



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Case note: Ktr. Rb. Gelderland zp Arnhem (zaaknummr 3997734\CV EXPL 15-5067\475: [Intra-concern detachering en uitzendovereenkomst. Betekenis allocatiefunctie])

Zwemmer, J.P.H.

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H., (2015). Case note: Ktr. Rb. Gelderland zp Arnhem (zaaknummr 3997734\CV EXPL 15-5067\475: [Intra-concern detachering en uitzendovereenkomst. Betekenis allocatiefunctie]), No. 303, No. ECLI:NL:RBGEL:2015:6807, Nov 17, 2015. (Jurisprudentie Arbeidsrecht; Vol. 2015, No. 17).

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.

JAR 2015/303

Aflevering	JAR 2015, afl. 17
Publicatiedatum	15-12-2015
Rolnummer	3997734\CV EXPL 15-5067\475
Instantie	Kantonrechter Rechtbank Gelderland zp Arnhem 17 november 2015 (mr. Engberts)
Annotator	mr. dr. J.P.H. Zwemmer
ECLI	ECLI:NL:RBGEL:2015:6807
Wetsbepaling	BW Boek 7 - 690 BW Boek 7 - 691

Titel

Uitzend-cao van toepassing, Zustersverenootschap is “derde”, Allocatiefunctie vindt plaats “in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf”

Samenvatting

De werkgever exploiteert een onderneming waarin werknemers worden ingezet ten behoeve van twee zustersverenootschappen. De Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten (SNCU) vordert veroordeling van de werkgever tot naleving van de CAO Uitzendkrachten en de CAO Sociaal Fonds op straffe van een dwangsom, alsmede nabetaling van loon en vergoeding van schade. Zij stelt dat de werkgever een onderneming drijft die werknemers ter beschikking stelt aan derden om onder leiding en toezicht van deze derde arbeid te verrichten. Zij baseert zich op de uitkomsten van onderzoeken door twee onderzoeksbureaus. De CAO voor Uitzendkrachten is in diverse perioden algemeen verbindend verklaard.

De kantonrechter dient de vraag te beantwoorden of de CAO Uitzendkrachten en de CAO Sociaal Fonds van toepassing zijn op de door de werkgever gesloten arbeidsovereenkomsten. De werkingsfeerbepaling van deze cao's staat in art. 2. De werkgever stelt dat zijn twee zustersverenootschappen geen “derden” zijn in de zin van de cao. Dat is echter onvoldoende om de werkgever en de zustersverenootschappen (in dit verband) te vereenzelvigen. In art. 7:691 BW is onder meer bepaald dat in een uitzendovereenkomst schriftelijk kan worden bedongen dat deze van rechtswege eindigt als aan de terbeschikkingstelling van de werknemer aan de “derde” een einde komt; het zogeheten uitzendbeding. In lid 6 is bepaald dat dit artikel niet van toepassing is op de uitzendovereenkomst indien de uitzendwerkgever en de derde, kort gezegd, in een vennootschapsrechtelijke groep (concern) met elkaar zijn verbonden, dan wel de één een dochtermaatschappij van de ander is. Hieruit volgt dat intra-concernuitzending mogelijk is. De zustersverenootschappen zijn dus elk als derde in de zin van art. 7:690 BW aan te merken. De arbeidsovereenkomsten kwalificeren daarom in beginsel als uitzendovereenkomsten in de zin van art. 2 cao. Het vervullen van een allocatiefunctie is niet een (zelfstandig) vereiste om een arbeidsovereenkomst als een uitzendovereenkomst te kunnen aanmerken. De wettekst biedt daarvoor onvoldoende basis. Uit de wetsgeschiedenis kan wel worden afgeleid dat de allocatiefunctie moet worden betrokken bij de vraag of de uitzending plaatsvindt “in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever”. De werkgever allocceert arbeid in deze zin. Immers, de werkgever had werknemers in dienst en stelde die ter beschikking aan de zustersverenootschappen.

NB. In «JAR» 2015/69 werd ook opgemerkt dat een intra-concernuitzending een uitzendovereenkomst kan zijn en dat, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, de CAO Uitzendkrachten van toepassing kan zijn. Over de allocatiefunctie als vereiste voor het kunnen aannemen van een uitzendovereenkomst wordt al geruime tijd gedebatteerd. Zie behalve «JAR» 2015/69 ook «JAR» 2014/248, «JAR» 2014/95 en «JAR» 2013/95.

Partijen

De stichting Stichting Naleving CAO voor uitzendkrachten te Barendrecht,
eisende partij,
gemachtigde: mr. M.H.D. Vergouwen,

tegen
de besloten vennootschap Logiflex Herwen BV te Herwen,
gedaagde partij,
gemachtigde: mr. D.A.M. Lagarrigue.

Tekst

1. De procedure

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Logiflex is in 2002 opgericht en exploiteert of exploiteerde een onderneming waarin zij haar werknemers inzet ten behoeve van twee zustervennootschappen – deze vennootschappen hebben alle dezelfde aandeelhouder, de holding – vennootschap A en vennootschap B. Deze twee vennootschappen houden zich bezig met de reconditionering van textiel, opslag, transport en textiel.

2.2. De CAO voor de Uitzendkrachten (hierna: de CAO Uitzendkrachten) is afgesloten voor de periode 29 maart 2009 tot 29 maart 2014. Deze CAO (alsmede haar voorgangster) is algemeen verbindend verklaard bij besluit van 21 mei 2008 voor de periode van 25 mei 2008 tot en met 28 maart 2009, bij besluit van 19 juni 2009 voor de periode van 25 juni 2009 tot en met 27 maart 2011 en bij besluit van 11 juli 2011 voor de periode van 14 juli 2011 tot en met 31 maart 2012. De CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche (hierna: de CAO Sociaal Fonds) is algemeen verbindend verklaard bij besluit van 30 september 2008 voor de periode van 30 september 2008 tot en met 30 maart 2009 en bij besluit van 24 juni 2009 over de periode 28 juni 2009 tot en met tot en met 27 maart 2011 en bij besluit van 27 mei 2011 voor de periode 2 juni 2011 tot en met 28 maart 2014. Op 24 april 2014 is opnieuw een CAO Sociaal Fonds afgesloten. Deze CAO is voor de periode van 1 september 2014 tot en met 31 december 2014 algemeen verbindend verklaard, welke verbindend verklaring is verlengt tot 16 september 2015.

2.3. Artikel 53 (met als kop: "Naleving") van de CAO Uitzendkrachten luidt als volgt: "1. Er is een Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten (SNCU) opgericht door de partijen betrokken bij de CAO.

2. De statuten en reglementen van de SNCU zijn vastgelegd in de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche."

2.4. Artikel 7 (met als kop: "Naleving") van de CAO Sociaal Fonds luidt als volgt:

"1. Er is een Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten (SNCU) opgericht door de partijen betrokken bij deze CAO waarvan de Statuten en Reglementen I en II integraal onderdeel uitmaken van deze CAO.

2. De SNCU dient erop toe te zien, dat de bepalingen van deze CAO algemeen en volledig worden nageleefd en is door de partijen betrokken bij deze CAO gemachtigd al datgene te verrichten dat daartoe nuttig en noodzakelijk kan zijn."

2.5. SNCU is in 2004 opgericht en heeft op grond van artikel 7 lid 4 van haar statuten en haar Reglement I (getiteld, Commissie Naleving CAO voor Uitzendkrachten) haar toezichthoudende taken overgedragen aan de Commissie Naleving CAO voor Uitzendkrachten (hierna: CNCU), een en ander als omschreven in het daartoe opgemaakte Reglement II (getiteld, Werkwijze van de Commissie Naleving CAO Uitzendkrachten) (hierna: het Reglement II). Dat Reglement II verplicht, kort samengevat, werkgevers die onder de werking van genoemde CAO's vallen aan de CNCU die informatie te verschaffen die zij redelijkerwijs voor de uitvoering van haar taakuitoefening nodig acht. Bij gebreke van het verstrekken van de gevraagde informatie of bij het verstrekken van foutieve informatie voorziet het Reglement II (uiteindelijk) in de mogelijkheid van het opleggen van een forfaitaire schadevergoeding door SNCU.

3. De vordering en het verweer

3.1. SNCU vordert, kort samengevat, dat de kantonrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, Logiflex zal veroordelen tot naleving van de CAO Uitzendkrachten en de CAO Sociaal Fonds op straffe van verbeurte van een dwangsom en voorts Logiflex zal veroordelen tot nabetaling aan de betrokken werknemers van € 322.296,= alsmede tot betaling van € 55.085,= aan SNCU zelf wegens schadevergoeding alsook buitengerechtelijke incassokosten en proceskosten.

3.2. SNCU stelt daartoe dat Logiflex een onderneming drijft die werknemers ter beschikking stelt aan derden om onder leiding en toezicht van deze derden arbeid te verrichten. Op deze onderneming is de CAO Uitzendkrachten van toepassing, voor zover deze algemeen verbindend is verklaard. Dit geldt ook voor de CAO Sociaal Fonds. SNCU baseert deze stelling (mede) op de uitkomsten van onderzoeken door de onderzoeksbureaus VRO en Providius. Uit het onderzoek van laatstgenoemd bureau blijkt dat de onderneming van Logiflex voor meer dan 50% van het totale premieplichtig loon op jaarbasis als werkgever in het kader van uitoefening van beroep of bedrijf werknemers ter beschikking heeft gesteld aan opdrachtgevers om krachtens een aan Logiflex verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder leiding en toezicht van die opdrachtgevers. Deze opdrachtgevers waren vennootschap A en vennootschap B (de zustervenootschappen). Vastgesteld is voorts dat geen andere bedrijfstak CAO van toepassing is bij Logiflex. Ondanks aanmaningen en sommaties weigert Logiflex te verklaren dat zij genoemde beide CAO's – voor zover algemeen verbindend verklaard – zal naleven.

3.3. Logiflex voert gemotiveerd verweer waarop hierna nader wordt ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Het gaat in deze zaak allereerst om de vraag of de CAO Uitzendkrachten en de CAO Sociaal Fonds van toepassing zijn op door Logiflex gesloten arbeidsovereenkomsten. Tussen partijen staat vast dat Logiflex geen contractspartij was bij voornoemde CAO's en dat haar binding aan deze CAO's uitsluitend gebaseerd kan worden op de algemeen verbindend verklaring van (een van) deze CAO's.

4.2. De zogeheten werkingsfeer bepaling van eerstgenoemde CAO (art. 2) luidt als volgt:

“De CAO is van toepassing op de uitzendovereenkomsten tussen uitzendkrachten en een uitzendonderneming, indien en voorzover de omvang van de uitzendloonsom tenminste 50 procent van het totale premieplichtig loon op jaarbasis van die uitzendonderneming bedraagt, behoudens dispensatie op grond van artikel 4 van de CAO.” Artikel 1 onder t van de CAO Uitzendkrachten definieert uitzendonderneming als: “de natuurlijke persoon of rechtspersoon die uitzendkrachten ter beschikking stelt van (uitzendt naar) opdrachtgevers”. De uitzendovereenkomst wordt in dezelfde bepaling onder u gedefinieerd als: “de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW, 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”.

De werkingsfeer bepaling van de CAO Sociaal Fonds is gelijkloidend.

4.3. De vraag is dan of de door Logiflex met de werknemers gesloten overeenkomsten kwalificeren als uitzendovereenkomsten en of Logiflex een uitzendonderneming voert. Onweersproken is dat aan de 50%-eis uit de werkingsfeerbepaling is voldaan.

4.4. Genoemde vraag dient, gezien art. 1 onder u van de CAO Uitzendkrachten, te worden beantwoord aan de hand van de in art. 7:690 BW gegeven definitie van de uitzendovereenkomst. Deze bevat de volgende elementen:

- i. arbeidsovereenkomst;
- ii. ter beschikking stelling werknemer door werkgever aan een derde;
- iii. in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever;
- iv. krachtens door de derde aan werkgever verstrekte opdracht;
- v. verrichten arbeid onder leiding en toezicht van de derde.

4.5. Het staat vast (i) dat Logiflex arbeidsovereenkomsten heeft gesloten (thans heeft zij geen werknemers meer in dienst) en dat zij haar werknemers ter beschikking heeft gesteld aan haar beide zustervenootschappen.

Logiflex betoogt dat van derden geen sprake is omdat X. eigenaresse is van zowel Logiflex als de beide zustervenootschappen.

Die enkele stelling, een nadere toelichting ontbreekt, is onvoldoende om Logiflex en de zustervenootschappen (in dit verband) te vereenzelvigen. De kantonrechter betreft hierbij de regeling

van art. 7:691 BW. In art. 7:691 BW is – onder meer – bepaald dat in een uitzendovereenkomst schriftelijk kan worden bedongen dat deze van rechtswege eindigt als de terbeschikkingstelling van de werknemer aan de “derde” een einde komt; het zogeheten uitzendbeding. In lid 6 is bepaald dat art. 7:691 BW niet van toepassing is op de uitzendovereenkomst waarbij de uitzendwerkgever en de derde in, kort gezegd, een vennootschapsrechtelijke groep (concern) met elkaar zijn verbonden dan wel de één een dochtermaatschappij van de ander is. Hieruit volgt dat intra-concern-uitzenden mogelijk is. De zustervennootschappen zijn dus elk als derde (ii) in de zin van art. 7:690 BW aan te merken.

Het bedrijf, de onderneming, van Logiflex bestond uit het ter beschikking stellen van haar werknemers aan de zustervennootschappen (iii). Hierna wordt nader ingegaan op dit element.

Tevens staat voldoende vast dat de zustervennootschappen Logiflex opdracht gaven tot deze ter beschikkingstelling (iv). Dit blijkt uit de eigen stellingen van Logiflex.

Tussen partijen staat ten slotte voldoende vast dat de arbeid (door de ter beschikking van de zustervennootschappen gestelde werknemers van Logiflex) werd verricht onder leiding en toezicht van de zustervennootschappen (v). Dit blijkt met name uit de door Logiflex ter comparitie gegeven toelichting, inhoudende dat het werk werd uitgevoerd in een grote loods en onder leiding van de zustervennootschappen in de persoon van X. Opmerking verdient daarbij dat in het hierna te noemen rapport van Providius is vermeld dat bij vennootschap B (één van de zustervennootschappen) in 2010-2011 leidinggevend op de loonlijst stonden. De kantonrechter herhaalt dat de zustervennootschappen “derde” in de zin van art. 7:690 BW zijn.

4.6. Aan de in art. 7:690 BW gegeven definitie, meer specifiek de genoemde elementen (r.ov. 4.4.), van een uitzendovereenkomst is dus voldaan. De door Logiflex met haar werknemers gesloten arbeidsovereenkomsten kwalificeren daarom in beginsel als uitzendovereenkomsten in de zin van art. 2 van de CAO Uitzendkrachten. Tussen partijen is in geschil of (daarnaast) vereist is dat Logiflex een zogeheten allocatiefunctie vervulde bij het ter beschikking stellen van haar werknemers aan de zustervennootschappen en zo ja, of dat het geval is. De memorie van toelichting op de wet Flexibiliteit en Zekerheid (waarbij de figuur van de uitzendovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek werd geïntroduceerd) omschrijft de allocatiefunctie van uitzendondernemingen als het door middel van een terbeschikkingstelling bij elkaar brengen van de vraag naar en de aanbod van tijdelijke arbeid. Uitzendondernemingen zorgen ervoor dat knelpunten bij vraag en aanbod op de arbeidsmarkt door middel van een terbeschikkingstelling worden opgelost (MvT, Kamerstukken II 1996/1997, 25.263, nr. 3, pagina's 9-11).

Uit de wetsgeschiedenis van art. 7:690 BW wordt in jurisprudentie en literatuur geconcludeerd dat die eis geldt. Hof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari ECLI:NL:ARL:2015, 670 hof overweegt onder andere; “Het hof is met Velocitas van oordeel dat in een geval als het onderhavige de zogenoemde allocatiefunctie voor de toepasselijkheid van de CAO Uitzendkrachten geldt. Deze allocatiefunctie is weliswaar niet in de CAO en evenmin in de wetstekst opgenomen maar het hof is van oordeel dat deze als zodanig noodzakelijk is om te kunnen spreken van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW. De bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst geldt immers slechts voor werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie vervullen, hetgeen betekent dat terbeschikkingstelling van werknemers doelstelling moet zijn van de bedrijfs- of beroepsactiviteit van de werkgever, zoals dit naar het oordeel van het hof volgt uit de parlementaire geschiedenis (MvT, Kamerstukken II 1996/1997, 25.263, nr. 3, pagina's 33-34).(...) Ook uit de wetsgeschiedenis van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) blijkt dat de allocatie voorwaarde ziet op de gebruikmaking van het regime van artikel 7:691 BW. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt door de minister opgemerkt: ‘De in wetsvoorstel 25263 geopende mogelijkheid van een regime van verminderde rechtsbescherming dient strikt beperkt te blijven tot die situaties waar dit in verband met de flexibiliteit van de arbeidsmarkt en de allocatieve functie van het uitzendwezen daarin gewenst is.’ (Kamerstukken II 1996/1997, 25.264, nr. 5).” Hof Amsterdam heeft daarentegen in een tweetal eerdere uitspraken geoordeeld dat deze eis niet geldt, zie Hof Amsterdam 9 september 2014 ECLI:NL:GHAMS:4616 en Hof Amsterdam 28 oktober 2014 ECLI:NL:GHAMS:2014:4547. De kantonrechter heeft begrepen dat van laatstgenoemde uitspraak van Hof Amsterdam beroep in cassatie is ingesteld.

De kantonrechter is van oordeel dat het vervullen van voornoemde allocatieve functie niet een (zelfstandig) vereiste is om een arbeidsovereenkomst als een uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW te kunnen aanmerken. De wettekst biedt daarvoor onvoldoende basis. Uit de wetsgeschiedenis van art. 7:690 BW kan wel worden afgeleid dat het vervullen van deze allocatieve functie moet worden betrokken bij de vraag of de uitzending plaatsvindt “in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever” (element iv).

4.7. De kantonrecht is voorts van oordeel dat Logiflex, althans de door haar gevoerde onderneming, arbeid allocceert (of alloceerde) in voornoemde zin. Immers, Logiflex had werknemers in dienst en stelde die ter beschikking aan de zustervennootschappen. Zij was intermediair tussen het aanbod van tijdelijke

arbeid enerzijds en de fluctuerende vraag naar (tijdelijke) arbeid anderzijds van de beide zustervennootschappen. Wat betreft dat aanbod wijst de kantonrechter erop dat uit het rapport van Providius van 24 maart 2014 blijkt dat het personeelsbestand van Logiflex een groot verloop kende, dat geen schriftelijke arbeidsovereenkomsten werden gesloten omdat men, aldus Logiflex/[persoon A], de mensen niet wilde binden en dat de werknemers konden gaan wanneer men wilde. Er was voorts sprake van overeenkomsten op oproepbasis, alleen als er werk was kon men aan de slag en werd men betaald.

Dat Logiflex haar werknemers enkel bij de twee zustervennootschappen inzette maakt niet dat Logiflex geen allocatiefunctie vervult, waarbij nogmaals wordt gewezen op het bepaalde in art. 7:691 lid 6 BW. De wetgever heeft bovendien niet verlangd dat een uitzendwerkgever meer dan één of meer dan twee opdrachtgever(s) moet hebben.

4.8. Logiflex heeft er, om begrijpelijke redenen, voor gekozen haar verweer te beperken tot de vraag of de CAO Uitzendkrachten (en de CAO Sociaal Fonds) – voor zover algemeen verbindend verklaard – van toepassing zijn op de door haar gesloten arbeidsovereenkomsten. Die vraag wordt bevestigend beantwoord. Logiflex wordt daarom thans in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de overige vorderingen van SNCU. Afhankelijk van de inhoud van dit verweer zal hetzij een tweede schriftelijke ronde hetzij een tweede comparitie van partijen worden gehouden.

4.9. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

5. De beslissing

De kantonrechter

5.1. verwijst de zaak naar de rolzitting van 9 december 2015 voor akte uitlating Logiflex als bedoeld onder r.ov. 4.9.;

5.2. houdt iedere verdere beslissing aan.

Noot

Kwalificeert intra-concern detachering, hoewel expliciet uitgesloten van het verlichte arbeidsrechtelijke regime van artikel 7:691 BW, als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW? Een bevestigend antwoord ligt op basis van de wetsgeschiedenis niet voor de hand. Bij de totstandkoming van de regeling van de uitzendovereenkomst in het BW deelde de wetgever mee dat met het niet van toepassing verklaren van het verlichte arbeidsrechtelijke regime bij uitzending werd beoogd te voorkomen dat "arbeidsorganisaties" via een eigen uitzendbureau personeel ter beschikking konden stellen aan de eigen organisatie, maar dan met minder verplichtingen. In dat geval kan, zo deelde de regering hierbij mee, van "een allocatiefunctie voor de arbeidsmarkt" niet worden gesproken (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10). Deze allocatiefunctie – het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van (tijdelijke) arbeid – die uitzendbureaus op de arbeidsmarkt vervullen vormde de reden voor het opnemen van een bijzondere regeling voor de uitzendovereenkomst in titel 10 Boek 7 BW. De regeling zou volgens de regering ook van toepassing kunnen zijn op andere organisaties, zoals detacheerbedrijven en arbeidspools. Ook bij de kwalificatie als uitzendwerkgever ex artikel 7:690 BW van zulke detacheerbedrijven en arbeidspools was echter, zo benadrukte de regering verschillende malen, van doorslaggevende betekenis dat zij daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervulden (*Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10 en 33 en nr. 6, p. 16. Zie ook *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263 B, p. 12).

In de rechtspraak van de laatste jaren wordt desalniettemin wisselend geoordeeld over betekenis van de allocatiefunctie bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW (ook in de literatuur lopen de meningen uiteen. Zie hierover de noot van Knipschild onder «JAR» 2015/69). De kantonrechter te Amsterdam oordeelde in 2013 en 2014 verschillende malen dat de allocatiefunctie een vereiste is voor toepassing van artikel 7:690 BW (zie Ktr. Amsterdam 1 juli 2013, RAR 2013/164, Ktr. Amsterdam 3 september 2013, «JAR» 2013/252 en Ktr. Amsterdam 22 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6356. Zie ook Ktr. Enschede 21 maart 2013, «JAR» 2013/95, Ktr. Almelo 11 maart 2014, «JAR» 2014/95 en Ktr. Assen 1 mei 2015, «JAR» 2015/142). In een drietal andere uitspraken uit 2014 kwamen de kantonrechter en het hof te Amsterdam echter tot een tegengesteld oordeel (zie Ktr. Amsterdam 4 juli 2014, «JAR» 2014/248, Hof Amsterdam 9 september 2014, «JIN» 2014/207 en Hof Amsterdam 28 oktober 2014, «JAR» 2015/106). Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde echter in zijn arrest van 3 februari 2015 dat voor de toepassing van artikel 7:690 BW een allocatiefunctie vereist is (Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, «JAR» 2015/69). Tegen het hiervoor aangehaalde arrest van het Hof Amsterdam van 28 oktober 2014 is cassatie ingesteld. Naar verwachting zal de Hoge Raad in de eerste helft van 2016 duidelijkheid geven over de betekenis van de allocatiefunctie bij de kwalificatie van de uitzendwerkgever ex artikel 7:690 BW.

In bovenstaande uitspraak overweegt de kantonrechter onder verwijzing naar de hiervoor aangehaalde wetsgeschiedenis dat de allocatiefunctie moet worden betrokken bij de vraag of de uitzending plaatsvindt "in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever" in de zin van artikel 7:690 BW. De kantonrechter oordeelt dat dit hier het geval is omdat Logiflex intermediair was tussen het aanbod van tijdelijke arbeid enerzijds en de fluctuerende vraag naar (tijdelijke) arbeid anderzijds van de beide zustervenootschappen. Naar het oordeel van de kantonrechter doet het feit dat Logiflex haar werknemers enkel bij de twee zustervenootschappen inzet niet af aan het feit dat Logiflex een allocatiefunctie vervult. Ik meen dat de kantonrechter de allocatiefunctie hier onjuist uitlegt. Van de door de wetgever bedoelde op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie kan mijns inziens geen sprake zijn wanneer de intermediair voorziet in de vraag naar (tijdelijke) arbeid van de eigen groepsmaatschappijen omdat de zustervenootschappen niet kunnen worden aangemerkt als derden in de zin van artikel 7:690 BW. Om die reden is ook de Waadi niet van toepassing op intra-concern detachering. De wetgever beschouwt de groep in dat kader als één werkgever (vgl. *Kamerstukken II 1987/88, 20 569, nr. 3, p. 57 en 77*).

Dat intra-concern detachering kan kwalificeren als uitzending ex artikel 7:690 BW wordt naar het oordeel van de kantonrechter ook bevestigd in artikel 7:691 lid 6 BW omdat intra-concern detachering hierin als "uitzendovereenkomst" is uitgesloten van de toepassing van het verlichte arbeidsrechtelijke regime van artikel 7:691 BW. Ook de Belastingkamer van de Hoge Raad redeneerde op deze wijze in zijn arrest van 17 juni 2011, BNB 2011/235, waarin het ging om de vraag of intra-concern detachering (door een personeels-BV) kon worden gekwalificeerd als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW bij de sectorindeling voor de premieheffing werknemersverzekeringen. Deze uitleg is mijns inziens vanuit wetssystematisch oogpunt niet aannemelijk. Artikel 7:690 BW fungeert als toegangspoort voor het in artikel 7:691 BW opgenomen verlichte arbeidsrechtelijke regime bij uitzending. Dat betekent dat als artikel 7:691 BW niet van toepassing is op intra-concern detachering, de kwalificatie van intra-concern detachering als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW betekenisloos is. Dat zou alleen anders zijn wanneer artikel 7:690 BW ook fungeert als een algemene juridische basis voor het werkgeverschap van degene die in het kader van zijn beroep of bedrijf werknemers ter beschikking stelt van derden. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever dit uitdrukkelijk niet heeft beoogd met de in artikel 7:690 BW opgenomen definitie van de uitzendovereenkomst. Een verklaring voor het feit dat intra-concern detachering in artikel 7:691 lid 6 BW expliciet werd uitgesloten van de toepassing van artikel 7:691 BW vormt mijns inziens de omstandigheid dat dit destijds – in de jaren '90 van de vorige eeuw – ook al een gangbare praktijk (zie par. 6.7.1 van mijn dissertatie, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012).

Consequentie van de kwalificatie van intra-concern detachering als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW is dat de intra-concern detacherende groepsmaatschappij de ABU-cao en de cao SFU moet naleven (bij algemeenverbindendverklaring), maar zonder dat daarbij gebruik kan worden gemaakt van de op artikel 7:691 BW gebaseerde fase A in de ABU-cao. Op de intra-concern gedetacheerde werknemer is dan echter nog steeds een verlicht arbeidsrechtelijk regime van toepassing omdat wel gebruik kan worden gemaakt van fase B van de ABU-cao. Sinds de inwerkingtreding van de Wwz is het verlichte arbeidsrechtelijke regime bij uitzending namelijk niet meer alleen vastgelegd in artikel 7:691 BW, maar ook in artikel 7:668a lid 5 sub a BW. In fase B van de ABU-cao kunnen in afwijking van artikel 7:668a lid 1 BW gedurende een periode van 4 jaar, 6 opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden aangegaan met de werknemer. Dat bij intra-concern detachering personeel met gebruikmaking van het verlichte arbeidsrechtelijke regime bij uitzending - fase B uit de ABU-cao - langer flexibel ter beschikking zou worden gesteld aan de eigen organisatie, is nu juist wat de wetgever beoogde te voorkomen met de uitsluiting van intra-concern detachering in artikel 7:691 lid 6 BW.

mr. dr. J.P.H. Zwemmer,

copyright SDU