



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Hof Arnhem-Leeuwarden (zaaknummer 200.161.188/01: werknemer-uitzendkracht/Staat der Nederlanden (Ministerie van Onderwijs Cultuur en Wetenschap), in het bijzonder de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO): De vordering tot wedertewerkstelling in arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen)

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2015

Document Version

Final published version

Published in

AR Updates Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2015). Hof Arnhem-Leeuwarden (zaaknummer 200.161.188/01: werknemer-uitzendkracht/Staat der Nederlanden (Ministerie van Onderwijs Cultuur en Wetenschap), in het bijzonder de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO): De vordering tot wedertewerkstelling in arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen). 0371. Case note on: Hof Arnhem-Leeuwarden, 14/04/15, ECLI:NL:GHARL:2015:2690 *AR Updates Arbeidsrecht*, 2015.

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.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

commentaar op	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14-04-2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2690, (werknemer-uitzendkracht/Staat der Nederlanden (Ministerie van Onderwijs Cultuur en Wetenschap), in het bijzonder de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO))
datum	29-09-2015
auteur	J.P.H. Zwemmer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14-04-2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2690, (werknemer-uitzendkracht/Staat der Nederlanden (Ministerie van Onderwijs Cultuur en Wetenschap), in het bijzonder de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO))

De vordering tot wedertewerkstelling in arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen

1. Inleiding

In titel 10 Boek 7 BW ontbreekt een bepaling of regeling op grond waarvan de werkgever verplicht is de werknemer in staat te stellen de bedongen arbeid te verrichten. Toch wordt een vordering tot wedertewerkstelling van de werknemer altijd toegewezen wanneer de werkgever niet kan aantonen dat hij een goede reden heeft de werknemer niet toe te laten tot de werkzaamheden. De grondslag voor de verplichting tot wedertewerkstelling van de werknemer vormt dan de in artikel 7:611 BW opgenomen verplichting van de werkgever zich als een goed werkgever te gedragen. Bij uitzending en andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen verricht de werknemer de werkzaamheden bij een opdrachtgever van de werkgever. Uit de lagere rechtspraak volgt dat een vordering tot wedertewerkstelling bij de opdrachtgever wordt afgewezen, ook wanneer de tewerkstelling van de werknemer bij de opdrachtgever zonder goede reden werd beëindigd. De omstandigheid dat sprake is van een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding staat naar het oordeel van deze rechters in de weg aan toewijzing van een vordering tot wedertewerkstelling bij de opdrachtgever. Zo ook in arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 17 maart 2015 en 14 april 2015. Het hof wijst de door de werknemer gevorderde wedertewerkstelling bij de opdrachtgever af omdat tussen hen geen arbeidsovereenkomst bestaat. Op de werkgever, en niet op de opdrachtgever waarbij de werknemer wordt tewerkgesteld, rust de verplichting zich jegens de werknemer als een goed werkgever te gedragen. Daarom kan tegenover de opdrachtgever geen beroep worden gedaan op een op artikel 7:611 BW gebaseerde vordering tot (weder)tewerkstelling. Deze formele benadering verhoudt zich niet met de toename, zowel in aantal als in verscheidenheid, van arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen en de geringe rol die de werkgever daarin vaak speelt bij de feitelijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

2. Het recht op (weder)tewerkstelling van de werknemer

In de eerste ontwerpversie van de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 was bij de thans in artikel 7:616 BW opgenomen verplichting van de werkgever het loon op tijd te betalen aan de werknemer eveneens bepaald dat de werkgever verplicht was 'om den arbeider eene voldoende mate van den bij de overeenkomst bedongen arbeid te verschaffen' (zie A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, deel II, Den Haag: Belinfante 1907, p. 438). Deze verplichting is voor de indiening van het wetsontwerp geschrapt omdat de verplichting de werknemer tewerk te stellen naar mening van de regering niet op eenzelfde wijze als de verplichting tot tijdige betaling van het loon als bestanddeel van de arbeidsovereenkomst kon worden beschouwd. In de memorie van toelichting werd daar echter aan toegevoegd dat ook zonder uitdrukkelijke wetsbepaling niet hoefde te worden gevreesd dat de werkgever de werknemer 'lichtelijk zonder voldoende mate van arbeid zal laten' omdat de werkgever dan in strijd zou handelen met zijn verplichtingen als goed werkgever, zoals thans neergelegd in artikel 7:611 BW (zie Bles 1907, p. 438). In de memorie van antwoord bij de Wet op de arbeidsovereenkomst herhaalt de regering dat de werknemer niet 'zonder meer' een recht op tewerkstelling heeft en deelt zij mee dat de werknemer uitdrukkelijk kan bedingen 'dat de werkgever hem steeds een voldoende mate van arbeid zal verschaffen, maar zonder zoodanig beding geldt de verplichting daartoe van de zijde des werkgevers niet, tenzij in zoodanige bijzondere gevallen, waarin de aard der overeenkomst die verplichting ondubbelzinnig medebrengt' (zie Bles 1907, p. 439).

Ook de Hoge Raad is terughoudend bij het aannemen van een verplichting van de werkgever de werknemer in staat te stellen de arbeid te verrichten. In zijn arrest van 26 maart 1965, *NJ* 1965/163 m.nt. Scholten (Walsweer e.a./Acmesa) oordeelde de Hoge Raad onder verwijzing naar voormelde wetsgeschiedenis dat de wetgever, ten aanzien van de vraag of de werkgever verplicht is de werknemer in staat te stellen de overeengekomen arbeid te verrichten, geen algemene regel heeft willen stellen, maar het antwoord op de vraag heeft willen laten hangen van de verplichting van de werkgever zich als goed werkgever te gedragen. Dat goedwerkgeverschap speelt bij de verplichting de werknemer in staat te stellen de overeengekomen arbeid te verrichten met name een rol in verband met het diffamerende effect dat uitgaat van een op non-actiefstelling. Of in een concreet geval recht bestaat op (weder)tewerkstelling hangt naar het oordeel van de Hoge Raad af van de aard van de dienstbetrekking, de overeengekomen arbeid en van de bijzondere omstandigheden van elk geval. De Hoge Raad herhaalde dit in zijn arresten van 25 januari 1980, *NJ* 1980/264 m.nt. Stein; 27 mei 1983, *NJ* 1983/758 en HR 12 mei 1989, *NJ* 1989/801 m.nt. Stein. In zijn noot bij het arrest van de Hoge Raad uit 1980 pleit Stein voor een terughoudende opstelling van de rechter bij het toewijzen van een vordering tot wedertewerkstelling van de werknemer. Hij wijst er daarbij op dat de redenen voor de weigering een bepaalde werknemer toe te laten dikwijls samenhangen met de gecompliceerde verhoudingen op de werkplaats, die een buitenstaander niet gemakkelijk kan doorzien. Daarom moeten er, zo stelt Stein, 'duidelijke aanwijzingen zijn, om een ingrijpen van de rechter te rechtvaardigen. Anders zou immers aan de verantwoordelijkheid van de werkgever voor de gang van zaken op de arbeidsplaats worden tekortgedaan; een verantwoordelijkheid die op hem rust mede in het belang van de overige werknemers'. Stein

constateert echter (in zijn noot uit 1980) dat de jurisprudentie van de Hoge Raad in de lagere rechtspraak zo wordt opgevat dat de werkgever de werknemer slechts op grond van een verdedigbaar motief mag schorsen. Dat laatste is, ook na de hiervoor aangehaalde drie arresten van de Hoge Raad uit de jaren tachtig, steeds de norm gebleven in de lagere rechtspraak. In hun analyse van twintig jaar gepubliceerde (lagere) rechtspraak uit 2014 stellen Boot en Bokx-Boom vast dat de lagere jurisprudentie het recht op tewerkstelling tot uitgangspunt neemt (G.C. Boot en S.H. Bokx-Boom, 'Het recht op tewerkstelling', *TRA* 2014/41). Hier geldt de regel dat de vordering tot wedertewerkstelling in beginsel wordt toegewezen tenzij de werkgever aantoont dat hij zeer goede gronden heeft voor een op non-actiefstelling van de werknemer.

De in de lagere rechtspraak ontwikkelde regel dat de vordering tot wedertewerkstelling in beginsel wordt toegewezen vindt in de lagere rechtspraak echter geen toepassing wanneer sprake is van een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding. Hier verricht de werknemer de arbeid bij een opdrachtgever van zijn werkgever. In deze situatie oordelen lagere rechters dat het ontbreken van een arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de opdrachtgever in de weg staat aan toewijzing van een vordering tot wedertewerkstelling bij de opdrachtgever.

3. De uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW en het recht op wedertewerkstelling

Bij de parlementaire behandeling van de regeling van de uitzendovereenkomst is kort ingegaan op de betekenis van de redelijkheid en billijkheid gedurende de tijd dat een uitzendbeding in de zin van artikel 7:691 lid 2 BW van kracht is en beëindiging van de terbeschikkingstelling door de opdrachtgever meteen einde arbeidsovereenkomst betekent. In dat kader werd de vraag gesteld of in ieder geval een minimale motiveringsplicht zou moeten gelden bij de beëindiging van de terbeschikkingstelling door de opdrachtgever. De regering beantwoordde deze vraag ontkennend en deelde mee dat het specifieke karakter van de uitzendrelatie, waarbij partijen alleen en voor zover nodig gebruik maken van elkaars diensten meebrengt dat een verplichte motiveringsplicht bij de beëindiging van de terbeschikkingstelling niet nodig is als daarover geen nadere afspraken zijn gemaakt met de opdrachtgever (zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 6, p. 16). Na afloop van de periode waarin het uitzendbeding van kracht is, is in beginsel het reguliere arbeidsrecht van toepassing op de arbeidsovereenkomst van de uitzendkracht, zo voegde de regering daaraan toe. Uit de wetsgeschiedenis van de artikelen 7:690 en 7:691 BW volgt dus dat wanneer de inlener besluit tot een beëindiging van de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer voor wie een uitzendbeding geldt, hij dit niet hoeft toe te lichten aan de uitzendwerknemer, of de uitzendwerknemer in de gelegenheid moet stellen hierop te reageren. Na afloop van deze periode die doorgaans gelijk is aan de 78 weken behorende bij fase A van de ABU-cao, moet aan de hand van het reguliere arbeidsrecht worden vastgesteld wat redelijk en billijk is bij de beëindiging van de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer door de opdrachtgever. Aan de hand van artikel 7:611 BW dus. Als hiervoor gesteld betekent dat niet dat dan, net als bij een gewone arbeidsovereenkomst, een vordering tot wedertewerkstelling van de uitzendkracht bij de opdrachtgever in beginsel wordt toegewezen. Omdat zij geen arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever hebben, kunnen uitzendwerknemers geen wedertewerkstelling bij de opdrachtgever afdwingen op grond van artikel 7:611 BW (zie Ktr. Sneek 10 november 2006, *JAR* 2007/153; Hof Leeuwarden 13 december 2006, *JAR* 2007/17; Hof Leeuwarden 2 februari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL3778 (r.o. 6); Ktr. Leeuwarden 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBLLE:2011:BU2509 en Ktr. Maastricht 4 maart 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:1829).

De opdrachtgever hoeft zich, zoals het Hof Leeuwarden dat in zijn hiervoor aangehaalde uitspraak uit 2006 formuleerde, bij de invulling van de opdrachtsovereenkomst met de uitzendwerkgever niet mede te laten leiden door de belangen van de uitzendwerknemer omdat 'juist de flexibiliteit voor de inlener een wezenlijk kenmerk is' in het samenstel van enerzijds de opdrachtsovereenkomst tussen de uitzendwerkgever en de inlener en anderzijds de arbeidsovereenkomst van de uitzendwerkgever met de uitzendwerknemer. Daarom is de inlener bereid per gewerkt uur een hogere prijs te betalen dan indien hij de uitzendkracht zelf in dienst zou hebben genomen. Dit verzet zich tegen integrale overeenkomstige toepassing van artikel 7:611 BW op de verhouding tussen de inlener en de uitzendwerknemer. Het Hof Leeuwarden neemt wel aan dat bij de beoordeling van bepaalde concrete gedragingen van de opdrachtgever tegenover de uitzendwerknemer een zekere reflexwerking toekomt aan artikel 7:611 BW. Die reflexwerking van artikel 7:611 BW geldt dan echter niet bij het beëindigen van de terbeschikkingstelling door de opdrachtgever. Een gedraging van de opdrachtgever die diffamerend is jegens de uitzendwerknemer kan op grond van deze reflexwerking worden aangemerkt als een onrechtmatige daad van de opdrachtgever tegenover de uitzendwerknemer (zie bijv. Ktr. Sneek 10 november 2006, *JAR* 2007/153). In bijzondere omstandigheden kan in geval van het door de opdrachtgever zonder goede reden beëindigen van de terbeschikkingstelling wel sprake zijn van misbruik van bevoegdheid door de opdrachtgever. Dat is bijvoorbeeld aan de orde wanneer de opdrachtgever de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht beëindigt om discriminatoire redenen (zie Pres. Rb. Leeuwarden, 3 maart 1999, *KG* 1999/108).

In zijn arresten van 17 maart 2015 en 14 april 2015 betreft het Hof Arnhem-Leeuwarden artikel 7:611 BW helemaal niet bij zijn beoordeling van de beëindiging van de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht. Het hof overweegt dat de opdrachtgever de inzet van de betrokken uitzendkrachten zonder opgave van redenen kon beëindigen en de uitzendkrachten op basis van hun arbeidsovereenkomsten met het uitzendbureau geen wedertewerkstelling bij de opdrachtgever kunnen afdwingen.

4. Allocatiefunctie uitzendbureau rechtvaardigt dat de uitzendwerknemer geen wedertewerkstelling kan afdwingen bij opdrachtgever uitzendbureau

De allocatiefunctie van het uitzendbureau kan worden gezien als een rechtvaardiging voor het feit dat de uitzendwerknemer, anders dan een gewone werknemer, in beginsel geen wedertewerkstelling bij de opdrachtgever kan afdwingen wanneer deze de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer beëindigt. De opdrachtgever ging de uitzendovereenkomst aan met het oog op de flexibele inzet van de uitzendwerknemer en het bedrijfsmodel van de uitzendwerkgever is erop gericht de uitzendwerknemer na de beëindiging van de terbeschikkingstelling zo snel mogelijk onder te brengen bij een andere opdrachtgever. In mijn dissertatie betoog ik dat wanneer de opdrachtgever in dergelijke situaties niet de nodige zorgvuldigheid in acht neemt tegenover de uitzendwerknemer en bijvoorbeeld een langdurige terbeschikkingstelling zomaar of om een onheuse reden beëindigt, de uitzendwerkgever de verplichting heeft daartegen te protesteren bij de opdrachtgever of daartegen op een andere manier actie

moet ondernemen (zie J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012, par. 4.8.1). Doet de uitzendwerkgever dit niet en gaat hij in plaats daarvan zonder protest akkoord met de beëindiging van de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer (en eventueel daarna zelf over tot het ontslag van de uitzendwerknemer), dan zou hij zich tegenover de uitzendwerknemer niet als een goed werkgever gedragen in de zin van artikel 7:611 BW.

In arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarin de werkgever geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt ontbreekt deze rechtvaardiging voor het door de uitzendwerknemer niet kunnen afdwingen van wedertewerkstelling bij de opdrachtgever. Dat kan mijns inziens eveneens het geval zijn in situaties waarin de terbeschikkingstelling van de werknemer, ondanks de door zijn werkgever vervulde allocatiefunctie op de arbeidsmarkt, een permanent en exclusief karakter heeft. Toch wordt in de lagere rechtspraak ook in dergelijke situaties geoordeeld dat de opdrachtgever de tewerkstelling van de werknemer zonder opgave van redenen kan beëindigen omdat tussen de opdrachtgever en deze werknemer geen arbeidsovereenkomst bestaat. In de hiervoor aangehaalde uitspraak van het Hof Leeuwarden uit 2006 was de werknemster door facilitair dienstverlener ISS als kantined medewerkster tewerkgesteld bij DSM; in de uitspraak van de kantonrechter te Maastricht was de werknemer als payrollwerknemer gedurende zeven jaar werkzaam voor dezelfde opdrachtgever; in de uitspraak van het Hof Leeuwarden uit 2010 was de werknemer gedurende elf jaar op dezelfde werkplek werkzaam als metaalbewerker en in de uitspraak van de kantonrechter te Sneek was de werknemer gedurende zeventien jaar gedetacheerd bij de gemeente Skarsterlân. Ook in de arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 17 maart 2015 en 14 april 2015 die de aanleiding vormen voor dit commentaar waren de werknemers gedurende lange periodes, respectievelijk twaalf en vier jaar, werkzaam bij dezelfde opdrachtgever.

5. Het recht op wedertewerkstelling van de permanent en exclusief voor één opdrachtgever werkzame werknemer

Dat ook bij een permanent en exclusief voor één opdrachtgever werkzame werknemer het formele aspect van het ontbreken van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever in de weg staat aan toewijzing van een vordering tot wedertewerkstelling, laat zich moeilijk rijmen met de in de lagere rechtspraak aangehouden regel dat deze vordering in beginsel wordt toegewezen tenzij zeer goede gronden bestaan voor een op non-actiefstelling van de werknemer. Opvallend in dit verband is dat dit ontbreken van een directe contractuele band voor rechters geen belemmering vormt bij de toewijzing van een vordering tot wedertewerkstelling van de intra-concern gedetacheerde werknemer. Daarbij doel ik op de situatie waarin één groepsmaatschappij – een (sub)holdingmaatschappij of personeels-BV – fungeert als contractuele werkgever van alle bij de verschillende groepsmaatschappijen werkzame werknemers. Het ontbreken van een arbeidsovereenkomst met de groepsmaatschappij waarbij de werknemer werkzaam is, vormt zelfs geen punt van aandacht in de overwegingen van rechters bij de beoordeling van een vordering tot wedertewerkstelling van de intra-concern gedetacheerde werknemer (vgl. o.a. Hof Amsterdam 10 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2223 en Hof Amsterdam 14 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV8922). Als het om een vordering tot wedertewerkstelling gaat, zijn het groepslidmaatschap van de werkgever en de groepsmaatschappij waarbij de werknemer gedetacheerd was voldoende. Rechters lijken hier de personeels-BV en de groepsmaatschappij waarbij de werknemer intra-concern gedetacheerd is stilzwijgend te vereenzelvigen. Op zichzelf is dat goed te begrijpen. Anders zouden werknemers die werkzaam zijn binnen een groep waarin één groepsmaatschappij fungeert als centrale werkgever nooit wedertewerkstelling kunnen vorderen.

Ook in situaties waarin de werkgever en de opdrachtgever niet deel uitmaken van dezelfde groep, maar waarin de werknemer eveneens permanent en exclusief voor één opdrachtgever werkzaam is, zou de werknemer wedertewerkstelling moeten kunnen afdwingen bij de opdrachtgever. De permanent en exclusief voor één opdrachtgever werkzame werknemer kan belang hebben bij wedertewerkstelling bij die opdrachtgever wanneer de tewerkstelling zonder goede reden werd beëindigd en ook in verband met de negatieve consequenties die de beëindiging van de tewerkstelling heeft voor de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer. Zo kan de beëindiging van de tewerkstelling door de opdrachtgever meebrengen dat de arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever wordt beëindigd als deze de werknemer niet op korte termijn bij een andere opdrachtgever kan plaatsen. Vereenzelviging van werkgever en opdrachtgever in het kader van een vordering tot wedertewerkstelling is hier echter geen juridisch houdbare optie omdat geen sprake is van een groepsverhouding tussen werkgever en opdrachtgever. Toch hoeft het ontbreken van een contractuele relatie met de opdrachtgever mijns inziens ook in deze situatie geen belemmering te zijn voor toewijzing van de vordering tot wedertewerkstelling bij de opdrachtgever. Zo zou de afspraak in de overeenkomst van opdracht tussen werkgever en opdrachtgever, dat de werknemer (permanent en exclusief) tewerk wordt gesteld bij de opdrachtgever, kunnen worden aangemerkt als een derdenbeding ten behoeve van de werknemer. Aanvaarding van dit derdenbeding – die dan besloten zou liggen in de omstandigheid dat de werknemer bij de opdrachtgever is gaan werken – maakt de werknemer partij bij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de opdrachtgever (art. 6:254 lid 1 BW. Zie hierover nader Zwemmer, 2012, par. 2.4.4). Daarmee heeft de werknemer als partij bij deze overeenkomst de mogelijkheid direct nakoming van de afgesproken tewerkstelling te vorderen bij de opdrachtgever. Daarbij kan de rechter mede betrekken dat artikel 7:611 BW, hoewel daarin wordt gesproken van verplichtingen van ‘de werkgever en de werknemer’, ook betekenis kan hebben bij een beëindiging van de tewerkstelling door de opdrachtgever. Bij gelegenheid van de invoering van titel 10 Boek 7 BW in het begin van de jaren negentig heeft de regering medegedeeld dat artikel 7:611 BW ‘niet slechts ziet op de bedoelingen van partijen onderling, maar ook op voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen en ontwikkelingen’ (*Kamerstukken II 1993/94, 23438, 3, p. 15*).

In de overeenkomst van opdracht tussen werkgever en opdrachtgever zal niet altijd zijn afgesproken dat de werknemer (permanent en exclusief) bij de opdrachtgever wordt tewerkgesteld. In dat geval zou de werknemer de opdrachtgever op grond van onrechtmatige daad kunnen aanspreken bij een in zijn ogen onterechte beëindiging van de tewerkstelling en een zogenoemde gebodsactie kunnen instellen op grond waarvan de opdrachtgever wordt verplicht de werknemer toe te laten tot de werkzaamheden (zie C.J. van Zeben en J.W. du Pon, met medewerking van M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6*, Deventer: Kluwer 1981, p. 613). Dat de opdrachtgever op grond van onrechtmatige daad door de aan hem ter beschikking gestelde werknemer kan worden gehouden aan een ‘werkgeversverplichting’ in titel 10 Boek 7 BW bleek eerder bij de zorgplicht van de werkgever ex artikel 7:658 BW. In 1990 oordeelde de Hoge Raad dat de opdrachtgever door de aan hem

ter beschikking gestelde werknemer op grond van onrechtmatige daad kan worden aangesproken voor een tekortschieten in de in artikel 7:658 BW neergelegde zorgplicht van de werkgever en ook dan het thans in artikel 7:658 lid 2 BW bepaalde ten aanzien van de (omkering van de) bewijslast gold (HR 15 juni 1990, *NJ* 1990/716 m.nt. Stein (Stormer/Vedox)). Later is de via artikel 6:162 BW aangenomen zorgplicht ex artikel 7:658 BW van de opdrachtgever gecodificeerd in het vierde lid van artikel 7:658 BW. De opdrachtgever zou hier natuurlijk kunnen stellen dat geen sprake is van onrechtmatigheid zijnerzijds omdat het hem op grond van de opdrachtovereenkomst vrijstaat de tewerkstelling van de werknemer zonder reden te beëindigen. Echter, de werknemer kan hierdoor als belanghebbende derde bij de opdrachtovereenkomst wel geschaad zijn. Bijvoorbeeld omdat de tewerkstelling op een onterechte grond werd beëindigd en omdat dit ten koste gaat van zijn arbeidsrechtelijke positie omdat hij nu zijn werk kwijt is en de werkgever hem niet – op korte termijn – tewerk kan stellen bij een andere opdrachtgever. Gelet op de nauw bij de opdrachtovereenkomst betrokken belangen van de werknemer en het nadeel dat hij leidt als gevolg van de beëindiging van de opdrachtovereenkomst, zou de opdrachtgever jegens hem onrechtmatig handelen wanneer deze de opdrachtovereenkomst zonder goede grond beëindigt. In het Vleesmeesters-arrest (HR 24 september 2004, *NJ* 2008/587 m.nt. Du Perron en herhaald in HR 21 december 2012, *NJ* 2013/46) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat, indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, kunnen meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Du Perron analyseert de overwegingen van de Hoge Raad in het Vleesmeesters-arrest aldus dat de kern van de vraag naar de zorgvuldigheid van contractspartijen tegenover derden niet is ‘of de ene partij tegenover de andere tekortschiet (de wanprestatie), maar of die partij zijn gedrag mede door de belangen van de betrokken derde moet laten bepalen, doordat de overeenkomst een schakel is gaan vormen in het rechtsverkeer waarmee de belangen van die derde nauw zijn verbonden’. Een partij kan daardoor ook in een situatie waarin geen sprake is van wanprestatie onrechtmatig handelen jegens een nauw bij de overeenkomst betrokken derde indien zij de belangen en gerechtvaardigde verwachtingen van deze derde veronachtzaamt (zie hierover nader punt 6 en 7 van mijn commentaar op www.ar-updates bij Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2013, AR 2013-0560).

6. Payrolling en wedertewerkstelling

Of de werknemer die meent dat zijn tewerkstelling bij de opdrachtgever op onterechte gronden is beëindigd wedertewerkstelling bij de opdrachtgever kan afdwingen, zou als gezegd af moeten hangen van factoren als de hoedanigheid en bedrijfsactiviteiten van de werkgever, de hierover door de werkgever met de opdrachtgever gemaakte afspraken, de wijze waarop de werknemer werkzaam was bij de opdrachtgever en de reden waarom de opdrachtgever de tewerkstelling beëindigde. Een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding waarbij de werknemer op basis van deze factoren naar mijn mening met succes wedertewerkstelling zou moeten kunnen vorderen is payrolling. Hierbij geeft de opdrachtgever het juridische en administratieve werkgeverschap uit handen aan een payrollbedrijf, wordt de werknemer door de opdrachtgever geworven en geselecteerd en is deze permanent en exclusief voor hem werkzaam. Payrolling is geen uitzending of een andere nieuwe vorm van arbeid, maar een contractueel alternatief voor de arbeidsovereenkomst met de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Bijkomende ‘voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen of ontwikkelingen’ die kunnen bijdragen aan een toewijzing van de door de payrollwerknemer gevorderde wedertewerkstelling bij de opdrachtgever (als deze de werknemer zonder goede grond naar huis stuurde) vormen de op 1 juli 2015 in werking getreden Ontslagregeling waarin de ontslagbescherming van payrollwerknemers is gelijkgetrokken met die van werknemers die rechtstreeks in dienst zijn van de opdrachtgever en het aangekondigde wetsvoorstel tot wijziging van de Waadi in het kader van gelijke arbeidsvoorwaarden bij payrolling (zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34300-XV, 6 (bijlage)). Dit wetsvoorstel volgt op een eerder in het kader van de Wet werk en zekerheid aangenomen motie van het Kamerlid Hamer waarin de regering wordt verzocht te zorgen voor gelijke behandeling bij de arbeidsvoorwaarden tussen payrollwerknemers en werknemers die direct in dienst zijn van de opdrachtgever (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 43). Kijkt de rechter echter door de payrollconstructie heen en kwalificeert hij de opdrachtgever op grond van artikel 7:610 BW als de werkgever van de payrollwerknemer, dan kan de payrollwerknemer natuurlijk direct op grond van artikel 7:611 BW wedertewerkstelling afdwingen bij de ‘opdrachtgever’.