



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Artikel 7:690 BW

Zwemmer, J.

**Publication date**

2017

**Document Version**

Proof

**Published in**

Vijftig weeffouten in het BW

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Zwemmer, J. (2017). Artikel 7:690 BW. In F. van de Pol, T. Beumers, C. de Kluiver, M. Overheul, & L. Trapman (Eds.), *Vijftig weeffouten in het BW: Een ode aan het Burgerlijk Wetboek, ter ere van zijn 25-jarig bestaan* (pp. 327-335). Ars Aequi Libri.

**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.

# Artikel 7:690 BW

Johan Zwemmer\*

## 1 Inleiding

In het kader van de Wet flexibiliteit en zekerheid werd in 1999 aan Titel 7.10 BW betreffende de arbeidsovereenkomst een afdeling over de uitzendovereenkomst toegevoegd. In verband hiermee werd in artikel 7:690 BW een definitie opgenomen van de uitzendovereenkomst als bijzondere arbeidsovereenkomst. In artikel 7:690 BW wordt de uitzendovereenkomst als volgt gedefinieerd:

‘De uitzendovereenkomst is 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.’

Is aan de elementen uit deze definitie voldaan, dan wordt de uitzendwerkgever wettelijk geduid als de werkgever van de door hem aan opdrachtgevers ter beschikking gestelde werknemers en is het in de artikelen 7:691 en 7:668a lid 5 sub a BW opgenomen ‘verlichte ontslagregime’ van toepassing. Op grond van dit verlichte ontslagregime kunnen gedurende een periode van in totaal maximaal 5,5 jaar elkaar opvolgende flexibele arbeidscontracten worden gesloten met de werknemer. Met het verlichte ontslagregime bij uitzending wordt blijkens de wetsgeschiedenis beoogd recht te doen aan de flexibiliteit die zo kenmerkend is voor uitzendarbeid en die inherent is aan de allocatiefunctie van uitzending op de arbeidsmarkt. Allocatiefunctie wil zeggen, het door de uitzendwerkgever op actieve wijze bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid.

Deze op grond van de wetsgeschiedenis door de uitzendwerkgever in de zin van artikel 7:690 BW te vervullen allocatiefunctie op de arbeidsmarkt is echter niet opgenomen in de tekst van artikel 7:690 BW. Daardoor zou ook in situaties waarin de werknemer anders dan uit hoofde van een door de werkgever op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie ter beschikking wordt gesteld van een derde, naar de letter van de wet sprake zijn van een uitzendovereenkomst met het daarbij behorende verlichte ontslagregime. In het *Care4Care*-arrest van 4 november 2016 heeft de Hoge Raad

\* Mr.dr. J.P.H. Zwemmer is docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat te Amsterdam.

geoordeeld dat het door de werkgever vervullen van een (actieve) allocatiefunctie op de arbeidsmarkt geen vereiste is bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW.<sup>1</sup> In deze bijdrage<sup>2</sup> zal allereerst worden ingegaan op de achtergrond en parlementaire geschiedenis van de regeling van de uitzendovereenkomst. Daarna worden de overwegingen van de Hoge Raad in het *Care4Care*-arrest besproken en worden de gevolgen van dit arrest geanalyseerd. Tot slot wordt een voorstel gedaan tot aanpassing van artikel 7:690 BW.

## 2 De achtergrond van de wettelijke regeling van de uitzendovereenkomst

In artikel 7:610 BW is de arbeidsovereenkomst gedefinieerd als een tweepartijenovereenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen betaling van loon arbeid te verrichten. Deze definitie is van dwingend recht en vormt de toegangspoort naar de regeling van de arbeidsovereenkomst in Titel 7.10 BW. Aan het feit dat de werknemer de arbeid in dienst van de werkgever verricht (dat wil zeggen in een gezagsverhouding), ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de werkgever de eigenaar of exploitant is van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht.<sup>3</sup> Voorafgaand aan de inwerkingtreding van artikel 7:690 BW stond niet vast of de rechtsverhouding tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht als arbeidsovereenkomst kon worden gekwalificeerd. De uitzendkracht was immers feitelijk niet werkzaam bij het uitzendbureau, maar bij en onder het feitelijke gezag van de inlener.<sup>4</sup> In die tijd – eind jaren negentig – werd onderscheid gemaakt tussen kortdurend uitzenden door uitzendbureaus (dat aan een vergunning was gebonden) en het meer bestendige in- en uitlenen van personeel door uitleen- of

1 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *JAR* 2016/286, m.nt. E. Knipschild (*Care 4 Care Human Resources B.V./Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten 'StiPP'*).

2 Deze bijdrage is deels een bewerking van mijn bespreking van het *Care4Care*-arrest in *Tijdschrift voor Ontslagrecht* 2017/1.

3 Zie hierover nader par. 2.3.1 van mijn dissertatie: *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012.

4 In arresten uit 1977, 1980 en 1988 kwalificeerde de Hoge Raad de rechtsverhouding tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau of detacheerbedrijf als een 'gewone' arbeidsovereenkomst, omdat de uitzendkracht in die situaties op grond van de overeenkomst met het uitzendbureau of detacheerbedrijf verplicht was de werkzaamheden bij opdrachtgevers van het uitzendbureau of detacheerbedrijf te verrichten met inachtneming van de 'aanwijzingen' van die opdrachtgevers. Omdat het uitzendbureau of detacheerbedrijf in deze situatie het werkgeversgezag delegeerde aan de inlener, kon de rechtsverhouding met de uitzendkracht naar het oordeel van de Hoge Raad voldoen aan de definitie van art. 7:610 BW. Zie HR 14 oktober 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC3738, *NJ* 1978/31, m.nt. P.A. Stein; HR 23 mei 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6901, *NJ* 1980/633, m.nt. P.A. Stein; en HR 18 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0504, *NJ* 1989/344, m.nt. P.A. Stein.

detacheerbedrijven. Het verschil tussen deze terbeschikkingstellingsvarianten bestond erin dat bij in- en uitlening een doorlopende arbeidsovereenkomst werd gesloten met de werknemer en dat bij uitzending alleen gedurende de termijn dat de uitzendkracht ter beschikking was gesteld aan een opdrachtgever een overeenkomst bestond met het uitzendbureau. In de praktijk was het onderscheid tussen uitzending en in- en uitlening toen al vervaagd omdat ook uitzendbureaus zich op langduriger vormen van terbeschikkingstelling waren gaan richten.<sup>5</sup> Tijdens de parlementaire behandeling van de regeling van de uitzendovereenkomst deelde de regering mee dat deze regeling van toepassing zou zijn op beide vormen van terbeschikkingstelling. De regering wees in dit verband op de toename van soms ook langer durende uitzendrelaties en de afschaffing van het vergunningstelsel.<sup>6</sup>

### 3 De allocatiefunctie in de wetsgeschiedenis

Volgens de tekst van artikel 7:690 BW moet de uitzendwerkgever zich in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf toelagen op het ter beschikking stellen van werknemers aan derden. Dit betekent dat geen sprake moet zijn van het incidenteel ter beschikking stellen van arbeidskrachten door werkgevers die in feite geheel andersoortige beroeps- of bedrijfsactiviteiten hebben.<sup>7</sup> Dat de uitzendwerkgever de werknemers in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ter beschikking stelt, werd door de wetgever gekoppeld aan de allocatiefunctie die de uitzendformule

5 Zie hierover par. 4.10.1 van mijn dissertatie: *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012.

6 *Kamerstukken II 1996/97*, 25263, 3, p. 9. Zie ook *Kamerstukken II 1996/97*, 25263, B, p. 8. Dat de regeling van de uitzendovereenkomst zowel van toepassing zou zijn op de op dat moment – eind jaren negentig – in de praktijk voorkomende klassieke uitzending door uitzendbureaus die zich richtten op terbeschikkingstelling bij 'piek of ziek' als op het uitlenen of detacheren van werknemers door uitleenen detacheerbedrijven, leidde destijds tot kritische vragen van de Raad van State (*Kamerstukken II 1996/97*, 25263, B, p. 8-9). De Raad van State achtte het bereik van de definitie van de uitzendovereenkomst in art. 7:690 BW te ruim en vroeg zich af of het wel de bedoeling kon zijn dat niet alleen klassieke uitzending door uitzendbureaus, maar ook het meer bestendige in- en uitlenen van personeel door uitleen- of detacheerbedrijven onder deze definitie zou gaan vallen. In deze laatste situatie was naar het oordeel van de Raad van State sprake van 'een rechtsfiguur (...) die een andere regeling vereist dan het ter beschikking stellen van arbeidskrachten op basis van tijdelijke arbeidscontracten' en hij beval de regering 'daarom aan de nu ontworpen regeling van de uitzendovereenkomst te beperken tot de uitzendrelatie in enge zin' (*Kamerstukken II 1996/97*, 25263, B, p. 9). De regering ging hier echter niet in mee en bevestigde dat beide terbeschikkingstellingsvarianten zouden gaan vallen onder art. 7:690 BW. Daarbij benadrukte zij echter wel dat het door de ter beschikking stellende werkgever vervullen van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt in alle gevallen vereist was voor 'toepassing van de uitzendovereenkomst' (*Kamerstukken II 1996/97*, 25263, B, p. 12).

7 *Kamerstukken II 1996/97*, 25263, 3, p. 10.

op de arbeidsmarkt vervulde. In de memorie van toelichting is hierover het volgende meegedeeld:

‘De terbeschikkingstelling moet geschieden in het kader van het beroep of het bedrijf van de werkgever. Dat betekent dat terbeschikkingstelling (een) doelstelling van de bedrijfs- of beroepsactiviteiten van de werkgever moet zijn; de toepasselijkheid van de uitzendovereenkomst is aldus gekoppeld aan de allocatieve functie van de werkgever.’<sup>8</sup>

Allocatiefunctie betekent volgens de regering het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid:

‘Het werken voor en via uitzendbureaus is de afgelopen jaren sterk in omvang toegenomen. De uitzendformule vervult een belangrijke allocatiefunctie op de arbeidsmarkt t.w. het aldus bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid. Die functie moet behouden blijven. Tegelijkertijd is er in de praktijk behoefte aan grotere duidelijkheid gebleken voor wat betreft de rechtspositie van partijen betrokken bij de uitzendrelatie. Dat hangt samen met de vraag, of en wanneer er in geval van een uitzendrelatie sprake is van een arbeidsovereenkomst.’<sup>9</sup>

Deze allocatiefunctie rechtvaardigt naar het oordeel van de regering een verlicht ontslagregime bij uitzending:

‘Het bijzondere karakter van de uitzendovereenkomst is gelegen in het feit dat de allocatieve functie van de uitzendovereenkomst impliceert dat partijen een zekere vrijheid hebben terzake van het aangaan en verbreken van hun arbeidsrelatie.’<sup>10</sup>

Vervolgens deelt de regering mee dat, hoewel met de regeling van de uitzendovereenkomst een ruimer toepassingsbereik werd beoogd dan de op dat moment in de praktijk voorkomende klassieke uitzending door uitzendbureaus die zich richten op terbeschikkingstelling bij ‘piek of ziek’, sprake dient te zijn van terbeschikkingstelling in het kader van zodanig beroep of bedrijf. Dat wil dus zeggen, door een uitzendwerkgever die op actieve wijze een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt:

‘De voorgestelde regeling voor de uitzendovereenkomst heeft niet alleen betrekking op de thans in de praktijk voorkomende uitzendrelatie, maar omvat ook alle andere driehoeks-arbeidsrelaties, waarbij de werknemer in de uitoefening van het bedrijf of beroep van de

8 *Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 33.*

9 *Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 9.*

10 *Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 10.*

werkgever aan een derde ter beschikking wordt gesteld, om onder leiding en toezicht van die derde arbeid te verrichten. Zodanige ter beschikkingstelling kan bijvoorbeeld ook uitlening omvatten, als die uitlening aan de elementen van de definitie voldoet. Is dat het geval, dan is het bijzondere regiem van de uitzendovereenkomst, zoals neergelegd in artikel 691 Boek 7 BW, op deze driehoeksarbeidsrelatie van toepassing. De voorgestelde regeling van de uitzendovereenkomst geeft derhalve een uniforme wettelijke regeling voor de vele onder verschillende benamingen in de praktijk voorkomende vormen van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, zoals: uitzenden, uitlenen, detacheren, of te werk stellen in het kader van een arbeidspool. 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.<sup>11</sup>

En later nog duidelijker in de nota naar aanleiding van het verslag in antwoord op vragen van de VVD:

‘De leden van de VVD-fractie vroegen wat precies wordt bedoeld met de beperking van de uitzendrelatie tot die uitleners die bij de uitoefening van hun beroep of bedrijf arbeidskrachten ter beschikking stellen aan derden; of een ingenieurbureau, dat enkele personeelsleden elders detachert, ook onder deze definitie valt, zo nee, waarom niet en zo ja, wat dit dan betekent voor de betreffende werknemers. 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. Het gaat in de praktijk dan om uitzendbureaus, detacheerbedrijven en arbeidspools.<sup>12</sup>

De uitzendwerkgever in de zin van artikel 7:690 BW moet op basis van de wetgeschiedenis dus op actieve wijze een allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt bij het door hem in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ter beschikking stellen van werknemers aan opdrachtgevers. Nu de regeling van de uitzendovereenkomst beperkt was tot terbeschikkingstelling in het kader van zodanig beroep of bedrijf van de uitzendwerkgever, zou de regeling van de uitzendovereenkomst volgens

11 *Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 10.*

12 *Kamerstukken II 1996/97, 25263, 6, p. 15-16.*

de regering in de praktijk alleen van toepassing zijn op uitzenden, uitlenen, detacheren of te werk stellen in het kader van een arbeidspool.<sup>13</sup>

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid heeft de regering herhaald dat het verlichte ontslagregime bij uitzending is gekoppeld aan de allocatiefunctie van de uitzendwerkgever.<sup>14</sup> Zij formuleert dit als volgt: ‘De allocatieve functie op de arbeidsmarkt brengt mee dat partijen bij een uitzendovereenkomst meer vrijheid krijgen bij het aangaan en beëindigen van de arbeidsovereenkomst.’<sup>15</sup>

Dat de uitzendwerkgever uit hoofde van een door hem op de arbeidsmarkt vervulde actieve allocatiefunctie werknemers ter beschikking stelt, volgt echter, als hiervoor gesteld, niet uit de tekst van artikel 7:690 BW. Een verklaring voor het niet opnemen van deze allocatiefunctie in de definitie van artikel 7:690 BW kan zijn dat de door de regering genoemde uitleen- en detacheerbedrijven ten tijde van de parlementaire behandeling van dit artikel doorgaans een dergelijke allocatiefunctie vervulden op de arbeidsmarkt en dit dus een vanzelfsprekendheid vormde bij het beroepsmatig ter beschikking stellen van werknemers.<sup>16</sup>

Ingevege door motieven als risicobeperking en de door ondernemers als steeds zwaarder gevoelde last van de aan het werkgeverschap verbonden verplichtingen zijn, aangetrokken door de zekerheid van de juridische duiding van de werkgever in artikel 7:690 BW en het hiermee gepaard gaande verlichte ontslagregime, driehoeksrelaties onder de noemer payrolling ontstaan. Deze zijn gericht op het door ondernemers (of overheidsinstellingen) uitbesteden van het juridische werkgeverschap van de voor hen werkzame personen aan een derde die dan uitsluitend fungeert als de juridische (en administratieve) werkgever van de werknemers. Hierbij vervult deze derde niet de in de wetgeschiedenis bedoelde allocatiefunctie. Bovendien heeft de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid meegedeeld dat sprake is oneigenlijk gebruik van flexcontracten ‘als mensen langdurig en onvrijwillig worden ingeschakeld op flexibele contracten door één en dezelfde werkgever waar het in feite structurele werkzaamheden betreft’.<sup>17</sup>

13 *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 3, p. 10.

14 Overigens bleef de regeling van de uitzendovereenkomst, op enkele kleine wijzigingen na, ongewijzigd in de Wet werk en zekerheid. Zie J.P.H. Zwemmer, ‘Uitzenden, payrolling, schijnzelfstandigen en de Wet werk en zekerheid’, *ArbeidsRecht* 2014/60.

15 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 20. Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 29.

16 In de (lagere) rechtspraak is op uiteenlopende wijze geoordeeld over het vereiste en/of de betekenis van de allocatiefunctie bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst. Ook in de literatuur liepen de visies uiteen. Zie voor een overzicht van deze rechtspraak en de verschillende standpunten in de literatuur: J.P.H. Zwemmer, ‘I. Payrolling’, in: *Praktijkboek Flexibele Arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer (online), onderdeel I.5.

17 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 10.

#### 4 Hoge Raad 4 november 2016: artikel 7:690 BW eist geen allocatiefunctie

In het *Care4Care*-arrest<sup>18</sup> oordeelt de Hoge Raad onder verwijzing naar de tekst van artikel 7:690 BW en een deel van de hiervoor geciteerde wetsgeschiedenis dat op grond van artikel 7:690 BW niet vereist is dat de bij de derde te verrichten arbeid tijdelijk is, noch dat daarin een beperkende allocatiefunctie moet worden gelezen. De Hoge Raad overweegt hierover als volgt:

‘Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:690 BW kan niet worden afgeleid dat voor het aannemen van een uitzendovereenkomst andere vereisten gelden dan vermeld in deze bepaling. De tekst van art. 7:690 BW eist niet dat de bij de derde te verrichten arbeid tijdelijk is, noch impliceert deze een beperkende ‘allocatiefunctie’ als door het onderdeel wordt bepleit. Uit de toelichting op het artikel blijkt dat de wetgever heeft beoogd dat ook andere driehoeksrelaties dan de – kort gezegd – ‘klassieke uitzendrelatie’ onder de reikwijdte van de bepaling zouden vallen, mits aan de begripsomschrijving wordt voldaan (Kamerstukken II 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 9-10).’

Ook de uitzendwerkgever in de zin van artikel 7:690 BW die geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt kan daarmee gebruikmaken van het in artikel 7:691 BW en – sinds 1 juli 2015 ook – in artikel 7:668a lid 5 sub a BW neergelegde verlichte ontslagregime bij uitzending. Dit laatste wordt uitdrukkelijk bevestigd door de Hoge Raad in het *Care4Care*-arrest:

‘De wetsgeschiedenis biedt geen aanknopingspunt voor de veronderstelling dat de wetgever in art. 7:691 BW aan het begrip ‘uitzendovereenkomst’ een andere betekenis heeft willen geven dan in art. 7:690 BW. Gelet op de plaatsing van beide artikelen in een afzonderlijke afdeling in de wet, waarbij art. 7:690 BW de begripsomschrijving en art. 7:691 BW enkele regels geeft, ligt zo’n andere betekenis ook niet voor de hand.’

De Hoge Raad houdt er in zijn arrest desalniettemin wel rekening mee dat zijn uitleg van artikel 7:690 BW op gespannen voet staat met de bedoelingen van de wetgever en overweegt:

18 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *JAR* 2016/286, m.nt. E. Knipschild (*Care 4 Care Human Resources B.V./Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten ‘StiPP’*). In een fiscale procedure over de premiesectorindeling van een payrollbedrijf dat geen allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervulde, kwam de Hoge Raad op diezelfde datum tot eenzelfde oordeel onder verwijzing naar het *Care4Care*-arrest. Zie HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2496. De Hoge Raad herhaalde zijn overwegingen van het *Care4Care*-arrest in HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757.



‘Voor zover de toepassing van de regels van art. 7:691 BW in nieuwe driehoeksrelaties als payrolling zou leiden tot resultaten die zich niet laten verenigen met hetgeen de wetgever bij de regeling van de art. 7:690-7:691 BW voor ogen heeft gestaan, is het in de eerste plaats aan de wetgever om hier grenzen te stellen. Dat neemt niet weg dat de rechter bij de toepassing de mogelijkheid heeft de regels van art. 7:691 BW zo uit te leggen dat strijd met de ratio van die regels wordt voorkomen, dan wel dat hij een beroep op die regels naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan oordelen. In het onderhavige geval is een en ander echter niet aan de orde.’

De Hoge Raad wijst in zijn overwegingen op de hiervoor geciteerde passage uit de memorie van toelichting bij de Wet flexibiliteit en zekerheid, waarin de regering meedeelt dat ook andere driehoeksrelaties dan klassieke uitzending onder de reikwijdte van artikel 7:690 BW kunnen vallen. Daarbij laat de Hoge Raad echter onvermeld dat de regering in dit verband en ook later tijdens de parlementaire behandeling heeft benadrukt dat de regeling van de uitzendovereenkomst alleen zou gelden voor die werkgevers die daadwerkelijk een (actieve) allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen. Bovendien lijkt de Hoge Raad zich niet te realiseren dat de door hem aangehaalde passage uit de wetgeschiedenis geplaatst moet worden in de hiervoor beschreven context van het in die tijd nog bestaande onderscheid tussen kortdurend uitzenden door uitzendbureaus met een vergunning en in- en uitlening door uitleen- en detachementbedrijven.

De Hoge Raad had ook duidelijker stelling kunnen nemen in plaats van te overwegen dat de wetgever in actie moet komen wanneer zijn – vooral op de tekst van artikel 7:690 BW gebaseerde – oordeel niet tot het door de wetgever beoogde resultaat zou leiden. De duidelijke overwegingen van de Hoge Raad over de onderlinge verhouding van de artikelen 7:690 en 7:691 BW maken dat de door de Hoge Raad genoemde mogelijkheid voor de rechter om artikel 7:691 BW zo uit te leggen dat strijd met de ratio van die regels wordt voorkomen, dan wel dat hij een beroep op die regels naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan oordelen, in de praktijk geen betekenis zal hebben. Immers, als sprake is van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW, dan is naar het oordeel van de Hoge Raad het verlichte ontslagregime in artikel 7:691 BW (en art. 7:668a lid 5 sub a BW) van toepassing. Daar zit weinig ruimte voor discussie.

## 5 Aanpassing definitie uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW

Nu de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het vervullen van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt geen constitutief vereiste (meer) vormt bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW zou, ook bij terbeschikkingstellingsvarianten waarbij de werkgever geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt, sprake

kunnen zijn van een uitzendovereenkomst. In dat geval is het in artikel 7:691 BW en artikel 7:668a lid 5 sub a BW neergelegde verlichte ontslagregime bij uitzending van toepassing. De betrokken werknemer zou dan voor de toepassing van Titel 7.10 BW in dezelfde juridische positie verkeren als een uitzendkracht, zij het dat zijn werkgever hem bij het einde van de inleenopdracht niet ter beschikking zal (kunnen) stellen aan een andere opdrachtgever. De werkgever vervult immers geen allocatiefunctie op de arbeidsmarkt.<sup>19</sup>

Naar aanleiding van de overweging van de Hoge Raad in het *Care4Care*-arrest dat de wetgever in actie moet komen wanneer zijn oordeel in nieuwe driehoeksrelaties als payrolling zou leiden tot resultaten die niet verenigbaar zijn met wat de wetgever voor ogen heeft gestaan bij de regeling van de uitzendovereenkomst, zijn Kamervragen gesteld.<sup>20</sup> In zijn antwoord op deze Kamervragen deelde de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) mee dat ‘zoals ook uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid’ het verlichte ontslagregime bij uitzending is bedoeld voor uitzending door een uitzendwerkgever die op actieve wijze een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Op de vraag aan de minister of hij de bezorgdheid van de Kamerleden deelde dat het *Care4Care*-arrest zou leiden tot meer onzekere arbeidscontracten en, zo ja, wat hij daaraan zou gaan doen, antwoordde de minister dat dit arrest voor werkgevers aanleiding kan zijn om nog meer gebruik te gaan maken van payrolling dan nu al het geval is. Een wetswijziging om de onwenselijke resultaten als gevolg van het oordeel van de Hoge Raad weg te nemen zou echter niet meer in zijn kabinetsperiode verwezenlijkt kunnen worden, aldus de minister.

Als de wetgever van oordeel is dat het in de artikelen 7:691 en 7:668a lid 5 sub a BW opgenomen verlichte ontslagregime bij uitzending niet van toepassing behoort te zijn op terbeschikkingstellingsvarianten waarbij de werkgever geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt, zou artikel 7:690 BW als volgt kunnen worden gewijzigd:

‘De uitzendovereenkomst is de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever dat is gericht op het op actieve wijze bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid op de arbeidsmarkt, 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.’

19 De bijzondere ontslagregels bij payrolling in artikelen 20 t/m 23 van de Ontslagregeling helpen de payrollwerknemer hier niet omdat deze uitsluitend van toepassing zijn bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst (voor onbepaalde tijd) van de payrollwerknemer. Zie over deze ontslagregels J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, hoofdstuk 3.3.

20 Aanhangsel *Handelingen II* 2016/17, 654. Zie ook de brief van de minister van SZW aan de Tweede Kamer van 5 december 2016, *Kamerstukken II* 2016/17, 29544, 761.

