



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Case note: Gerechtshof Amsterdam (nr. 200.190.037/01:Uitzending en doorlening, toezicht en leiding)

Zwemmer, J.P.H.

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H., (2017). Case note: Gerechtshof Amsterdam (nr. 200.190.037/01:Uitzending en doorlening, toezicht en leiding), No. 267, No. ECLI:NL:GHAMS:2017:3723, 13 p., Sep 12, 2017. (Jurisprudentie arbeidsrecht; Vol. 2017, No. 15).

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.

267

Gerechtshof Amsterdam

12 september 2017, nr. 200.190.037/01,
 ECLI:NL:GHAMS:2017:3723
 (mr. Steenberghe, mr. Van der Meer, mr.
 Cortenaar)
 Noot mr. dr. J.P.H. Zwemmer

**Doorlening. Terbeschikkingstelling in drie-
 hoeksverhouding. Verplichte aansluiting bij
 StiPP. Criterium "leiding en toezicht".**

[BW art. 7:690]

Payrollbedrijf Percival is opgericht op 20 september 2000. Het is opgericht om te voorzien in de behoefte van een aantal ondernemingen, aan te duiden als "SThree". Vanaf 2004 is Percival aangesloten geweest bij StiPP. Vanaf 2008 heeft zij geen premies meer voldaan. Zij stelt dat zij niet onder het Verplichtstellingsbesluit valt, omdat zij geen uitzendonderneming is, maar een payrollbedrijf en omdat zij haar arbeidskrachten rechtstreeks ter beschikking stelt aan "de eindklanten", zijnde de klanten van SThree, en niet aan SThree zelf. Van doorlening zou daarom geen sprake zijn. StiPP ziet dit anders en heeft aanspraak gemaakt op nabetaling van premies ad € 794.162,66. De kantonrechter heeft geoordeeld dat Percival weliswaar werknemers ter beschikking stelt aan een derde (de eindklant), maar dat daaraan geen rechtstreekse opdracht van de eindklant aan Percival ten grondslag ligt. Daarom zou niet zijn voldaan aan één van de vereisten voor verplichte aansluiting bij StiPP.

Op het hoger beroep van StiPP overweegt het hof dat, gelet op het Care4Care-arrest, ook payrolling onder het bereik van art. 7:690 BW en daarmee onder dat van het Verplichtstellingsbesluit valt. In casu is sprake van een werkgever (Percival) die in het kader van zijn beroep of bedrijf werknemers ter beschikking stelt aan een derde. Er is ook sprake van een door die derde aan de werkgever gegeven opdracht. Uit de overeenkomst die Percival heeft gesloten met de SThree-bedrijven blijkt dat alle betrokken bedrijven opdrachtgever zijn. De overeenkomst van opdracht die de grondslag vormt van de feitelijke terbeschikkingstelling van de consultant is steeds de opdracht tussen de afzonderlijke SThree Company en Percival. De afzonderlijke SThree Company is ook de derde onder wiens leiding en toezicht de consultant arbeid verricht. De (eind)cliënt betaalt de vergoeding voor

de consultant aan de SThree Company en de SThree Company betaalt deze door aan Percival. Op grond van de overeenkomst tussen de cliënt en de afzonderlijke SThree Company krijgt de cliënt een instructiebevoegdheid. De SThree Company heeft deze bevoegdheid overgedragen gekregen van Percival. Dat de SThree Company van dit recht geen gebruik maakt door de consultant niet voor haar te laten werken, maar aan Percival de instructie geeft de consultant bij de cliënt te plaatsen, doet er niet aan af dat de SThree Company ten opzichte van Percival degene is onder wiens leiding en toezicht de consultant zijn arbeid verricht. Ook aan dit vereiste van art. 7:690 BW is daarmee voldaan. De vordering van StiPP is dus toewijsbaar.

NB. Sinds het Care4Care-arrest («JAR» 2016/286) is uitgangspunt dat ook payrollbedrijven onder het bereik van art. 7:690 BW vallen. Vereist is wel dat de inlener leiding en toezicht heeft over de ter beschikking gestelde werknemer. Dat kan ook het geval zijn in een situatie van doorlening. Het gaat om het kunnen uitoefenen van leiding en toezicht, niet om het daadwerkelijk uitoefenen. Zie over het criterium "leiding en toezicht" ook «JAR» 2017/169 en «JAR» 2017/198.

Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten te Amsterdam,
appellante,
advocaten: mr. drs. A.R.J. Croiset van Uchelen te Amsterdam, mr. F.B.J. Grapperhaus te Amsterdam en mr. S.J. Kremer te Amsterdam,
tegen
Percival BV te Eindhoven,
geïntimeerde,
advocaat: mr. S.A.J. van Riel te Eindhoven.

*1. Het geding in hoger beroep
 (...; red.)*

2. Feiten

De kantonrechter heeft in het bestreden tussenvonnis van 28 november 2014 onder 1.1 tot en met 1.12 en in het bestreden eindvonnis van 8 januari 2016 onder 1.1 tot en met 1.4 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

2.1. Percival is opgericht op 20 september 2000. Haar inschrijving in het handelsregister vermeldt als bedrijfsomschrijving:

“Het via derden op projectbasis in dienst nemen en verlonen van personeel.”

Deze omschrijving komt overeen met de statutaire doelomschrijving van Percival in artikel 2 lid 1 van de notariële akte (“Partiële Statutenwijziging”) van 30 december 2003:

“Het via derden op projectbasis in dienst nemen en verlonen van personeel en voorts al hetgeen met het vorenstaande verband houdt of daartoe in de ruimste zin bevorderlijk kan zijn.”

Percival is opgericht teneinde te voorzien in de behoefte van de diverse (in nr. 2.4 nader te noemen) ondernemingen, gezamenlijk aangeduid als SThree Brands, en de holdingvennootschap SThree Holdings UK Ltd. (hierna: SThree Holdings). De SThree Brands en SThree Holdings zullen hierna gezamenlijk SThree genoemd worden.

2.2. Bij Besluit van 19 december 2003, nr. 98-24588, *Stcrt.* 2003 nr. 251 (hierna: het Verplichtstellingsbesluit) is met ingang van 1 januari 2004 de deelneming in de Stichting Bedrijfspensioenfonds voor Langdurige Uitzendkrachten (destijds afgekort: Stiplu) ingevolge de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna afgekort: Wet Bpf 2000) verplicht gesteld voor uitzendkrachten die zowel tenminste in 26 weken werkzaam zijn geweest voor één uitzendonderneming als 21 jaar of ouder zijn.

Bij Besluit van 30 januari 2009 (*Stcrt.* 2009 nr. 1645), is het Verplichtstellingsbesluit met ingang van 1 februari 2009 gewijzigd (onder meer) in die zin dat door naamswijziging van Stiplu de verplichtstelling de deelneming in de Stichting Pensioenfonds voor de Personeelsdiensten (afgekort: StiPP) betreft en geldt voor uitzendkrachten die op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam zijn voor een uitzendonderneming vanaf de eerste dag dat zij de leeftijd van 21 bereiken tot hun 65 jarige leeftijd. In het Verplichtstellingsbesluit zijn de begrippen uitzendonderneming en uitzendovereenkomst als volgt gedefinieerd:

“Uitzendonderneming:

De natuurlijke of rechtspersoon, die voor tenminste 50 procent van het totale premieplichtig loon op jaarbasis uitzendkrachten ter beschikking stelt van (uitzendt naar) opdrachtgevers, zijnde de werkgever in de zin van art. 7:690 van het Burgerlijk Wetboek.

Uitzendovereenkomst

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

2.3. Percival heeft zich in 2004 aangemeld bij StiPP (destijds geheten: Stiplu). Naar aanleiding daarvan heeft Stiplu bij brief van 5 juli 2004 aan Percival haar aansluiting per 1 januari 2004 bij het bedrijfstakpensioenfonds bevestigd. Percival heeft nadien telkens aan Stiplu/StiPP gegevens van haar werknemers aangeleverd en pensioenpremies voldaan.

2.4. In januari 2010 heeft Percival met een aantal in Nederland en Engeland gevestigde vennootschappen (hierna gezamenlijk: de SThree Brands, en afzonderlijk: de SThree Company) “Master Agreements for the Provision of Technical Services 2010” gesloten (hierna de Master Agreement).

In deze overeenkomst zijn de afwijkingen overeengekomen van de “Netherlands Preferred Supplier Master Agreement Terms and Conditions 2010” (hierna: de Algemene Voorwaarden) die op de afzonderlijke overeenkomsten (in de Algemene Voorwaarden: “Particular Agreement”) tussen de afzonderlijke SThree Company (in de Algemene Voorwaarden: “the Company”) en Percival (in de Algemene Voorwaarden: “Service Provider”) van toepassing zijn.

In de Algemene Voorwaarden staat onder meer: “Whereas:

The Company has clients who require services and has located consultants to provide such services. The Service Provider agrees to engage such consultants in order to subcontract their services to the Company who will in turn subcontract their services to its clients.

(...)

Definitions

‘Particular Agreement’ means the agreement between the Company and the Service Provider setting out the terms and conditions with respect to the supply of a particular consultant by the Service Provider to the Company for the duration of a Client’s project, comprising the Master Agreement, schedule(s) setting out the specific terms of the agreement and the worksheets.

(...)

‘Consultant Services’ means all services to be performed by consultants on behalf of the Service Provider detailed herein and in the Particular Agreements.

(...)

‘Consultant(s)’ means the person(s) provides by the Service Provider to carry out the Consultant Services for the duration of a Clients’ project and named in a Particular Agreement.

(...)

3.1. Performance of the Consultant Services

(...)

3.1.1. The Service Provider shall use its best endeavours to ensure that the Consultant(s) shall carry out the Consultant Services in accordance with the information, instruction and requirements of the Client as stated by the Client from time to time.

3.1.2. (...)

The Service Provider hereby warrants that the Consultant(s) have the skill and competence to meet those requirements, that it will perform the Consultant Services with skill, integrity and competence using its own equipment as appropriate, that the Consultant(s) will perform all duties they are engaged to perform and that the Client expects them to perform and that the work performed pursuant to the Particular Agreement will be of a quality satisfactory to the Client. (...). In de door Percival gebruikte standaard arbeidsovereenkomsten, waarin Percival staat vermeld als “The Employer”, de consultant als “The Employee” en de SThree Company als “Agency” staat onder meer:

“Whereas:

a) The Parties wish to enter into a contract of employment with each other, whereby the Employee undertakes to perform work at an (End) Client for the Employer in return for pay for a fixed term, namely for the duration of the project referred to below.

b) On the basis of this contract of employment the Employer will outsource the Employee to an (end)Client

c) The Employee will perform work under supervision and management of an (End) Client in accordance with instructions issued to the Employer.

d) The Parties hereby wish to record this contract of employment and the accompanying terms and conditions in writing.

(...)

Article 4. Term of contract of employment

Project: agreement between an Agency and/or Preferred Supplier/Client with respect to the work that needs to be carried out with due regard for the capacities of the Employee at the (End) Client’s premises.

Agency: intermediary with whom the Employer has entered into a master agreement and/or sub-agreement for the benefit of outsourcing the Employee to an (End) Client.

Client: company for whom the Employee performs work.

Preferred Supplier: intermediary who enters into an agreement with the Agency and places the Employee with an (End)Client.

(End)Client: company at which the Employee actually performs work.

(...)

Article 5. End of contract of employment and premature termination

The contract of employment is entered into for the duration of the Project and terminates by operation of law upon completion of the Project, without prior notice to this effect being required. The Project will terminate – with due regard the notice period conform the Collective Labour Agreement (CAO voor

Uitzendkrachten(ABU)) –, as soon as:

– the Client/Preferred Supplier or the Agency states that the assignment has come to an end;

– the Client/Preferred Supplier or the Agency states that the work has come to an end;

– the Client/Preferred Supplier or the Agency states that the Employee will no longer be allowed to perform the agreed work.

(...)”

2.5. Providius heeft in opdracht van de Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten (hierna: SNCU) op 10 mei 2012 een controle uitgevoerd bij Percival inzake de afdracht van pensioenpremies aan StiPP. Providius heeft 6 augustus 2012 van haar bevindingen rapport uitgebracht. Naar aanleiding van dat rapport heeft StiPP bij brief van 21 januari 2013 Percival medegedeeld dat zij nalatig is geweest in de aangifteplicht van haar pensioenverplichtingen uit de Basisregeling en de Plusregeling en dat het bestuur van StiPP besloten heeft om Percival een “ambtshalve nota” op te leggen van € 1.016.150,33 over de jaren 2008, 2009, 2010 en 2011. Percival is in de brief van 21 januari 2013 door StiPP in de gelegenheid gesteld

om een correcte aangifte van de loongegevens te doen. Van die gelegenheid heeft Percival geen gebruik gemaakt.

2.6. Bij brief van 15 februari 2013 van haar (in de aanhef van dit arrest genoemde) advocaat mr. Van Riel aan StiPP, heeft Percival bezwaar gemaakt tegen de ambtshalve nota van 21 januari 2013 omdat zij niet onder het Verplichtstellingsbesluit zou vallen en, voor zover dat wel het geval zou zijn, de ambtshalve nota niet correct is. In de brief wordt tevens melding gemaakt van betalingsonmacht als bedoeld in artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000 en artikel 2 Besluit Meldingsregeling Wet Bpf 2000. Bij brief van 1 maart 2013 van mr. Van Riel aan StiPP heeft Percival, ter nadere onderbouwing van haar bezwaar, (kort samengevat) gesteld en toegelicht dat zij geen uitzendonderneming maar een payrollonderneming zonder allocatiefunctie is, en haar werknemers niet werkzaam zijn op basis van een uitzendovereenkomst zoals het Verplichtstellingsbesluit vereist. Op 26 juni 2013 vond een bespreking plaats tussen (onder anderen) de raadsman van Percival en StiPP, naar aanleiding waarvan mr. Van Riel, StiPP per e-mails van 26 en 27 juni 2013 heeft bericht. Naar aanleiding van opmerkingen van Percival heeft Providius op 23 augustus 2013 een nieuw rapport uitgebracht waarin zij de door Percival niet afgedragen premies heeft berekend op € 794.162,66.

2.7. Bij brief van 4 september 2013 heeft StiPP het standpunt van Percival weersproken en (kort samengevat) gesteld en toegelicht dat Percival onder het Verplichtstellingsbesluit valt en mitsdien premieplichtig is voor haar werknemers. Tevens heeft StiPP de invordering van de tot € 794.162,66 verlaagde ambtshalve nota aangekondigd indien Percival de deelnemersgegevens niet binnen 14 dagen aan haar verstrekt. Voorts heeft StiPP geconstateerd dat de melding van betalingsonmacht niet binnen de daarvoor geldende termijn van 14 kalenderdagen is gedaan. Percival heeft nadien geen deelnemersgegevens aan StiPP verstrekt.

2.8. Bij brief van 11 september 2013 van mr. Van Riel heeft Percival gereageerd op de brief van 4 september 2013 van StiPP en daarin (verkort weergegeven) zich op het standpunt gesteld dat zij, vanwege het ontbreken van een allocatiefunctie, niet is aan te merken als een uitzendonderneming en dat evenmin sprake is van doorlening omdat zij haar arbeidskrachten rechtstreeks ter beschikking stelt aan (wat zij noemt) “de eind-

klant”. Percival kondigde in de brief aan StiPP te zullen dagvaarden, hetgeen zij vervolgens op 19 december 2013 heeft gedaan.

3. Beoordeling

3.1. Percival heeft jegens StiPP gevorderd, primair, een verklaring voor recht dat zij niet onder het Verplichtstellingsbesluit valt en, subsidiair, een verklaring voor recht dat zij niet gehouden is tot betaling van de tot € 794.162,66 verlaagde premienota van 21 januari 2013 en de nota ter zake van de administratiekosten van € 5.000,=, en (eveneens subsidiair) dat de melding betalingsonmacht tijdig en rechtsgeldig is geschied en met veroordeling van StiPP in de proceskosten.

StiPP heeft in reconventie de veroordeling van Percival gevorderd tot betaling van € 794.162,66 aan pensioenpremies over de jaren 2008, 2009, 2010 en 2011 en van € 5.000,= (naderhand verlaagd tot € 1.600,=) aan administratiekosten, beide bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 6 december 2013 en met veroordeling van Percival in de proceskosten in conventie en reconventie.

In het tussenvonnis van 28 november 2014 heeft de kantonrechter (in rov. 10) beslist dat Percival een uitzendonderneming is als bedoeld in artikel 1 van het Verplichtstellingbesluit omdat vaststaat dat Percival in het kader van haar beroep of bedrijf arbeidskrachten ter beschikking stelt aan inleners om onder leiding en toezicht van de inlener werkzaamheden te verrichten, en met die activiteiten meer dan 50% van de loonsom is gemoeid. Voorts heeft de kantonrechter in dat tussenvonnis overwogen dat de kern van het geschil tussen partijen de vraag betreft of sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van het Vrijstellingsbesluit en dat zij meer feitelijke informatie nodig heeft over de relatie tussen de bij Percival betrokken partijen en de wijze waarop daaraan uitvoering gegeven wordt.

3.2. In het eindvonnis van 8 januari 2016 heeft de kantonrechter (in rov. 6) beslist dat Percival als werkgever, werknemers ter beschikking stelt aan een derde (hierna: de (eind)cliënt) maar dat daaraan geen rechtstreekse opdracht van de (eind)cliënt aan Percival ten grondslag ligt. Er is, zo overweegt de kantonrechter, derhalve geen sprake van een terbeschikkingstelling aan een derde krachtens een door *deze* aan de werkgever verstrekte opdracht, zodat geen sprake is van een uitzendovereenkomst en daarmee is volgens de

kantonrechter niet voldaan aan één van de wezenlijke vereisten voor verplichte aansluiting bij StiPP.

Voorts heeft de kantonrechter het beroep van StiPP op rechtsverwerking, dat StiPP heeft gebaseerd op de vrijwillige aansluiting van Percival bij Stipp en de periode van 10 jaar waarin (ook) Percival zelf van de juistheid van die aansluiting is uitgegaan, afgewezen. Ten slotte heeft de kantonrechter geoordeeld dat de vrijwillige aansluiting van Percival bij StiPP, Percival niet verplicht tot betaling van de premienota.

Deze beslissingen leidden in conventie tot een verklaring voor recht dat Percival niet onder het Verplichtstellingsbesluit valt en, in reconventie, tot afwijzing van de vordering van StiPP tot betaling van de premienota en de administratiekosten.

3.3. Tegen de beslissing in conventie en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt StiPP met vier grieven op. Tegen de beslissing in reconventie en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt StiPP met een grief op. Voorts heeft StiPP in conventie en reconventie gegriefd tegen de proceskostenveroordeling.

De grieven I, II en III zijn gericht tegen de beslissing van de kantonrechter dat Percival niet onder het Verplichtstellingsbesluit valt. Het hof zal deze grieven vanwege hun onderlinge samenhang gezamenlijk behandelen. Het hof zal eerst de standpunten van partijen weergegeven.

3.4. Het standpunt van StiPP luidt, samengevat, als volgt.

De verplichting tot deelname aan StiPP geldt voor uitzendkrachten die op basis van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW werkzaam zijn voor een uitzendonderneming in de zin van artikel 7:690 BW.

3.4.1. Percival is, ook als payrollonderneming, een uitzendonderneming in de zin van artikel 7:690 BW omdat – zonder dat daarbij een allocatiefunctie is vereist – zij in het kader van haar bedrijf arbeidskrachten ter beschikking stelt om onder leiding en toezicht van de (eind)cliënt werkzaamheden te verrichten waarmee meer dan 50% van de totale loonsom van Percival gemoeid is.

3.4.2. De werknemers zijn uitzendkrachten die werkzaam zijn op basis van een uitzendovereenkomst. De terbeschikkingstelling gaat niet direct van Percival naar de (eind)cliënt, maar indirect via de SThree Company. Percival stelt (als opdrachtgever) haar werknemers ter beschikking aan de SThree Company (als opdrachtgever). De

SThree Company stelt de werknemers vervolgens (als opdrachtnemer van de (eind)cliënt) ter beschikking aan de (eind)cliënt (de opdrachtgever van de SThree Company) onder wiens leiding en toezicht de werknemer zijn werkzaamheden verricht. Er is geen sprake van uitlening door Percival maar van doorlening door de SThree Company. Dit volgt uit de tekst van de Algemene Voorwaarden (zie hiervoor onder 2.4 onder *Whereas* en de definitie van *Particular Agreement*) en de wijze van facturering. De facturering loopt via SThree aldus dat de (eind)cliënt aan de SThree Company betaalt, die betaalt vervolgens aan Percival en Percival betaalt aan de werknemer.

De SThree Company is ten opzichte van de overeenkomst tussen Percival en de werknemer de in artikel 7:690 BW bedoelde derde die krachtens een door haar aan Percival verstrekte opdracht de werknemers arbeid laat verrichten. Dat de werknemers feitelijk niet onder toezicht en leiding van de SThree Company werkzaam zijn, maar van een door de SThree Company aangewezen andere, laat onverlet dat er sprake is van een “terbeschikkingstelling aan een derde” krachtens een door die derde gegeven opdracht aan de werkgever. Dit betekent dat de werknemers werkzaam zijn op basis van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.

3.4.3. De verplichtstelling sterkt er toe werknemers, die geen pensioen opbouwen bij de onderneming waar zij werkzaam zijn, de zekerheid van een pensioen te geven.

De constructie van de vierpartijenverhouding is identiek aan het klassieke uitzenden van uitzendkrachten. De SThree Company werft, selecteert en plaatst zoals een klassieke uitzendonderneming dat doet en Percival neemt als payrollonderneming het formele werkgeverschap van de SThree Company over.

3.5. Het standpunt van Percival luidt, samengevat, als volgt.

3.5.1. SThree is een wervings- en selectiebedrijf dat in opdracht van (eind)cliënten hooggekwalificeerde kandidaten zoekt op het gebied van telecom, it en finance. Bij Percival zijn geen andere werknemers in dienst dan zij die zijn aangedragen door de SThree. Afspraken tussen de SThree Company en Percival werden ten aanzien van elke afzonderlijke consultant op grond van de Master Agreement vastgelegd in een deelovereenkomst. Percival krijgt de opdracht van de SThree Company maar niet van de (eind)cliënt. Tussen Percival

en de (eind)cliënt bestaat geen enkele juridische relatie. Vanuit commerciële overwegingen onderhield iedere SThree Company contacten met de (eind)cliënten over hun tevredenheid over de consultant, de duur van het project en de behoefte aan meer consultants, maar van leiding over en toezicht op de consultants door de SThree Company of Percival was geen enkele sprake.

3.5.2. Doorlening valt niet onder het toepassingsbereik van artikel 7:690 BW. Maar ook indien dat wel het geval zou zijn, dan geldt dat van doorlening door de SThree Company aan de (eind)cliënt geen sprake is omdat de consultant door Percival rechtstreeks ter beschikking gesteld wordt aan de (eind)cliënt en omdat de SThree Company slechts een zuivere bemiddelaar is, van enige terbeschikkingstelling aan haar geen sprake is en zij geen leiding of toezicht uitoefent of delegeert. De derde in de zin van artikel 7:690 BW is de (eind)cliënt. Van de (eind)cliënt heeft Percival nooit enige opdracht gekregen zodat, uitgaande van de letterlijke tekst van de definitie van uitzendovereenkomst in het Verplichtstellingsbesluit, van een uitzendovereenkomst in de zin van dat besluit geen sprake is.

3.5.3. Percival is geen uitzendonderneming in de zin van artikel 7:690 BW omdat zij maar één opdrachtgever heeft, SThree Holdings UK Ltd., die haar (op grond van de Master Agreement) opdraagt om het formele werkgeverschap op zich te nemen van de aangedragen kandidaten. Een andere ondernemingsactiviteit dan payrolling ten behoeve van de SThree Brands heeft Percival niet zodat van een allocatiefunctie geen enkele sprake is.

3.5.4. De bedoeling van het Verplichtstellingsbesluit heeft geen zelfstandige betekenis omdat op grond van de tekst en uitleg daarvan door middel van de CAO-norm, blijkt dat Percival niet onder het Verplichtstellingsbesluit valt omdat zij van de (eind)cliënt geen opdracht heeft.

3.6. Voor de beantwoording van de vraag of Percival onder het Verplichtstellingsbesluit valt, stelt het hof de volgende uitgangspunten voorop.

3.6.1. Voor de uitleg van de begripsomschrijvingen uitzendonderneming en uitzendovereenkomst zijn de bewoordingen van de het Verplichtstellingsbesluit, gelezen in het licht van de tekst van dat besluit, in beginsel van doorslaggevende betekenis. Dit leidt niet tot een louter taalkundige uitleg maar tot een uitleg naar objectieve maatstaven, waarbij onder meer acht kan worden geslagen

op de elders in het besluit gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van het rechtsgevolg waartoe een op zichzelf mogelijke tekstinterpretatie zou leiden.

3.6.2. De stelplicht en de bewijslast met betrekking tot de stelling dat Percival onder het Verplichtstellingsbesluit valt, rusten in beginsel bij StiPP. StiPP zal als schuldeiser van de premienota feiten en omstandigheden moeten aanvoeren waaruit blijkt dat Percival onder het Verplichtstellingsbesluit valt, en meer in het bijzonder voldaan is aan de daarin omschreven begrippen uitzendonderneming en uitzendovereenkomst. Dit laat echter onverlet dat op Percival een verzwaarde stelplicht ten aanzien van het door haar te voeren verweer rust. Omdat Percival partij is bij de rechtsverhoudingen met SThree en zorgt voor de feitelijke terbeschikkingstelling van haar werknemers aan de (eind)cliënten van de SThree Brands, en StiPP voor de duiding van deze rechts- en feitelijke verhouding afhankelijk is van de openheid die Percival daarover betracht, kan van haar worden verlangd dat zij, in het kader van haar gemotiveerde betwisting, voldoende gegevens verschaft.

3.6.3. De Hoge Raad heeft in het arrest van 4 november 2016 (*Care 4 Care/StiPP* ECLI:NL:HR:2016:2356) beslist dat voor de toepassing van artikel 7:690 BW niet is vereist dat de werkgever een allocatiefunctie vervult, in die zin dat artikel 7:690 BW uitsluitend van toepassing zou zijn indien de werkgever zich met name bezighoudt met het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van tijdelijke arbeid zoals vervanging van werknemers tijdens ziekte of andere afwezigheid, het opvangen van piekuren of soortgelijke plotselinge opkomende werkzaamheden. Uit de tekst van artikel 7:690 BW volgt dat alle arbeidsovereenkomsten waarbij de werknemer door de werkgever ter beschikking wordt gesteld aan een derde om krachtens door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van die derde, uitzendovereenkomsten zijn.

3.6.4. Dit impliceert ook dat payrolling als waarvan in het voorliggende geval sprake is, onder het bereik van artikel 7:690 BW valt. De Hoge Raad heeft in voornoemd arrest beslist dat de wetgeschiedenis geen aanknopingspunt biedt voor de veronderstelling dat de wetgever in artikel 7:691 BW aan het begrip “uitzendovereenkomst” een andere betekenis heeft willen geven dan in artikel 7:690 BW en dat, voor zover de toepassing van

de regels van artikel 7:691 BW in nieuwe driehoeksrelaties als payrollrolling zou leiden tot resultaten die zich niet laten verenigen met hetgeen de wetgever bij de regeling van de artikel 7:690-7:691 BW voor ogen heeft gestaan, het in de eerste plaats aan de wetgever is om hier grenzen te stellen. Met die grenzen wordt bedoeld het aan de werkgever ontzeggen van het verlichte regime van artikel 7:691 BW, bijvoorbeeld vanwege het feit dat de payroll-constructie ten opzichte van de arbeidsovereenkomst geen toegevoegde waarde heeft.

3.7. De deelneming aan StiPP is verplicht voor uitzendkrachten die op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam zijn voor een uitzendonderneming.

Omdat de definitie van het begrip uitzendovereenkomst in het Verplichtstellingsbesluit (vrijwel) identiek is aan de omschrijving van dat begrip in artikel 7:690 BW, is voor de uitleg van het begrip uitzendovereenkomst in het Verplichtstellingsbesluit artikel 7:690 BW leidend. Van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW is sprake indien een overeenkomst de volgende elementen bevat:

- een werkgever;
- die in het kader van diens beroep of bedrijf;
- een werknemer ter beschikking stelt;
- aan een derde;
- om krachtens een door die derde aan de werkgever gegeven opdracht;
- arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde.

StiPP heeft, anders dan Percival heeft betoogd, ten aanzien van de toepasselijkheid van artikel 7:690 aan haar stelplicht voldaan. Indien Percival bedoeld heeft te betogen dat zij met de betwisting van de stellingen van StiPP kunnen volstaan, miskent zij dat op haar ten aanzien van voornoemde elementen een verzwaarde stelplicht rust. Het hof zal daar nog op terugkomen.

3.8. Voor de beoordeling of in de onderhavige verhouding tussen Percival, de SThree Company, de (eind)cliënt en de consultant aan deze elementen is voldaan, is in de eerste plaats de inhoud van hun onderlinge (rechts)verhoudingen van belang.

3.9. Dat tussen Percival en de consultant sprake is van een arbeidsovereenkomst, volgt onmiskenbaar uit de door Percival gebruikte tekst van de standaard-arbeidsovereenkomst waarmee zij haar rechtsverhouding met de consultants heeft vastgelegd. Dat blijkt onder meer uit:

– de aanduiding van Percival als employer en de consultant als employee;

– het feit dat de terbeschikkingstelling door Percival van de consultant aan de (eind)cliënt zijn contractuele grondslag vindt in artikel 2 van de arbeidsovereenkomst waarin staat:

“The Employee undertakes to carry out to the best of his ability all work he may in all reasonableness be instructed to do by or on behalf of the Employer and that is associated with the company of the Employer or the (End) Client and to behave in accordance with the instructions that will be issued to him by or on behalf of the Employer or the (End) Client, even if his work is not (entirely) covered by his job description”;

– het feit dat in artikel 2 van de arbeidsovereenkomst de consultant zich ten opzichte van Percival verplicht om de instructies van zowel Percival als de (eind)cliënt op te volgen.

3.10. Ten aanzien van haar bedrijfsactiviteiten heeft Percival aangevoerd dat zij in opdracht van de SThree Company de voor de (eind)cliënten geworven en geselecteerde consultants “formeel” in dienst neemt en rechtstreeks ter beschikking stelt aan de (eind)cliënten. Omdat Percival geen andere opdrachtgevers heeft dan de SThree Brands, is voor haar bedrijfsactiviteit de inhoud van de Master Agreement en de Algemene Voorwaarden van belang.

Die inhoud blijkt kernachtig uit de (hierboven in nr. 2.4 al aangehaalde) definitie van “Particular Agreement” in de Algemene Voorwaarden:

“the agreement between the Company and the Service Provider setting out the terms and conditions with respect to the supply of a particular consultant by the Service Provider to the Company for the duration of a Client’s project(...)”.

Hieruit vloeit voort dat Percival op basis van afzonderlijke overeenkomsten met de diverse SThree Brands bedrijfsmatig consultants ter beschikking stelt.

3.11. Dat de terbeschikkingstelling van de consultant door Percival plaatsvindt aan een derde staat vast: de consultant verricht immers geen arbeid rechtstreeks voor Percival. Percival draagt op basis van de overeenkomst met de consultant deze op om werkzaamheden te verrichten voor een ander dan voor haarzelf. Tevens staat tussen partijen vast dat de ter beschikkingstelling *feitelijk* plaats vindt aan de (eind)cliënt en dat de consultant arbeid verricht onder toezicht en leiding van de (eind)cliënt.

3.12. Dan rest de vraag of er sprake is van een door die derde aan de werkgever gegeven opdracht. Voor de vraag wie de opdrachtgever is van Percival en of die als de derde kan worden opgevat onder wiens leiding en toezicht de consultant arbeid verricht, zijn de rechtsverhoudingen tussen Percival en SThree en tussen Percival en de (eind)cliënt van belang.

3.12.1. Percival heeft gesteld dat zij maar één opdrachtgever had en dat dat SThree Holdings was. Zij heeft die stelling gebaseerd op het feit dat de Master Agreement ondertekend is door X, de directeur van SThree Holdings – “die alle ‘brands’ tezamen vertegenwoordigde” (zo stelt Percival in nr. 5 van de akte van 10 februari 2015) – en op het feit dat SThree Holdings zich tegenover Percival garant heeft gesteld voor de betaling van de facturen van Percival. Die garantstelling zou als achterliggende reden hebben dat Percival de loonbetalingen aan de consultants voorfinancierde.

Deze stelling is onjuist. De vraag wie partij is/zijn bij een overeenkomst wordt bepaald door de overeenkomst en niet door de functie van degene die namens die partijen de overeenkomst tekent. In de Master Agreement waarop Percival zich beroept staat SThree Holdings niet als partij vermeld. Als partijen staan vermeld in de Master Agreement tien vennootschappen, aangeduid met “Hereinafter singularly referred to as ‘the Company’, jointly referred to as ‘SThree Brands’”.

Voorts staat boven de handtekening van X: “Signed for and on behalf of the SThree Brands”. Dit betekent dat de SThree Brands in de Master Agreement de opdrachtgevers zijn van Percival. Daarmee is in overeenstemming dat SThree Holdings zich voor de SThree Brands tegenover Percival garant heeft gesteld. Die garantstelling zou immers zinledig zijn indien SThree Holdings de (enige) opdrachtgever van Percival zou zijn.

De Master Agreement en de Algemene Voorwaarden zijn aan te merken als een raamovereenkomst die van toepassing is zodra een SThree Company aan Percival een consultant aandraagt ten behoeve van een plaatsing bij een (eind)cliënt.

De overeenkomst van opdracht die de grondslag vormt van de feitelijke terbeschikkingstelling van een consultant door Percival is “the Particular Agreement” zoals omschreven in de Algemene Voorwaarden, te weten de overeenkomst “between the Company and the Service Provider”.

Omdat in de Algemene Voorwaarden “the Company” niet nader gedefinieerd is, dient daarvoor dezelfde (hierboven geciteerde) omschrijving te gelden als genoemd in de Master Agreement. Dat betekent dat met “the Company” in de omschrijving van de “the Particular Agreement” de afzonderlijke SThree Company wordt bedoeld.

De opdrachtgever van Percival is dus telkens (“singularly referred to”) de afzonderlijke SThree Company die aan Percival een consultant aanlevert voor plaatsing bij een (eind)cliënt.

3.12.2. Dan resteert de vraag of de SThree Company de derde is onder wiens leiding en toezicht de consultant arbeid verricht. Percival beantwoordt deze vraag ontkennend en acht daarvoor redengevend dat de consultant arbeid verricht onder leiding en toezicht van de (eind)cliënt maar niet van de SThree Company. De SThree Company is volgens Percival een zuivere bemiddelaar die niet meer doet dan werving en selectie en uitsluitend om commerciële redenen tijdens de werkzaamheden van de consultant contacten onderhoudt met de (eind)cliënt.

StiPP neemt tot uitgangspunt dat tussen Percival en de (eind)cliënt, zoals Percival zelf (zie o.m. nr. 18 van de pleitnota van mr. Van Riel) herhaaldelijk heeft gesteld, geen “enkele juridische relatie” bestaat. Dit gegeven brengt volgens StiPP met zich mee dat de terbeschikkingstelling door Percival niet anders dan via de SThree Company kan en (dus) moet lopen. Dit betekent volgens StiPP dat de SThree Company de doorlener aan de (eind)cliënt is.

3.12.3. Voor de vraag wie als derde heeft te gelden onder wiens leiding en toezicht de consultant arbeid verricht, is niet beslissend onder wiens feitelijke leiding de consultant zijn arbeid verricht maar de rechtsverhouding waaraan de (eind)cliënt zijn instructiebevoegdheid ten opzichte van de consultant ontleent. Omdat de instructiebevoegdheid op grond van de arbeidsovereenkomst bij Percival als werkgever berust, kan, bij gebreke van een contractuele relatie tussen Percival en de (eind)cliënt, de (eind)cliënt die instructiebevoegdheid uitsluitend ontleen aan de contractuele relatie met de SThree Company.

Ten aanzien van de stelling dat de contractuele relatie tussen de (eind)cliënt en de SThree Company beperkt is tot het selecteren en werven van consultants en het gedurende de werkzaamheden van de consultant onderhouden van commerciële contacten, heeft Percival niet aan haar verzwaarde

stelplicht voldaan. Zij heeft verzuimd om ter onderbouwing van haar betwisting een (voorbeeld van een) overeenkomst (“particular agreement”) in het geding te brengen die gewoonlijk gesloten werden tussen de SThree Company en de (eind)cliënt.

Dat de SThree Company na werving en selectie van de consultant als contractspartij van de (eind)cliënt contractueel betrokken blijft bij de werkzaamheden van de consultant, blijkt uit het (door Percival niet betwiste en daarmee vaststaande) gegeven dat de (eind)cliënt de vergoeding voor de terbeschikkingstelling van de consultant aan de SThree Company betaalt, en de SThree Company, na het inhouden van de haar toekomende commissie) de vergoeding van de terbeschikkingstelling aan Percival betaalt voor de zekerheid waarvan SThree Holdings zich jegens Percival garant heeft gesteld. De titel van de facturatie aan en betaling van de terbeschikkingstellingsvergoeding door de (eind)cliënt aan de SThree Company kan in de genoemde omstandigheden niet anders dan een overeenkomst van opdracht zijn op grond waarvan de SThree Company de consultant uitleent aan de (eind)cliënt en als tegenprestatie de overeengekomen prestatie factureert.

3.12.4. Het is aan deze overeenkomst van opdracht dat de (eind)cliënt zijn instructiebevoegdheid ontleent.

De SThree Company kan die instructiebevoegdheid uitsluitend van Percival als werkgever hebben verkregen op grond van de tussen hen bestaande overeenkomst (“particular agreement”), ook al omdat – zoals tussen partijen vaststaat – een rechtstreekse overeenkomst tussen de werknemer en de (eind)cliënt telkenmale ontbreekt. Hierop sluit de tekst van de preambule en definitie van de overeenkomst tussen Percival en de SThree Company in de Algemene Voorwaarden aan (de onderstrepingen zijn van het hof):

– de preambule: *The Service Provider agrees to engage such consultants in order to subcontract their services to the Company who will in turn subcontract their services to its clients;*

– de definitie van de overeenkomst tussen Percival en de SThree Company: *the supply of a particular consultant by the Service Provider to the Company for the duration of a Client’s project.*

Door de overdracht van de instructiebevoegdheid door Percival aan de SThree Company, is de SThree Company gerechtigd om leiding en toezicht uit te oefenen over de consultant. Dat de

SThree Company van dat recht niet gebruikmaakt door de consultant geen arbeid voor haar te laten verrichten, maar volstaat met de instructie aan Percival tot plaatsing van de consultant bij de (eind)cliënt en de overdracht van de instructiebevoegdheid aan de (eind)cliënt, doet er niet aan af zij ten opzichte van Percival de derde is onder wiens leiding en toezicht de consultant zijn arbeid verricht.

Hiermee strookt dat in artikel 5 van de arbeidsovereenkomst is bepaald dat niet alleen de (eind)cliënt en Percival, maar ook de “Agency” (te weten: de SThree Company) de terbeschikkingstelling (en daarmee ook de arbeidsovereenkomst) kan beëindigen. Zonder nadere toelichting van de zijde van Percival, welke ontbreekt, valt niet in te zien hoe deze bevoegdheid terecht is gekomen bij degene waarvan Percival stelt dat zij uitsluitend de “selecteur”, respectievelijk “bemiddelaar” is.

3.12.5. De slotsom luidt dat in de onderhavige verhouding tussen Percival, de SThree Company, de (eind)cliënt en de consultant aan alle elementen van artikel 7:690 BW is voldaan. Dat betekent dat voldaan is aan het vereiste van uitzendkrachten die op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam zijn. Evenzeer is daarmee voldaan aan het vereiste van uitzendonderneming.

Het gevolg is dat Percival onder het Verplichtstellingsbesluit valt en jegens StiPP gehouden is om de consultants aan te melden als deelnemers van Stipp.

Dit betekent dat de grieven I, II en III in het principaal hoger beroep slagen en grief IV geen verdere bespreking meer behoeft.

3.13. StiPP heeft ook gegriefd tegen de afwijzing van haar vordering in reconventie tot betaling van de pensioenpremies over de jaren 2008, 2009, 2010 en 2011, in totaal € 794.162,66, en € 1.600,= aan administratiekosten, beide bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente van 6 december 2013. De grief slaagt. De kantonrechter heeft de vordering ten onrechte afgewezen omdat Percival wel onder het Verplichtstellingsbesluit valt.

3.14. Percival heeft subsidiair een verklaring voor recht gevorderd dat zij niet gehouden is de premienota en de nota inzake de administratiekosten te voldoen. Zij heeft deze vordering onderbouwd met een beroep op de tijdige melding van haar betalingsonmacht, op strijd met maatstaven van

redelijkheid en billijkheid en op het ontbreken van een onderbouwing van de administratieve kosten.

3.14.1. De vraag of namens Percival tijdig en op juiste wijze is voldaan aan de in artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000 bedoelde verplichting om melding te maken van betalingsonmacht is voor de verschuldigdheid van Percival van de premienota niet van belang. Die vraag is wel van belang voor de vaststelling van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder(s) van Percival wegens het niet betalen van de aan StiPP verschuldigde bijdragen, maar dat belang valt buiten het bestek van de onderhavige procedure omdat de bestuurder(s) van Percival hierbij geen partij zijn. Door Percival zijn geen feiten gesteld waaruit een eigen belang van Percival bij deze (subsidiare) vordering blijkt. Dit betekent dat ook de vordering in reconventie om voor recht te verklaren dat de melding van betalingsonmacht op 15 februari 2013 tijdig en rechtsgeldig is geschied bij gebrek aan belang zal worden afgewezen.

3.14.2. Percival heeft gesteld dat de premienota in strijd is met maatstaven van redelijkheid en billijkheid en dat de vordering tot betaling daarvan reeds om die reden moet worden afgewezen. Op Percival rust de plicht om feiten en omstandigheden te stellen die, indien die komen vast te staan, het beroep van StiPP op de premienota naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maken. De daartoe door Percival aangevoerde feiten en omstandigheden, wat daarvan verder ook zij, rechtvaardigen een dergelijke conclusie echter niet.

3.14.3. De vordering in conventie om voor recht te verklaren dat Percival niet gehouden is tot betaling van de nota van 21 januari 2013 van € 794.162,66 wordt afgewezen en dat betekent dat de vordering in reconventie Percival te veroordelen tot betaling van € 794.162,66, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 6 december 2013, zal worden toegewezen.

3.14.4. Percival heeft tevens een verklaring voor recht gevorderd dat zij niet gehouden is de nota van de administratiekosten te voldoen. Die nota bedroeg aanvankelijk € 5.000,-. Het bezwaar van Percival was (onder meer en voor zover nog relevant) dat StiPP van die kosten geen specificatie in het geding heeft gebracht en bij gebreke daarvan de kosten niet zijn aangetoond.

StiPP heeft aangevoerd dat kosten zijn gemaakt voor de verwerving van gegevens, voor het verrichten van onderzoek ter plaatse en voor het analyseren daarvan en het daarover rapporteren. Voorts heeft zij aangevoerd dat het gaat om een forfaitair bedrag dat door het bestuur op grond van het Uitvoeringsreglement (december 2011) van StiPP (hierna: het Uitvoeringsreglement) bevoegd is vastgesteld.

Daarna heeft zij, kennelijk naar aanleiding van een (algemeen) besluit van het bestuur tot verlaging van het forfaitaire bedrag, bij akte van 6 juni 2014 in eerste aanleg haar vordering ter zake verminderd naar € 1.600,-.

In artikel 4.1 lid 8 van het Uitvoeringsreglement van StiPP is bepaald dat het bestuur van StiPP bevoegd is om de nodige gegevens naar beste weten vast te stellen indien de aangesloten werkgever niet tijdig de juiste gegevens heeft aangeleverd. Voorts staat in dat artikel:

“De kosten van het vergaren en verstrekken van de door het fonds gewenste gegevens, met een minimum van € 5.000,-, komen voor rekening van de aangesloten werkgever. Onder deze kosten vallen in ieder geval de kosten voor het inschakelen van organisaties die controlebezoeken uitvoeren en de kosten die bij het fonds in rekening worden gebracht als gevolg van het niet tijdige afzegging van een controlebezoek door de werkgever”.

Percival heeft na de verlaging van de nota ter zake van de administratiekosten haar bezwaar daartegen gehandhaafd.

Dat bezwaar van Percival snijdt geen hout. Percival is als verplicht aangeslotene gebonden aan het Uitvoeringsreglement en de daarin neergelegde verplichtingen. Dat geldt evenzeer voor de verplichting tot betaling van het in artikel 4.1 lid 8 (nader) vastgestelde bedrag van € 1.600,-. Vanwege het forfaitaire karakter van het bedrag brengt het enkele feit dat StiPP de gemaakte administratiekosten niet nader gespecificeerd heeft, niet met zich mee dat Percival die kosten niet hoeft te voldoen. Omdat Percival jegens StiPP niet heeft voldaan aan haar informatieverplichting en voldoende aannemelijk is dat StiPP in het kader van het onderzoek door haar en Providius kosten heeft moeten maken, doet zich geen situatie voor dat StiPP naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar handelt door van Percival betaling van de administratiekosten te verlangen.

De vordering in conventie om voor recht te verklaren dat Percival niet gehouden is tot betaling van € 1.600,= wordt afgewezen en het voorgaande brengt tevens mee dat de vordering in reconventie Percival te veroordelen tot betaling van € 1.600,=, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 6 december 2013, zal worden toegewezen.

3.15. De grieven slagen. Het vonnis waarvan beroep – zowel in conventie als in reconventie – zal worden vernietigd, de vorderingen van Percival zullen alsnog worden afgewezen en de vorderingen van StiPP zullen alsnog worden toegewezen zoals hierna vermeld. Percival zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in beide instanties, wat betreft het geding in eerste aanleg zowel in conventie als in reconventie.

4. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep, zowel in conventie als in reconventie;

en opnieuw rechtdoende:

wijst de vorderingen van Percival af;

veroordeelt Percival tot betaling van € 794.162,66 aan pensioenpremies over de jaren 2008, 2009, 2010 en 2011, en € 1.600,= aan administratiekosten, beide bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 6 december 2013 tot de dag van volledige betaling;

veroordeelt Percival in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van StiPP begroot op € 3.000,= voor salaris in conventie en € 1.500,= voor salaris in reconventie en in hoger beroep tot op heden op € 795,45 aan verschotten en € 11.685,= voor salaris en op € 131,= voor nasalaris, te vermeerderen met € 68,= voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen na dit arrest dan wel het verschuldigd worden van de nakosten aan de kostenveroordeling is voldaan; verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Bij de uitzendovereenkomst zijn drie partijen betrokken: de werkgever, de werknemer en een derde aan wie de werknemer door de werkgever

ter beschikking wordt gesteld. Artikel 7:690 BW bepaalt dat de werknemer krachtens een overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde ter beschikking wordt gesteld van de derde om arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van deze derde. Bij doorlening zijn (minimaal) vier partijen betrokken omdat de (uiteindelijke) inlener de werknemer inleent via een doornlerer die in dat kader een overeenkomst is aangegaan met de uitlenende werkgever. Het is de vraag of bij doorlening sprake is van een uitzendovereenkomst: de werknemer verricht immers geen arbeid voor de doornlerer maar voor een andere derde en er is geen sprake van een (opdracht)overeenkomst tussen zijn werkgever en die andere derde. Doorlening van werknemers komt in verschillende situaties voor. Soms wordt doorgeleend in de situatie waarin een uitzendwerkgever een bij hem in dienst zijnde uitzendkracht tijdelijk doorleent aan een andere uitzendwerkgever die een opdrachtgever heeft die behoefte heeft aan deze uitzendkracht. Een andere vorm van doorlening doet zich voor bij contracting in de situatie waarin het contractingbedrijf een activiteit gaat verrichten voor een opdrachtgever en de daarbij door hem ingezette werknemers betreft van een uitzend- of payrollbedrijf. In de situatie die aan de orde is in dit arrest van het Hof Amsterdam werft en selecteert de doornlerer de werknemers, neemt een payrollbedrijf deze werknemers in dienst en worden zij vervolgens op basis van door de doornlerer met het payrollbedrijf en met opdrachtgevers gesloten overeenkomsten ter beschikking gesteld aan die opdrachtgevers.

Of bij doorlening sprake is van een uitzendovereenkomst en wie daarbij als derde ex artikel 7:690 BW geldt, heeft gevolgen voor het antwoord op vragen als welk loon en overige vergoedingen aan de werknemer moeten worden betaald, of het verlichte ontslagregime bij uitzending van toepassing is en of premies moeten worden afgedragen aan het verplichtgestelde pensioenfonds (en andere sociale fondsen) in de uitzendbranche. In het Care4Care-arrest van 4 november 2016, «JAR» 2016/286 m.nt. Knipschild, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het door de (uitzend)werkgever vervullen van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt geen vereiste (meer) is bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst. Verder overwoog de Hoge Raad in

dit arrest dat de vraag of sprake is van toezicht en leiding van de derde ex artikel 7:690 BW aan de hand van dezelfde maatstaven moet worden beantwoord als die gelden bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding als bedoeld in artikel 7:610 BW. Dat betekent dat zowel het feitelijke gezag van de derde over de door de werknemer verrichte arbeid, als het door de derde contractueel bedingen van zeggenschap over de door de werknemer verrichte arbeid, toezicht en leiding in de zin van artikel 7:690 BW kan impliceren (zie o.a. HR 17 juni 1996, «JAR» 1994/152 en HR 8 mei 1998, «JAR» 1998/168). De wijze waarop de Hoge Raad in het Care4Care-arrest invulling geeft aan het element toezicht en leiding in de definitie van artikel 7:690 BW heeft gevolgen voor de hiervoor beschreven situaties van doorlening, zoals blijkt uit de wijze waarop het Hof Amsterdam deze overweging toepast in dit arrest.

Het hof overweegt dat voor de vraag wie als derde heeft te gelden onder wiens leiding en toezicht de werknemer arbeid verricht, niet beslissend is onder wiens feitelijke leiding de werknemer zijn arbeid verricht, maar de contractuele relatie waaraan de uiteindelijke inlener zijn instructiebevoegdheid ten opzichte van de werknemer ontleent. Naar het oordeel van het hof kan bij doorlening die uiteindelijke inlener, bij gebreke van een contractuele relatie met de werkgever, die instructiebevoegdheid ontleent aan de contractuele relatie met de doorlener. De doorlener verkreeg deze instructiebevoegdheid van de werkgever op grond van de door hem met de werkgever gesloten (opdracht)overeenkomst. Dat de doorlener geen gebruik maakt van zijn instructiebevoegdheid, omdat de werknemer voor hem geen arbeid verricht, maar deze overdraagt aan de uiteindelijke inlener doet er naar het oordeel van het hof niet aan af dat de doorlener ten opzichte van de werkgever kwalificeert als de derde ex artikel 7:690 BW onder wiens toezicht en leiding de werknemer zijn arbeid verricht. Hiermee kent het hof wederom (zie eerder «JAR» 2015/106) doorslaggevende betekenis toe aan de door partijen gemaakte contractuele afspraken bij de beantwoording van de vraag of sprake is van toezicht en leiding van de derde in de zin van artikel 7:690 BW.

Op de voet van de overwegingen van het hof zou bij de hiervoor beschreven situaties van doorlening sprake zijn van een uitzendovereenkomst tussen werkgever, werknemer en doorlener. Daardoor maakt de werknemer op grond van de ABU-cao aanspraak op beloning conform een cao of beloningsregeling die van toepassing is bij de doorlener terwijl de werknemer anders, wanneer geen sprake zou zijn van een uitzendovereenkomst (omdat de doorlener niet kwalificeert als de derde in artikel 7:690 BW), op grond van artikel 8 Waadi aanspraak zou maken op beloning conform de (bedrijfstak)cao of beloningsregeling die van toepassing is bij de uiteindelijke inlener. Wanneer de doorlener slechts een bemiddelaar is of opereert als contracting-bedrijf, kunnen de overwegingen van het hof voor de doorgeleende werknemer het slechtste van twee werelden betekenen: én het verlichte ontslagregime bij uitzending is dan op hem van toepassing én hij maakt geen aanspraak op beloning conform de op de uiteindelijke inlener van toepassing zijnde (bedrijfstak)cao of beloningsregeling. Voor deze werknemer zal een pensioen bij StiPP dan een schrale troost zijn.

Niet alleen bij de beantwoording van de vraag of sprake is van toezicht en leiding van de derde kent het hof doorslaggevende betekenis toe aan de daarover door partijen gemaakte contractuele afspraken, maar ook bij de beantwoording van de vraag of tussen de werknemer en de werkgever, een payrollbedrijf, een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Het hof overweegt hierover als volgt: "Dat tussen [payrollbedrijf] en de [werknemer] sprake is van een arbeidsovereenkomst, volgt onmiskenbaar uit de door [payrollbedrijf] gebruikte tekst van de standaard-arbeidsovereenkomst waarmee zij haar rechtsverhouding met de [werknemers] heeft vastgelegd." Het hof oordeelt vervolgens dat, omdat het payrollbedrijf de werknemers bedrijfsmatig ter beschikking stelt, sprake is van een uitzendovereenkomst. Dat laatste volgt inderdaad uit het Care4Care-arrest en is ten aanzien van payrolling expliciet bevestigd door de Hoge Raad in zijn kort daarna gewezen arrest van 2 december 2016, JAR 2017/16 m.nt. Maats (Leerorkest). Dat het payrollbedrijf en de werknemer een schriftelijke arbeidsovereenkomst met elkaar aangaan, betekent echter niet dat daarmee vaststaat dat tussen hen een arbeids-

overeenkomst tot stand is gekomen (waarbij het payrollbedrijf dan op grond van artikel 7:690 BW kwalificeert als een werkgever die zijn werknemer ter beschikking stelt in het kader van een uitzendovereenkomst).

In een reeks arresten sinds 1997 over de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst (zie in dit verband met name HR 10 oktober 2003, NJ 2007/446, HR 13 juli 2007, NJ 2007/449 m.nt. Verhulp en HR 9 oktober 2015, NJ 2016/276 m.nt. Houweling) heeft de Hoge Raad bevestigd en in verschillende situaties uitgewerkt dat wanneer de contractuele afspraken van meet af aan niet corresponderen met de feitelijke uitvoering, hier bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst doorheen moet worden gekeken. Uit deze arresten volgt dat ook bij de beantwoording van de vraag of een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen met een uitzendwerkgever van doorslaggevende betekenis is op welke wijze partijen feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de door hen gemaakte contractuele afspraken. In de situatie waarin het payrollbedrijf zowel bij de totstandkoming als bij de uitvoering van de 'arbeidsovereenkomst' met de werknemers uitsluitend als 'contractueel verlengstuk' van de opdrachtgever fungeerde, kan op basis van deze arresten nog steeds worden geoordeeld dat geen arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen met het payrollbedrijf. De Hoge Raad is hier niet op teruggekomen in het Care4Care-arrest en in het Leerorkest-arrest. In het Care4Care-arrest was het werkgeverschap van Care4Care onomstreden. Dat laatste lag weliswaar anders in het Leerorkest-arrest, maar omdat hier werd geklaagd tegen het oordeel van het hof dat voor het aannemen van een uitzendovereenkomst geen sprake hoeft te zijn van een door het payrollbedrijf vervulde allocatiefunctie, gaf het cassatiemiddel de Hoge Raad geen aanleiding zich hierover uit te laten in dit arrest.

J.P.H. Zwemmer