende te zijn van enige mate van ondergeschiktheid in overeenstemming met de betekenis die daaraan in artikel 6:170 BW is gegeven. Het Hof Amsterdam oordeelde dat sprake moest zijn van enige gezagsverhouding in die zin dat degene die de werkzaamheden liet verrichten zeggenschap had over de wijze van uitvoering van de werkzaamheden door degene die de werkzaamheden verrichtte.¹³⁷ Iets genuanceerder lag dat in de uitspraken van

131 De werkgever en de derde in wiens beroep of bedrijf de werknemer de arbeid verricht, zijn hoofdelijk verbonden in de zin van artikel 6:102 lid 1 BW, maar zij kunnen onderling regres nemen (Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr. 14, p. 7).

132 Zie HR 4 oktober 2002, NJ 2002, 557 en JAR 2002/260. In dit arrest overwoog de Hoge Raad onder verwijzing naar het hiervoor aangehaalde arrest Stormer/Vedox (HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716): "Ook onder de werking van art. 7:658 geldt dat, wanneer een werkgever zijn werknemer tewerkstelt bij een derde teneinde werkzaamheden ter uitvoering van diens bedrijf te verrichten en daarbij in dier voege gebruik maakt van de hulp van de derde dat hij de zorg voor de veiligheid van de werknemer geheel of gedeeltelijk aan de derde overlaat, hij voor een tekortschieten van de derde in die zorg aansprakelijk is als voor eigen tekortschieten."

133 Zie o.a. Hof Amsterdam 27 december 2011, JAR 2012/33 r.o. 3.5 m.nt. Zwemmer.

134 Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 7, p. 15.

135 Zie HR 18 november 2005, JAR 2005/288.

136 Hof Leeuwarden 22 maart 2006, JAR 2006/98.

137 Hof Amsterdam 22 februari 2011, LJN: BP6445; LJN: BP6637 en LJN: BP7627.

de kantonrechter te Amsterdam, de kantonrechter te Schiedam en de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam¹³⁸ waarin werd overwogen dat de instructiebevoegdheid van de derde jegens de 'werknemer' één van de factoren was die een rol speelde bij een beroep op artikel 7:658 lid 4 BW. Het Hof 's-Hertogenbosch¹³⁹ overwoog dat relevant was dat de derde een instructiebevoegdheid had jegens de werknemer bij de bepaling of sprake was van werkzaamheden in de uitoefening van het beroep of bedrijf in de zin van artikel 7:658 lid 4 BW. In uitspraken van de kantonrechter te 's-Gravenhage, de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Hertogenbosch en het Hof Arnhem waarin het ging om aansprakelijkheid van (onder)aannemers, werd echter noch aan een gezagsverhouding, noch aan instructiebevoegdheid gerefereerd, maar werd overwogen dat artikel 7:658 lid 4 BW van toepassing was wanneer sprake was van bedrijfseigen werkzaamheden en niet wanneer het ging om "branchevreemde" werkzaamheden.¹⁴⁰ Ten aanzien van wat branchevreemd en wat niet branchevreemd was, overwoog de kantonrechter te Apeldoorn¹⁴¹ dat tot de normale bedrijfsuitoefening van een melkveehouder gerekend kan worden dat hij enig – klein – onderhoud aan zijn bedrijfsgebouwen verricht, maar dat het laten vervangen van de golfplaten op het dak van een loopstal hier niet onder viel. Naar het oordeel van het Hof Amsterdam kon het bezorgen van kranten niet worden gerekend tot de werkzaamheden die behoren tot de bedrijfsuitoefening van een dagbladuitgever.¹⁴²

Hartlief¹⁴³ heeft geopperd bij de beantwoording van de vraag of sprake is van werkzaamheden in het beroep of bedrijf van de derde in de zin van artikel 7:658 lid 4 BW, aansluiting te zoeken bij het ondergeschiktheids criterium van artikel 6:170 BW. Deze laatste bepaling behelst een risicoaansprakelijkheid van de 'werkgever' jegens een derde voor de schade veroorzaakt door een fout van zijn ondergeschikte. Bij een fout gaat het om een aan de ondergeschikte toerekenbare onrechtmatige daad.¹⁴⁴ Artikel 6:170 BW spreekt over "degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult". De woorden "in wiens dienst" in dit artikel houden niet in dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst moet bestaan. Voor het zijn van ondergeschikte in de zin van artikel 6:170 BW is bepalend of de 'werkgever' zeggenschap had over de gedraging waarin de fout van de 'werknemer' was gelegen. Al in arresten uit 1894 en 1903¹⁴⁵ definieerde de Hoge Raad ondergeschikten in de zin van de voorganger van artikel 6:170 BW¹⁴⁶ als degenen "die hetzij krachtens hunne doorgaande verhouding tot den werkgever, hetzij omdat zij onder zijne leiding of op zijne bepaalde aanwijzing

138 Ktr. Amsterdam 20 juli 2001, JAR 2001/222, Rb. Rotterdam (vzr.) 1 maart 2002, JAR 2003/12 en Ktr. Schiedam 7 december 2004, JAR 2005/41.

139 Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2007, JAR 2008/182.

140 Ktr. 's-Gravenhage 11 juli 2002, JAR 2002/234, Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 9 juli 2007, JAR 2007/226 en RAR 2007, 130 en Hof Arnhem 17 augustus 2010, JAR 2010/247.

141 Ktr. Apeldoorn 21 februari 2007, JAR 2007/76.

142 Hof Amsterdam 22 februari 2011, LJN: BP7627.

143 T. Hartlief, De reikwijdte van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen mede in het licht van recente wetgeving, SR 1998/7/8, p. 223.

144 Kamerstukken II 1974/75, 7 729, nr. 5, p. 9/10 en Kamerstukken II 1975/76, 7 729, nrs. 6-7, p. 168.

145 HR 28 december 1899, Weekblad van het Regt, nr. 7383 p. 1 en HR 22 mei 1903, Weekblad van het Regt, nr. 7927, p. 1.

146 Artikel 1403 lid 3 BW (oud).

handelen, niet zelfstandig optreden.” Uit de latere jurisprudentie volgde dat dit ‘niet zelfstandig optreden’ ruim diende te worden opgevat. Doorslaggevend was of aan de ondergeschikte werkzaamheden waren opgedragen die hij volgens de aanwijzingen van de ‘werkgever’ diende te verrichten, dan wel dat de ‘werkgever’ de bevoegdheid had aanwijzingen te geven over de wijze waarop de ondergeschikte de opgedragen werkzaamheden diende uit te voeren.¹⁴⁷ Tijdens de parlementaire behandeling van het huidige artikel 6:170 BW werd meegedeeld dat bij ondergeschikten in eerste instantie werd gedacht aan werknemers, maar ook aan ingeleende werknemers en aan personen die werkzaamheden verrichten op basis van een opdrachtovereenkomst waarbij de verhouding tussen partijen zodanig is dat van ondergeschiktheid kan worden gesproken.¹⁴⁸

Bij de inlenersaansprakelijkheid van artikel 7:658 lid 4 BW gaat het er op grond van de hiervoor besproken wetsgeschiedenis om of de werkzaamheden behoren tot de bedrijfsuitoefening van degene die deze werkzaamheden laat verrichten. Anders dan veelal werd aangenomen in de hiervoor aangehaalde rechtspraak is dat niet automatisch het geval indien sprake is van enige gezagsverhouding of instructiebevoegdheid van degene voor wie de werkzaamheden worden verricht. Dit vormt weliswaar een belangrijke aanwijzing dat de werkzaamheden in de uitoefening van het beroep of bedrijf worden verricht,¹⁴⁹ maar is niet hetzelfde. Ook niet-ondergeschikten in de zin van artikel 6:171 BW kunnen zich mijns inziens beroepen op deze aansprakelijkheid. Ik denk hierbij, behalve aan personen die arbeid verrichten uit hoofde van een overeenkomst van aanneming van werk, ook aan bij de onderneming gedetacheerde werknemers (bijvoorbeeld ict-consultants) en in de onderneming werkzame zzp'ers of andere zelfstandigen die arbeid verrichten waarvoor specifieke kennis vereist is, maar die wel eigen is aan het beroep of bedrijf van de inlener/opdrachtgever.¹⁵⁰ Dit sluit mijns inziens aan bij de overwegingen van de Hoge Raad in het hiervoor aangehaalde arrest Davelaar/Allspan¹⁵¹ waarin werd geoordeeld dat een zelfstandige die als onderaannemer werkzaamheden verrichtte bij een opdrachtgever onder de reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW viel. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW “niet beperkt is tot werkzaamheden die tot het wezen van de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de desbetreffende opdrachtgever kunnen worden gerekend of normaal gesproken in het verlengde daarvan liggen.” Ook andere werkzaamheden kunnen hieronder vallen. Bepalend is daarbij naar het oordeel van de Hoge Raad het antwoord op de vraag of de verrichte werkzaamheden, gelet op de wijze waarop de desbetreffende opdrachtgever aan zijn beroep of bedrijf invulling pleegt te geven, feitelijk tot zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening behoren. Weliswaar achtte de Hoge Raad daarbij van belang dat de persoon die buiten dienstbetrekking werkzaamheden verricht, voor de zorg voor

147 Zie Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-IV* (2011), nrs. 183-185 en de aldaar genoemde jurisprudentie.

148 Kamerstukken II 1975/76, 7 729, nrs. 6-7, p. 169.

149 Vgl. HR 11 november 2011, JAR 2011/316 r.o. 3.4.1 m.nt. Vegter.

150 Zie ook: H. Dammingh, De aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten in driehoeksverhoudingen, SMA 1999, p. 192.

151 HR 23 maart 2012, JAR 2012/110 m.nt. Zondag en JIN 2012/72 m.nt. Houweling (Davelaar/Allspan Barneveld B.V.).

zijn veiligheid (mede) afhankelijk is van degene voor wie hij die werkzaamheden verricht,¹⁵² maar dat de zelfstandige de werkzaamheden in ondergeschiktheid van de opdrachtgever verricht, vormt in de overwegingen van de Hoge Raad geen vereiste.

4.8.3 *Inlenersaansprakelijkheid ex artikel 7:692 BW*

Op grond van artikel 7:692 BW is de inlener van een uitzendwerknemer van een niet-gecertificeerd uitzendbureau jegens die uitzendwerknemer hoofdelijk aansprakelijk voor de voldoening van het toepasselijke minimumloon en de toepasselijke minimumvakantiebijslag op grond van de WMM. Omdat sprake is van een hoofdelijke aansprakelijkheid hoeft de uitzendwerknemer niet eerst het uitzendbureau aan te spreken, maar staat het hem vrij direct de inlener aan te spreken tot betaling van het minimumloon.¹⁵³ Uit de wetsgeschiedenis van het op 1 januari 2010 in werking getreden artikel 7:692 BW volgt dat de regering hiermee fraude en illegaliteit door en bij malafide uitzendbureaus wil tegengaan. Uitbaters van dergelijke malafide uitzendbureaus zouden zich schuldig maken aan concurrentievervalsing, uitbuiting van (buitenlandse) uitzendwerknemers en aan het ontduiken van belastingen en premies.¹⁵⁴

Fraude door malafide uitzendbureaus was toegenomen als gevolg van de afschaffing van het vergunningstelsel voor uitzending in het kader van de Wet flexibiliteit en zekerheid.¹⁵⁵ Ter bestrijding hiervan ontwikkelde het NEN in 2006 op initiatief van de uitzendbranche een (privaat) systeem van certificering in de vorm van de hiervoor genoemde NEN normen voor Nederlandse en buitenlandse uitzendbureaus. Deze normen stellen eisen aan de naleving van essentiële wet- en regelgeving door het uitzendbureau en een gecertificeerd uitzendbureau wordt periodiek gecontroleerd op een correcte afdracht van belastingen en premies, de naleving van regels inzake de tewerkstelling van derdelanders en op de betaling van het minimumloon. Dit private certificeringssysteem heeft in artikel 7:692 BW een wettelijke status gekregen nu het, op grond van het tweede lid van dat artikel, de voorwaarde is voor vrijwaring van de inlener voor de in het eerste lid opgenomen inlenersaansprakelijkheid voor het toepasselijke minimumloon en de toepasselijke minimumvakantiebijslag op grond

152 Daarbij zijn naar het oordeel van de Hoge Raad onder meer van belang de feitelijke verhouding tussen betrokkenen en de aard van de verrichte werkzaamheden, alsmede de mate waarin de opdrachtgever voor wie de werkzaamheden worden verricht al dan niet door middel van hulp-personen, invloed heeft op de werkomstandigheden van degene die de werkzaamheden verricht en op de daarmee verband houdende veiligheidsrisico's.

153 Zie Kamerstukken II 2008/09, 31 833, nr. 3, p. 3. Daardoor kan de inlener, nadat hij de rekening van het uitzendbureau betaalde, worden aangesproken door de uitzendwerknemer voor het verschil tussen het door hem ontvangen loon en het minimumloon. Hoewel de inlener ter zake regres kan nemen op het uitzendbureau, zal het in de praktijk lastig zijn deze bedragen te verhalen op het malafide – en daardoor op dat moment wellicht niet meer te traceren – uitzendbureau.

154 Kamerstukken II 2008/09, 31 833, nr. 3, p. 1. Artikel 7:692 BW werd (evenals de hiervoor besproken registratieplicht ex artikel 7a Waadi) op initiatief van de uitzendsector zelf in de wet opgenomen. Zie Kamerstukken II 2007/08, 17 050 en 29 407, nr. 358, p. 6.

155 Uit een op inschattingen van personen uit de praktijk gebaseerd onderzoek van de Algemene Bond Uitzendondernemingen (ABU) bleek dat het aantal malafide uitzendbureaus toenam van ruim 5000 in 2004 tot 6000 in 2006 en de overheid daardoor € 260 miljoen aan belastingen en premies was misgelopen. Zie Kamerstukken II 2008/09, 31 833, nr. 6, p. 3.

van de WMM. Hiermee wordt gestimuleerd dat inleners hun uitzendkrachten nog uitsluitend betrekken van gecertificeerde – bonafide – uitzendbureaus.¹⁵⁶ Met de inlenersaansprakelijkheid van artikel 7:692 lid 1 BW werd niet alleen beoogd illegale werknemers te beschermen, maar elke werknemer die ter beschikking wordt gesteld aan een derde, ongeacht het op de arbeids- en uitzendovereenkomst van toepassing zijnde recht.¹⁵⁷ Het alternatief van een terugkeer naar het vergunningstelsel om de toegenomen illegaliteit en fraude door malafide uitzendbureaus tegen te gaan werd afgewezen omdat het vergunningstelsel geen oplossing bood voor dit probleem.¹⁵⁸ Of de inlenersaansprakelijkheid van artikel 7:692 BW deze oplossing wel biedt, zal moeten blijken.¹⁵⁹

De inlener die de uitzendwerknemer betreft van een bij het Register Normering Arbeid van de Stichting Normering Arbeid (SNA) geregistreerd en door het Nederlands Normalisatie-instituut (NEN) gecertificeerd uitzendbureau, is op grond van artikel 7:692 lid 2 BW gevrijwaard van deze inlenersaansprakelijkheid.¹⁶⁰ Geregistreerde uitzendbureaus kunnen een certificaat aanvragen bij het Nederlands Normalisatie-instituut. Deze instelling ontwikkelde de zogenoemde NEN 4400-1 norm voor Nederlandse uitzendbureaus en de NEN 4400-2 norm voor buitenlandse uitzendbureaus. Het certificaat is alleen geldig in combinatie met de registratie van het uitzendbureau bij de SNA. Daarmee wordt voorkomen dat uitzendbureaus onder vertoning van een vals certificaat inleners misleiden. De inlener kan een van een datum voorziene verklaring downloaden van de website van de SNA.¹⁶¹ Hiermee kan hij, indien dat nodig mocht zijn, bewijzen dat hij er op het moment van de totstandkoming van de overeenkomst met het uitzendbureau van uit mocht gaan met een gecertificeerd uitzendbureau van doen te hebben. De inlener is gevrijwaard van aansprakelijkheid ex artikel 7:692 BW

156 Kamerstukken II 2008/09, 31 833, nr. 3, p. 5.

157 Kamerstukken II 2008/09, 31 833, nr. 3, p. 1.

158 Kamerstukken II 2004/05, 17 050, nr. 287. Dit werd tien jaar daarvoor ook al vastgesteld. Kamerstukken II 1993/94, 23 406, nr. 3 p. 13.

159 Zie hierover M.S. Houwerzijl en S.S.M. Peters, Inlenersaansprakelijkheid minimumloon: paardenmiddel, papieren tijger of ei van Columbus? TRA 2010/8/9 en G.C. Boot, Nieuwe inlenersaansprakelijkheid op grond van art. 7:692 BW, *ArbeidsRecht* 2011/2.

160 Artikel 34 Invorderingswet 1990 – op grond waarvan de inlener naast het uitzendbureau (hoofdelijk) aansprakelijk is voor de belastingen en premies van de aan hem ter beschikking gestelde uitzendkrachten – bleef echter ongewijzigd gelden voor zowel inleners van gecertificeerde uitzendbureaus als voor inleners van niet-gecertificeerde uitzendbureaus. Ik heb gepleit voor een wetswijziging op basis waarvan de inlener van een gecertificeerd uitzendbureau eveneens gevrijwaard wordt van inlenersaansprakelijkheid voor de belastingen en premies van de aan hem ter beschikking gestelde uitzendkrachten. Zie J.P.H. Zwemmer, Inleners van gecertificeerde uitzendbureaus dienen te worden gevrijwaard van ketenaansprakelijkheid, *NJB* 2 april 2010, nr. 13, p. 795/796. Zie ook in deze zin de motie Van Hijum en Spekman, Kamerstukken II 2009/10, 31 833, nr. 8. Zie anders M.S. Houwerzijl en S.S.M. Peters, Inlenersaansprakelijkheid minimumloon: paardenmiddel, papieren tijger of ei van Columbus? TRA 2010/8/9, p. 11. In juni 2012 kwamen de Belastingdienst en de uitzendbranche overeen dat inleners die gebruik maken van een gecertificeerd uitzendbureau vanaf 1 juli 2012 niet meer aansprakelijk kunnen worden gesteld voor belastingen en premies van/voor de aan hen ter beschikking gestelde uitzendkrachten, op voorwaarde dat door de inlener 25 procent van het factuurbedrag inclusief omzetbelasting op een g-rekening wordt gestort.

161 www.normeringarbeid.nl.

wanneer het uitzendbureau zijn certificering verliest gedurende de periode waarin de inlener de uitzendwerknemer betreft van het uitzendbureau. Daarnaast deelde de regering tijdens de parlementaire behandeling van artikel 7:692 BW mee dat de uitzendwerknemer in de situatie van beroepsmatige doorlening – waarbij de werkgever de werknemer bij een uitzendbureau heeft gedetacheerd en het uitzendbureau de werknemer op zijn beurt doorleent aan de inlener – de werkgever én het uitzendbureau kan aanspreken, maar niet de uiteindelijke inlener omdat de werknemer niet krachtens een door die inlener aan de werkgever verstrekte opdracht bij hem werkzaam is.¹⁶² Daarmee heeft de aansprakelijkheid van artikel 7:692 BW een beperkter bereik dan – onder andere – de in paragraaf 3.3.1 besproken aansprakelijkheid ex artikel 23 WAV.

Artikel 7:692 BW en het werkgeversbegrip in de WAV

Op grond van artikel 23 lid 3 WAV kan de door een uitzendbureau aan de inlener ter beschikking gestelde derdelander, de inlener aanspreken voor het 'gebruikelijke' loon in de zin van artikel 23 lid 1 WAV wanneer het uitzendbureau niet betaalt.¹⁶³ Daarbij is niet relevant of al dan niet sprake is van een gecertificeerd uitzendbureau. Voorts wordt op grond van artikel 23 lid 2 WAV de aan de inlener ter beschikking gestelde derdelander voor wie geen tewerkstellingsvergunning werd aangevraagd, vermoed ten minste zes maanden werkzaam te zijn tegen het in artikel 23 lid 1 WAV bedoelde loon en voor een binnen de desbetreffende bedrijfstak gebruikelijke arbeidsduur. Wanneer het uitzendbureau niet betaalt, kan deze illegaal tewerkgestelde derdelander de inlener met gebruikmaking van dit rechtsvermoeden eveneens aanspreken voor betaling van het achterstallig loon. Deze inlenersaansprakelijkheid gaat verder dan de aansprakelijkheid van de inlener van een niet-gecertificeerd uitzendbureau voor het op grond van de artikelen 7 en 15 WMM aan de werknemer toekomende minimumloon met minimumvakantiebijslag op grond van artikel 7:692 lid 1 BW. Dat de aansprakelijkheid op grond van artikel 23 WAV verder gaat, hangt samen met het zwaarder wegen van de met de WAV beoogde bescherming van de Nederlandse arbeidsmarkt, het tegengaan van oneerlijke concurrentie en het voorkomen van illegale tewerkstelling. In het kader van de met artikel 7:692 BW beoogde bescherming van uitzendkrachten tegen uitbuiting door malafide uitzendbureaus koos de regering voor aansprakelijkheid van de inlener voor het minimumloon op grond van de WMM, omdat dit het loonniveau is tot waar de publieke bemoeienis zich beperkt. Daarmee werden naar het oordeel van de regering de ernstige vormen van uitbuiting van uitzendwerknemers bestreden.¹⁶⁴ Daarnaast werd, omdat is aangeknoopt bij het minimumloon op grond van de WMM, deze regeling ook praktisch beter uitvoerbaar. Voor de inlener zal immers niet altijd duidelijk zijn welk loon de uitzendwerkgever met de uitzendwerknemer overeenkwam en welke betalingstermijnen zij afspraken.

162 Kamerstukken II 2008/09, 31 833, nr. 6, p. 10/11.

163 Zie over artikel 23 WAV nader paragraaf 3.3.1.

164 Kamerstukken II 2008/09, 31 833, nr. 3, p. 3.

4.8.4 Opvolgend werkgeverschap

Blijft de uitzendwerknemer op basis van een aansluitende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met de voormalige inlener dezelfde arbeid verrichten, dan worden de eerdere arbeidsovereenkomsten met het uitzendbureau meegeteld in de keten van artikel 7:668a BW en in de regeling van de voortgezette arbeidsovereenkomst in artikel 7:667 BW. Dat kan eveneens aan de orde zijn in de omgekeerde situatie waarin de werknemer (na zijn indiensttreding bij het uitzendbureau) door het uitzendbureau ter beschikking wordt gesteld aan zijn voormalige werkgever. Op grond van artikel 7:691 lid 1 BW is artikel 7:668a BW, en dus ook het opvolgende werkgeverschap uit lid 2 van dat artikel, gedurende de eerste 26 weken waarin de uitzendwerknemer werkzaamheden verricht niet van toepassing.¹⁶⁵ Op grond van artikel 7:691 lid 5 BW worden echter voor de berekening van deze termijn van 26 weken periodes waarin de uitzendwerknemer op basis van arbeidsovereenkomsten met verschillende (uitzend)werkgevers dezelfde arbeid verricht, samengeteld. Voorts kan de omstandigheid dat de werknemer eerst als uitzendkracht werkzaam is voor de inlener en later een arbeidsovereenkomst sluit met deze inlener meebrengen dat een tussen hen overeengekomen proeftijdbeding niet rechtsgeldig is wanneer de werkgever op grond van de eerdere uitzendovereenkomst reeds bekend is met de vaardigheden en geschiktheid van de werknemer.

De in deze paragraaf besproken varianten van opvolgend werkgeverschap hebben uitsluitend betrekking op bij de eerdere werkgever opgebouwde ontslagbescherming. De opvolgende werkgever wordt dus niet aansprakelijk voor andere verplichtingen op grond van de arbeidsovereenkomst met de eerdere werkgever. Dat laatste is wel het geval wanneer de arbeidsovereenkomst overgaat op grond van artikel 7:663 BW bij overgang van onderneming (zie hoofdstuk 5) of bij schuld- of contractsoverneming door de opvolgende werkgever (zie paragraaf 2.4.3).¹⁶⁶ Toch wordt door kantonrechters bij de berekening van het aantal dienstjaren in het kader van de vaststelling van de ontslagvergoeding soms – onder verwijzing naar dit opvolgende werkgeverschap – de uitzendperiode meegeteld wanneer de werknemer voorafgaand aan het sluiten van een arbeidsovereenkomst als uitzendkracht werkzaam was geweest bij de (latere) werkgever. De gerechtvaardigdheid van deze analoge toepassing van het opvolgende werkgeverschap bij de vaststelling van de ontslagvergoeding bespreek ik aan het slot van deze paragraaf.

Proeftijd en opvolgend werkgeverschap

In de arresten Slijkoord/Hekkema¹⁶⁷ en Waterman/Demu¹⁶⁸ overwoog de Hoge Raad dat “wanneer door de werknemer een arbeidsovereenkomst wordt gesloten met een

165 In de fasensystemen van de in paragraaf 4.7 genoemde cao's is deze termijn uitgebreid op grond van artikel 7:691 lid 7 BW.

166 Vgl. HR 10 februari 2012, JAR 2012/72 en RAR 2012, 61. Zie ook Hof 's-Gravenhage 30 december 2008, LJN: BI3382 (r.o. 2.25). Zie anders Ktr. Heerenveen (11 februari 2009 en) 8 april 2009, JAR 2009/153 (en LJN: BI9640).

167 HR 24 oktober 1986, NJ 1987, 293 (Slijkoord/Hekkema).

168 HR 1 mei 1987, NJ 1988, 20 (Waterman/Demu).

werkgever die redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger van de vorige werkgever te zijn, het bedingen van een proeftijd onder omstandigheden zozeer ongerechtvaardigd kan zijn dat nietigheid van het proeftijdbeding daaruit volgt". Daarvan is naar het oordeel van de Hoge Raad sprake als "enerzijds de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, anderzijds tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever". In deze arresten was sprake van dergelijke banden tussen de oude en de nieuwe werkgever omdat zij als rechtspersonen deel uitmaakten van dezelfde groep.¹⁶⁹

In het arrest Dingler/Merkelbach¹⁷⁰ oordeelde de Hoge Raad dat evenmin een rechtsgeldige proeftijd met de werknemer kan worden overeengekomen indien aan de arbeidsovereenkomst een periode van twee of meer maanden is voorafgegaan waarin de werknemer bij de (latere) werkgever als uitzendkracht werkzaam was en in die periode van hem als uitzendkracht dezelfde vaardigheden werden geëist en hem verantwoordelijkheden werden opgelegd als nadien in het kader van de arbeidsovereenkomst. Bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de proeftijd bij een opvolgende werkgever wordt in uitzendsituaties dus een andere toets gehanteerd dan in de situatie waarin de opvolgende werkgever tot dezelfde groep behoort als de eerdere werkgever. In die laatste situatie wordt de opvolgende werkgever mede op grond van diens vennootschapsrechtelijke banden met de eerdere werkgever geacht bekend te zijn met de vaardigheden en geschiktheid van de werknemer. In uitzendsituaties ontbreken deze vennootschapsrechtelijke banden en is bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de proeftijd uitsluitend van belang of de latere werkgever uit hoofde van de eerdere terbeschikkingstelling van de werknemer door een uitzendbureau bekend is dan wel in redelijkheid moet worden geacht bekend te zijn met de vaardigheden en geschiktheid van de werknemer. Daarvoor moet dus worden gekeken naar de werkzaamheden die de werknemer gedurende die eerdere terbeschikkingstelling heeft verricht en of deze vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden die op basis van de latere arbeidsovereenkomst met de voormalige inlener worden verricht.

Artikel 7:667 lid 4 jo. lid 5 BW

Artikel 7:667 lid 4 BW bepaalt in afwijking van eerste lid van dit artikel dat voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die volgt op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voorafgaande opzegging nodig kan zijn. Opzegging is vereist wanneer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, die

¹⁶⁹ Zie over deze arresten ook paragraaf 6.6.6.

¹⁷⁰ HR 13 september 1991, NJ 1992, 130 m.nt. Stein. Recentelijk nog herhaald in Rb. Leeuwarden 11 januari 2011, AR 2011/47 en LJN: BP1638.

anders dan door rechtsgeldige opzegging¹⁷¹ of door ontbinding door de rechter is geëindigd, met tussenpozen van niet meer dan drie maanden wordt voortgezet met één of meer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. In dat geval wordt de opzegtermijn berekend aan de hand van de totale duur van de arbeidsovereenkomst vanaf het tijdstip van totstandkoming van de eerdere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Artikel 7:667 lid 4 BW trad op 1 januari 1999 in werking in het kader van de Wet flexibiliteit en zekerheid en vormt de codificatie van de Ragetlie-regel uit het gelijknamige arrest van de Hoge Raad van 4 april 1986.¹⁷² Voorwaarde voor het van toepassing zijn van artikel 7:667 lid 4 BW is dat het moet gaan om een voortgezette arbeidsovereenkomst. In het Ragetlie-arrest overwoog de Hoge Raad dat geen sprake is van een voortzetting van de arbeidsovereenkomst wanneer beide arbeidsovereenkomsten te zeer van elkaar verschillen, niet alleen ten aanzien van de arbeidsomvang, maar ook wat de salaris- en secundaire arbeidsvoorwaarden betreft. De vraag tijdens de parlementaire behandeling van artikel 7:667 lid 4 BW, of deze bepaling dan kon worden omzeild door in de opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd andere salarisvoorwaarden overeen te komen, beantwoordde de regering echter ontkennend.¹⁷³ Een wijziging van de salarisvoorwaarden impliceerde niet dat daarmee geen sprake kon zijn van een voortzetting van de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:667 lid 4 BW. Dat zou volgens de regering wel het geval zijn “indien ook de aard van de te verrichten arbeid is gewijzigd.”¹⁷⁴

Voorafgaande opzegging van een opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan tevens vereist zijn wanneer deze werd aangegaan met een andere partij dan die waarmee de daaraan voorafgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd werd aangegaan. Op grond van artikel 7:667 lid 5 BW is het vierde lid van dat artikel van overeenkomstige toepassing wanneer de werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest van verschillende werkgevers die redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkanders opvolger te zijn. In de memorie van toelichting werd meegedeeld dat deze (schakel)bepaling als doel had ‘draaideurconstructies’ ter ontduiking van de hoofdregel van artikel 7:667 lid 4 BW te bestrijden.¹⁷⁵ De regering deelde mee dat op grond van artikel 7:667 lid 5 BW eveneens sprake was van een voortgezette arbeidsovereenkomst “indien de betrokkene bijvoorbeeld eerst op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij een bedrijf heeft gewerkt en vervolgens, nadat deze overeenkomst is beëindigd anders dan door rechtsgeldige opzegging of ontbinding door de rechter, binnen een termijn van drie maanden bij dezelfde onderneming werkzaam is op basis van een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 690 Boek 7 BW.”¹⁷⁶ Ook in de omgekeerde situatie kan sprake zijn van een voortgezette arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:667

171 Onder rechtsgeldige opzegging wordt volgens de memorie van toelichting verstaan een opzegging, waarbij aan alle wettelijke vereisten voor opzegging is voldaan en met name aan de verplichting van een ontslagvergunning in die gevallen waarin dat wettelijk is voorgeschreven. Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 3, p. 5.

172 HR 4 april 1986, NJ 1987, 678 m.nt. Schultsz (Ragetlie/SLM).

173 Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 7, p. 7.

174 Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 7, p. 7.

175 Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 3, p. 5.

176 Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 3, p. 5.

lid 4 jo. lid 5 BW. Daarmee doel ik op de situatie waarin de werknemer eerst voor onbepaalde tijd in dienst was van het uitzendbureau dat hem ter beschikking stelde aan de inlener en de werknemer aansluitend een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangaat met die inlener.

Artikel 7:668a lid 2 BW

Op grond van artikel 7:668a lid 1 BW wordt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wanneer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar gedurende een periode van 36 maanden met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd dan wel wanneer meer dan drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd werden aangegaan. Artikel 7:668a lid 2 BW bepaalt dat het eerste lid van dit artikel van overeenkomstige toepassing is op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten – voor bepaalde én voor onbepaalde tijd – tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaanders opvolger te zijn.¹⁷⁷ Evenals bij de in artikel 7:667 lid 4 BW gecodificeerde Ragetlie-regel lag ook aan het opvolgende werkgeverschap voor de toepassing van de ketenregeling ex artikel 7:668a lid 2 BW jurisprudentie van de Hoge Raad ten grondslag. In het Campina-arrest van 22 november 1991¹⁷⁸ had de Hoge Raad paal en perk gesteld aan het op deze wijze door werkgevers ontgaan van ontslagbescherming. In deze zaak waren de werknemers achtereenvolgens in dienst geweest van Campina en het uitzendbureau dat hen aan Campina ter beschikking stelde. Zij betoogden dat hun laatste arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd niet van rechtswege waren geëindigd omdat Campina en het uitzendbureau “redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de door (de werknemers) verrichte arbeid elkaanders opvolger te zijn, en dat een rechtsregel geldt, dat bij opvolging van de werkgever door een andere werkgever die redelijkerwijze als diens opvolger is te beschouwen, geen nadeel mag worden toegebracht aan de ontslagbescherming die de wet de werknemer biedt.” De Hoge Raad ging hierin mee en overwoog dat “de werknemer, die bij (formeel) verschillende werkgevers achtereenvolgens arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd sluit, aanspraak kan maken op de ontslagbescherming van art. 1639e en f BW (thans artikel 7:667 en 668 BW) in verband met art. 6 BBA. Het gaat immers om (nagenoeg) dezelfde arbeid, die onder (nagenoeg) dezelfde voorwaarden en tegen hetzelfde loon, in dezelfde onderneming wordt verricht. In een dergelijk geval is de enkele omstandigheid dat formeel afwisselend de werkgever zelf,

¹⁷⁷ In de ketenregeling van artikel 7:668a lid 2 BW tellen anders dan in de ketenregeling op grond van het eerste lid van dit artikel arbeidsovereenkomst(en) voor onbepaalde tijd wel mee. In het oorspronkelijke wetsvoorstel werd in artikel 7:668a lid 2 BW nog gesproken over “arbeidsovereenkomsten, aangegaan voor bepaalde tijd”. Tijdens de parlementaire behandeling kwam echter naar voren dat artikel 7:668a lid 2 BW een breder bereik diende te hebben dan alleen de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en het voor de hand lag dat ook een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou worden meegeteld in de keten van het tweede lid. Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 5, p. 14 en nr. 6, p. 11.

¹⁷⁸ HR 22 november 1991, NJ 1992, 707 m.nt. Stein (Bootsma c.s./Campina). In zijn arresten van 27 november 1992, NJ 1993, 273 m.nt. Stein en JAR 1992/148 (Volvo/Braam), 12 april 1996, NJ 1997, 195 en JAR 1996/114 en van 25 oktober 1996, NJ 1997, 196 m.nt. Stein en JAR 1996/234 bracht de Hoge Raad aan de hand van de in deze arresten voorliggende casus nadere nuanceringen aan op het door hem in het arrest Bootsma c.s./Campina aangenomen opvolgende werkgeverschap.

en een door hem ingeschakeld uitzendbureau de werkgever is (...), onvoldoende aanleiding om de bedoelde ontslagbescherming niet van toepassing te doen zijn.” Volgens de Hoge Raad ging het hier “om een constructie die zich naar haar aard ertoe leent om te ontkomen aan de werking van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen die beogen de werknemer bescherming tegen hem verleend ontslag te bieden, aangezien bij toepassing van die constructie deze wetsbepalingen, indien naar de letter genomen, niet tot het daarmee beoogde doel zouden leiden.” De werknemers zouden immers op basis van deze draaideurconstructie nooit een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kunnen verwerven bij de werkgever. In het wetsvoorstel Herziening van het ontslagrecht, dat in 1992 sneuvelde in de Eerste Kamer (en dat de voorganger was van de Wet flexibiliteit en zekerheid), werd naar aanleiding van dit arrest bij amendement de bepaling opgenomen dat ook sprake was van een voortgezette arbeidsovereenkomst wanneer de arbeidsovereenkomsten werden overeengekomen “tussen de arbeider en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze als elkanders opvolgers te beschouwen zijn.”¹⁷⁹ Deze formulering werd later overgenomen in artikel 7:668a lid 2 BW in het kader van de Wet flexibiliteit en zekerheid.

In de memorie van toelichting deelde de regering mee dat met artikel 7:668a lid 2 BW werd “beoogd de opbouw van rechten van werknemers te beschermen van wie het dienstverband van de ene werkgever overgaat op een andere werkgever, terwijl de werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid te beschouwen zijn als elkanders opvolgers.”¹⁸⁰ Daarbij kon worden gedacht aan bedrijfsovernames,¹⁸¹ maar ook aan werkgevers die deel uitmaken van dezelfde groep. Tijdens de parlementaire behandeling¹⁸² werd meegedeeld dat artikel 7:668a lid 2 BW strekte tot ondervanging van draaideurconstructies waarbij werd verwezen naar het Campina-arrest en het advies van de STAR¹⁸³ waarin werd gepleit voor opvolgend werkgeverschap ter ondervanging van draaideurconstructies. Met artikel 7:668a lid 2 BW werd beoogd te voorkomen dat werkgevers de keten op basis van het eerste lid van dit artikel konden verbreken door de betrokken werknemer na drie tijdelijke contracten drie maanden via een uitzendbureau in te lenen waarna wederom een tijdelijk contract met de werknemer kon worden gesloten.¹⁸⁴

179 Kamerstukken II 1991/92, 21 479, nrs. 28 en 32.

180 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 26.

181 Indien tevens sprake is van overgang van onderneming ex artikel 7:662 BW gaat de arbeidsovereenkomst van de werknemer op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege over op de verkrijger. Deze geldt dan niet als opvolgend werkgever ex artikel 7:668a lid 2 BW. In dit geval gelden de door de werknemer met de vervreemder gesloten arbeidsovereenkomst(en) voor bepaalde tijd na de overgang als gesloten met de verkrijger bij de toepassing van de ketenregeling van artikel 7:668a (lid 1) BW. Zie ook W.H.A.C.M. Bouwens, *Kettingrelaties*, SMA 1999/1, p. 12.

182 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 11.

183 Zie S.W. Kuip en C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid*, Parlementaire Geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 565.

184 Bijlage bij Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr. 132b. Zie S.W. Kuip en C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid*, Parlementaire Geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 579.

Artikel 7:691 lid 5 BW

Op grond van artikel 7:691 lid 1 BW is artikel 7:668a BW, en dus ook het opvolgende werkgeverschap uit het tweede lid van dat artikel, gedurende de eerste 26 weken waarin de uitzendwerknemer werkzaamheden verricht niet van toepassing. Op grond echter van artikel 7:691 lid (4 en) 5 BW worden bij de berekening van deze termijn van 26 weken samengeteld periodes (die elkaar met tussenpozen van minder dan een jaar opvolgen) waarin arbeid wordt verricht voor verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn. Dat is aan de orde wanneer de uitzendwerknemer op grond van opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende uitzendbureaus dezelfde werkzaamheden voor dezelfde inlener, of voor hetzelfde type inlener blijft verrichten. Van opvolgend werkgeverschap op grond van artikel 7:691 lid 5 BW is eveneens sprake wanneer de uitzendwerknemer de arbeid eerst op basis van een arbeidsovereenkomst (voor bepaalde of onbepaalde tijd) met de latere inlener verrichtte. Wanneer de werknemer in deze laatste situatie op basis van een arbeidsovereenkomst met een uitzendbureau dezelfde arbeid voor zijn voormalige werkgever gaat verrichten, wordt de duur van de eerdere arbeidsovereenkomst(en) met de latere inlener in aanmerking genomen bij de berekening van de 26 weken termijn van artikel 7:691 lid 1 en 3 BW.¹⁸⁵ Evenals in artikel 7:668a lid 2 BW worden in artikel 7:691 lid 5 BW dus arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers samengeteld wanneer op basis van deze arbeidsovereenkomsten aldoor dezelfde of vrijwel dezelfde arbeid werd verricht, maar heeft artikel 7:691 lid 5 BW specifiek betrekking op situaties waarin de opvolgende werkgever een uitzendbureau is.

Werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze moeten worden geacht elkanders opvolger te zijn

Van het voor de toepasselijkheid van de artikelen 7:667 lid 4 jo. lid 5, 7:668 lid 2 en 7:691 lid 5 BW vereiste opvolgende werkgeverschap is sprake wanneer deze werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn. Wat hieronder moet worden verstaan, blijkt niet uit de wetsgeschiedenis. Die woorden spraken volgens de regering voor zichzelf.¹⁸⁶ Deze formulering is afkomstig uit het met ingang van 1 januari 1999 vervallen artikel 7:673 lid 1 sub b BW.¹⁸⁷ In dit artikel werd onder meer bepaald dat bij de berekening van de wettelijke opzegtermijn, arbeidsovereenkomsten geacht werden eenzelfde, niet onderbroken arbeidsovereenkomst te vormen indien eenzelfde werknemer achtereenvolgens in dienst was geweest van verschillende werkgevers die redelijkerwijze geacht moesten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkanders opvolger te zijn. Van verschillende werkgevers die voor de toepassing van artikel 7:673 lid 1 sub b BW redelijkerwijze geacht moesten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkanders opvolger te zijn, was naar het oordeel van de Rechtbank Amsterdam¹⁸⁸ uit 1969 sprake "indien zich aan de zijde des arbeiders geen materiële wijzigingen van

185 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 41.

186 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 11.

187 Tot 1 april 1997 was dit 1639k lid 1 sub b BW (oud).

188 Rb. Amsterdam 20 mei 1969, Prg. 1970, 694 m.nt. Vos.

betekenis hebben voorgedaan, met name niet in de door hem verrichte arbeid.” Dat alleen een wijziging van arbeidsvoorwaarden, zoals het loon, niet in de weg staat aan een beroep op opvolgend werkgeverschap, bleek reeds uit de hiervoor aangehaalde wetsgeschiedenis van artikel 7:667 lid 4 BW. Doorslaggevend is mijns inziens of de aard van de door de werknemer op basis van arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers verrichte werkzaamheden hetzelfde is gebleven. Volgens Grapperhaus en Jansen¹⁸⁹ hoeven de werkzaamheden niet precies hetzelfde te zijn gebleven, maar moet worden vastgesteld of de in dienst van de verschillende werkgevers verrichte werkzaamheden ook op basis van één en dezelfde arbeidsovereenkomst hadden kunnen worden verricht, zonder dat een functiewijziging noodzakelijk zou zijn. Loonstra en Zondag¹⁹⁰ stellen dat met de woorden “de verrichte arbeid” in artikel 7:668a lid 2 BW dezelfde soort arbeid wordt bedoeld. Ook Bouwens¹⁹¹ heeft betoogd dat het accent bij de beoordeling van de toepasselijkheid van artikel 7:668a lid 2 BW ligt bij de werkzaamheden van de betrokken werknemer. Bouwens meende dat sprake zou zijn van opvolgend werkgeverschap in de zin van deze artikelen als de inhoud van de werkzaamheden en de omstandigheden waaronder de arbeid wordt verricht bij de werkgeverswisseling geen wezenlijke verandering ondergaan.

Volgens Verhulp¹⁹² kan bij de beantwoording van de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap de hiervoor besproken jurisprudentie inzake de geldigheid van een proeftijd bij een opvolgende werkgever worden toegepast.¹⁹³ Mijns inziens volgt uit de wetsgeschiedenis dat bij de beoordeling van het opvolgende werkgeverschap bij de toepassing van artikel 7:668a lid 2 een andere toets geldt dan bij de beoordeling van de geldigheid van een proeftijd bij een opvolgende werkgever. In de wetsgeschiedenis van artikel 7:668a lid 2 BW werd voor de invulling van het begrip opvolgend werkgever verwezen naar de hiervoor besproken jurisprudentie waarin werd geoordeeld dat dit aan de orde was wanneer de werkzaamheden zelf min of meer hetzelfde waren gebleven en deze, ondanks de (elkaar opvolgende) arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers, in dezelfde onderneming werden verricht. Anders dan in de jurisprudentie inzake de geldigheid van een proeftijd bij een opvolgende werkgever, speelde hier de al dan niet veronderstelde bekendheid van de latere werkgever met de geschiktheid en vaardigheden van de werknemer op grond van zijn ‘banden’ met de eerdere werkgever geen rol. In deze jurisprudentie was wel relevant dat sprake was van draaideurconstructies ter omzeiling van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de werknemer. Hoewel het tegengaan van deze draaideurconstructies een belangrijke aanleiding vormde voor het opnemen van artikel 7:668a lid 2 BW in de ketenregeling, volgt uit de wetsgeschiedenis niet dat de toepassing van deze bepaling werd beperkt tot situaties waarin sprake was van

189 F.B.J. Grapperhaus en M. Jansen, *De uitzendovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1999, p. 92/93.

190 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 485.

191 W.H.A.C.M. Bouwens, *Kettingrelaties*, SMA 1999/1, p. 12.

192 E. Verhulp, *Flexibiliteit en zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001, p. 187/188.

193 Naar aanleiding van het arrest *Isik/Boekenvoordeel* heeft ook Bouwens ervoor gepleit om bij de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW aansluiting te zoeken bij de proeftijdjurisprudentie. Zie W.H.A.C.M. Bouwens, *Opvolgend werkgeverschap na faillissement*, SMA 2007/3, p. 107.

constructies ter omzeiling van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de werknemer. Dat sluit mijns inziens ook aan bij het doel van de ketenregeling. Dat doel was enerzijds het creëren van een verruiming van de mogelijkheid arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan met de werknemer en anderzijds het aanbrenge van duidelijke begrenzingen in deze mogelijkheid door het aantal schakels en de totale duur van de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te beperken.¹⁹⁴ Met de ketenregeling werd dus beoogd objectieve grenzen te stellen aan het repeterend aangaan van contracten voor bepaalde tijd met de werknemer. In dat kader werden voor de toepassing van de ketenregeling in artikel 7:668a lid 2 BW verschillende werkgevers met elkaar gelijkgesteld wanneer de werknemer op grond van opvolgende arbeidsovereenkomsten met deze werkgevers aldoor min of meer dezelfde arbeid in dezelfde onderneming bleef verrichten. Op deze wijze legde de Hoge Raad artikel 7:668a lid 2 BW ook uit in het arrest Isik/Boekenvoordeel.¹⁹⁵

In het arrest Isik/Boekenvoordeel oordeelde de Hoge Raad dat artikel 7:668a lid 2 BW eveneens van toepassing kan zijn in geval van de indiensttreding van de werknemer bij de doorstartende nieuwe werkgever na het faillissement van zijn oude werkgever. In zijn conclusie voor dit arrest betoogde A-G Timmerman dat artikel 7:668a lid 2 BW objectieve beperkingen verbindt aan het aangaan van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met verschillende werkgevers indien de werkzaamheden min of meer hetzelfde blijven en deze in dezelfde onderneming worden verricht. De Hoge Raad volgde de A-G en overwoog dat de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW naar tekst en strekking van die bepaling niet beperkt is tot gevallen waarin opvolging van werkgevers wordt misbruikt bij de hantering van tijdelijke arbeidsovereenkomsten.¹⁹⁶ Op dit punt vormt dit arrest een breuk met de hiervoor aangehaalde arresten van de Hoge Raad van vóór de inwerkingtreding van artikel 7:668a lid 2 BW waarin wel van belang werd geacht of de werkgever al dan niet oneigenlijk gebruik had gemaakt van tijdelijke arbeidsovereenkomsten ter omzeiling van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.¹⁹⁷

Uit de lagere jurisprudentie volgt dat bij de beoordeling of sprake is van opvolgend werkgeverschap in de zin van de artikelen 7:667 lid 4 jo. lid 5, 7:668a lid 2 en 7:691 lid 5 BW telkens werd onderzocht of de feitelijke werkzaamheden van de werknemer (nagenoeg) hetzelfde waren gebleven bij de opvolgende werkgever. Soms leidde een

194 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 7/8.

195 HR 14 juli 2006, NJ 2007, 101 m.nt. Verhulp, JAR 2006/190, JOR 2006/227 m.nt. Loesberg, RAR 2006, 122 en JIN 2006/316 m.nt. Houweling (Isik/Boekenvoordeel). Zie voorts o.a. Ktr. Helmond 12 mei 2004, JAR 2004/140, Ktr. Groningen 14 juli 2005, JAR 2005/181, Ktr. Gorinchem 21 februari 2006, JAR 2006/72, Ktr. Assen 26 april 2006, RAR 2006, 102, Ktr. Rotterdam 18 juli 2006, LJN: AY4887, Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2006, RAR 2007, 90, Ktr. Roermond 5 april 2007, RAR 2007, 95, Ktr. Eindhoven 17 juli 2007, JAR 2007/218, Ktr. Gorinchem 5 maart 2008, JAR 2008/97, Ktr. Amersfoort 14 oktober 2008, JAR 2009/3, Hof 's-Gravenhage 3 maart 2009, JAR 2009/108 en RAR 2009, 64 en Hof 's-Gravenhage 16 maart 2010, RAR 2010, 116.

196 Dat geldt ook voor de toepassing van artikel 7:668a lid 1 BW. Zie HR 29 juni 2007, NJ 2007, 355, JAR 2007/215 en RAR 2007, 121 (Greenpeace).

197 Zie HR 22 november 1991, NJ 1992, 707 m.nt. Stein (Bootsma c.s./Campina), HR 27 november 1992, NJ 1993, 273 m.nt. Stein en JAR 1992/148 (Volvo/Braam), HR 12 april 1996, NJ 1997, 195 en JAR 1996/114 en HR 25 oktober 1996, NJ 1997, 196 m.nt. Stein en JAR 1996/234.

wijziging van een deel van de taken/werkzaamheden van de werknemer tot het oordeel van de kantonrechter dat geen sprake was van opvolgend werkgeverschap.¹⁹⁸ De eerdere en latere arbeidsovereenkomst(en) verschilden in dit geval naar het oordeel van de rechter wezenlijk van elkaar op basis van de gewijzigde taken/werkzaamheden. Was echter sprake van geen dan wel een kleine wijziging van de taken/werkzaamheden van de werknemer, dan honoreerde de rechter het beroep van de werknemer op opvolgend werkgeverschap wel.¹⁹⁹ Ondanks de wijziging in de taken/werkzaamheden van de werknemer was de identiteit van de arbeidsovereenkomst dan bewaard gebleven.²⁰⁰ Het wel of juist niet gelijk blijven van het salaris en/of de arbeidsvoorwaarden van de werknemer achtten rechters in veel uitspraken relevant, maar niet van doorslaggevend belang bij de beoordeling of sprake was van opvolgend werkgeverschap.²⁰¹ De rechter oordeelde echter slechts in een enkel geval dat geen sprake was van opvolgend werkgeverschap omdat de arbeidsduur en de hoogte van het salaris uiteenliepen.²⁰² Voorts speelde in enkele uitspraken de omstandigheid dat de fysieke werkomgeving van de werknemer hetzelfde was gebleven een rol bij het door de rechter al of niet aannemen van opvolgend werkgeverschap.²⁰³

In enkele meer recente uitspraken rechters oordeelden rechters dat, hoewel de werkzaamheden en arbeidsvoorwaarden hetzelfde waren gebleven, geen sprake was van opvolgend werkgeverschap omdat tussen de eerdere en de latere werkgever geen 'banden' hadden bestaan, maar zij juist elkaars concurrenten waren.²⁰⁴ In deze

198 Hof Arnhem 11 maart 2003, JAR 2003/104 (inz. artikel 7:667 lid 4 BW), Ktr. Rotterdam 24 april 2003, JAR 2003/122 (inz. artikel 7:668a lid 2 BW), Ktr. Zwolle 16 november 2004, JAR 2005/29 (inz. artikel 7:668a lid 2 BW), Ktr. Bergen op Zoom 16 februari 2005, JAR 2005/71 (inz. artikel 7:668a lid 2 BW) en Hof Arnhem 7 september 2010, JAR 2010/288 (inz. artikel 7:667 lid 4 BW).

199 Ktr. Amsterdam 23 september 1999, JAR 1999/257 (inz. artikel 7:667 lid 4 BW), Ktr. Nijmegen 28 februari 2003, JAR 2003/270 (inz. artikel 7:668a lid 2 BW), Ktr. Hilversum (vzr.) 25 november 2005, JAR 2006/4 (inz. artikel 7:668a lid 2 BW), Hof Leeuwarden 28 maart 2007, LJN: BA1888 (inz. artikel 7:668a lid 2 BW), Hof Amsterdam 26 juli 2007, JAR 2007/243 (inz. artikel 7:668a lid 2 BW) en Hof 's-Gravenhage 16 maart 2010, RAR 2010, 116 (inz. artikel 7:667 lid 4 en 7:668a lid 2 BW).

200 Vgl. Ktr. Amsterdam 23 september 1999, JAR 1999/257 (inz. artikel 7:667 lid 4 BW).

201 Ktr. Amsterdam 23 september 1999, JAR 1999/257 (inz. artikel 7:667 lid 4 BW), Ktr. Nijmegen 28 februari 2003, JAR 2003/270 (inz. artikel 7:668a lid 2 BW), Hof Arnhem 11 maart 2003, JAR 2003/104 (inz. artikel 7:667 lid 4 BW), Ktr. Rotterdam 24 april 2003, JAR 2003/122 (inz. artikel 7:668a lid 2 BW). Zie anders de conclusie van A-G Strikwerda voor HR 8 juli 2011, JAR 2011/210 (inz. artikel 7:667 lid 4 BW). De omstandigheid dat in de arbeidsovereenkomst wordt verwezen naar de arbeidsovereenkomst met de eerdere werkgever vormt eveneens een grond voor het aannemen van opvolgend werkgeverschap: Ktr. Sittard-Geleen (vzr.) 9 maart 2005, JAR 2005/93 (inz. artikel 7:667 lid 5 en 7:668a lid 2 BW). Zie ook Hof 's-Gravenhage 23 december 2005, RAR 2006, 43 en Hof 's-Gravenhage 3 maart 2009, JAR 2009/108 en RAR 2009, 64 (inz. artikel 7:667 lid 4 en 5 en 7:668a lid 2 BW) waarin in een doorstartovereenkomst was opgenomen dat de doorstarter de werknemers van de failliet over zou nemen.

202 Hof Arnhem 15 april 2003, JAR 2003/197 (inz. artikel 7:667 lid 4 BW).

203 Ktr. 's-Hertogenbosch (vzr.) 10 augustus 2004, JAR 2004/213 (inz. artikel 7:667 lid 4 jo. lid 5 BW), Ktr. Zwolle 14 maart 2006, JAR 2006/150 (inz. artikel 7:668a lid 2 BW). Zo ook Hof Arnhem 26 juli 2011, LJN: BR4945 en AR 2011/668 in een situatie waarin geen sprake was van uitzendverhoudingen. In zijn arrest achtte het Hof tevens relevant dat een nauwe band bestaat tussen de opvolgende werkgevers.

204 Rb. Groningen (vzr.) 13 maart 2009, LJN: BI2789 (inz. artikel 7:668a lid 2 BW) en Hof Leeuwarden 12 oktober 2010, JAR 2010/313 en RAR 2011, 30 en Hof Leeuwarden 23 november 2010, LJN: BP0786 (inz. artikel 7:668a lid 2 BW).

procedures was niet specifiek sprake van opvolgend werkgeverschap ten aanzien van een voormalige uitzendkracht. Hier was de voormalige werkgever van de werknemer een opdrachtgever verloren als gevolg van een heraanbesteding. De werknemer was vervolgens op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in dienst getreden bij degene die de opdracht na de heraanbesteding had gekregen en daarbij dezelfde werkzaamheden gaan verrichten als bij de voormalige werkgever. Op 11 en 25 mei 2012²⁰⁵ oordeelde de Hoge Raad in cassatie in twee van deze procedures. Daarbij overwoog hij dat bij de uitleg van artikel 7:668a lid 2 BW aansluiting dient te worden gezocht bij de hiervoor besproken jurisprudentie op het gebied van de geldigheid van een proeftijd bij een opvolgende werkgever. Dit betekent naar het oordeel van de Hoge Raad dat sprake is van opvolgend werkgeverschap indien enerzijds de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst en anderzijds tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. Zonder in te gaan op het doel van de ketenregeling overweegt de Hoge Raad dat het bij hierbij om dezelfde afweging van belangen gaat als bij de beoordeling van de geldigheid van een proeftijd bij een opvolgende werkgever. Daarmee legt de Hoge Raad artikel 7:668a lid 2 BW anders uit dan hij deed in het hiervoor besproken arrest Isik/Boekenvoordeel.²⁰⁶ Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, vraag ik mij gelet op het doel van de ketenregeling van artikel 7:668a BW af of de beoordeling van de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW aan de hand van dezelfde toets moet geschieden als de beoordeling van de geldigheid van een proeftijd bij een opvolgende werkgever. In deze laatste situatie gaat het erom of het door de opvolgende werkgever overeenkomen van een proeftijd met de werknemer gerechtvaardigd is, gelet op de banden tussen de voormalige en de opvolgende werkgever en de bekendheid die de opvolgende werkgever daardoor heeft met de vaardigheden en de geschiktheid van de werknemer. Is dat het geval, dan is de proeftijd niet rechtsgeldig omdat dan op oneigenlijke wijze gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid een proeftijd overeen te komen met de werknemer. In het arrest Isik/Boekenvoordeel oordeelde de Hoge Raad dat de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW niet beperkt is tot gevallen waarin opvolging van werkgevers wordt misbruikt bij de hantering van tijdelijke arbeidsovereenkomsten. Zoals A-G Timmerman betoogde in zijn conclusie voor dit arrest worden met artikel 7:668a lid 2 BW objectieve beperkingen verbonden aan het aangaan van arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers indien de arbeid min of meer hetzelfde blijft en deze in dezelfde onderneming wordt verricht. Mijns inziens heeft de Hoge Raad door bij de uitleg van artikel 7:668a lid 2 BW aan te sluiten bij de jurisprudentie op het gebied van de geldigheid van de proeftijd bij een opvolgende werkgever het toepassingsbereik van artikel 7:668a lid 2 BW beperkt. Daardoor zal minder snel sprake zijn van

205 HR 11 mei 2012, JAR 2012/150 m.nt. Beltzer en HR 25 mei 2012, LJN: BV9601.

206 Zie hierover ook Van der Voet in haar AR Updates Commentaar bij deze arresten. G.W. van der Voet, Een uniforme uitleg van het begrip 'opvolgend werkgeverschap?', AR Updates Commentaar 2012/470, www.ar-updates.nl.

opvolgend werkgeverschap ex artikel 7:668a lid 2 BW in de situatie waarin de werknemer voor bepaalde tijd in dienst treedt bij de doorstartende werkgever na het faillissement van zijn oude werkgever en in de situatie waarin, zoals aan de orde was in de arresten van 11 en 25 mei 2012, de oude en de nieuwe werkgevers elkaars concurrenten zijn.²⁰⁷ Het beperktere toepassingsbereik van artikel 7:668a lid 2 BW als gevolg van de arresten van 11 en 25 mei 2012 zal weinig gevolgen hebben voor de toepassing van deze bepaling in de situatie waarin de uitzendwerknemer op basis van een aansluitende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met de (voormalige) inlener min of meer dezelfde arbeid blijft verrichten. In dat geval is immers sprake van banden tussen de voormalige en de opvolgende werkgever in de vorm van de opdrachtovereenkomst tussen de inlener en het uitzendbureau.

Anciënniteit en ontslagvergoeding bij opvolgend werkgeverschap

Indien de kantonrechter bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst een vergoeding toekent aan de werknemer, wordt de hoogte daarvan onder andere bepaald aan de hand van het aantal dienstjaren van de werknemer bij de werkgever. Soms tellen kantonrechters daarbij tevens de uitzendperiode mee wanneer de werknemer voorafgaand aan het sluiten van een arbeidsovereenkomst als uitzendkracht werkzaam was geweest bij de (latere) werkgever.²⁰⁸ In andere gevallen oordelen kantonrechters dat de uitzendperiode niet in aanmerking moet worden genomen bij het bepalen van de hoogte van de ontslagvergoeding.²⁰⁹ In een door Van der Meer²¹⁰ besproken enquête van de Commissie Arbeidsrecht van de Kring van Kantonrechters uit 2002 gaf een meerderheid van de kantonrechters aan bij het vaststellen van een ontslagvergoeding eveneens mee te tellen de periode waarin de werknemer op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam was voor zijn latere werkgever. Als deze kantonrechters dit meenemen van de uitzendperiode in de ontslagvergoeding van de werknemer al motiveerden, oordeelden zij dit in de meeste gevallen billijk omdat de latere werkgever ten aanzien van de door de werknemer verrichte arbeid redelijkerwijze als opvolger van de eerdere uitzendwerkgever moest worden beschouwd. Soms wordt verwezen naar de Beleidsregels ontslagtaak UWV of artikel 7:668a lid 2 BW. De kantonrechter te Wageningen²¹¹ telde bij de berekening van de ontbindingsvergoeding de uitzendperiode mee onder verwijzing naar de Beleidsregels ontslagtaak UWV, waarin bij de berekening van de anciënniteit ook

207 Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 19 juni 2012, Prg. 2012, 202.

208 Zie Ktr. Alphen aan den Rijn 23 december 1994, JAR 1995/56, Ktr. Zutphen 22 december 1998, JAR 1999/88, Ktr. Utrecht 8 december 1999, JAR 2000/21, Ktr. Lelystad 29 maart 2000, JAR 2000/141, Ktr. Rotterdam 20 maart 2003, JAR 2003/137, Ktr. Wageningen 19 november 2003, JAR 2004/10, Ktr. Dordrecht 14 september 2007, JAR 2007/255 en Ktr. Wageningen 8 september 2010, JAR 2010/164. Zo ook bij doorstart na faillissement: Ktr. Lelystad 18 juni 2003, JAR 2003/174 en Ktr. Amersfoort 14 oktober 2008, JAR 2009/3.

209 Zie Ktr. Rotterdam 11 december 2002, JAR 2003/61. Ktr. 's-Hertogenbosch 15 maart 2004, JAR 2004/90, Ktr. Zwolle 15 november 2005, RAR 2006, 24, Ktr. Zwolle 18 november 2005, LJN: AU6404 en Ktr. Haarlem 18 juni 2007, JAR 2007/200. Zo ook bij doorstart na faillissement (Ktr. Alphen aan den Rijn 10 oktober 2006, JAR 2006/269) of bij opvolgend werkgeverschap na detachering (Ktr. Delft 15 oktober 2009, BK7581 en Ktr. Enschede 8 juni 2011, AR 2011/488 en LJN: BQ7863).

210 H.Th. van der Meer, Kantonrechters tevreden over kantonrechtersformule. Een evaluatie door de Kring van Kantonrechters, ArbeidsRecht 2003/1.

211 Ktr. Wageningen 8 september 2010, JAR 2010/164.

uitzend- of detachingsperiodes bij de (latere) werkgever worden meegeteld indien de werkzaamheden hetzelfde zijn gebleven.²¹² De kantonrechter te Rotterdam achtte het naar analogie met artikel 7:668a lid 2 BW billijk de uitzendperiode die onmiddellijk voorafging aan de indiensttreding bij de werkgever mee te tellen bij de berekening van de ontslagvergoeding omdat de werknemer na zijn indiensttreding bij de inlener dezelfde werkzaamheden was blijven verrichten.²¹³ In zijn noot bij deze beschikking stelt Verhulp²¹⁴ dat geen gronden bestaan voor het meetellen van de uitzendperiode bij de berekening van de ontslagvergoeding omdat de werknemer over die periode geen dienstjaren opbouwt op grond van de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters.²¹⁵ Bovendien gaat zijns inziens de analogie met artikel 7:668a lid 2 BW mank omdat het vierde lid van dit artikel – inzake de berekening van de opzegtermijn van de na drie tijdelijke arbeidsovereenkomst ontstane arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd – van toepassing is verklaard op 7:668a lid 1 BW en niet op artikel 7:668a lid 2 BW. Daardoor zou de uitzendperiode eveneens buiten beschouwing blijven bij de berekening van de opzegtermijn van de latere arbeidsovereenkomst met de (voormalige) inlener. Mijns inziens kan artikel 7:668a BW ook zo gelezen worden dat artikel 7:668a lid 4 BW via het eerste lid van dat artikel eveneens van toepassing is op 7:668a lid 2 BW. Voor een dergelijke lezing van artikel 7:668a BW pleit dat ook op grond van artikel 7:667 lid 4 jo. lid 5 BW arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers worden samengeteld bij de berekening van de opzegtermijn van de voortgezette arbeidsovereenkomst.

Toch deel ik de mening van Verhulp dat de aan de arbeidsovereenkomst voorafgaande uitzendperiode niet automatisch behoort te worden meegenomen bij de vaststelling van de ontslagvergoeding. Mijns inziens gaat de analogie met artikel 7:668a lid 2 BW niet op omdat de aan deze bepaling ten grondslag liggende ratio een heel andere is dan de grondslagen van de ontslagvergoeding. Hiervoor wees ik er reeds op dat de in deze paragraaf besproken varianten van opvolgend werkgeverschap uitsluitend betrekking hebben op bij de eerdere werkgever opgebouwde ontslagbescherming en dat de opvolgende werkgever op grond hiervan niet aansprakelijk wordt voor andere verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst met de eerdere werkgever. Met artikel 7:668a lid 2 BW wordt beoogd de werknemer te beschermen tegen het niet opbouwen van ontslagbescherming wanneer hij achtereenvolgens op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in dienst is van verschillende werkgevers terwijl zijn werkzaamheden hetzelfde blijven. Aan het beleid van het UWV bij de berekening van de anciënniteit in geval van opvolgend werkgeverschap ligt een vergelijkbare ratio ten grondslag. De grondslagen van de ontslagvergoeding vormen

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

213 Ktr. Rotterdam 20 maart 2003, JAR 2003/137.

214 In JAR Verklaard 2003/1, p. 21.

215 Volgens o.a. Kruit dient een uitzend- of detacheeperiode niet te worden meegeteld bij de berekening van de A-factor omdat in de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters ten aanzien van de berekening van de A-factor wordt meegedeeld dat het moet gaan om “nagenoeg aansluitende” arbeidsovereenkomsten. Hij leidt daaruit af dat het moet gaan om eerdere arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen. Zie P. Kruit, Voorliggende dienstaren en het bepalen van de anciënniteit, *ArbeidsRecht* 2012/3, p. 9/10.

volgens Van Zanten-Baris²¹⁶ de validiteit van de aan het ontslag ten grondslag liggende reden(en) en/of de vergoeding van de door de werknemer geleden (im) materiële schade als gevolg van het ontslag en/of het afkopen van ontslagbescherming door de werkgever. Deze grondslagen houden in beginsel uitsluitend verband met de gedragingen van de laatste werkgever en met de gevolgen voor de werknemer van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de (laatste) werkgever. Dat de werknemer voorafgaande aan zijn indiensttreding bij de werkgever als uitzendkracht werkzaam is geweest en zijn werkzaamheden min of meer hetzelfde zijn gebleven, vormt op basis van deze grondslagen geen factor die behoort te worden meegewogen bij de vaststelling van de ontslagvergoeding.

4.9 Andere driehoeksverhoudingen en de definitie van artikel 7:690 BW

Het werkgeverschap van de uitzendwerkgever volgt sinds 1 januari 1999 uit artikel 7:690 BW. Hiervoor bleek aan de hand van de wetsgeschiedenis dat niet alleen uitzending door een 'traditioneel' uitzendbureau, maar ook andere uitzendvarianten werden beoogd met de bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst in het BW. Dit komt tot uitdrukking in de ruim opgezette definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW waarin slechts de voorwaarde wordt gesteld dat de terbeschikkingstelling van de werknemer krachtens een opdrachtovereenkomst met de inlener geschiedt in het kader van de bedrijfsuitoefening van de uitzendwerkgever. Hiervoor bleek echter dat de regering bij de totstandkoming van de bijzondere regeling voor de uitzendovereenkomst verschillende malen heeft benadrukt dat deze regeling alleen geldt voor werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt. Ook bij de kwalificatie als uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW van andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen dan uitzending door een 'traditioneel' uitzendbureau, is van doorslaggevend belang of de werkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Deze allocatiefunctie van de uitzendwerkgever, die inhoudt dat het beroep of bedrijf van de uitzendwerkgever moet bestaan uit het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid, maakt echter geen deel uit van de redactie van artikel 7:690 BW. Omdat naar mijn mening in de wetsgeschiedenis op eenduidige wijze werd toegelicht wat de aanleiding was voor de regeling van de uitzendovereenkomst en welk toepassingsbereik met deze regeling is beoogd, moet artikel 7:690 BW in lijn hiermee worden toegepast.²¹⁷ Op grond hiervan meen ik dat de allocatiefunctie moet worden 'gelezen' in de definitie van artikel 7:690 BW.

216 A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2009.

217 Zie over de rol die de toelichting op een wetsbepaling speelt bij de uitleg van deze bepaling o.a. F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming: een rechtstheoretisch onderzoek naar wetsinterpretatie en rechtsvorming door de rechter in het bestuursrecht en het privaatrecht* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006 en J.W.A. Fleuren, *Wetshistorische interpretatie en 'de bedoeling van de wetgever'*, in: *De staat van wetgeving* (liber amicorum C.A.J. M. Kortmann), Deventer: Kluwer 2009, p. 153-174.

Niet lang na de inwerkingtreding van de bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst stelde CMG,²¹⁸ een softwareproducent en internationaal opererend dienstverlenend bedrijf in de ICT-sector, zich op het standpunt dat de door haar aan klanten ter beschikking gestelde ICT-consultants op basis van uitzendovereenkomsten in de zin van artikel 7:690 BW bij haar in dienst waren. CMG vroeg in 2002 collectief ontslag aan voor 118 werknemers, onder wie 110 ICT-consultants, en stelde dat op de ontslagaanvragen voor de ICT-consultants de voor uitzendwerkgevers als bedoeld in artikel 7:690 BW geldende Bijlage B van het Ontslagbesluit analoog van toepassing was. Volgens de vakbonden kon CMG niet als uitzendbureau worden gezien omdat uit de statuten van CMG niet bleek dat detachering de hoofdtaak van het bedrijf was en uit de arbeidsovereenkomsten van de ICT-consultants niet bleek dat sprake was van uitzendovereenkomsten. Deze omstandigheden waren naar het oordeel van het Hof 's-Gravenhage²¹⁹ op grond van de formulering van artikel 7:690 BW niet van belang. Het hof overwoog dat voor het antwoord op de vraag, of het ter beschikking stellen van werknemers geschiedt in het kader van de uitoefening van het bedrijf van de werkgever, niet noodzakelijk is dat in de statuten expliciet het woord uitzenden dan wel detachering wordt gebruikt, maar dat van belang is of deze wijze van uitvoering van de dienstverlening een zodanig (groot) deel van de activiteiten uitmaakt dat de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten geacht kan worden deel uit te maken van de bedrijfsuitoefening. Deze consequentie van de ruime formulering van artikel 7:690 BW ging de regering veel te ver en naar aanleiding van de CMG-zaak werd in maart 2003²²⁰ aan Bijlage B een omschrijving toegevoegd van de uitzendwerkgever voor wie de bijzondere ontslagregels van Bijlage B van toepassing zijn. Onder uitzendwerkgever wordt sindsdien verstaan:

de werkgever:

- “die als doelstelling heeft om in het kader van beroep of bedrijf werknemers ter beschikking te stellen aan derden (opdrachtgevers) om onder hun leiding en toezicht werkzaam te zijn en zodoende vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bij elkaar te brengen (hetgeen kan blijken uit de statuten van de werkgeverrechtspersoon dan wel uit andere feiten of omstandigheden zoals het openstellen van de mogelijkheid tot inschrijving door werkzoekenden); én
- wiens premieplichtige loonsom op jaarbasis voor ten minste 50% wordt gerealiseerd in het kader van uitzendovereenkomsten als bedoeld in artikel 7:690 BW.”

Geen allocatiefunctie is geen uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW

In de tekst van Bijlage B is dus sinds 2003 opgenomen dat deze uitsluitend van toepassing is op ontslagvergunningaanvragen van uitzendwerkgevers die een allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt.²²¹ De ter beschikking gestelde werknemers moeten, afgemeten naar het totale aantal werknemers, een belangrijk deel uitmaken

218 Sinds 2008 Logica geheten.

219 Hof 's-Gravenhage 29 november 2002, JAR 2002/293.

220 Regeling van de Minister van SZW van 6 maart 2003, Stcrt. 2003/49.

221 Zoals de kantonrechter te Utrecht overwoog in zijn beschikking van 22 juli 2009 waarin een projectconsultancybureau zich beriep op Bijlage B omdat dit bureau tevens werknemers detacheerde bij opdrachtgevers. Ktr. Utrecht 22 juli 2009, Prg. 2009, 148.

van het personeelsbestand van de werkgever én de werkgever moet een allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt. Hoewel in de CMG-zaak niet expliciet aan de orde kwam of CMG wel een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervulde, werd deze wel opgenomen in de nieuwe omschrijving van de uitzendwerkgever in Bijlage B. Ruim vier jaar na de inwerkingtreding van de regeling van de uitzendovereenkomst bevestigde de regering hiermee (nogmaals) dat de werkgever voor de toepassing van artikel 7:690 BW een allocatiefunctie moet vervullen op de arbeidsmarkt. Ook in de rechtspraak is dit enkele malen bevestigd. De kantonrechter te Deventer²²² overwoog dat niet voldoende is dat het ter beschikking stellen van werknemers een groot deel van de activiteiten van de werkgever uitmaakt. Naar zijn oordeel moet het daarbij tevens gaan om het voorzien in een tijdelijke behoefte van de derde aan arbeidskrachten. De kantonrechter te Alphen aan den Rijn²²³ betrok bij zijn oordeel over de vraag of sprake was van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW de hiervoor aangehaalde beschrijving van de uitzendwerkgever die naar aanleiding van de CMG-zaak werd opgenomen in Bijlage B van het Ontslagbesluit. In casu was de allocatiefunctie van de werkgever naar het oordeel van de kantonrechter voldoende aangetoond omdat “het vinden van werk voor de werknemer bij een derde voor het vervullen van een opdracht aldaar de contractuele relatie tussen partijen heeft bepaald.”

In zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2010²²⁴ betoogt A-G Wissink, voorbijgaand aan de hiervoor in paragraaf 4.4 en 4.5.2 besproken wetsgeschiedenis van artikel 7:690 BW, dat de omstandigheid dat de uitzendwerkgever geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt niet betekent dat daardoor geen sprake kan zijn van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW. Ook uitzendvarianten waarbij anders dan bij de traditionele uitzendovereenkomst een allocatiefunctie ontbreekt, kunnen tegenwoordig onder de definitie van artikel 7:690 BW worden gebracht, aldus de A-G.²²⁵ In de procedure die de aanleiding vormde voor deze conclusie had het

222 Ktr. Deventer, 10 december 2002, JAR 2003/47.

223 Ktr. Alphen aan den Rijn 23 maart 2004, JAR 2004/118.

224 HR 24 december 2010, JAR 2011/21.

225 In zijn conclusie voor het arrest van de Belastingkamer van de Hoge Raad van 17 juni 2011, BNB 2011/235, betoogt A-G Van Ballegooijen daarentegen, op grond van de hiervoor in paragraaf 4.4 en 4.5.2 besproken wetsgeschiedenis, dat uitsluitend sprake is van terbeschikkingstelling in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever in de zin van artikel 7:690 BW, wanneer die werkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. In dit geval ging het om de vraag of intra-concern detachering (door een personeels-BV) kon worden gekwalificeerd als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW bij de sectorindeling voor de premieheffing werknemersverzekeringen in het kader van de Wet financiering sociale verzekeringen (Wfsv). In zijn arrest overwoog de Belastingkamer van de Hoge Raad echter dat dit betoog in zijn algemeenheid niet kan worden aanvaard omdat uit artikel 7:691 lid 6 BW zou volgen dat “de wetgever ervan is uitgegaan dat de omstandigheid dat de werkgever en de derde in een groep zijn verbonden, er niet aan in de weg staat dat de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer wordt aangemerkt als een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.” Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter niet dat de wetgever met artikel 7:690 jo. 691 lid 6 BW beoogde ‘in één moeite door’ ook intra-concern detachering van een wettelijke basis te voorzien. De allocatiefunctie van de uitzendformule op de arbeidsmarkt was de reden voor het in een aparte afdeling van Titel 10 van Boek 7 BW opnemen van een bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst. Deze allocatiefunctie ontbreekt bij intra-concern detachering. Zie hierover nader paragraaf 6.7.1.

Hof Amsterdam²²⁶ de rechtsverhouding tussen een tennisleraar en de Stichting Sport-service Noord-Holland (SSNH) als een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW aangemerkt in een procedure waarin de tennisleraar zich beriep op het werkgeverschap ex artikel 7:610 lid 1 BW van de tennisvereniging waar hij ruim tien jaar les had gegeven. De tennisleraar had de werkzaamheden bij de tennisvereniging telkens verricht op basis van arbeidsovereenkomsten met SSNH. SSNH vervulde geen allocatiefunctie op de arbeidsmarkt, maar fungeerde uitsluitend als administratief werkgever in het kader van de door de tennisleraar bij de tennisvereniging verrichte werkzaamheden. Het hof wijdde geen woord aan het ontbreken van een allocatiefunctie, maar onderbouwde zijn oordeel dat sprake was van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW door erop te wijzen dat “binnen de kenbare ratio, strekking en systematiek” van de op SSNH van toepassing zijnde cao paste “dat partijen met werknemers in sportverenigingen een driepartijenrelatie aangaan waarbij de betrokken werknemer zijn arbeid verricht onder het gezag (leiding en toezicht) van de sportvereniging terwijl andere aspecten van het werkgeversgezag (loonbetaling, uitvoering van de werknemersverzekeringen, inhouding en afdracht loonbelasting, overleg met vakbonden over arbeidsvoorwaarden) bij de stichting sportservice (SSNH) berusten.” Artikel 7:690 BW is echter dwingend recht. Partijen kunnen niet contractueel bepalen, ook niet in een cao, dat een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW is.²²⁷ Omdat SSNH geen allocatiefunctie vervulde op de arbeidsmarkt, was mijns inziens in casu geen sprake van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW. In dat geval zou de rechtsverhouding tussen SSNH en de tennisleraar naar mijn mening wel kunnen worden gekwalificeerd als een gewone arbeidsovereenkomst, mits partijen bij het aangaan van de overeenkomst werkelijk beoogden dat SSNH als werkgever van de tennisleraar zou gaan fungeren. Daarvan zou dan sprake zijn geweest wanneer – zoals ik dat omschreef in paragraaf 2.3.5 – het werkgeverschap van SSNH voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis had om haar te kunnen aanmerken als werkgever. In dat kader zou moeten worden gekeken naar de ondernemingsactiviteiten van SSNH en naar de inhoudelijke rol die SSNH in dat verband speelde bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Ik vat de overwegingen van het Hof Amsterdam zo op dat naar zijn oordeel het werkgeverschap van SSNH voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis heeft om haar te kwalificeren als werkgever van de tennisleraar omdat in de amateursportbranche gebruikelijk is dat werknemers bij (amateur) sportverenigingen werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst met een professionele, centrale contractuele werkgever als SSNH en dit ook blijkt uit de van toepassing zijnde cao waarin deze arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding het uitgangspunt vormt. Daarom zou geen sprake zijn van contractuele afspraken die uitsluitend zijn gericht op het omzeilen van ontslagbescherming, of het uit handen geven van het juridische en administratieve werkgeverschap aan een derde. Op basis van deze omstandigheden zou SSNH mijns inziens kunnen worden aangemerkt als werkgever van de tennisleraar ex artikel 7:610 lid 1 BW.

226 Hof Amsterdam 12 mei 2009, JAR 2009/247.

227 Zie paragraaf 4.5.1.

4.10 Detachering

Detachering is geen wettelijk gedefinieerd begrip. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van artikel 7:690 BW was het belangrijkste onderscheid tussen uitzending en andere leenverhoudingen waarbij de arbeidskracht de arbeid verrichtte bij een opdrachtgever van degene met wie hij zich verbond, dat hij bij deze andere leenverhoudingen in dienst trad bij degene die hem uitleende aan de opdrachtgever. In deze situatie werd veelal gesproken van detachering (of in- en uitlening) van werknemers. Detachering onderscheidde zich van uitzending. Kenmerkend aan uitzending was dat de duur van de overeenkomst afhankelijk was van de duur van de opdracht. Einde opdracht betekende in beginsel einde uitzendovereenkomst (en einde loonbetaling). Bij detachering sloten de detacheerder en de gedetacheerde werknemer een 'arbeidsovereenkomst' en werd aan de bij de opdrachtgever van de detacheerder gedetacheerde werknemer eveneens loon doorbetaald als die opdracht eindigde (en hij dus niet werkte). Detachering kwam in verschillende varianten voor. Zo bestonden (i) detacheerbedrijven die zich volledig toelegden op het ter beschikking stellen van hun werknemers aan derden; (ii) door verschillende bedrijven opgerichte arbeidspools om wisselingen in de personeelsbehoefte op te vangen waarbij de werknemers in dienst waren van de arbeidspool en verplicht waren arbeid te verrichten bij het bedrijf dat door de arbeidspool werd aangewezen; (iii) collegiale in- en uitlening waarbij bedrijven, zonder een arbeidspool op te richten, elkaars werknemers in- en uitleenden en (iv) intra-concern detachering.²²⁸

4.10.1 Detachering en artikel 7:690 BW

Hoewel de hiervoor onder (i) genoemde detachering door detacheerbedrijven onder de definitie van terbeschikkingstelling in de Arbeidsvoorzieningswet viel, vroegen detacheerbedrijven geen vergunning aan omdat de uitleenperiode vaak langer duurde dan de in de Arbeidsvoorzieningswet toegestane zes maanden. Aan rechtshandhaving ontbrak het echter op dit punt.²²⁹ Dit leidde tot protest van uitzendbureaus en kritiek in de literatuur.²³⁰ Vanaf 1995 werd de Arbeidsvoorzieningswet naar aanleiding van bezwaren van vergunningsplichtige uitzendbureaus wat de maximumtermijn van de terbeschikkingstelling betreft soepeler uitgevoerd en werd uitzending voor een maximumperiode van een jaar in plaats van zes maanden gedoogd.²³¹ Op dat moment was echter reeds sprake van een vervaging van het onderscheid tussen uitzending en deze vorm van detachering, omdat ook uitzendbureaus zich op deze vorm van detachering waren gaan richten.²³² Met de inwerkingtreding van artikel 7:690 BW kwam het

228 Intra-concern detachering komt aan de orde in paragraaf 6.7.

229 Zoals bleek in ABRvS 31 mei 1991, JAR 1992/55 (Oranjewoud B.V./de Arbeidsvoorzieningsorganisatie).

230 M.V. van der Woude, De ontworpening van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, NJB 24 maart 1995, p. 448-452 en Y.A.E. van Houte, Detacheren en ter beschikking stellen; de wetgeving en de realiteit, SR 1995/9, p. 246-250. Zie ook W.K. Bischoff, Detachering als alternatief voor uitzendarbeid? Gevolgen invoering wetsvoorstellen Flexibiliteit en Zekerheid en WAADI, TVVS 1998/9, p. 259-263.

231 Zie Praktijkboek Flexibele Arbeidsrelaties, Deventer: Kluwer (losbl.), onderdeel I 1.1, p. 3.

232 Zie voor een beschouwing over het naar elkaar toe groeien van uitzending en detachering: K.M. van Holten, Detachering als alternatief voor uitzendarbeid: een valkuil, TVVS 1994/5, p. 120-124.

onderscheid tussen uitzending door uitzendbureaus en detachering door detacherebedrijven goeddeels te vervallen.

Thans wordt in uiteenlopende situaties waarin een werknemer werkzaamheden verricht binnen het bedrijf van een ander dan degene met wie hij een arbeidsovereenkomst sloot, gesproken over detachering. Wanneer in de arbeidsrechtpraktijk wordt gesproken over detachering in de situatie waarin de werknemer ter beschikking wordt gesteld aan een derde om onder toezicht en leiding van die derde arbeid te verrichten, dan is – anders dan bij uitzending – sprake van een meer bestendige arbeidsrelatie tussen de uitlenende werkgever en de uitgeleende werknemer en is de werknemer gemiddeld langer werkzaam bij één opdrachtgever.²³³ Als bij uitzending de uitzendkracht in fase B en C van de ABU-cao en in fase 3 en 4 van de NBBU-cao is beland, wordt eveneens over detachering gesproken.²³⁴

Wanneer de gedetacheerde werknemer de arbeid verricht onder toezicht en leiding van de opdrachtgever van zijn detacherende werkgever, is sprake van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW indien de detachering geschiedt in het kader van de bedrijfsuitoefening van de detacheerder²³⁵ en, zoals volgt uit de hiervoor besproken wetsgeschiedenis van artikel 7:690 BW, de detacheerder een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Dat het ter beschikking stellen van werknemers geschiedt in het kader van de bedrijfsuitoefening van de detacheerder, betekent nog niet dat deze daarmee tevens een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Dat laatste was het geval bij de hiervoor besproken detachering door CMG van ICT-consultants bij haar klanten en ook bij de detachering door SSNH van de bij haar in dienst zijnde werknemers die arbeid verrichten bij (amateur)sportverenigingen. In deze beide situaties lag binnen de bedrijfsuitoefening door CMG en SSNH het zwaartepunt bij het verwerven van de opdracht en niet bij het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van arbeid op de arbeidsmarkt. Ook bij andere detacheringsvarianten waarbij het zwaartepunt bij het verwerven van de opdracht ligt en niet bij het ter beschikking stellen van werknemers, zoals bij uitlening door een management-BV en bij payrollings, vervult de uitlener of detacheerder geen allocatiefunctie op de arbeidsmarkt. In dat geval zal naar mijn mening aan de hand van de werkelijke bedoelingen van partijen bij het aangaan van de overeenkomst, op basis van de wijze waarop zij feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de door hen gemaakte contractuele afspraken, moeten worden vastgesteld of sprake is van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW met de detacherende werkgever dan wel met de inlener. Indien zou worden aangenomen dat bij deze detacheringsvarianten sprake is van een arbeidsovereenkomst met de detacherende werkgever is het verlichte arbeidsrechtelijke regime van artikel 7:691 BW (en Bijlage B Ontslagbesluit) niet van toepassing omdat dan geen sprake is van uitzending in de zin van artikel 7:690 BW. Anderzijds kan de werknemer de inlener ook niet aanspreken tot voldoening van

233 Zie C.J. Smitskam, PS-special: De uitzendovereenkomst, Deventer: Kluwer 2005, p. 9.

234 Wanneer in de arbeidsovereenkomst met de uitzendwerknemer geen uitzendbeding ex artikel 7:691 lid 2 BW wordt overeengekomen, wordt in de ABU-cao reeds gesproken over een detacheringsovereenkomst. Zie artikel 1 sub f ABU-cao 2009-2014.

235 En dus geen incidenteel karakter heeft.

het minimumloon op grond van artikel 7:692 BW. Wel zal de inlener op grond van artikel 7:658 lid 4 BW en op basis van het werkgeversbegrip in arbeidswetgeving buiten het BW op het gebied van de veiligheid en de bestrijding van illegaliteit en misbruik bij de tewerkstelling van derdelanders gelden als werkgever van de gedetacheerde werknemer in plaats van of naast de detacherende werkgever. Ten slotte sluiten de ruime definitiebepalingen van de Waadi niet uit dat de Waadi eveneens van toepassing zou kunnen zijn in de situatie waarin de detachering niet zou kunnen worden gekwalificeerd als uitzending ex artikel 7:690 BW wegens het ontbreken van een allocatiefunctie bij de detacherende werkgever. Wanneer de gedetacheerde werknemer de arbeid onder toezicht en leiding van de inlener verricht, heeft hij op grond van de Waadi onder meer recht op hetzelfde loon als door de inlener wordt betaald aan eigen werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies. Bovendien geldt in deze situatie een door de detacherende werkgever met de werknemer overeengekomen concurrentiebeding niet indien de (tijdelijk) gedetacheerde werknemer na afloop van de detachering in dienst wil treden bij de inlener.²³⁶

Van detachering wordt eveneens gesproken in de situatie waarin de werknemer onder het gezag van de detacherende werkgever arbeid verricht bij één of meer opdrachtgever(s) van die werkgever. Bij deze vorm van detachering wordt de werknemer veelal ter beschikking gesteld aan de opdrachtgever van de detacherende werkgever om in diens bedrijf specialistische of hoog gekwalificeerde arbeid te verrichten waarvoor de opdrachtgever zelf niet de kennis en de vaardigheden in huis heeft. Bij dergelijke detacheerders kan worden gedacht aan ICT-bedrijven, advocaten- en accountantskantoren, ingenieursbureaus en schoonmaakbedrijven. De opdrachtgever heeft dan geen feitelijk werkgeversgezag over de door de gedetacheerde werknemer verrichte arbeid waardoor geen sprake is van onder toezicht en leiding arbeid verrichten in de zin van artikel 7:690 BW.²³⁷ In dat geval is sprake van een gewone arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW tussen de detacherende werkgever en de gedetacheerde werknemer. Daardoor kan met deze gedetacheerde werknemer geen uitzendbeding ex artikel 7:691 lid 2 BW worden overeengekomen, is de ketenregeling van artikel 7:668a BW direct en niet pas na 26 weken van toepassing op de arbeidsovereenkomst en kan de gedetacheerde werknemer de opdrachtgever niet aanspreken op betaling van het minimumloon op grond van artikel 7:692 BW. Omdat geen sprake is van toezicht en leiding van de opdrachtgever is op deze vorm van detachering ook de Waadi niet van toepassing. Wel is de opdrachtgever, wanneer de gedetacheerde werknemer werkzaamheden verricht die behoren tot de bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever, op grond van artikel 7:658 lid 4 BW naast de detacherende werkgever aansprakelijk voor de schade die de werknemer lijdt in de uitoefening van de werkzaamheden als hij niet heeft voldaan aan de zorgplicht van artikel 7:658 BW.²³⁸ Voorts is de opdrachtgever in deze

236 Artikel 9a Waadi.

237 Zie paragraaf 4.5.4. Zie ook F.B.J. Grapperhaus en M. Jansen, *De uitzendovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1999, p. 37.

238 In paragraaf 4.8.2 betoogde ik dat voor het van toepassing zijn van artikel 7:658 lid 4 BW niet vereist is dat sprake is van gezag van de opdrachtgever over de bij hem door de gedetacheerde werknemer verrichte werkzaamheden.

situatie als werkgever in de zin van de Arbeidsomstandigheden- en Arbeidstijdenwet verantwoordelijk voor de naleving van de in en op basis van die wetten geldende voorschriften op het gebied van de arbeidsomstandigheden en arbeidstijden.²³⁹ In paragraaf 3.2.4 kwam aan de orde dat tijdens de parlementaire behandeling van de Arbeidstijdenwet werd meegedeeld dat tussen de werkgever en de werknemer in de zin van de Arbeidstijdenwet wel een zekere gezagsrelatie zou moeten bestaan.²⁴⁰ Op die grond zou in deze situatie kunnen worden betoogd dat niet de opdrachtgever, maar de detacherende werkgever als werkgever moet worden beschouwd in de zin van de Arbeidstijdenwet. Voor het van toepassing zijn van de WAV is niet relevant of sprake is van een gezagsrelatie tussen de gedetacheerde werknemer en de opdrachtgever bij wie hij de arbeid verricht.²⁴¹ De werkgever in de zin van de WAV is degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten en tussen hem en degene die de arbeid verricht, hoeft geen arbeidsovereenkomst of een gezagsrelatie te bestaan. Daardoor kunnen de detacherende werkgever en de opdrachtgever ook in deze situatie tegelijkertijd als werkgever in de zin van de WAV worden aangemerkt.

Op grond van artikel 1 lid 3 WOR komt alleen de uitzendwerknemer ex artikel 7:690 BW in aanmerking voor medezeggenschap in de onderneming van de inlener. Tot 1999 werd nog uitsluitend als “in de onderneming werkzame werknemer” aangemerkt de werknemer die krachtens een arbeidsovereenkomst met de ondernemer werkzaam was in de door deze ondernemer in stand gehouden onderneming (artikel 1 lid 2 WOR). In paragraaf 4.8 kwam aan de orde dat met de uitbreiding van de personele werkings sfeer van de WOR in artikel 1 lid 3 werd beoogd een volledig in de arbeidsorganisatie van de onderneming opgenomen werknemer voor de toepassing van de WOR gelijk te stellen met werknemers die in dienst zijn van de ondernemer die de onderneming in stand houdt. Omdat op grond van artikel 1 lid 3 sub a WOR alleen de uitzendwerknemer ex artikel 7:690 BW in aanmerking komt voor medezeggenschap in de onderneming waarin hij werkzaam is, zouden gedetacheerde werknemers bij detacheringvarianten die niet kwalificeren als uitzending ex artikel 7:690 BW – ongeacht of zij aan de gebruikelijke werkzaamheden van de onderneming van de inlener bijdragen – nooit medezeggenschapsrechten krijgen in de onderneming waarin zij werkzaam zijn.²⁴² Uit de wetgeschiedenis blijkt dat dit niet de bedoeling is geweest van de wetgever. De uitbreiding van de personele werkings sfeer van de WOR had niet specifiek betrekking op uitzendkrachten in de zin van artikel 7:690 BW, maar was gericht op langdurig aan een inlener of opdrachtgever van de werkgever ter beschikking gestelde werknemers en op intra-concern

239 Zie paragraaf 3.2.1 en 3.2.2.

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

241 Zie paragraaf 3.3.

242 De inlener kan op grond van artikel 6 lid 4 WOR wel met de in zijn onderneming ingestelde ondernemingsraad overeenkomen dat ook deze werknemers worden aangemerkt als in de onderneming werkzame werknemers voor de toepassing van de WOR. Zie hierover ook F.W.H. Vink en R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, 23e druk, p. 36. Hiervoor is echter in beginsel de medewerking van de inlener vereist en deze oplossing biedt geen uitkomst wanneer nog geen ondernemingsraad is ingesteld in de onderneming van de inlener.

gedetacheerde werknemers.²⁴³ Omdat niet elke arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding kan worden gekwalificeerd als een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW, zou naar mijn mening in artikel 1 lid 3 sub a WOR de verwijzing naar artikel 7:690 BW moeten worden geschrapt.

4.11 De managementovereenkomst

Bestuurders, directeuren of managers verrichten de arbeid veelal niet op grond van een arbeidsovereenkomst met de rechtspersoon, maar op basis van een opdracht-overeenkomst tussen hun persoonlijke BV (hierna: management-BV) en die rechtspersoon. Vaak zijn zij (groot)aandeelhouder van de rechtspersoon waarvoor zij de arbeid verrichten. Steeds vaker verrichten ook bestuurders, directeuren of managers die geen (groot)aandeelhouder zijn van de rechtspersoon de arbeid op basis van een managementovereenkomst met die rechtspersoon. Wanneer zij kiezen voor een managementovereenkomst is geen sprake van een arbeidsovereenkomst, maar van een opdrachtovereenkomst en zou Titel 10 Boek 7 BW dus niet van toepassing zijn. De vergoeding voor de verrichte arbeid wordt meestal niet aan de bestuurder, directeur of manager (hierna: manager) zelf betaald, maar aan diens management-BV voldaan. Omdat de manager doorgaans (groot)aandeelhouder is van de rechtspersoon waarmee de managementovereenkomst wordt gesloten en/of op grond van zijn kwalificaties over een sterke arbeidsmarktpositie beschikt, heeft hij geen behoefte aan de beschermende bepalingen van Titel 10 Boek 7 BW. Dan zou dus geen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW. Los van deze partijbedoelingen zal de driehoeksverhouding waarbij de manager op grond van een tussen de management-BV en de rechtspersoon gesloten opdrachtovereenkomst arbeid verricht bij die rechtspersoon ook niet voldoen aan de definitie van artikel 7:690 BW. De management-BV stelt de manager niet ter beschikking aan een derde in het kader van een allocatiefunctie die zij vervult op de arbeidsmarkt, maar fungeert als contractspartij uitsluitend als verlengstuk van de manager. Van een uitzendovereenkomst zou wel sprake kunnen zijn wanneer de management-BV niet volledig onder controle staat van de manager, maar bijvoorbeeld fungeert als management-BV voor verschillende managers en deze tijdelijk ter beschikking stelt aan derden in het kader van het verrichten van bijvoorbeeld (interim)management-werkzaamheden.²⁴⁴

Een andere grond voor het aangaan van een managementovereenkomst is om te bewerkstelligen dat sprake is van een premie- en loonbelastingvrije relatie. Dat leidt tot aanzienlijke financiële voordelen voor partijen. De Belastingdienst en het UWV lopen hierdoor echter belastingen en premies mis die wel verschuldigd zouden zijn geweest wanneer de manager de arbeid op grond van een arbeidsovereenkomst had verricht. Zij hebben als derden juist belang bij het bestaan van een arbeidsovereenkomst – een privaatrechtelijke dienstbetrekking – met de manager. Om te voorkomen

243 Kamerstukken II 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 32 en 37. Zie over de personele werkingsfeer van de WOR bij intra-concern detachering ook paragraaf 6.7.4.

244 Zie ook Hof Amsterdam 14 februari 2002, JAR 2002/65.

dat partijen vrij eenvoudig onder de sociale verzekeringsplicht zouden kunnen uitkomen door tussenschakeling van een management-BV, werd bij een beroep op het bestaan van een privaatrechtelijke dienstbetrekking door de Centrale Raad van Beroep (hierna: de Raad) weinig zelfstandige betekenis toegekend aan de managementovereenkomst. De Raad nam in het verleden²⁴⁵ vaak een privaatrechtelijke dienstbetrekking aan tussen partijen wanneer sprake was van persoonlijke arbeid en van een gezagsverhouding in de relatie tussen de manager en de rechtspersoon waarbij hij de arbeid verrichtte.²⁴⁶ Dat die rechtspersoon de vergoeding voor de door de manager verrichte werkzaamheden betaalde aan de management-BV en niet aan de manager, vormde voor de Raad geen beletsel bij het aannemen van een privaatrechtelijke dienstbetrekking tussen partijen.²⁴⁷ In de uitspraak van de Raad van 21 juni 1995²⁴⁸ werd het loon van de directeur-aandeelhouder van een BV niet aan hemzelf maar aan zijn management-BV overgemaakt. Nadat de Raad tot het oordeel was gekomen dat de directeur-aandeelhouder uitsluitend voor de BV werkzaam was, hij de arbeid persoonlijk diende te verrichten en sprake was van een gezagsverhouding, overwoog hij dat het enkele feit dat de betalingen voor de werkzaamheden van de directeur-aandeelhouder werden gericht aan diens management-BV niet de gevolgtrekking rechtvaardigde dat er geen loon werd uitbetaald, dan wel dat er geen verplichting tot loonbetaling bestond. De directeur-aandeelhouder had naar het oordeel van de Raad slechts een andere ontvanger van het hem toekomende loon aangewezen en door een dergelijke constructie moest naar het oordeel van de Raad worden heengekeken.²⁴⁹

Anders dan bij de Raad strandde een beroep op het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen de manager en de 'opdrachtgever' bij de civiele rechter bijna altijd op de uit hoofde van de managementovereenkomst bestaande rechtsverhouding van die

245 Met de inwerkingtreding van de Wet houdende wijziging van de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen en enige andere wetten in verband met de invoering van een zelfstandigheidsverklaring en de uitsluiting van de Nationale ombudsman en de substituut-ombudsmannen van de verzekering voor de werknemersverzekeringen op 1 januari 2002 is veel onzekerheid over de status van de manager weggenomen en zal terzake minder vaak een beroep worden gedaan op de bestuursrechter. Op grond van deze wet kan om een Verklaring Arbeidsrelatie worden verzocht waarin de Belastingdienst – kort gezegd – vooraf oordeelt dat geen sprake is van loon uit een arbeidsovereenkomst.

246 Zie: CRvB 16 augustus 1995, RSV 1996/55, CRvB 11 september 1997, USZ 1997/270, CRvB, 22 juni 1999, USZ 1999/261, CRvB 1 juli 1999, USZ 1999/284, CRvB 12 augustus 1999, RSV 1999/301, CRvB, 14 oktober 1999, USZ 1999/346 en CRvB, 30 maart 2000, USZ 2000/154. Zie ook Rb 's-Gravenhage 26 oktober 2001, RSV 2002/27. Wanneer de manager directeur/groootaandeelhouder is van de rechtspersoon waarbij hij op grond van een managementovereenkomst arbeid verricht, bestaat naar het oordeel van de Raad geen gezagsverhouding omdat de manager in deze situatie via het bezit van de aandelen in feite 'gezag' over zichzelf uitoefent. Zie CRvB 4 oktober 1985, RSV 1986/21 m.nt. E.P. de Jong.

247 CRvB 6 januari 1988, RSV 1988/195, CRvB 21 juni 1995, RSV 1996/9 en CRvB 12 augustus 1999, RSV 1999/301.

248 CRvB 21 juni 1995, RSV 1996/9.

249 Op grond van het Gouden Kooi-arrest van de (belastingkamer van de) Hoge Raad van 25 maart 2011 is overigens maar de vraag of door de Raad ook in de toekomst nog zo eenvoudig door de door partijen gesloten managementovereenkomst zal worden heengekeken. Zie HR 25 maart 2011, NJ 2011, 594 m.nt. Verhulp, JAR 2011/109 m.nt. Loonstra en RSV 2011/166 m.nt. Van den Berg.

opdrachtgever met de management-BV.²⁵⁰ Volgens het Hof Amsterdam²⁵¹ kon in geval van een dergelijke driehoeksverhouding geen arbeidsovereenkomst tussen de manager en de opdrachtgever bestaan. Enerzijds omdat de management-BV partij was bij de managementovereenkomst en deze als rechtspersoon geen werknemer kan zijn en anderzijds omdat tussen de opdrachtgever en de manager in persoon geen rechtsbetrekking bestond. Het oordeel van het Hof Amsterdam, dat geen arbeidsovereenkomst bestaat tussen de manager en de opdrachtgever waarbij hij de arbeid verricht omdat niet hij maar de management-BV partij is bij de managementovereenkomst, was gebaseerd op het arrest van de Hoge Raad van 9 juli 1990.²⁵² In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de managers geen arbeidsovereenkomsten hadden met de opdrachtgever voor wie zij op basis van managementovereenkomsten arbeid verrichtten omdat niet zij maar hun management-BV's overeenkomsten waren aangegaan met die opdrachtgever. Weliswaar brachten de managementovereenkomsten mee dat de managers in opdracht van hun management-BV's arbeid verrichtten bij de opdrachtgever, maar daardoor kwamen zij tot die opdrachtgever niet in een rechtsverhouding te staan die als een arbeidsovereenkomst kon worden aangemerkt, zo oordeelde de Hoge Raad.

In het hiervoor in paragraaf 2.3.4 besproken arrest Stichting Thuiszorg Rotterdam/ PGGM²⁵³ lijkt de Hoge Raad te zijn teruggekomen van dit oordeel. In dit arrest bevestigde de Hoge Raad dat ondanks de overeenkomst met de management-BV toch sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst tussen de manager en de opdrachtgever wanneer de formele bedoelingen van partijen in de vorm van een opdrachtovereenkomst met een management-BV niet corresponderen met de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven aan deze overeenkomst. In dit arrest verrichtte de manager op basis van een overeenkomst van opdracht tussen Stichting Thuiszorg Rotterdam (STR) en zijn management-BV arbeid voor STR. De manager en STR waren bewust geen arbeidsovereenkomst aangegaan om verplichte deelname van de manager aan de bedrijfstakpensioenregeling bij PGGM te voorkomen. PGGM beriep zich echter als belanghebbende derde op het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen de manager en STR. Het hof wees (in eerdere instantie) de vordering van PGGM toe, overwegende dat uit de wijze waarop partijen uitvoering hadden gegeven aan de gemaakte contractuele afspraken bleek dat de manager en STR in werkelijkheid een arbeidsovereenkomst met elkaar hadden beoogd. Dat de manager en STR ter voorkoming van de premieafdrachtverplichting aan PGGM geen formele arbeidsovereenkomst met elkaar hadden willen aangaan, speelde naar het oordeel van het hof geen rol bij de kwalificatievraag. De Hoge Raad bevestigde het oordeel van het hof dat ondanks de met de management-BV gesloten managementovereenkomst een arbeidsovereenkomst bestond tussen de manager en STR. Anders dan in zijn voormelde

250 De enige mij bekende uitspraak waarin de lagere rechter een arbeidsovereenkomst aannam tussen de manager en de rechtspersoon waarbij hij op grond van een managementovereenkomst met zijn management-BV arbeid verrichtte, is de uitspraak van de kantonrechter te Amsterdam van 24 november 1999, JAR 2000/19.

251 Hof Amsterdam 18 april 2002, JAR 2002/115. Zie ook Hof Amsterdam 9 januari 2003, JAR 2003/35.

252 HR 9 juli 1990, NJ 1991, 215 m.nt. Stein (r.o. 3.4).

253 HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449 m.nt. Verhulp, JAR 2007/231 en RAR 2007, 123 (Stichting Thuiszorg Rotterdam/ Stichting Pensioenfonds PGGM).

arrest uit 1990 ging de Hoge Raad daarbij volkomen voorbij aan de tussen de management-BV en STR bestaande opdrachtovereenkomst.

In de rechtspraak wordt sinds het arrest Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM niet vaker geoordeeld dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de manager en de opdrachtgever. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht overwoog in zijn vonnis van 19 maart 2008²⁵⁴ dat “hoewel (de manager) aanvankelijk de werkzaamheden heeft verricht op basis van een arbeidsovereenkomst, (...) naderhand niet louter om fiscale redenen een managementovereenkomst (is) gesloten. Veeleer is aannemelijk dat het aangaan van een managementovereenkomst ook meer recht deed aan de positie van (de manager) als directeur”. De voorzieningenrechter lijkt hiermee te zeggen dat de sterke arbeidsmarktpositie van de manager (eveneens) zou meewegen bij de beantwoording van de vraag of ondanks de met de management-BV gesloten managementovereenkomst een arbeidsovereenkomst bestaat met de opdrachtgever. Doorslaggevend is echter op grond van het arrest Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM dat uit de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven aan de managementovereenkomst moet blijken dat partijen werkelijk bedoeld hebben een managementovereenkomst en niet een arbeidsovereenkomst aan te gaan.²⁵⁵

4.12 Payrolling

Payrolling is een niet in de wet voorkomend begrip en is de meest recent ontstane variant van de in dit hoofdstuk besproken arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen.²⁵⁶ Payrolling kent verschillende varianten en impliceert ook niet in alle gevallen een driehoeksverhouding.²⁵⁷ Ook bedrijven die alleen de salarisadministratie en andere administratieve taken van de werkgever uit handen nemen zonder zelf partij te worden bij de arbeidsovereenkomst noemen zich wel payrollbedrijf. Payrolling als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding komt in de praktijk in twee hoofdvarianten voor. In de eerste hoofdvariant werft en selecteert de latere opdrachtgever van het payrollbedrijf de werknemer waarna deze een arbeidsovereenkomst sluit met een door de latere opdrachtgever aangezocht payrollbedrijf. In de tweede hoofdvariant

254 Rb. Utrecht 19 maart 2008, JAR 2008/161.

255 Zo ook Rb. Rotterdam (vzr.) 21 mei 2010, LJN: BN0725, Hof Amsterdam 24 augustus 2010, LJN: BN4958 en Hof Leeuwarden 7 september 2010, LJN: BN6421. Overigens werd in deze procedures geoordeeld dat uit de wijze waarop uitvoering was gegeven aan de managementovereenkomst volgde dat sprake was van een zakelijke samenwerkingsovereenkomst die niet als een arbeidsovereenkomst kon worden gekwalificeerd.

256 Zie hierover ook M.A. Kuyt-Fokkens, Payrolling: uitkomst of toch niet?, NJB 16 juni 2006, nr. 24, p. 1312-1316, A.M. Bos en E.V. de Graaff, Payrolling, het outsourcen van werkgeverschap, ArbeidsRecht 2006/12, p. 17-22, E.M. Hoogeveen, De inlener en het werkgeverschap, ArA 2007/3, J.P.H. Zwemmer, Waarom de payrollonderneming geen (uitzend)werkgever is, TRA 2009/2, J.P.H. Zwemmer, De payrollonderneming, de inlener en het werkgeverschap in de (lagere) jurisprudentie, TAP 2010/1 en C.J. Smitskam, Payrolling: een nieuwe driehoeksrelatie in het arbeidsrecht, PS Documenta 2010, nr. 11/12, Y.A.E. van Houte, Uitzending en payrolling: overeenkomst en verschil, ArbeidsRecht 2011/8/9 en E.M. Hoogeveen, Payrolling: uitholling werknemersbescherming of gat in de markt?, ArbeidsRecht 2012/2.

257 Zie voor overzichten van de verschillende varianten M.A. Kuyt-Fokkens, Payrolling: uitkomst of toch niet?, NJB 16 juni 2006, nr. 24, p. 1312-1316 en Y.A.E. van Houte, Uitzending en payrolling: overeenkomst en verschil, ArbeidsRecht 2011/8/9.

was de werknemer eerst op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst van de latere opdrachtgever voordat hij een arbeidsovereenkomst sloot met het door de (voormalige) werkgever aangezochte payrollbedrijf. In beide varianten gaat het payrollbedrijf de werknemer op basis van een opdrachtovereenkomst exclusief ter beschikking stellen aan die opdrachtgever. Hoewel de opdrachtgever de payrollwerknemer na verloop van tijd soms (weer) een arbeidsovereenkomst aanbiedt, wordt met payrolling in beginsel een permanente uitbesteding (outsourcing) van het administratieve en juridische werkgeverschap aan het payrollbedrijf beoogd. Een bijkomend voordeel voor de opdrachtgever bij payrolling kan zijn dat, als gevolg van het inlenen van de werknemers via payrolling, een ondernemings- of bedrijfstak-cao niet meer van toepassing is, wat tot aanzienlijke kostenbesparingen kan leiden omdat de werkgever ten aanzien van de payrollwerknemers geen afdrachtverplichting (meer) heeft aan bedrijfssectorfondsen en bedrijfstakpensioenfondsen.²⁵⁸ Omdat de derde zelf de door het payrollbedrijf aan hem ter beschikking te stellen werknemers werft en selecteert, zijn de tarieven die door het payrollbedrijf in rekening worden gebracht bij de opdrachtgever veel lager dan die welke door een uitzendbureau worden gerekend.

4.12.1 Payrolling en artikel 7:690 BW

In 2006 kwam de eerste Cao voor Medewerkers van Payroll Ondernemingen (payroll-cao) tot stand. Deze werd in 2008 door een tweede en in 2009 door een derde payroll-cao opgevolgd. Die derde payroll-cao eindigde per 1 januari 2012, nadat deze in maart 2011 was opgezegd door de vakbonden. In deze cao's namen de VPO en de vakbonden op dat de payrollovereenkomst een "bijzondere vorm" is van de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW en werd payrolling als volgt gedefinieerd:

"payroll-overeenkomst: de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte – in beginsel langdurige – opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. De payroll-overeenkomst komt tot stand na werving van de werknemer door de derde, niet door de werkgever. De werkgever vervult in redelijkheid de taken die hij van rechtswege als werkgever draagt en de dienstverlening van de ter beschikking stellende werkgever richt zich in het bijzonder op betaling van het loon en de daarmee samenhangende loonadministratie. De werkgever is niet gerechtigd de werknemer ter beschikking te stellen van andere ondernemingen dan de onderneming van de derde, anders dan in geval van reïntegratie wegens arbeidsongeschiktheid of wegvallen van de opdracht bij de derde."

Op basis van de definitie van de payrollovereenkomst in de payroll-cao neemt het payrollbedrijf dus alle aan het werkgeverschap verbonden juridische en administratieve verplichtingen en verantwoordelijkheden op zich, zoals het betalen van loon en het afdragen van belastingen en premies. De payroll-cao was van toepassing op

²⁵⁸ Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam, sector bestuursrecht, 30 juni 2005, LJN: AT8725.

payrollbedrijven die lid zijn van de Vereniging Payroll Ondernemingen (VPO) en waarvan de bedrijfsactiviteiten uitsluitend bestaan uit payrollen en aldus niet tevens uit bijvoorbeeld het uitzenden of detacheren van werknemers.²⁵⁹ In korte tijd zijn steeds meer ondernemers gebruik gaan maken van payrolling.²⁶⁰ In 2009 waren 144.000 werknemers werkzaam op basis van een payrollovereenkomst. In een onderzoek dat EIM B.V. in 2010 in opdracht van de VPO verrichtte naar de bekendheid, markt en marktpotentie van de payrollbranche voorzag EIM B.V. een groei naar 180.000 payrollwerknemers in 2012 en, bij een gelijkblijvende marktontwikkeling, naar 218.000 in 2015. Meer dan 3% van de beroepsbevolking zou dan op basis van een payrollovereenkomst werkzaam zijn. Of het allemaal zo'n vaart zal lopen, is echter onduidelijk na het door de vakbonden – FNV Bondgenoten, CNV Dienstenbond en De Unie – opzeggen van de laatste payroll-cao. De VPO gaat ervan uit dat de payrollbedrijven dientengevolge vanaf 1 januari 2012 onder de werkingssfeer vallen van de (algemeen verbindend verklaarde) ABU-cao. Naar aanleiding hiervan hebben enkele payrollbedrijven eigen cao's gesloten met andere, minder representatieve werknemersverenigingen en heeft de VPO een arbeidsvoorwaardenregeling opgesteld. Op grond van deze arbeidsvoorwaardenregeling zijn de leden van de VPO verplicht de hierin opgenomen, uit de geëindigde payroll-cao afkomstige, bepalingen toe te (blijven) passen in afwijking van de volgens de VPO per 1 januari 2012 voor deze payrollbedrijven geldende ABU-cao.²⁶¹

De VPO (en haar leden) gaan ervan uit dat bij payrolling op grond van artikel 7:690 BW een arbeidsovereenkomst bestaat tussen het payrollbedrijf en de werknemer.²⁶² Artikel 7:690 BW is echter, evenals artikel 7:610 lid 1 BW, dwingend recht en of payrolling kan worden gekwalificeerd als een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW staat niet ter vrije bepaling van de VPO (en haar leden). De payrollovereenkomst moet daarvoor voldoen aan de elementen uit de definitie van artikel 7:690 BW. Dat werd ook door de Minister van SZW bevestigd toen hem werd gevraagd of payrolling kon worden gekwalificeerd als een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW.²⁶³ Hij antwoordde dat het bij een geschil over de kwalificatie van een payrollovereenkomst aan de rechter is te beoordelen of een payrollovereenkomst kan worden gekwalificeerd als een uitzendovereenkomst.²⁶⁴ De Minister constateerde daarbij dat naar de letter van de wet in artikel 7:690 BW niet wordt geëist dat sprake is van terbeschikkingstelling in het kader van een door de werkgever op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie.

259 Artikel 2 Cao voor Medewerkers van Payroll Ondernemingen 2009-2010.

260 Zie o.a. "Papieren werkgevers in trek" in Het Financieele Dagblad van 30 november 2010.

261 Zie www.vpo.nu.

262 Zie artikel 8.1 van de VPO-arbeidsvoorwaardenregeling en artikel 6 lid 6 Cao voor Medewerkers van Payroll Ondernemingen 2009-2010.

263 Brief van de Minister van SZW aan de Tweede Kamer van 24 maart 2010 (AV/AR/2010/4573) naar aanleiding van Kamervragen van het lid Vos (PvdA) over payrollondernemers die geen uitzendwerkgever zijn, Aangangsels Handelingen II 2009/10, 2006.

264 De Minister herhaalde dit in zijn brief aan de Tweede Kamer van 30 mei 2011 (AV/AR/2011/8306) naar aanleiding van Kamervragen van het lid Hamer (PvdA) over de groei van payrolling, Aangangsels Handelingen II 2010/11, 2713.

Naar de letter van de wet kan de payrollovereenkomst als gedefinieerd in de payroll-cao inderdaad vallen onder de definitie van uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW. De payrollwerknemer en het payrollbedrijf verbinden zich met elkaar; het ter beschikking stellen van werknemers aan opdrachtgevers is de hoofdactiviteit van het payrollbedrijf; dit geschiedt krachtens opdrachtovereenkomsten met deze opdrachtgevers en de payrollwerknemer verricht de arbeid onder toezicht en leiding van de opdrachtgever. Op de arbeidsmarkt vervult payrolling (of het payrollbedrijf) echter niet de allocatiefunctie die werd beoogd met de in afdeling 11 Titel 10 Boek 7 BW opgenomen regeling voor de uitzendovereenkomst.²⁶⁵ Het payrollbedrijf richt zich niet op het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid. Aan de kant van het payrollbedrijf ligt – evenals bij de in paragraaf 4.10.1 besproken detacheringsvarianten – het zwaartepunt van de activiteiten bij het verwerven van de opdracht en niet bij het ter beschikking stellen van werknemers. De opdrachtgever werft en selecteert de werknemer zelf en zoekt daar een payrollbedrijf bij om het juridisch werkgeverschap op zich te nemen. Die werknemer wordt vervolgens niet tijdelijk en aan verschillende opdrachtgevers ter beschikking gesteld, maar is exclusief en in beginsel langdurig werkzaam bij de opdrachtgever die hem wierf en selecteerde.²⁶⁶ Ik meen dat bij payrolling geen sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW in verband met het ontbreken van een door het payrollbedrijf op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie. Dat partijen de driehoeksverhouding zelf als uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW betitelen maakt dit niet anders. Artikel 7:690 BW is, evenals artikel 7:610 lid 1 BW, van dwingend recht. Op grond van het specifieke karakter van de regeling van de uitzendovereenkomst in afdeling 11 van Titel 10 Boek 7 BW en de eenduidige wijze waarop de definitie van artikel 7:690 BW werd toegelicht in de in paragraaf 4.4 en 4.5.2 besproken wetsgeschiedenis is mijns inziens vereist dat de contractuele werkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Van Houte betoogt daarentegen dat in deze wetsgeschiedenis steun zou zijn te vinden voor de opvatting dat payrolling onder de reikwijdte van artikel 7:690 BW valt ondanks dat payrollbedrijven geen allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt.²⁶⁷ Zij ontleent deze steun aan de (hiervoor ook aangehaalde) mededeling van de regering dat met de regeling van de uitzendovereenkomst een ruimer toepassingsbereik werd beoogd dan de op dat moment in de praktijk voorkomende uitzendrelatie.²⁶⁸ Van Houte verliest daarbij echter uit het oog dat de regering daarvoor had meegedeeld dat de bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst “alleen (geldt) voor die werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen, dus die in het kader van de uitoefening van hun beroep of bedrijf arbeidskrachten ter beschikking stellen aan

265 Zie ook E.M. Hoogeveen, De inlener en het werkgeverschap, ArA 2007/3, p. 10.

266 Dat exclusieve en permanente terbeschikkingstelling het uitgangspunt vormt bij payrolling bleek onder meer uit artikel 13 lid 6 van de laatste payroll-cao, waarin was opgenomen dat aan de payrollwerknemer die 25 jaar werkzaam is geweest voor hetzelfde payrollbedrijf één extra vakantiedag wordt toegekend en hij er vervolgens voor elke aaneengesloten periode bij hetzelfde payrollbedrijf één extra vakantiedag bij krijgt. Deze bepaling werd in afgezwakte vorm opgenomen in artikel 17.6 onder g en h van de VPO-arbeidsvoorwaardenregeling.

267 Y.A.E. van Houte, Uitzending en payrolling: overeenkomst en verschil, ArbeidsRecht 2011/8/9, p. 10/11.

268 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10. Zie hierover ook paragraaf 4.4 en 4.5.2.

derden²⁶⁹ en daarna ten aanzien van dit ruimere toepassingsgebied meedeelde: “Wel wijzen wij er nadrukkelijk op, dat de voorgestelde regeling beperkt is tot het ter beschikking stellen in het kader van zodanig beroep of bedrijf. In de praktijk gaat het dan dus alleen om organisaties zoals uitzendbureaus, detacheerbedrijven, arbeidspools en andere organisaties, die er hun beroep of bedrijf van maken arbeidskrachten onder welke noemer dan ook tijdelijk aan derden ter beschikking te stellen.”²⁷⁰

Dat met de woorden zodanig beroep of bedrijf werd gerefereerd aan de door de werkgever op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie volgt niet alleen uit het gebruik van het woord tijdelijk in de daaropvolgende zin, maar werd nogmaals benadrukt door de regering naar aanleiding van de vraag vanuit de Tweede Kamer, of het door een ingenieursbureau elders detacheren van enkele personeelsleden ook onder de definitie van de uitzendovereenkomst viel. De regering antwoordde hierop: “De voorgestelde regeling van de uitzendovereenkomst geldt alleen voor die werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen. Het gaat daarbij om werkgevers (intermediairs) die er hun bedrijf of beroep van maken om vraag en aanbod van tijdelijke arbeid bij elkaar te brengen.”²⁷¹

Volgens Van Houte heeft het vereiste van de allocatiefunctie uitsluitend betrekking op de toepassing van het in artikel 7:691 BW opgenomen verlichte arbeidsrechtelijke regime bij uitzending en geldt dit vereiste niet voor het van toepassing zijn van artikel 7:690 BW.²⁷² Ook dit is mijns inziens niet juist. Allereerst fungeert artikel 7:690 BW als toegangspoort voor de in afdeling 11 van Titel 10 Boek 7 BW opgenomen bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst (zoals artikel 7:610 lid 1 BW de toegangspoort vormt voor de regeling van arbeidsovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW). Dat de allocatiefunctie geen deel zou uitmaken van de definitie van artikel 7:690 BW maar wel een vereiste zou zijn voor het van toepassing zijn van artikel 7:691 BW is dan niet logisch.²⁷³ Daarnaast is in de hiervoor en in paragraaf 4.4 en 4.5.2 aangehaalde wetsgeschiedenis verschillende malen benadrukt dat de regeling van de uitzendovereenkomst in het BW uitsluitend geldt voor arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarbij de werkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Juist die allocatiefunctie vormde de grond voor het in afdeling 11 van Titel 10 Boek 7 BW opnemen van een bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst. Met artikel 7:690 BW dat de toegangspoort naar deze afdeling is, werd blijkens de wetsgeschiedenis niet beoogd in één moeite door ook arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarbij de werkgever geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt van een juridische basis te voorzien.

269 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10.

270 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10.

271 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 16.

272 Y.A.E. van Houte, Uitzending en payroll: overeenkomst en verschil, *ArbeidsRecht* 2011/8/9, p. 11. Zo ook F.B.J. Grapperhaus in P.F. van der Heijden e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Zesde druk, Deventer: Kluwer 2010, artikel 7:691 BW aant. 2, p. 222.

273 Gelet hierop is de expliciete uitsluiting van de toepassing van artikel 7:691 BW op intra-concern detachering in het zesde lid van dit artikel overbodig. Dit komt nader aan de orde in paragraaf 6.7.1.

4.12.2 Bij wie is de payrollwerknemer in dienst als payrolling geen uitzending is?

Wanneer wordt geoordeeld dat payrolling geen uitzending is in de zin van artikel 7:690 BW is de vraag of de payrollwerknemer dan op grond van 7:610 lid 1 BW een arbeidsovereenkomst heeft met het payrollbedrijf. Omdat de payrollwerknemer de arbeid verricht in en onder het gezag van de opdrachtgever van het payrollbedrijf zou dit volgen uit de door de payrollwerknemer met het payrollbedrijf gesloten arbeidsovereenkomst. Het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 lid 1 BW verhoudt zich echter niet met het bij overeenkomst aanwijzen van de werkgever als partij bij de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW. Bovendien leidt dit bij payrolling, zoals hierna blijkt, tot minder arbeidsrechtelijke bescherming voor de werknemer.

Mijns inziens is voor het werkgeverschap van het payrollbedrijf in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW niet voldoende dat het payrollbedrijf een (schriftelijke) arbeidsovereenkomst sluit met de payrollwerknemer. Op de voet van de in paragraaf 2.3.4 besproken arresten van de Hoge Raad kan het payrollbedrijf, op grond van de door hem met de payrollwerknemer gesloten arbeidsovereenkomst, worden gekwalificeerd als werkgever wanneer zijn rol bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis heeft om aan te kunnen nemen dat partijen werkelijk bedoeld hebben dat een arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf tot stand zou komen. In dat kader zijn naar mijn mening met name de ondernemingsactiviteiten van het payrollbedrijf relevant en moet, in het verlengde daarvan, worden beoordeeld of de arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf niet uitsluitend, of in hoofdzaak werd aangegaan ter omzeiling van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever.

Het payrollbedrijf vervult geen allocatiefunctie op de arbeidsmarkt. Met payrolling wordt invulling gegeven aan heel andere behoeften van de markt. Deze komen erop neer dat werkgevers af willen van (i) aan het werkgeverschap verbonden administratieve en juridische verplichtingen, (ii) aansprakelijkheden en (iii) streven naar een zo flexibel mogelijke inzet van werknemers.²⁷⁴ Met de payrollconstructie wordt

274 Dit volgt ook uit de wijze waarop payrollbedrijven zich met name op het internet presenteren. Ik illustreer dit met een citaat afkomstig van de website van een payrollbedrijf: "Een payroll-aanbieder neemt jouw bestaand of jouw nieuw aan te nemen personeel op papier in dienst en wordt hiermee juridisch werkgever. Dit is meteen ook het grote verschil tussen payrolling en salarisadministratie. Bij laatstgenoemde blijf je namelijk nog wel gewoon juridisch werkgever. Door in formeel-juridische zin als werkgever op te treden worden de arbeidsrechtelijke risico's overgenomen van jou als opdrachtgever. Dit betekent dat alle administratieve handelingen zoals het verzorgen van arbeids- overeenkomsten, loondoorbetalingen en verzekeringen bij arbeidsongeschiktheid, jaaropgaven, ontslagprocedures, salarisadministratie en de verwerking van CAO- en wetswijzigingen tot het dienstenpakket van de payroll-aanbieder behoren. Jij als opdrachtgever blijft de belangrijke kernzaken zelf bepalen, zoals het aannemen van jouw werknemers, de hoogte van het salaris, het voeren van functionerings- en beoordelingsgesprekken en andere aangelegenheden die voor de interne gang van zaken binnen het bedrijf en voor de medewerkers van belang zijn. Er verandert niets op de werkvloer. *Voor wie is payrolling interessant?* In feite is payrolling interessant voor iedere organisatie die met personeel werkt. Voor kortlopende projecten of lange termijn trajecten. Door de verhoogde flexibiliteit, het gemak, het beperkte risico en het financiële voordeel dat je kunt behalen door efficiënter in te kopen."

bewerkstelligd dat de payrollwerknemer als gewone werknemer werkzaam is bij de opdrachtgever zonder dat een arbeidsovereenkomst bestaat met de opdrachtgever. Daarmee heeft payrolling als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding in hoofdzaak als doel het uit handen geven van het juridische en administratieve werkgeverschap aan het payrollbedrijf en het omzeilen van ontslagbescherming. Hoewel de payrollwerknemer een schriftelijke arbeidsovereenkomst sluit met het payrollbedrijf, beogen de payrollwerknemer en de opdrachtgever in werkelijkheid van meet af aan een arbeidsovereenkomst met elkaar.²⁷⁵ Dit geldt temeer voor de payrollwerknemer nu hij van zijn kant geen enkel belang heeft bij de payrollovereenkomst. Integendeel, de payrollwerknemer verkeert als gevolg van de payrollconstructie juist in een minder gunstige arbeidsrechtelijke positie dan wanneer hij gewoon in dienst zou zijn getreden (of gebleven) bij de opdrachtgever van het payrollbedrijf. Omdat hij niet in dienst is van de opdrachtgever, maar van het payrollbedrijf heeft hij minder ontslagbescherming. De enkele opzegging van de payrollovereenkomst met het payrollbedrijf door de opdrachtgever wordt reeds als een bedrijfseconomische reden voor ontslag beschouwd door het UWV WERKbedrijf.²⁷⁶ Verder kunnen met de payrollwerknemer in afwijking van artikel 7:668a lid 1 BW achtereenvolgens acht, dan wel gedurende een periode van drieënhalf jaar onbeperkt, van rechtswege eindigende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden aangegaan²⁷⁷ en kan met de payrollwerknemer worden afgesproken dat gedurende de eerste 52 weken slechts loon verschuldigd is over de periode(n) waarin daadwerkelijk arbeid is verricht.²⁷⁸ Bovendien wordt in de lagere rechtspraak bij de beoordeling van een beroep op de kennelijke onredelijkheid van het ontslag door de payrollwerknemer niet relevant geacht of de opdrachtgever een gegronde reden had voor de opzegging van de payrollovereenkomst en wordt in het kader van het gevolgen criterium rekening gehouden met de beperkte herplaatsingsmogelijkheden van een payrollbedrijf.²⁷⁹

De payrollconstructie zoals die hiervoor door mij is beschreven, is dus niet in het belang van de payrollwerknemer en kan door hem niet zijn beoogd. De medewerking van de payrollwerknemer aan de door de derde en het payrollbedrijf opgezette arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding wordt met name verklaard door zijn zwakkere (onderhandelings)positie tegenover de gezamenlijk optrekkende opdrachtgever

275 Anders dan aan de orde in het arrest ABN AMRO Bank N.V./Malhi (HR 5 april 2002, NJ 2003, 124 m.nt. Heerma van Voss en JAR 2002/100) gaat de opdrachtgever dus niet (pas) gedurende de looptijd van de arbeidsovereenkomst op geruisloze wijze het payrollbedrijf vervangen als de beoogde werkgever van de payrollwerknemer.

276 Beleidsregels ontslagtaak UWV, hoofdstuk 16, versie september 2012. Zie hierover nader paragraaf 3.4.4.

277 Artikel 8.2 van de VPO-arbeidsvoorwaardenregeling en artikel 6 lid 1 Cao voor Medewerkers van Payroll Ondernemingen 2009-2010.

278 Artikel 8.4 van de VPO-arbeidsvoorwaardenregeling en artikel 6 lid 4 Cao voor Medewerkers van Payroll Ondernemingen 2009-2010.

279 Ktr. Sneek 19 januari 2011, JAR 2011/81 m.nt. Zwemmer en in hoger beroep Hof Leeuwarden 3 april 2012, JAR 2012/133. Deze benadering staat mijn inziens op gespannen voet met een juiste toepassing van artikel 7:681 BW. Zie hierover mijn AR Updates Commentaar 2012/319, Ontslag payrollwerknemer nooit kennelijk onredelijk?, www.ar-updates.nl.

en het payrollbedrijf.²⁸⁰ Van een (werkelijke) bedoeling van partijen gericht op het aangaan van een arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf kan dan niet worden gesproken. De wens van de feitelijke werkgever het juridische en administratieve werkgeverschap uit handen te geven aan een payrollbedrijf en een flexibelere arbeidsverhouding met de werknemer te bewerkstelligen, geven naar mijn mening onvoldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis aan het werkgeverschap van het payrollbedrijf om dit te kunnen kwalificeren als werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW.

Payrolling in de (lagere) jurisprudentie

Inmiddels hebben verschillende lagere rechters geoordeeld in zaken waarin sprake was van payrolling. Meestal ging het om situaties waarin de opdrachtgever in betalingsnood verkeerde en de payrollwerknemer het payrollbedrijf aansprak op verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst,²⁸¹ of om de nadelige consequenties die voor de werknemer waren verbonden aan het hebben van een arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf.²⁸² In deze uitspraken gingen de kantonrechters er op basis van de gemaakte contractuele afspraken zonder nadere motivering van uit dat de betrokken payrollwerknemer een arbeidsovereenkomst had met het payrollbedrijf²⁸³ en niet met de opdrachtgever, maar redeneerden de rechters in vrijwel²⁸⁴ alle uitspraken toe naar een oordeel ten gunste van de payrollwerknemer zodat de payrollconstructie niet tot nadelige gevolgen leidde voor de payrollwerknemer.²⁸⁵ Een verklaring hiervoor is dat geen van de payrollwerknemers zich in deze procedures beriep op het bestaan van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever. Mij is één procedure bekend waarin de payrollwerknemer zich wel beriep op het bestaan van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever.²⁸⁶ In deze procedure oordeelde de kantonrechter te Groningen in eerste aanleg dat een arbeidsovereenkomst bestond tussen de payrollwerknemer en de opdrachtgever omdat hun relatie de elementen arbeid, loon en gezag, uit de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW bevatte. De opdrachtgever had zich op het standpunt gesteld dat zijn relatie met de payrollwerknemer niet als een arbeidsovereenkomst kon worden geduid omdat sprake was van

280 Dat payrollwerknemers op grond van het type arbeid dat zij verrichten doorgaans niet zullen beschikken over een sterke arbeidsmarktpositie kan onder meer worden afgeleid uit de in Bijlage 2 bij de VPO-arbeidsvoorwaardenregeling vermelde functies waarop payrollwerknemers worden ingezet.

281 Zie Ktr. Almelo 27 juni 2008, JAR 2008/226, Ktr. Oost Gelre 12 oktober 2009, JAR 2010/8 en Ktr. Amsterdam 22 december 2009, JAR 2010/41.

282 Zie Ktr. Amsterdam 7 juli 2009, JAR 2009/290, Ktr. Delft 12 november 2009, LJN: BK7359 en Ktr. Lelystad 8 februari 2012, JAR 2012/100 m.nt. Vegter.

283 Zo ook de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in een uitspraak waarin hij een payrollbedrijf veroordeelde tot betaling van een boete ex artikel 15 WAV (ABRvS 6 april 2011, LJN: BQ0284) en de Rb. Zwolle in een uitspraak waarin werd overwogen dat de heraanbesteding van payrolldienstverlening ten behoeve van het Rijk aan een ander payrollbedrijf een overgang van onderneming vormde in de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW waarbij de payrollwerknemers op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege waren overgegaan van het ene naar het andere payrollbedrijf (Rb. Zwolle 19 oktober 2011, LJN: BU5790).

284 Dit was niet het geval in Ktr. Sneek 19 januari 2011, JAR 2011/81 m.nt. Zwemmer en in hoger beroep Hof Leeuwarden 3 april 2012, JAR 2012/133.

285 Zie voor een bespreking van een deel van deze rechtspraak J.P.H. Zwemmer, De payrollonderneming, de inlener en het werkgeverschap in de (lagere) jurisprudentie, TAP 2010/1.

286 Ktr. Groningen, 15 december 2009, JAR 2010/27 en in hoger beroep Hof Leeuwarden 23 maart 2010, JAR 2010/107 en RAR 2010, 90.

payrolling en de payrollwerknemer niet met de opdrachtgever, maar met het payrollbedrijf een arbeidsovereenkomst had beoogd. In zijn overwegingen stelde de kantonrechter voorop dat sprake was van een overeenkomst waarbij tegen beloning arbeid werd verricht en in casu diende te worden beoordeeld of sprake was van een opdracht- of een arbeidsovereenkomst. Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter was sprake van een arbeidsovereenkomst tussen de payrollwerknemer en de opdrachtgever, omdat de payrollwerknemer de arbeid verrichtte onder het gezag van de opdrachtgever en ook aan het loonelement was voldaan. De enkele omstandigheid dat de loonbetaling via een derde – het payrollbedrijf – plaatsvond, deed daaraan naar het oordeel van de kantonrechter niet af. In hoger beroep was voor het hof Leeuwarden de enkele omstandigheid dat de payrollwerknemer een contract had gesloten met het payrollbedrijf genoeg om een arbeidsovereenkomst aan te nemen tussen de payrollwerknemer en het payrollbedrijf. Daaruit bleek naar het oordeel van het hof dat de payrollwerknemer had beoogd een arbeidsovereenkomst aan te gaan met het payrollbedrijf nu hij op basis van dat contract had kunnen weten welke rol het payrollbedrijf zichzelf had toegedacht en hoe aan die rol uitvoering zou worden gegeven. Het hof gaat in zijn oordeel geheel voorbij aan de werkelijke bedoelingen van partijen en de omstandigheid dat de relatie tussen de payrollwerknemer en de opdrachtgever vanaf het begin voldeed aan de elementen van artikel 7:610 lid 1 BW. Of sprake zou kunnen zijn van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW liet het hof eveneens onbesproken. Mijns inziens berust het oordeel van het hof op een onjuiste invulling van de rol van de bedoelingen bij de duiding van (de werkgever) binnen de arbeidsovereenkomst. Het hof kijkt uitsluitend naar formele aspecten in de vorm van de tussen partijen gemaakte schriftelijke afspraken, terwijl naar mijn mening op grond van de voormelde – in paragraaf 2.3.4 besproken – kwalificatie-arresten tevens moet worden gekeken naar de rol van het payrollbedrijf bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst.²⁸⁷ Wanneer het werkgeverschap ex artikel 7:610 lid 1 BW uitsluitend zou kunnen afhangen van formele aspecten, zoals een schriftelijke overeenkomst, kan de werknemer voor de keuze worden gesteld afstand te doen van arbeidsrechtelijke bescherming tegenover de ‘echte’ werkgever in het kader van het verkrijgen van de baan. Om die reden komt naar mijn mening bij de kwalificatie van de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW bij payrolling geen doorslaggevende betekenis toe aan de door het payrollbedrijf met de payrollwerknemer gesloten schriftelijke ‘arbeidsovereenkomst’.²⁸⁸

Verdeelde visie STAR op de ontwikkeling van payrolling

In zijn hiervoor aangehaalde brief²⁸⁹ aan de Tweede Kamer naar aanleiding van Kamervragen over de groei van payrolling deelde de Minister van SZW mee dat hij de Stichting van de Arbeid (STAR) zou vragen hoe wordt aangekeken tegen de ontwikkeling van payrolling, mede in het licht van de gevolgen voor werknemers als het gaat om ontslag. Op 11 mei 2012 kwam de STAR met een verdeeld advies over de

287 Zo ook E.M. Hoogeveen, De inlener en het werkgeverschap, ArA 2007/3, p. 21-26.

288 Vgl. C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, Art. 7:610 BW en de partijbedoeling, TAP 2010/1.

289 Brief aan de Tweede Kamer van 30 mei 2011 (AV/AR/2011/8306) naar aanleiding van Kamervragen van het lid Hamer (PvdA) over de groei van payrolling (Aanhangsel Handelingen II 2010/11, 2713).

ontwikkeling van payrolling.²⁹⁰ Volgens de werkgevers vormt payrolling een vorm van dienstverlening die belangrijk is voor een goed functionerende flexibele arbeidsmarkt. Zij menen dat payrolling bijdraagt aan de groei en de concurrentiekracht van de Nederlandse arbeidsmarkt, aan een lage werkloosheid en aan voldoende dynamiek op de arbeidsmarkt en beschouwen payrolling daarom als een economisch gegeven. In dat kader achten zij het legitiem dat tegen betaling van een vergoeding bepaalde risico's van het werkgeverschap bij een derde worden ondergebracht.²⁹¹ Volgens de werkgevers kan payrolling als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding worden gekwalificeerd als een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW waarbij het payrollbedrijf fungeert als de juridische werkgever van de payrollwerknemer. Zij menen dat er geen noemenswaardige problemen zijn met payrolling zolang de afspraken tussen het payrollbedrijf, de inlener en de werknemer voor alle partijen duidelijk zijn.²⁹² Dat de enkele opzegging van de payrollovereenkomst door de opdrachtgever als een bedrijfseconomische reden voor ontslag wordt beschouwd door het UWV WERKbedrijf sluit volgens de werkgevers aan bij het bijzondere karakter van de payrollovereenkomst als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding waarbij de payrollwerknemer exclusief ter beschikking wordt gesteld aan één opdrachtgever.²⁹³

De werknemersorganisaties hebben grote en fundamentele problemen met payrolling omdat dit naar hun mening leidt tot een niet te rechtvaardigen ongelijke behandeling – tijdens het dienstverband en bij het einde van het dienstverband – tussen gepayrolde werknemers en werknemers die rechtstreeks in dienst zijn van een inlener/opdrachtgever.²⁹⁴ Zij merken de meeste vormen van payrolling aan als een “grote verdwijntruc van het (goed) werkgeverschap”.²⁹⁵ Het laten voortbestaan van deze vormen van arbeidsrelaties leidt er naar de mening van de werknemersorganisaties toe dat het arbeids- en ontslagrecht vergaand wordt uitgehold en dat werkgevers in toenemende mate hun toevlucht zullen nemen tot dit soort constructies om (zorg)verplichtingen ten opzichte van werknemers te omzeilen.²⁹⁶ Ten aanzien van de juridische kwalificatie van payrolling wijzen de werknemersorganisaties erop dat de bijzondere positie van de uitzendrelatie vanwege de allocatieve functie van uitzendwerk en de betekenis daarvan ook voor de werknemer de aanleiding was voor de regeling voor de uitzendovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW.²⁹⁷ Het uitzendbureau zoekt werk voor de werknemer en een werknemer voor de werkgever. Het brengt vraag en aanbod bij elkaar op een steeds complexere arbeidsmarkt.

290 http://www.stvda.nl/nl/publicaties/nota/2010-2019/2012/20120511_payroll.aspx.

291 STAR-advies, p. 18.

292 STAR-advies, p. 19.

293 STAR-advies, p. 20.

294 STAR-advies, p. 22.

295 STAR-advies, p. 21. De werknemersorganisaties lichten dit als volgt toe: "Op de enkele grond dat de werknemer elders in dienst zou zijn, heeft hij niets te vorderen van de materiële werkgever (inlener; degene op wiens werkvloer hij vaak jarenlang werkzaam is); maar tegelijkertijd heeft de werknemer ook niets te halen bij het payroll-bedrijf, omdat deze zich – tot nu toe deels gesanctioneerd door rechtspraak en bijzondere ontslagregels – erop kan beroepen dat hij slechts formeel de werkgever is en dus geen enkele eigen bedrijvigheid heeft (!) waar hij de werknemer kan (her)plaatsen."

296 STAR-advies, p. 22.

297 STAR-advies, p. 22.

Uitzendwerk kan met name voor starters op de arbeidsmarkt en werknemers met een zwakke positie een opstap betekenen naar een duurzame arbeidsrelatie. Omdat payrolling deze functies niet heeft, kan de payrollovereenkomst naar de mening van de werknemersorganisaties niet worden gekwalificeerd als een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. Zij stellen voor in artikel 7:690 BW op te nemen dat de werkgever de werknemer in het kader van een door hem op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie ter beschikking stelt. Tevens menen de werknemersorganisaties dat de bijzondere regels van het UWV WERKbedrijf voor het ontslag van payrollwerknemers moeten worden geschrapt en de opdrachtgever en niet het payrollbedrijf moet worden gekwalificeerd als de juridische werkgever wanneer sprake is van een exclusieve relatie tussen opdrachtgever en payrollwerknemer.²⁹⁸

In paragraaf 4.12.1 heb ik betoogd dat payrolling niet kan worden gekwalificeerd als een uitzendovereenkomst omdat het payrollbedrijf niet de in dat kader vereiste allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Gelet op het specifieke karakter van de regeling van de uitzendovereenkomst in afdeling 11 van Titel 10 Boek 7 BW en de eenduidige wijze waarop de definitie van artikel 7:690 BW werd toegelicht in de nog zeer recente wetsgeschiedenis staat daar mijns inziens niet aan in de weg dat deze allocatiefunctie geen deel uitmaakt van de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW. Ik vind het dan ook niet noodzakelijk dat de allocatiefunctie als constitutief vereiste wordt opgenomen in artikel 7:690 BW. Met de werknemersorganisaties ben ik van mening dat in verband met het ontbreken van een allocatiefunctie bij payrolling een verlicht arbeidsrechtelijk regime op basis waarvan de payrollwerknemer minder ontslagbescherming heeft dan een werknemer die in dienst is bij de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid verricht niet gerechtvaardigd is. Omdat payrolling geen uitzending is, maar in de thans meest gebruikelijke vorm slechts een flexibel contractueel alternatief vormt voor een 'gewone' arbeidsovereenkomst met de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de arbeid wordt verricht, ontbreekt een grond voor een verlicht arbeidsrechtelijk regime bij payrolling.

In de vorige paragraaf ging ik in op vraag of de payrollwerknemer op grond van artikel 7:610 lid 1 BW een arbeidsovereenkomst heeft met het payrollbedrijf wanneer wordt geoordeeld dat payrolling geen uitzending is in de zin van artikel 7:690 BW. Ik betoogde daarbij onder verwijzing naar de in paragraaf 2.3.4 besproken kwalificatie-arresten van de Hoge Raad dat bij de kwalificatie van de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW bij payrolling geen doorslaggevende betekenis toekomt aan de door het payrollbedrijf met de payrollwerknemer gesloten schriftelijke 'arbeidsovereenkomst', maar tevens moet worden gekeken naar de rol van het payrollbedrijf bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst. De vraag is dan of de payrollwerknemer op basis van de (werkelijke) bedoelingen van partijen in dienst is getreden (of is gebleven) bij de opdrachtgever/feitelijke werkgever. Dit komt aan de orde in de volgende paragraaf.

298 STAR-advies, p. 22.

4.12.3 De opdrachtgever, de payrollwerknemer en het werkgeverschap

Bij de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling sluit het payrollbedrijf een arbeidsovereenkomst met de payrollwerknemer omdat de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht het juridische en administratieve werkgeverschap uit handen wil geven aan een payrollbedrijf en een flexiblere arbeidsverhouding met de werknemer wenst. Deze motieven geven naar mijn mening niet voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis aan het werkgeverschap van het payrollbedrijf om te kunnen stellen dat partijen ook werkelijk beoogden dat het payrollbedrijf werkgever zou zijn. De vraag is dan of de exploitant van de onderneming waarin de payrollwerknemer de arbeid verricht, de opdrachtgever, kan worden gekwalificeerd als de werkgever van de payrollwerknemer. Ik beantwoord deze vraag bevestigend.²⁹⁹ Dat de payrollwerknemer een schriftelijke 'arbeidsovereenkomst' sluit met het payrollbedrijf doet daar mijns inziens niet aan af. Het payrollbedrijf voert op grond van de met de opdrachtgever gesloten opdracht-overeenkomst uitsluitend de aan het juridische werkgeverschap verbonden financiële en administratieve verplichtingen uit die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst.

Indien aangenomen wordt dat de opdrachtgever en niet het payrollbedrijf op grond van de (werkelijke) bedoelingen van partijen als werkgever van de payrollwerknemer moet worden beschouwd, dient de relatie tussen deze partijen te voldoen aan de elementen uit de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW. Dat de elementen gezagsverhouding en persoonlijke arbeid deel uitmaken van de relatie tussen de payrollwerknemer werd hiervoor duidelijk. Ten aanzien van het element loon is dat minder duidelijk. De payrollwerknemer sluit een schriftelijke 'arbeidsovereenkomst' met het payrollbedrijf waarin het payrollbedrijf zich verplicht het loon te betalen aan de payrollwerknemer.

De betekenis van het element loon in artikel 7:610 lid 1 BW

Artikel 7:610 lid 1 BW stelt ten aanzien van het loon dat de werknemer "zich verbindt (...) tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten." Dat de werkgever zich ook met de werknemer verbindt het loon aan hem uit te betalen volgt niet uit de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW. Het feit dat artikel 7:610a BW (wel) spreekt over arbeid verrichten "tegen beloning door die ander" maakt dat niet anders. Het in dit artikel neergelegde rechtsvermoeden omtrent het bestaan van een arbeidsovereenkomst is geen aanvulling op de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW, maar bevat een weerlegbaar rechtsvermoeden waarmee de werknemer tegemoet wordt gekomen in diens bewijsspositie ter zake van het bestaan van een arbeidsovereenkomst.³⁰⁰ In het arrest

299 Zo ook E.M. Hoogeveen, *De inlener en het werkgeverschap*, ArA 2007/3, p. 25/26.

300 Zie Kamerstukken I 1997/98, 25 263, nr. 132b, p. 17. Zo ook: G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 40. Van Slooten wijst erop dat in een eerdere ontwerpversie van artikel 7:610a BW niet het vereiste was opgenomen dat de beloning door de arbeidgever werd voldaan en dus ook in gevallen waarin een derde betaalde behoudens tegenbewijs een arbeidsovereenkomst kon worden aangenomen, hetgeen vergaande consequenties zou hebben gehad voor uitzend- en managementovereenkomsten. J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 70.

Zaal/Gossink³⁰¹ overwoog de Hoge Raad dat “onder loon in artikel (7:610 lid 1 BW) dient te worden verstaan (...) de vergoeding door den werkgever aan den werknemer verschuldigd ter zake van den bedongen arbeid.” Dat de werkgever loon aan de werknemer verschuldigd is, impliceert mijns inziens niet dat de werkgever zich ‘persoonlijk’ aan de werknemer moet hebben verbonden tot betaling van het loon. Ik meen dat de betaling van het loon aan de werknemer niet op dezelfde wijze een ‘persoonlijke’ verplichting van de werkgever is als de verplichting tot het verrichten van arbeid een persoonlijke verplichting van de werknemer is.

In met name het midden- en kleinbedrijf en bij de overheid is inmiddels al gebruikelijk dat de loonadministratie wordt uitbesteed aan gespecialiseerde administratieve dienstverleners. Het door de werkgever tevens uitbesteden van de betaling van het loon aan een derde lijkt dan nog een kleine (administratieve) stap. Een dergelijke uitbesteding brengt mijns inziens niet mee dat binnen de arbeidsovereenkomst niet (meer) voldaan is aan het element loon in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW.³⁰² Bovendien zou het oordeel, dat niet voldaan is aan het element loon en dus geen arbeidsovereenkomst bestaat tussen partijen wanneer niet de werkgever het loon betaalt, maar een derde zich hiertoe jegens de werknemer (heeft) verplicht, zich niet verhouden met het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 lid 1 BW. Door de loonbetaling aan de werknemer door een derde te laten verrichten zou toepasselijkheid van het arbeidsovereenkomstenrecht uit Titel 10 Boek 7 BW dan immers vrij eenvoudig contractueel kunnen worden uitgesloten.

De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag of verenigbaar is met de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW dat niet de werkgever maar een derde zich met de werknemer verbindt in het kader van de betaling van het loon aan de werknemer. In de lagere rechtspraak is deze vraag een enkele keer (bevestigend) beantwoord.³⁰³ Ook de omstandigheid dat het loon (in casu “vergoeding” genoemd door partijen) niet aan de werknemer, maar aan diens persoonlijke BV werd uitbetaald door de ‘opdrachtgever’, vormde voor de rechter geen belemmering de relatie tussen de

301 HR 18 december 1953, NJ 1954, 242 (Zaal/Gossink) en bevestigd in HR 12 oktober 2001, JAR 2001/217 (Huize Bethesda).

302 Zo ook J.M. van Slooten, Loon in titel 7.10 BW – (alles) up (to) date (?), in: J.M. van Slooten e.a., *Beloning in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 16. Ik betoogde dit eerder in TRA. Zie J.P.H. Zwemmer, *Waarom de payrollonderneming geen (uitzend)werkgever is*, TRA 2009/2, p. 10.

303 Zie Ktr. Harderwijk 18 januari 2012, JAR 2012/43 m.nt. Cremers-Hartman. In dit geval kwamen op initiatief van een thuiszorginstelling arbeidsovereenkomsten tot stand tussen alfhulpen en hulpbehoevenden in de zin van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo). Op grond van een door partijen gesloten driepartijenovereenkomst (“bemiddelings-service-overeenkomst”) droeg de thuiszorginstelling zorg voor de betaling van het door de hulpbehoevende(n) aan de alfhulp verschuldigde loon op basis van uren briefjes. In dit vonnis wijst de kantonrechter het beroep van een alfhulp op het bestaan van een arbeidsovereenkomst met de thuiszorginstelling af. De kantonrechter overweegt dat partijen bij het aangaan van de rechtsrelatie geen arbeidsovereenkomst met de thuiszorginstelling, maar met de hulpbehoevende(n) hadden beoogd en ook dienovereenkomstig uitvoering hadden gegeven aan de door hen gemaakte afspraken. Met de tussen de alfhulp en de hulpbehoevende(n) gemaakte afspraken over de inzet van de alfhulp had de thuiszorginstelling niets te maken en met het betalen van het loon aan de alfhulp vervult de thuiszorginstelling naar het oordeel van de kantonrechter binnen de driepartijenverhouding slechts “de kassiersfunctie” ten behoeve van zowel de alfhulp als de hulpbehoevende(n).

werknemer en deze 'opdrachtgever' aan te merken als een arbeidsovereenkomst.³⁰⁴ Voorts vormde in de hiervoor in paragraaf 4.11 besproken rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep de omstandigheid dat de vergoeding aan de management-BV en niet aan de manager werd betaald geen belemmering voor het aannemen van een privaatrechtelijke dienstbetrekking tussen de manager en de rechtspersoon bij en onder wiens gezag hij de arbeid verrichtte. Omdat naar mijn mening de betaling van het loon aan de werknemer niet een 'persoonlijke' verplichting van de werkgever is, verzet de inhoud of strekking van de arbeidsovereenkomst zich niet tegen de uitbesteding van de loonbetaling aan een derde door de werkgever.³⁰⁵ De derde komt dan als "een ander" in de zin van artikel 6:30 lid 1 BW de loonbetalingsverplichting van de werkgever na. Ondanks deze uitbesteding blijft de werkgever het loon verschuldigd aan de werknemer en kan hij hierop nog steeds worden aangesproken door de werknemer. De omstandigheid dat de werknemer bij payrolling een schriftelijke 'arbeidsovereenkomst' sluit met het payrollbedrijf waarin het payrollbedrijf zich verplicht het loon aan de payrollwerknemer te betalen, impliceert daarom mijns inziens niet dat binnen de relatie tussen de payrollwerknemer en de opdrachtgever van het payrollbedrijf niet is voldaan aan het loonelement.

Als de relatie tussen de payrollwerknemer en de opdrachtgever wordt gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst betekent dit niet dat het payrollbedrijf daardoor automatisch geen verplichtingen meer heeft jegens de payrollwerknemer. Naar mijn mening kan de door het payrollbedrijf met de payrollwerknemer gesloten 'arbeidsovereenkomst' in deze situatie worden aangemerkt als een overeenkomst sui generis.³⁰⁶ De payrollwerknemer zou dan, nadat de opdrachtgever is gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW, op basis van de hierover in deze overeenkomst sui generis met het payrollbedrijf gemaakte afspraken ook bij het payrollbedrijf nakoming kunnen blijven vorderen van uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.

Overeenkomst van opdracht of lastgeving tussen payrollbedrijf en opdrachtgever?

Aan de nakoming door het payrollbedrijf van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende financiële en administratieve verplichtingen ligt een overeenkomst tussen het payrollbedrijf en de opdrachtgever ten grondslag. In deze overeenkomst verbindt het payrollbedrijf zich de aan het juridische werkgeverschap verbonden financiële en administratieve verplichtingen na te komen, waaronder de betaling van loon, maar ook een ontslagvergoeding. Daarbij handelt het payrollbedrijf op eigen naam tegenover de payrollwerknemer, onder meer omdat hij daartoe zelf een 'arbeidsovereenkomst' sloot met de payrollwerknemer. De vraag is of de overeenkomst tussen het payrollbedrijf en de opdrachtgever kan worden gekwalificeerd als een opdrachtovereenkomst of als een lastgevingsovereenkomst. Daarvoor is van belang of het payrollbedrijf voor eigen rekening dan wel voor rekening van de opdrachtgever handelt, dat

304 Zie Ktr. Amsterdam 24 november 1999, JAR 2000/19.

305 Vgl. artikel 6:30 lid 1 BW.

306 Zoals eveneens geschiedde met de door partijen gesloten 'arbeidsovereenkomst' in het arrest Van der Male B.V./Den Hoedt (HR 10 oktober 2003, NJ 2007, 446 en JAR 2003/263). Zie paragraaf 2.3.4.

wil zeggen, of het payrollbedrijf of de opdrachtgever het economische risico draagt van de met de payrollwerknemer gesloten overeenkomst. Het antwoord op deze vraag moet blijken uit de door het payrollbedrijf en de opdrachtgever gemaakte afspraken. Wanneer het payrollbedrijf met de opdrachtgever overeenkomt dat hij het juridische werkgeverschap en alle daaraan verbonden financiële verplichtingen jegens de payrollwerknemer volledig op zich neemt, kan worden aangenomen dat het payrollbedrijf het economische risico draagt en tussen het payrollbedrijf en de opdrachtgever geen lastgevingsovereenkomst, maar een opdrachtovereenkomst bestaat.

Pluraliteit van aansprakelijkheid: vorderingsrecht payrollwerknemer op grond van derdenbeding

De afspraak in de overeenkomst tussen het payrollbedrijf en de opdrachtgever dat de eerste de aan het juridische werkgeverschap verbonden financiële en administratieve verplichtingen van de laatste op zich neemt, zoals met name de betaling van loon aan de payrollwerknemer, kan naar mijn mening worden gekwalificeerd als een derdenbeding ten behoeve van de payrollwerknemer. In paragraaf 2.4.4 kwam naar voren dat het derdenbeding vormvrij is en in beginsel iedere inhoud kan hebben. De inhoud of strekking van de arbeidsovereenkomst verzet zich – als hiervoor door mij betoogd – niet tegen nakoming door het payrollbedrijf van dit type verplichtingen. Dat kan anders zijn bij andere uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen, zoals het recht op tewerkstelling, vakantie en verlof, een getuigschrift en gelijke behandeling. Betoogd kan worden dat deze rechten en verplichtingen niet overdraagbaar zijn en door de opdrachtgever als werkgever van de werknemer ex artikel 7:610 lid 1 BW moeten worden nagekomen. De payrollwerknemer kan worden geacht het derdenbeding te hebben aanvaard op het moment dat hij de ‘arbeidsovereenkomst’ sluit met het payrollbedrijf. Vanaf dat moment is hij partij bij de overeenkomst van het payrollbedrijf met de opdrachtgever en kan hij op grond van artikel 6:253 lid 1 BW het payrollbedrijf (als belover in de opdrachtovereenkomst met de opdrachtgever) aanspreken tot nakoming van de aan het juridisch werkgeverschap verbonden financiële en administratieve verplichtingen. Tegelijkertijd kan de payrollwerknemer de opdrachtgever als zijn werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW aanspreken op nakoming van deze verplichtingen.

4.13 Conclusie

Bij uitzending en detachering is de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW een ander dan de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Als gevolg van deze gelijktijdige pluraliteit van werkgeverschap zou niet worden bereikt wat is beoogd met bepalingen in Titel 10 Boek 7 waarin arbeidsrechtelijke bescherming is gekoppeld aan de door de werknemer in de onderneming van de werkgever verrichte arbeid. Met gelijktijdige pluraliteit van (werkgevers)aansprakelijkheid en opvolgende (werkgevers)aansprakelijkheid wordt in of bij de toepassing van verschillende bepalingen Titel 10 Boek 7 BW voorkomen dat als gevolg hiervan de met deze bepalingen beoogde arbeidsrechtelijke bescherming ‘weglekt’. In dit hoofdstuk bleek dat dit aan de orde is bij het aangaan van een proeftijd, de zorgplicht van de

werkgever voor een veilige werkomgeving en bij het aangaan van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met verschillende (contractuele) werkgevers. Bij uitzending en detachering is eveneens sprake van pluraliteit van (werkgevers)aansprakelijkheid als gevolg van de wijze waarop de werkgever is gedefinieerd in arbeidswetgeving buiten het BW. Zo is als gevolg van de wijze waarop de werkgever is gedefinieerd in de Arbeidsomstandigheden- en Arbeidstijdenwet, de inlener of opdrachtgever verantwoordelijk voor de op basis van deze wetgeving geldende voorschriften op het gebied van de veiligheid en het welzijn van de werknemer. Is de werknemer een derdelander, dan is de inlener of opdrachtgever als werkgever in de zin van de WAV, naast de uitzendwerkgever of de detacherende werkgever verantwoordelijk voor het aanvragen van een tewerkstellingsvergunning voor een bij hem tewerkgestelde derdelander en kan deze derdelander de inlener of opdrachtgever aanspreken voor het in de WAV genoemde loon wanneer de uitzendwerkgever of detacherende werkgever niet betaalt.

Wordt de werknemer in het kader van een door de contractuele werkgever op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie ter beschikking gesteld aan een inlener om bij en onder het gezag van die inlener arbeid te verrichten, dan is sprake van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. In dit artikel wordt de contractuele werkgever wettelijk geduid als de civielrechtelijke werkgever van de onder toezicht en leiding van de inlener werkzame werknemer. Zoals artikel 7:610 lid 1 BW fungeert als toegangspoort voor de regeling van arbeidsovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW, vormt artikel 7:690 BW de toegangspoort voor het in afdeling 11 van Titel 10 Boek 7 BW opgenomen verlichte arbeidsrechtelijke regime voor de uitzendovereenkomst. Met de in artikel 7:692 BW opgenomen inleneraansprakelijkheid wordt de opdrachtgever geprikkeld uitsluitend arbeidskrachten te betrekken van gecertificeerde – bonafide – uitzendbureaus. In de Waadi wordt gewaarborgd dat de uitzendkracht hetzelfde loon en overige vergoedingen ontvangt als werknemers in dienst van de inlener die werkzaam zijn in gelijke of gelijkwaardige functies. Naar aanleiding van de implementatie van de Uitzendrichtlijn is deze gelijkstelling uitgebreid naar enkele andere arbeidsvoorwaarden die op basis van cao's of andere niet wettelijke bepalingen van algemene strekking van kracht zijn in de onderneming van de inlener.

De door uitzendbureaus op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie vormde de reden voor het opnemen van de bijzondere regeling voor de uitzendovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW. Aan het einde van de jaren negentig waren de sociale partners het erover eens dat de door uitzendbureaus op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie een verlicht arbeidsrechtelijk regime bij uitzending rechtvaardigde. Dat deze allocatiefunctie van uitzendbureaus ook thans nog een rechtvaardiging van deze status aparte vormt – ondanks het sterk toegenomen internetgebruik in de afgelopen jaren en de introductie van sociale media – blijkt uit het feit dat het aantal uitzendkrachten als percentage van de beroepsbevolking in de jaren na de inwerkingtreding van de Wet flexibiliteit en zekerheid betrekkelijk stabiel is gebleven. Hoewel de door uitzendbureaus vervulde allocatiefunctie op de arbeidsmarkt de grond vormde voor de bijzondere regeling voor de uitzendovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW, maakt deze geen deel uit van de definitie van artikel 7:690 BW. De ruimte die deze definitie

als gevolg daarvan biedt, heeft ertoe geleid dat dit artikel ook als juridische basis wordt gebruikt bij de kwalificatie van de werkgever in arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarbij de contractuele werkgever geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Een voorbeeld van een dergelijke driehoeksverhouding die bovendien in de afgelopen jaren een hoge vlucht heeft genomen, is payrolling. Anders dan uitzending vertegenwoordigt payrolling geen apart type arbeid, maar fungeert payrolling als alternatief voor de 'gewone' arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW met de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. De wens van die feitelijke werkgever om de aan het juridische en administratieve werkgeverschap verbonden verplichtingen uit te besteden aan een derde vormt de grond voor de door de werknemer met het payrollbedrijf gesloten arbeidscontract. Omdat het payrollbedrijf geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt kan payrolling mijns inziens niet worden gekwalificeerd als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW. Op grond van het specifieke karakter van de regeling van de uitzendovereenkomst in afdeling 11 Titel 10 Boek 7 BW en de eenduidige wijze waarop de definitie van artikel 7:690 BW werd toegelicht in de nog zeer recente wetsgeschiedenis, is mijns inziens vereist dat de contractuele werkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Dat partijen de driehoeksverhouding zelf als uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW betitelen, maakt dit niet anders. Artikel 7:690 BW is, evenals artikel 7:610 lid 1 BW, van dwingend recht.

In geval van arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarbij de contractuele werkgever geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt, moet naar mijn mening aan de hand van de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW worden beoordeeld of de contractuele werkgever kan worden gekwalificeerd als werkgever voor de toepassing van Titel 10 Boek 7 BW. Op grond van artikel 7:610 lid 1 BW is de werkgever de partij in wier dienst de werknemer de arbeid verricht. In paragraaf 2.3.3 kwam aan de orde dat eveneens sprake kan zijn van een gezagsverhouding in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW wanneer de werkgever op organisatorisch gebied zeggenschap heeft bedongen over de door de werknemer verrichte arbeid. Dat door de contractuele werkgever zeggenschap is bedongen, zal doorgaans volgen uit de door hen gesloten 'arbeidsovereenkomst'. Gelet echter op het dwingendrechtelijke karakter van de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW, meen ik dat deze contractuele afspraken moeten corresponderen met wat partijen in werkelijkheid beoogden bij het aangaan van de 'arbeidsovereenkomst'. In paragraaf 2.6 betoogde ik dat bij de kwalificatie van de werkgever eenzelfde betekenis toekomt aan wat partijen in werkelijkheid hebben beoogd als bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst in situaties waarin tegen beloning arbeid wordt verricht, maar partijen hun rechtsverhouding niet als arbeidsovereenkomst betitelden. Dat de contractuele werkgever en de werknemer zich in een schriftelijke 'arbeidsovereenkomst' met elkaar verbonden, zou dan, ook wanneer de werknemer hiermee goed geïnformeerd instemde, op zichzelf niet voldoende zijn om deze contractuele werkgever te kwalificeren als de werkgever voor de toepassing van Titel 10 Boek 7 BW. In een dergelijke situatie moet naar mijn mening op de voet van de in paragraaf 2.3.4 besproken kwalificatie-arresten worden gekeken naar de rol van de contractuele werkgever bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Wanneer blijkt dat de rol van de contractuele werkgever bij de totstandkoming en de uitvoering van de

arbeidsovereenkomst geen zelfstandige en inhoudelijke betekenis heeft, zou bij de kwalificatie van de werkgever voor de toepassing van Titel 10 Boek 7 BW door de met de contractuele werkgever gesloten 'arbeidsovereenkomst' moeten worden heengekeken. Dat kan mijns inziens bijvoorbeeld het geval zijn bij de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling waarmee uitsluitend de uitbesteding van het juridische en administratieve werkgeverschap en het bewerkstelligen van een flexibelere arbeidsverhouding met de werknemer wordt beoogd. Het payrollbedrijf fungeert dan zowel bij de totstandkoming als bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst met de payrollwerknemer slechts als een contractueel verlengstuk van de feitelijke werkgever.

Tot nu toe is een beroep van een payrollwerknemer op het bestaan van een arbeidsovereenkomst met de feitelijke werkgever slechts éénmaal aan de orde geweest in de (lagere) rechtspraak. In rechtspraak waarin de payrollwerknemer en het payrollbedrijf tegenover elkaar stonden en waarin geen beroep werd gedaan op het werkgeverschap van de feitelijke werkgever namen rechters zonder verdere motivering aan dat de payrollwerknemer in dienst was van het payrollbedrijf op grond van de door hen gesloten schriftelijke arbeidsovereenkomst. De grote vakbonden stemden in het verleden, voordat zij in 2011 hun handen aftrokken van payrolling, driemaal in met een payroll-cao waarin werd opgenomen dat het payrollbedrijf voor de toepassing van Titel 10 Boek 7 BW fungeert als de werkgever van de payrollwerknemer. Ook de Minister van SZW achtte mogelijk dat bij payrolling het payrollbedrijf fungeert als de civielrechtelijke werkgever van de payrollwerknemer. Dat neemt echter niet weg dat het door payrollbedrijven voorzien in de behoefte van ondernemers het juridisch werkgeverschap en de daaraan verbonden administratieve verplichtingen uit te besteden geen zelfstandige en inhoudelijke juridische betekenis geeft aan het werkgeverschap van het payrollbedrijf. De payrollconstructie komt tot stand op initiatief van de feitelijke werkgever en uitsluitend de feitelijke werkgever (en uiteraard het payrollbedrijf) hebben belang bij deze arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding. Hoewel de payrollwerknemer krachtens een arbeidsovereenkomst werkzaam is bij de feitelijke werkgever, verkeert hij als gevolg van zijn arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf in een minder gunstige arbeidsrechtelijke positie dan wanneer hij in dienst zou zijn getreden (of gebleven) bij de feitelijke werkgever. Als de payrollwerknemer zich hiervan bij het aangaan van de overeenkomst met het payrollbedrijf al bewust is geweest, zal hij doorgaans geen andere keuze hebben gehad dan in te stemmen met de payrollconstructie. Anderzijds zou op basis van de hiervoor genoemde omstandigheden en de snelle groei van het aantal payrollovereenkomsten kunnen worden betoogd dat payrolling op maatschappelijk draagvlak kan rekenen. In verband hiermee komt in hoofdstuk 8 nog aan de orde aan welke voorwaarden payrolling mijns inziens zou moeten voldoen om te kunnen worden aangemerkt als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding waarbij het payrollbedrijf als de juridische werkgever van de payrollwerknemer kan worden gekwalificeerd. Overigens acht ik de payrollovereenkomst, wanneer de opdrachtgever zou worden gekwalificeerd als de werkgever, op zichzelf niet ongeldig. Artikel 7:610 lid 1 BW verzet zich naar mijn mening niet tegen het door een derde voor de werkgever nakomen van uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende financiële en administratieve verplichtingen. De werkgever is dan echter niet bevrijd van deze

verplichtingen jegens de werknemer. Indien de opdrachtgever zou worden gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW bij payrolling, zou de payrollwerknemer naar mijn mening zowel de opdrachtgever als het payrollbedrijf kunnen aanspreken op de nakoming van uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen: het payrollbedrijf op grond van de door hem met de werknemer gesloten 'arbeidsovereenkomst' en de feitelijke werkgever als zijn werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW.

In dit hoofdstuk kwamen de verschillende situaties aan de orde waarin sprake is een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding waarbij de werknemer feitelijk werkzaam is in de onderneming van een andere partij dan de partij waarmee hij zich in een arbeidsovereenkomst heeft verbonden. Zowel in de situatie waarin dit plaatsvindt in het kader van een door de contractuele werkgever op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie als in situaties waarin om andere redenen een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding werd aangegaan, kan de werknemer degene in wiens onderneming hij de arbeid verricht, aanspreken op bepaalde uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. Daarmee wordt voorkomen dat arbeidsrechtelijke bescherming die is gekoppeld aan de door de werknemer in de onderneming van de werkgever verrichte arbeid verloren gaat. Voor zover de wetgeving in deze situaties geen oplossing biedt, bestaat bij rechters vaak de bereidheid wetsbepalingen ruim te interpreteren of zelfs creatief uit te leggen. De contractuele werkgever wordt dan wel gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW. Met deze pluraliteit van (werkgevers)aansprakelijkheid wordt echter niet voorkomen dat arbeidsrechtelijke bescherming wordt uitgehold in arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarin de contractuele werkgever geen zelfstandige en inhoudelijke rol speelt bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Het werkgeverschap van de contractuele werkgever staat dan dus op gespannen voet met het systeem van Titel 10 Boek 7 BW. Dit is met name aan de orde bij arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen die uitsluitend (of in hoofdzaak) zijn opgezet met het oog op het uit handen geven van contractuele werkgeverschap aan een derde. Bij dergelijke arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen – zoals met name de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling – is geen sprake van uitzending of een andere nieuwe vorm van arbeid, maar wordt een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding aangegaan omdat de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht de aan het werkgeverschap verbonden juridische en administratieve verplichtingen wil uitbesteden. In dergelijke situaties heeft het werkgeverschap van de contractuele werkgever mijns inziens onvoldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis en moet naar mijn mening bij de kwalificatie van de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW door de gemaakte contractuele afspraken worden heengekeken.