



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Einde olievlekwerking artikel 7:690 BW?

Zwemmer, J.

Publication date

2013

Document Version

Final published version

Published in

FlexNieuws

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. (2013). Einde olievlekwerking artikel 7:690 BW? *FlexNieuws*.
<http://www.flexnieuws.nl/2013/08/23/column-johan-zwemmer-einde-aan-olievlekwerking-artikel-7-690-burgerlijk-wetboek/>

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.

Einde olievlekwerking artikel 7:690 BW?

Over Johan Zwemmer



Johan Zwemmer is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam. In 2012 promoveerde hij op zijn dissertatie 'Pluraliteit van werkgeverschap', waarin hij de betekenis van het werkgeverschap onderzocht bij flexibele arbeidsrelaties (uitzending, detachering, payroll), het concernlidmaatschap van de werkgever, overgang van onderneming en de fusie of splitsing van de werkgever.

Detacheerder die geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt valt niet onder verplichte deelname aan StiPP: einde olievlekwerking artikel 7:690 BW?

Enkele weken geleden berichtte [FlexNieuws](#) over een uitspraak van de kantonrechter te Amsterdam van 1 juli 2013 (zie: AR 2013/612) in een geschil tussen een detacheerder en StiPP over de verplichting tot deelname aan de pensioenregeling van StiPP.

Het ging in deze zaak om het volgende. De detacheerder, Care 4 Care Human Resources BV, stelt werknemers ter beschikking aan zorginstellingen. De werknemers bewerkstelligen veranderprocessen in de instellingen, maken lokale protocollen, lossen knelpunten in de bedrijfsvoering op en worden voor een langere periode – van drie maanden tot ongeveer een jaar, of zo lang als nodig is – bij de zorginstelling ingezet. Tijdens het verrichten van de werkzaamheden houdt Care 4 Care via haar accountmanagers op afstand leiding en het toezicht over de werknemers. Deze werknemers hebben een vast salaris en een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met Care 4 Care. Hun werktijden en vakanties worden in overleg met de zorginstelling bepaald. Care 4 Care past de CAO Verpleging Verzorging Thuiszorg toe op deze werknemers en heeft voor hen een bedrijfspensioenregeling afgesloten bij Interpolis.

Volgens StiPP viel Care 4 Care onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit tot deelname aan StiPP. Deelname aan StiPP is verplicht gesteld voor "uitzendkrachten die op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam zijn voor een uitzendonderneming." Onder een uitzendonderneming wordt in het verplichtstellingsbesluit verstaan "de natuurlijke of rechtspersoon die voor ten minste 50 procent van het totale premieplichtig loon op jaarbasis uitzendkrachten ter beschikking stelt van (uitzendt naar) opdrachtgevers, zijnde de werkgever in de zin van artikel 7:690 BW."

Voor het antwoord op de vraag of Care 4 Care valt onder het verplichtstellingsbesluit tot deelname aan StiPP is naar het oordeel van de kantonrechter te Amsterdam doorslaggevend of Care 4 Care is aan te merken als een werkgever bedoeld in artikel 7: 690 BW. Daarvoor moet worden gekeken naar wat Care 4 Care precies doet. De stelling van StiPP dat onder het begrip werkgever in de zin van artikel 7:690 BW alle ondernemingen vallen die door middel van detachering, payroll en andere driehoeksverhoudingen arbeid ter beschikking stellen aan derden wordt door de kantonrechter niet gevolgd.

De kantonrechter wijst op de wetsgeschiedenis waaruit volgt dat de regeling van de uitzendovereenkomst alleen geldt voor die werkgevers, die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen. Vervolgens constateert de kantonrechter dat de onderneming van Care 4 Care

zich niet richt op vervanging van arbeid tijdens ziekte of afwezigheid, het opvangen van piekuren of soortgelijke plotseling opkomende werkzaamheden. De werknemers van Care 4 Care hebben allemaal vanaf het begin een vast dienstverband met Care 4 Care en zijn als zodanig op één lijn te stellen met consultants, ICT-consulenten of zij die tijdelijk elders gedetacheerd worden om een bepaalde werkwijze of bepaalde protocollen te implementeren of juist wijzigingen door te voeren en ingesloten gedragingen veranderd te krijgen. Care 4 Care vervult derhalve geen allocatiefunctie, maar levert gespecialiseerde kennis en informatie aan de zorginstelling via haar medewerkers; kennis die de zorginstelling zelf niet in huis heeft.

Daarbij overweegt de kantonrechter dat, hoewel de werknemers van Care 4 Care zich aanpassen aan de werktijden en de organisatie van de zorginstelling, daarmee nog niet vaststaat dat zij onder leiding en toezicht van de zorginstelling werkzaam zijn. De zorginstelling heeft weliswaar een instructiebevoegdheid met betrekking tot de feitelijke gang van zaken, maar de kern van de leiding en het toezicht – of de werknemer zijn werkzaamheden goed vervult, waar hij/zij werkzaam is en voor hoelang, wat zijn salaris is, met andere woorden het gezag – blijft bij Care 4 Care en wordt door haar ingevuld. Omdat Care 4 Care geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt en de zorginstellingen bovendien geen toezicht en leiding als bedoeld in artikel 7:690 BW hebben over de door de werknemers verrichte arbeid is Care 4 Care naar het oordeel van de kantonrechter geen werkgever als bedoeld in artikel 7:690 BW en valt zij daardoor niet onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit voor StiPP.

Een opmerkelijke uitspraak omdat de overwegingen van de kantonrechter lijnrecht ingaan tegen de overwegingen van de Rechtbank Amsterdam in haar uitspraak van 1 juli 2010 (ECLI:NL:RBAMS:2010:BN0820). In deze procedure stond de vraag centraal of een detacheerder die geen allocatiefunctie vervulde op de arbeidsmarkt een uitzendbeding kon afspreken met zijn werknemers. De rechtbank (het ging hier om de sector bestuursrecht) overwoog toen dat het vervullen van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt geen vereiste zou zijn om te kunnen worden gekwalificeerd als werkgever in de zin van artikel 7:690 BW. Uit de tekst van de wet, noch uit de memorie van toelichting bij de regeling van de uitzendovereenkomst in het BW volgde naar het oordeel van de rechtbank dat de werkgever een actieve rol diende te vervullen bij het samenbrengen van arbeidskrachten en derden. Mijns inziens is dit niet juist.

In mijn dissertatie ('Pluraliteit van werkgeverschap', Deventer: Kluwer 2012) heb ik onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis en de plaats van artikel 7:690 in Titel 10 van Boek 7 van het BW betoogd en onderbouwd 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 voor de uitzendovereenkomst. Met artikel 7:690 BW, dat fungeert als de toegangspoort naar deze afdeling, werd blijkens de wetsgeschiedenis niet beoogd in één moeite door alle mogelijke arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen van een juridische basis te voorzien.

De kantonrechter oordeelt nu in lijn met mijn betoog dat de detacherende werkgever die geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt geen werkgever is als bedoeld in artikel 7:690 BW. Dat is overigens niet de eerste keer dit jaar. Op 21 maart jl. oordeelde de kantonrechter te Almelo (ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108) met eenzelfde motivering dat ook de payrollovereenkomst niet kan worden gekwalificeerd als een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.

Mr. dr. J.P.H. Zwemmer, advocaat bij Stibbe te Amsterdam en docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam