



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Omzeilen ketenregeling via uitzendbureau leidt tot ontstaan arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2020

Document Version

Final published version

Published in

Jurisprudentie Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2020). Omzeilen ketenregeling via uitzendbureau leidt tot ontstaan arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. 87. Case note on: HR, 21/02/20, ECL:NL:HR:2020:312 *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 29(5), 786-811.

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.

87

Omzeilen ketenregeling via uitzendbureau leidt tot ontstaan arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

Hoge Raad
21 februari 2020, nr. 18/04679,
ECLI:NL:HR:2020:312
(mr. Streefkerk, mr. Polak, mr. Du Perron, mr. Wattendorff, mr. Lock)
(Concl. A-G De Bock)
Noot mr. dr. J.P.H. Zwemmer

Ketenregeling. Omzeiling middels uitzendovereenkomst met payrollbedrijf. Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan.

[BW art. 7:610, 7:668a (oud), 7:690; Richtlijn 1999/70/EG]

De werknemer is op 5 september 2011 als taxi-chauffeur bij de werkgever in dienst getreden voor de duur van zes maanden. Deze arbeidsovereenkomst is tweemaal zonder onderbreking voor bepaalde tijd verlengd, de laatste keer tot en met 4 september 2014. Op initiatief van de werkgever heeft de werknemer aansluitend twee tijdelijke uitzendovereenkomsten met een payrollbedrijf gesloten in de periode van 5 september 2014 tot 4 maart 2015. De werknemer is hetzelfde werk blijven doen. In februari 2015 heeft het payrollbedrijf laten weten dat de werknemer na 5 maart 2015 niet meer zou worden ingezet als chauffeur. De werknemer heeft een verklaring voor recht gevorderd dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. De kantonrechter heeft de vordering toegewezen. Het hof heeft dit vonnis bekrachtigd. De werkgever heeft cassatieberoep ingesteld.

De Hoge Raad stelt vast dat de gedachtegang van het hof erop neerkomt dat weliswaar op papier tussen de werknemer en het payrollbedrijf een uitzendovereenkomst bestond, maar dat deze overeenkomst slechts was geconstrueerd om onder de voor de werknemer uit de ketenregeling voortvloeiende bescherming uit te komen, en dat daarom van een reële uitzendovereenkomst tus-

sen de werknemer en het payrollbedrijf geen sprake was. Voor zover de klachten die overwogen anders lezen, missen zij feitelijke grondslag. Het oordeel van het hof is niet onbegrijpelijk en voldoende gemotiveerd. Vanaf het moment dat de werknemer via het payrollbedrijf zijn werkzaamheden bij de werkgever voortzette (5 september 2014), is in wezen sprake van een vierde arbeidsovereenkomst. Direct vóór 5 september 2014 was al sprake geweest van drie elkaar opvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten voor een periode van in totaal 36 maanden. Van het bepaalde in art. 7:668a lid 1 (oud) BW is noch in de Taxi-CAO noch bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan ten nadele van de werknemer afgeweken. Het oordeel dat op 5 september 2014 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand is gekomen, is in overeenstemming met het bepaalde in art. 7:668a lid 1 (oud) BW en getuigt dus niet van een onjuiste rechtsopvatting.

NB. Zie «JAR» 2018/237, m.nt. Hoogeveen voor het arrest van het hof. In «JAR» 2020/4, ook m.nt. Hoogeveen, overwoog de kantonrechter dat het afwisselend tewerkstellen van een werknemer via verschillende uitzendbureaus en direct bij de werkgever zelf niet in strijd is met de wet zolang dit openlijk gebeurt en de werknemer hiermee heeft ingestemd. De Hoge Raad oordeelt echter dat een dergelijke constructie wel degelijk een ongeoorloofde afwijking van de ketenregeling vormt. De casus lijkt sterk op die van het klassieke Campina-arrest van 22 november 1991 (NJ 1992/707, m.nt. Stein).

*Taxi Dorenbos Drenthe BV te Assen,
eiseres tot cassatie,
advocaat: J. den Hoed,
tegen
de werknemer te (...),
verweerder in cassatie,
niet verschenen.*

Conclusie Advocaat-Generaal
(mr. De Bock)

Een taxichauffeur werkt aanvankelijk op drie opvolgende, tijdelijke arbeidscontracten voor Taxi Dorenbos. Aansluitend heeft hij op wens en initiatief van Taxi Dorenbos een tijdelijke uitzendovereenkomst (payrolling) gesloten met T4T. Hij

heeft zijn werkzaamheden voor Taxi Dorenbos ongewijzigd voortgezet. Na het verstrijken van de periode waarvoor de uitzendovereenkomst was aangegaan, heeft Taxi Dorenbos te kennen gegeven dat hij niet meer als taxichauffeur zal worden ingezet. De taxichauffeur vordert een verklaring voor recht dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met Taxi Dorenbos tot stand is gekomen. Volgens rechtbank en hof is sprake van ontduiking van de ketenregeling van art. 7:668a BW en is een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen de taxichauffeur en Taxi Dorenbos ontstaan. Geeft het oordeel van het hof blijk van een juiste rechtsopvatting en is het voldoende begrijpelijk gemotiveerd?

1. Feiten

In deze zaak kan worden uitgegaan van de volgende feiten, ontleend aan de beschikking van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 7 augustus 2018 onder 3.1 tot en met 3.8.¹

1.1. De werknemer (hierna: Werknemer), geboren op (...) 1962, is op 5 september 2011 als taxichauffeur bij Taxi Dorenbos in dienst getreden voor de duur van zes maanden. De overeenkomst eindigde op 5 maart 2012. Deze arbeidsovereenkomst is tweemaal zonder onderbreking voor bepaalde tijd verlengd: van 6 maart 2012 tot en met 5 maart 2013 en van 6 maart 2013 tot en met 4 september 2014. Op de arbeidsovereenkomsten was de CAO voor Taxivervoer (verder: de Taxi-CAO) van toepassing.

1.2. Op 8 augustus 2014 heeft Werknemer een gesprek gehad met het hoofd P&O van Taxi Dorenbos (hierna: het hoofd P&O), en op het kantoor van Taxi Dorenbos een "Aanmeldformulier medewerker en contract" van Talent4Taxi Diensten (hierna: T4T) ondertekend. Dit formulier is door Taxi Dorenbos geprint. Dit formulier is noodzakelijk om, zoals in het formulier staat, de medewerker in te voeren in de database van T4T en een arbeidsovereenkomst op te stellen. In dit formulier is Werknemer aangeduid als payroll-medewerker. In het formulier staat dat er pas een arbeidsovereenkomst met T4T tot stand komt na ondertekening van de nog te ontvangen over-

eenkomst en wanneer T4T deze weer ontvangen heeft. Bij het gesprek, het invullen van het formulier en het ondertekenen daarvan is geen medewerker van T4T aanwezig geweest. Werknemer was niet als werkzoekende ingeschreven bij T4T.

1.3. T4T heeft Werknemer op 28 augustus 2014 een set stukken toegestuurd, waaronder een door de directeur van PSC Backoffice Services 201 B.V. (met als handelsnaam T4T) ondertekende "arbeidsovereenkomst fase B" voor bepaalde tijd van 5 september 2014 tot en met 4 december 2014 en een "uitzendbevestiging". In die uitzendbevestiging staat dat Taxi Dorenbos opdrachtgever is. De arbeidsovereenkomst vermeldt dat het een uitzendovereenkomst is als bedoeld in artikel 7:690 BW en een detacheringsovereenkomst fase B, zoals omschreven in artikel 13 lid 2 van de CAO voor Uitzendkrachten, en dat het uitzendbeding op deze overeenkomst niet van toepassing is. In de artikelen 3.2 en 3.3 van de arbeidsovereenkomst is, voor zover hier van belang, opgenomen dat voor de einddatum schriftelijk of per e-mail wordt bericht "of we het contract willen verlengen". De arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege en zonder dat opzegging vereist is, "de dag voordat je zou instromen in fase C van de CAO" of als niet schriftelijk of per mail is meegedeeld dat het contract verlengd wordt. De CAO voor Uitzendkrachten van de ABU is van toepassing verklaard op de arbeidsovereenkomst. Werknemer heeft de arbeidsovereenkomst ondertekend en aan T4T geretourneerd.

1.4. Per e-mail van 28 november 2014 heeft T4T aan Werknemer bericht dat de arbeidsovereenkomst met drie maanden wordt verlengd tot 4 maart 2015. Medio februari 2015 heeft Werknemer van het hoofd P&O te horen gekregen dat Taxi Dorenbos Werknemer na 5 maart 2015 niet meer zou inzetten als chauffeur. Via zijn advocaat heeft Werknemer vervolgens laten weten ervan uit te gaan dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestaat tussen hem en Taxi Dorenbos. Het hoofd P&O heeft dat betwist en aangegeven dat PSC Backoffice Services 201 B.V. de juridische werkgever van Werknemer is.

1.5. Werknemer heeft van 4 september 2014 tot en met 4 maart 2015 dezelfde werkzaamheden bij Taxi Dorenbos verricht als voor die tijd.

1 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden, 7 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7135, JAR 2018/237 m.nt. E.M. Hoogeveen, RAR 2018/148, AR-Updates.nl 2018-0932.

1.6. Op vordering van Werknemer heeft de kantonrechter in Assen bij kort gedingvonnis van 1 mei 2015 Taxi Dorenbos veroordeeld:²

– Werknemer toe te laten tot zijn werkzaamheden als taxichauffeur op straffe van een dwangsom, – tot loonbetaling vanaf 5 maart 2015, met wettelijke rente en wettelijke verhoging van maximaal 25% en tot betaling van de proceskosten.

Taxi Dorenbos heeft geen hoger beroep ingesteld tegen dit vonnis.

1.7. Werknemer is per 8 mei 2015 weer bij Taxi Dorenbos aan het werk gegaan en werkte daar nog ten tijde van de comparitie bij het hof.

1.8. De groep waar Taxi Dorenbos deel van uitmaakt heeft ongeveer 800 personeelsleden, waarvan 50% uitzendkracht is. De helft van het eigen personeel is in tijdelijke dienst. De constructie die bij Werknemer is toegepast, is bij tientallen andere collega's van Werknemer gehanteerd. Deze zaak is voor Taxi Dorenbos een principezaak.

2. Procesverloop

2.1. Bij dagvaarding van 16 juli 2015 heeft Werknemer gevorderd, kort weergegeven, dat voor recht zal worden verklaard dat met ingang van 5 september 2011, althans 8 mei 2015,³ een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan tussen hem en Taxi Dorenbos. Tevens zijn enkele nevenvorderingen ingesteld.

2.2. Taxi Dorenbos heeft verweer gevoerd en een eis in reconventie ingesteld, strekkende tot een verklaring voor recht dat de arbeidsovereenkomst op 4 september 2014 is geëindigd, althans dat geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan en tot terugbetaling door Werknemer van € 6.483,95, met rente en kosten.

2.3. Bij vonnis van 15 juni 2016 heeft de kantonrechter voor recht verklaard dat tussen partijen vanaf 4 september 2014 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestaat, per 5 september 2011.⁴ Volgens de kantonrechter heeft T4T ten behoeve van Werknemer geen enkele allocatieve functie vervuld voor Taxi Dorenbos of enig ander taxi- en/of vervoersbedrijf (rov. 6). Daardoor is er

volgens de kantonrechter in de driehoeksrelatie Werknemer – Taxi Dorenbos – T4T niet sprake van een reële uitzendovereenkomst (rov. 7). Vervolgens overweegt de kantonrechter dat in de constructie die Taxi Dorenbos heeft willen doorvoeren, het formele en het materiële werkgeverschap uit elkaar worden getrokken, zonder dat daarvoor een rechtens te respecteren belang aan de kant van Taxi Dorenbos wordt gesteld. T4T is enkel op papier de werkgever geworden (rov. 8). Op grond daarvan komt de kantonrechter tot de conclusie dat die constructie enkel is opgezet om de ketenregeling van art. 7:668a BW te ontlopen (rov. 9) en dat door de constructie moet worden heen gekeken (rov. 10).

2.4. Taxi Dorenbos heeft hoger beroep ingesteld. Werknemer heeft verweer gevoerd.

2.5. Op 25 juli 2018 heeft een comparitie plaatsgevonden. Van het verhandelde ter zitting is een proces-verbaal opgemaakt.

2.6. Bij arrest van 7 augustus 2018 heeft het hof het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd, met veroordeling van Taxi Dorenbos in de kosten van het hoger beroep.⁵

2.7. Het hof heeft het volgende overwogen.

– Voor zover de kantonrechter in het ontbreken van allocatiewerkzaamheden door T4T reden heeft gezien de verhouding tussen T4T en de werknemer niet te kwalificeren als een reële uitzendovereenkomst, is dat argument achterhaald door het *Care4Care*-arrest van de Hoge Raad (rov. 5.4).

– Tussen partijen is niet in geschil dat, los daarvan, aan de in art. 7:690 BW vermelde eisen is voldaan (rov. 5.4).

– Dat de verhouding gekwalificeerd kan worden als een uitzendovereenkomst, betekent echter nog niet dat het gebruik van zo'n overeenkomst in de omstandigheden van dit geval tot gevolg heeft dat de beschermende werking van de ketenregeling is uitgewerkt (rov. 5.4).

– Met de ketenregeling is beoogd te voldoen aan de Richtlijn, waarin tot uitgangspunt is genomen dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de normale arbeidsverhouding is (rov. 5.5).

2 Rb. Noord-Nederland 30 april 2015 (onder het vonnis staat 1 mei 2015), locatie Assen, ECLI:NL:RBNNE:2015:2205.

3 Zie de eiswijziging bij conclusie van repliek, onder 10.2.

4 Rb. Noord-Nederland, locatie Assen, 15 juni 2016. Het vonnis is niet gepubliceerd.

5 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden, 7 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7135, JAR 2018/237 m.nt. E.M. Hoogeveen, RAR 2018/148, AR-Updates.nl 2018-0932.

– Voor 1 juli 2015 mocht een tijdelijke arbeidsovereenkomst maximaal twee keer worden verlengd, waarbij de drie overeenkomsten samen de maximale duur van drie jaar niet mochten overschrijden (rov. 5.5).

– Vast staat dat de Taxi-CAO niet de mogelijkheid bood van dat aantal of die duur af te wijken (rov. 5.5).

– Taxi Dorenbos was erg tevreden over de werkzaamheden van Werknemer, maar wilde geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met hem aangaan terwijl zij wel van zijn diensten gebruik wilde maken voor de resterende contractduur van het aan haar aanbestede vervoer (rov. 5.6).

– Niet alleen is van belang hoe partijen de overeenkomst op schrift hebben gesteld, maar ook op welke wijze zij feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de arbeidsverhouding (rov. 5.6).

– Vast staat dat Taxi Dorenbos het initiatief heeft genomen om de constructie met T4T tot stand te brengen. Werknemer heeft enkel zijn handtekening gezet onder een hem door Taxi Dorenbos opgesteld en voorgehouden aanmeldformulier en later toegezonden contract, waarna er vervolgens materieel niets voor Werknemer wijzigde (rov. 5.6).

– Werknemer stond vanaf 5 september 2014 slechts op de “payroll” van T4T, maar bleef via die arbeidsverhouding werkzaam voor Taxi Dorenbos. De door Werknemer gewerkte uren werden daarbij ter verloning niet door hem maar door Taxi Dorenbos aan T4T doorgegeven (rov. 5.6).

– Buiten het toezenden van enkele stukken en een e-mailbericht is er geen contact geweest tussen Werknemer en T4T en heeft Werknemer steeds alleen met Taxi Dorenbos te maken gehad (rov. 5.6).

– Het feit dat de Richtlijn niet ziet op uitzendovereenkomsten, betekent niet dat het gebruik van een uitzendovereenkomst voor een payrollconstructie ten behoeve van dezelfde werkgever, aansluitend op de maximale termijn dan wel het maximale aantal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, met het enkele doel om onder de met de Richtlijn beoogde bescherming uit te komen, die bescherming mag frustreren (rov. 5.7).

– Van een ander doel dan het door Taxi Dorenbos ontduiken van de beoogde bescherming is niet gebleken (rov. 5.8).

– Ten aanzien van het *Greenpeace*-arrest, waarop Taxi Dorenbos zich beroept, overweegt het hof

dat het voor de werknemer in het *Greenpeace*-arrest duidelijk was dat hij na de laatste schakel werkloos was. De werknemer kwam in een situatie terecht waarin hij zijn knopen moest tellen. Dit is bij Werknemer niet het geval, nu van een feitelijke onderbreking van de werkzaamheden van Werknemer geen sprake is. Werknemer kwam dus niet in de situatie terecht dat hij een bewuste keuze voor zijn arbeidsrechtelijke toekomst diende te maken. De vergelijking met het *Greenpeace*-arrest gaat dan ook mank (rov. 5.9).

– Omdat de payrollconstructie is gehanteerd voor het enkele doel om onder de bescherming van de ketenregeling uit te komen, kan deze constructie niet verhinderen dat vanaf de eerste dag waarop Werknemer via T4T bij Taxi Dorenbos ging werken, dus op 5 september 2014, tussen Werknemer en Taxi Dorenbos een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan (rov. 5.10).

2.8. Bij procesinleiding van 7 november 2018 heeft Taxi Dorenbos – tijdig – cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof. Taxi Dorenbos heeft het cassatieberoep schriftelijk toegelicht. Werknemer heeft geen verweer gevoerd.

3. Het cassatiemiddel

3.1. Het cassatiemiddel bestaat uit vier onderdelen, waarvan het eerste onderdeel is onderverdeeld in acht subonderdelen. In de kern wordt aangevoerd dat het oordeel van het hof dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen Werknemer en Taxi Dorenbos, berust op een onjuiste rechtsopvatting, althans onbegrijpelijk is, nu het hof heenstapt over de (ook volgens het hof bestaande) uitzendovereenkomst tussen Werknemer en T4T.

3.2. Voordat ik de klachten bespreek, zal ik het toepasselijke juridische kader schetsen. Daarbij komen de volgende onderwerpen aan de orde:

- de ketenregeling (4.1-4.4);
- ongeoorloofde ontduiking of uitholling (misbruik) ketenregeling (4.5-4.13);
- draaideurconstructies (4.14-4.17);
- Richtlijn 1999/70/EG (4.18-4.25);
- de ketenregeling onder de Wwz (4.26-4.27);
- de uitzendovereenkomst (4.28-4.33);
- ABU-cao en NBBU-cao (4.34-4.35);
- payrolling (4.36-4.40);
- ketenregeling en uitzendovereenkomst (of payrolling) (4.41-49);
- conclusie (4.50-4.65).

4. Het juridisch kader

Ketenregeling

4.1. Dit is een zaak naar oud recht, nu de relevante feiten zich hebben afgespeeld in de periode van 5 september 2011 tot en met 4 maart 2015, dus vóór de invoering van de Wwz op 1 juli 2015.

4.2. Art. 7:668a BW bevat de zogeheten ketenregeling. De ketenregeling is ingevoerd met de Wet Flexibiliteit en zekerheid van 1 januari 1999 (de Flexwet).⁶ De ketenregeling beoogde te voorkomen dat steeds gebruik wordt gemaakt van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, waardoor de werknemer rechtsbescherming tegen ontslag wordt onthouden.⁷ Doel van de ketenregeling is dan ook dat na verloop van tijd voor werknemers zekerheid ontstaat in de vorm van een vast contract. Vanaf dat moment loopt de arbeidsovereenkomst niet langer van rechtswege af, maar is opzegging vereist.

4.3. Art. 7:668a BW (oud) luidde als volgt:

“1. Vanaf de dag dat tussen dezelfde partijen:

a. arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden, geldt met ingang van die dag de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd;

b. meer dan 3 voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan 3 maanden, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.

2. Lid 1 is van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn.

3. Lid 1, onderdeel a, is niet van toepassing op een arbeidsovereenkomst aangegaan voor niet meer dan 3 maanden die onmiddellijk volgt op een tussen dezelfde partijen aangegane arbeidsovereenkomst voor 36 maanden of langer.

4. De termijn van opzegging wordt berekend vanaf het tijdstip van totstandkoming van de eerste arbeidsovereenkomst als bedoeld onder a of b van lid 1.

5. Van de leden 1 tot en met 4 kan slechts bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan worden afgeweken ten nadele van de werknemer.”

4.4. De regeling in lid 1, aanhef en onder a en b, van art. 7:668a BW wordt ook wel aangeduid als de “3-3-3-regeling”. Op grond van de bepaling vindt conversie van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege plaats, indien:

– twee of meer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden, of;

– meer dan drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar hebben opgevolgd, met tussenpozen van niet meer dan drie maanden.

Ongeoorloofde ontduiking of uitholling (misbruik) ketenregeling

4.5. De vraag rijst of als tussen opvolgende arbeidsovereenkomsten van bepaalde tijd een periode van meer dan drie maanden zit, waardoor naar de letter van art. 7:668a lid 1 BW geen conversie optreedt in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, sprake is van ongeoorloofde ontduiking van de ketenregeling. In het *Greenpeace*-arrest overwoog de Hoge Raad hierover het volgende:⁸

“Deze onderdelen, die – gezien ook de parlementaire geschiedenis van de Wet van 14 mei 1998, Stb. 300 (Flexibiliteit en zekerheid) – terecht tot uitgangspunt nemen dat van een ongeoorloofde ontduiking of uitholling van art. 7:668a niet reeds sprake is door het enkele feit dat werkgever en werknemer overeenkomen dat de werknemer na het verstrijken van een tussenpoos van meer dan drie maanden als bedoeld in dat artikel weer in dienst van de werkgever zal treden, kunnen gezamenlijk worden behandeld.”

Vervolgens overweegt de Hoge Raad, kort samengevat, dat het hof in de stellingen van eiser in fei-

6 Zie over deze wet ook mijn conclusie van 9 november 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1361 (*European Sport Services B.V.*), onder 2.1, 2.2 en 2.4.

7 Zie onder meer *Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/336*.

8 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2504, *JAR* 2007/215 (*Greenpeace*), rov. 3.5.2.

telijke instanties niet had hoeven te lezen dat hij zich erop beriep dat het bij de beëindiging om een schijnhandeling ging, ter ontduiking van de door art. 7:668a BW geboden ontslagbescherming.

4.6. Uit de vooropstelling in het *Greenpeace*-arrest volgt dat de enkele omstandigheid dat de afspraak tussen werknemer en werkgever dat de werknemer na het verstrijken van een periode van meer dan drie maanden weer in dienst zal treden, niet betekent dat sprake is van ongeoorloofde ontduiking of uitholling (kortweg: misbruik). Daaruit is af te leiden dat bijkomende omstandigheden wél tot die conclusie kunnen leiden.⁹

4.7. De passages uit de parlementaire geschiedenis van de Wet Flexibiliteit en zekerheid waarop de Hoge Raad doelt zijn de volgende.¹⁰ In de Eerste Kamer is de volgende vraag gesteld:¹¹

“Vervolgens bedenken omroepwerkgevers, als ik goed geïnformeerd ben, creatieve constructies om een vast dienstverband te vermijden. Zij bieden negenmaandscontracten aan en willen de medewerkers in de drie zomermaanden naar de WW afschuiven. Ik vind dat oneigenlijk gebruik. Ik vraag de minister, met mij na te denken hoe we hiermee moeten omgaan en wat we hieraan kunnen doen.”

De minister gaf op deze vraag het volgende antwoord:¹²

“(…) Als jaar in, jaar uit contracten voor bepaalde tijd worden afgesloten met steeds een onderbreking van drie maanden, kan op enig moment sprake zijn van misbruik van recht om ontslagbescherming van de werknemer tegen te gaan. Ik moet constateren dat het aan de rechter is om in een dergelijke situatie een oordeel te vellen. Met andere woorden: ik zie niet goed hoe je deze mogelijkheid in de wet kan tegengaan. Er werd een termijn van vier maanden gesuggereerd, maar dezelfde situatie kan zich voordoen, met welke termijn je ook werkt. Dat lijkt mij moeilijk te on-

dervangen in de termijnen die je in de wet kunt stellen.”

Met andere woorden: een onderbreking van elkaar steeds opvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd met drie maanden hoeft niet te betekenen dat sprake is van misbruik, maar het is aan de rechter om te bepalen of en wanneer dit kantelt en wél misbruik moet worden aangenomen.

4.8. A-G Langemeijer schreef in zijn conclusie voor het *Greenpeace*-arrest het volgende over misbruik van de ketenregeling (mijn onderstreping (gecursiveerd; red.)):¹³

“3.7. Van een ongeoorloofde ontwijking of uitholling van het bepaalde in art. 7:668a BW is – ook in de redenering van het middel – niet reeds sprake door de enkele omstandigheid dat een werkgever en een werknemer afspreken dat de werknemer na het verstrijken van een tijdvak van meer dan drie maanden weer in dienst van de werkgever zal treden. In zoverre deel ik het oordeel van het hof dat art. 7:668a BW partijen niet verbodt de derde arbeidsovereenkomst voortijdig te beëindigen en daarbij af te spreken dat iets meer dan drie maanden later een nieuwe (vierde) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zou ingaan, zelfs indien daarbij de achterliggende gedachte was te voorkomen dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.

3.8. Dit kan anders zijn, wanneer sprake is van een *constructie* (het woord ‘constructie’ in dit verband te lezen als: *een stelsel van samenhangende afspraken*) die zich naar haar aard ertoe leent om te ontkomen aan de werking van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen die beogen de werknemer bescherming tegen hem verleend ontslag te bieden (vgl. rov. 3.4 van HR 22 november 1991, NJ 1992, 707 m.nt. PAS). Anders dan in die zaak, is in de huidige zaak geen sprake van een constructie waarbij [eiser] in het tijdvak van meer dan drie maanden in dienst van een uitzendbureau hetzelfde werk bleef doen.”

4.9. Als de werkgever dus bewust afspraken met de werknemer maakt die tot doel hebben om de bescherming die art. 7:668a lid 1 BW de werknemer biedt, te omzeilen of te ontduiken, kan wel degelijk sprake zijn van misbruik. Het arrest waarnaar in de aangehaalde passage verwezen

9 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, 2018, p. 295.

10 Zie de conclusie van A-G Langemeijer onder het *Greenpeace*-arrest onder 2.5. Zie ook *Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/337*.

11 De A-G verwijst naar: Parl. Gesch. Wet Flexibiliteit en zekerheid, blz. 546.

12 *Handelingen I 1997-1998*, nr. 29, p. 1514 (Voortzetting behandeling wetsvoorstellen Flexibiliteit en zekerheid, Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs).

13 A-G Langemeijer voor HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2504 (*Greenpeace*), onder 3.7 en 3.8.

wordt, is het *Campina*-arrest, waarin de Hoge Raad oordeelde dat een zogenoemde draaideurconstructie niet toelaatbaar is (zie onder 4.15).

4.10. In verschillende gevallen waarin een werknemer werd geconfronteerd met elkaar met tussenpozen opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, is door de rechter geoordeeld dat sprake is van misbruik op de door Lange-meijer bedoelde wijze: een stelsel van samenhangende afspraken, bedoeld om te ontkomen aan de werking van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen die beogen de werknemer bescherming te bieden tegen ontslag.

4.11. Een voorbeeld is een geval waarin een werknemer aanvankelijk op drie tijdelijke contracten voor een werkgever werkt. De werkgever stelt voor dat de werknemer drie maanden uit dienst gaat en een WW-uitkering aanvraagt, waarbij de werkgever het inkomensverlies van de werknemer in die periode wil vergoeden. De werknemer accepteert het voorstel niet en stelt dat het aanbod kwalificeert als een ongeoorloofde ontduiking van artikel 7:668a BW. De voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam volgt het standpunt van de werknemer, en gaat ervan uit dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand is gekomen.¹⁴

4.12. Een ander voorbeeld is een uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden, waarin het jaren achtereen aangaan van een arbeidsovereenkomst voor negen maanden, om vervolgens na drie maanden plus één dag opnieuw een arbeidsovereenkomst voor negen maanden aan te bieden, zonder daarvoor enige redenen op te geven, in strijd met goed werkgeverschap werd bevonden.¹⁵ Overigens was in deze zaak ook sprake van strijd met de toepasselijke CAO.

4.13. Als echter sprake is van seizoensarbeid – en er dus daadwerkelijk geen of veel minder werk beschikbaar is – én er zijn geen bijkomende omstandigheden die wijzen op een “constructie”, wordt door de rechter aanvaard dat er een groot aantal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden gesloten, met steeds tussenpozen van ten

minste drie maanden, zonder dat sprake is van misbruik.¹⁶

Draaideurconstructies

4.14. Lid 2 van art. 7:668a BW verklaart lid 1 van overeenkomstige toepassing in situaties dat arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers worden aangegaan, voor zover het gaat om werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn. Deze bepaling is bedoeld om “draaideurconstructies” tegen te gaan.¹⁷

4.15. Deze anti-draaideurbepaling vormt een codificatie van het *Campina*-arrest uit 1991.¹⁸ In die zaak ging het om werknemers die gedurende vijf jaar onafgebroken voor de werkgever werkzaam waren, afwisselend op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en als uitzendkracht. De Hoge Raad oordeelde hierover als volgt:

“3.4. Het gaat hier om een constructie die zich naar haar aard ertoe leent om te ontkomen aan de werking van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen die beogen de werknemer bescherming tegen hem verleend ontslag te bieden, aangezien bij toepassing van die constructie deze wetsbepalingen, indien naar de letter genomen, niet tot het daarmee beoogde doel zouden leiden.

Deze constructie komt er immers op neer dat de werkgever gedurende een langere periode (een aantal jaren) werk in zijn onderneming doet verrichten door arbeidskrachten met wie hij daartoe een aantal malen achtereen arbeidsovereenkomsten sluit voor bepaalde tijd telkens afgewisseld door aansluitende perioden (van, naar het hof

14 Voorzieningenrechter rechtbank Amsterdam 11 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW6495, *JAR* 2012/160, *AR-Updates.nl* 2012-0495.

15 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 februari 2012, *AR* 2012-282, *JIN* 2012/74 m.nt. A.R. Houweling.

16 Zie bijvoorbeeld gerechtshof Arnhem 28 juni 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BR2729, *JAR* 2011/224, *AR-Updates.nl* 2011-0591. Vergelijk ook een uitspraak van het Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten 29 oktober 2010, ECLI:NL:OGEAM:2010:BY1351, waarin een reeks van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, met een tussenpoos van meer dan drie maanden tussen deze reeksen, niet leidt tot het oordeel dat sprake is van misbruik.

17 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 9 en 26 (MvT). Zie hierover ook mijn conclusie van 9 november 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1361 (*European Sport Services B.V.*), nrs. 2.1, 2.2 en 2.4.

18 HR 22 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0421, *NJ* 1992/707 m.nt. P.A. Stein (*Campina*). Zie ook *Asser/Heerma van Voss* 7-V 2015/336.

kennelijk heeft aangenomen, telkens meer dan 31 dagen met het oog op het bepaalde in art. 1639f lid 4) waarin diezelfde werknemers hetzelfde werk in zijn onderneming verrichtten als uitzendkrachten.

Een redelijke, met het stelsel van de wet en de strekking van vorenbedoelde wetsbepalingen strokende toepassing daarvan brengt dan ook mee dat de te dezen gekozen constructie niet leidt tot het ontnemen aan Bootsma c.s. van hun door de wet gewaarborgde ontslagbescherming en dat daarom de relatie tussen ieder van hen en Campina, wat betreft de wettelijke regels die gelden voor beëindiging daarvan, moet worden aangemerkt als een voortgezette dienstbetrekking in de zin van art. 1639f.¹⁹

De Hoge Raad is dus van oordeel dat als misbruik wordt gemaakt van de wettelijke bepalingen, door een constructie op te zetten “die zich naar haar aard ertoe leent om te ontkomen aan de werking van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen die beogen de werknemer bescherming tegen hem verleend ontslag te bieden”, de rechter de werknemer bescherming moet bieden door aan te nemen dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand is gekomen. Daardoor geniet de werknemer ontslagbescherming.

4.16. De anti-draaideurbepaling van art. 7:668a lid 2 BW geldt overigens niet alleen in misbruik-situaties. In de zaak *Boekenvoordeel*/[...] oordeelde de Hoge Raad dat de bepaling ook geldt bij een doorstart na faillissement.¹⁹

4.17. Een toepassing van het criterium uit het *Campina*-arrest in de feitenrechtspraak is te vinden in een geval waarin de werknemer op basis van een reeks van uitzendovereenkomsten voor bepaalde tijd steeds werkzaam was voor dezelfde inlener, en op het moment dat hij aanspraak zou krijgen op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, zijn werkzaamheden voor de inlener heeft voortgezet op basis van een uitzendovereenkomst voor bepaalde tijd met een ander uitzendbureau. Het hof Leeuwarden was van oordeel dat hier sprake was van “moedwillige wetsontduiking”, in die zin dat partijen “een stelsel van samenhangende afspraken hebben gesloten die zich naar haar aard ertoe lenen om te ontkomen aan

de werking van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen die beogen de werknemer bescherming tegen hem verleend ontslag te bieden”. Dat de werknemer op de hoogte was van de constructie, maakte volgens het hof niet dat de werknemer zich niet op de wettelijke bescherming zou kunnen beroepen. Volgens het hof was met het tweede uitzendbureau dan ook een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand gekomen.²⁰

Richtlijn 1999/70/EG

4.18. Met de totstandkoming van de ketenregeling van art. 7:688a lid 1 BW is ook uitvoering gegeven aan de verplichtingen die voortvloeien uit Richtlijn 1999/70/EG van 28 juni 1999 (hierna: de Richtlijn).²¹ In clause 5 van de bij de Richtlijn behorende raamovereenkomst is bepaald dat de lidstaten, teneinde misbruik van opvolgende tijdelijke contracten te voorkomen één of meer van de volgende maatregelen dienden te nemen:

“a) vaststelling van objectieve redenen die een vernieuwing van dergelijke overeenkomsten of verhoudingen rechtvaardigen;
b) vaststelling van de maximale totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd;
c) vaststelling van het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten of verhoudingen mogen worden vernieuwd.”

Tevens dienden de lidstaten te bepalen onder welke voorwaarden arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd:

“a) als ‘opeenvolgend’ worden beschouwd;
b) geacht worden voor onbepaalde tijd te gelden.”

4.19. In de algemene overwegingen van de raamovereenkomst is vermeld dat de partijen bij de overeenkomst erkennen dat arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd de normale arbeidsverhouding tussen een werkgever en werknemer zijn en zullen blijven. De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd draagt bij tot de levenskwaliteit

19 HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY3782, JAR 2006/190 m.nt. E. Verhulp, JIN 2006/316 m.nt. A.R. Houweling (*Boekenvoordeel*/[...]).

20 Gerechtshof Leeuwarden 26 september 2007, ECLI:NL:GHL:2007:BB4428, JAR 2007/267, rov. 7, 10.

21 Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd *PbEG* 10 juli 1999, L 175/43. Zie hierover ook *Asser/Heerma van Voss 7-V* 2015/336; A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's II*, 2018, p. 293.

van de werknemers en de rendementsverhoging.²² Tegelijkertijd erkennen partijen bij de raamovereenkomst ook dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in bepaalde omstandigheden in de behoeften van zowel de werkgever als de werknemer voorzien.²³ Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn voor sommige sectoren, beroepen en activiteiten typisch en kunnen zowel de werkgevers als de werknemers goed uitkomen.²⁴ 4.20. Bij de parlementaire behandeling van de uitvoering van de Richtlijn heeft de regering zich op het standpunt gesteld dat clause 5 van de raamovereenkomst geen implementatie behoeft, omdat in de Wet Flexibiliteit en zekerheid al regels zijn opgenomen met betrekking tot het gebruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.²⁵ Daarbij gaat het om regels die uitvoering geven aan de maatregelen als bedoeld onder b en c van lid 1 van clause 5, namelijk vaststelling van de maximale duur van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en vaststelling van het maximum aantal opvolgende contracten.²⁶ Als passende sanctie is gekozen voor conversie. Geen uitvoering is gegeven aan de maatregel genoemd onder a van lid 1 van clause 5, het vereiste van objectieve redenen voor opvolgende tijdelijke contracten. Dit werd niet noodzakelijk en ongewenst geacht.²⁷

4.21. In de rechtspraak van het HvJ EU is in verschillende arresten de interpretatie van de raamovereenkomst aan de orde gekomen. Daarbij is het met name gegaan om de uitleg van het begrip “objectieve redenen” in de zin van clause 5, punt 1, onder a, van de raamovereenkomst. Geoordeeld is dat dit begrip zo moet worden opgevat, dat het ziet op “precieze en concrete omstandigheden” die een bepaalde activiteit kenmerken, en die rechtvaardigen dat in die bijzondere context gebruik wordt gemaakt van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.²⁸ Als sprake is van een “permanente en duurzame uitvoering van taken” door de werknemer, is zo’n objectieve reden niet aanwezig.²⁹

4.22. Van belang voor de onderhavige zaak is vooral het oordeel van het HvJ, dat uit de raamovereenkomst volgt dat het genot van een vaste dienstbetrekking als een essentieel onderdeel van werknemersbescherming wordt beschouwd, terwijl arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd maar in *sommige* omstandigheden in de behoeften van zowel de werkgever als de werknemer kunnen voorzien.³⁰ Met het oog daarop, zo overweegt het HvJ, “beoogt de raamovereenkomst het opvolgende gebruik te regelen van die laatste categorie van arbeidsverhoudingen, die wordt beschouwd als een mogelijke bron van misbruik ten nadele van de werknemers, door de vaststelling van een aantal minimale beschermende be-

22 Raamovereenkomst van het EVV, de UNICE en het CEEP inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, overweging 6.

23 Preambule bij de Raamovereenkomst van het EVV, de UNICE en het CEEP inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, tweede alinea.

24 Raamovereenkomst van het EVV, de UNICE en het CEEP inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, overweging 8.

25 *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 661, nr. 3, p. 4 (MvT).

26 *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 661, nr. 3, p. 4 (MvT).

27 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's II* 2018, p. 294. Verwezen wordt naar *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 263, nr. 6, p. 12 (Nota naar aanleiding van het verslag). Daar is het volgende te lezen: “Uitdrukkelijk is niet gekozen voor een regeling waarin het gebruik van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alleen mogelijk is als de aard van het werk tijdelijk is. Of werk naar zijn aard tijdelijk is zal naar ons oordeel bron van juridische geschillen kunnen zijn tussen betrokken partijen. Ook zou hierdoor het gebruik van de tijdelijke arbeidsovereenkomst in de praktijk onwenselijk worden beperkt.

Wij menen dat binnen de voorgestelde wettelijke begrenzingen het gebruik van tijdelijke arbeidscontracten volledig kan worden overgelaten aan de markt.”

28 HvJ EG 4 juli 2006, ECLI:EU:C:2006:443, *JAR* 2006/175 (*Adeneler*), § 69; HvJ EU 26 januari 2012, ECLI:EU:C:2012:39, *NJ* 2012/165 m.nt. M.R. Mok (*Küçük/Land Nordrhein West-Falen*), § 27; HvJ EU 23 april 2009, ECLI:EU:C:2009:250, *NJ* 2009/375 (*Angelidaki*), § 96; HvJ EU 25 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:859, *JAR* 2018/300 (*Martina Sciotto*), § 50.

29 Zo kan worden afgeleid uit het arrest *Martina Sciotto* (zie vorige noot), zie ook A.R. Houweling & D.M. van Genderen, Commentaar op Burgerlijk Wetboek Boek 7 art. 668a (*Arbeidsrecht artikelsgewijs*), onder C.2.

30 HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/04, *JAR* 2005/289 (*Mangold*), § 64; HvJ EG 4 juli 2006, ECLI:EU:C:2006:443, *JAR* 2006/175 (*Adeneler*), § 62.

palingen om te vermijden dat werknemers in een precare situatie zouden komen te verkeren.³¹

4.23. Dat laatste uitgangspunt, dat het doel van de raamovereenkomst is om te voorkomen dat opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd als een bron van misbruik ten nadele van werknemers wordt gebruik, betekent onder meer dat ook als een wettelijke regeling zich niet tegen voortzetting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd verzet, onderzocht moet worden of de doelstellingen van de richtlijn niet worden ondergraven.³²

4.24. Verder is nog op te merken dat uit de uitspraak *Kücük* volgt dat bij de beoordeling of sprake is van een “objectieve reden”, ook het aantal en de duur van de opeenvolgende arbeidsovereenkomsten moet worden betrokken “om uit te sluiten dat de werkgevers misbruik maken van arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd, zelfs indien deze overduidelijk worden gesloten om in een behoefte aan vervangend personeel te voorzien”.³³ Hieruit blijkt dat ook als het gaat om de uitleg van “objectieve redenen” (en dus een maatregel aan de orde is als bedoeld onder a van clause 5, lid 1, van de raamovereenkomst), omstandigheden die verband houden met maatregelen als bedoeld onder b of c van clause 5, lid 1, van belang kunnen zijn.³⁴ Waar het steeds om gaat, is te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd.

4.25. Een werknemer kan zich overigens niet rechtstreeks beroepen op clause 5 van de bij de

Richtlijn behorende raamovereenkomst. Wel zal de rechter het nationale recht richtlijnconform moeten interpreteren.³⁵

De ketenregeling onder de Wwz

4.26. Met de Wwz is de ketenregeling per 1 juli 2015 in verschillende opzichten aangescherpt.³⁶ Zo is de tussenpoos waarbinnen contracten als opeenvolgend worden gezien, verlengd van drie naar zes maanden. Hiervan kan niet meer bij cao worden afgeweken. Verder is de maximumtermijn van de ketenregeling teruggebracht van drie jaar naar twee jaar.

4.27. Met de inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) per 1 januari 2020 zal de maximumtermijn waarin drie tijdelijke arbeidsovereenkomsten mogen worden aangeboden, weer worden verlengd naar drie jaar.³⁷

De uitzendovereenkomst

4.28. De uitzendovereenkomst is een bijzondere arbeidsovereenkomst.³⁸ Art. 7:690 BW definieert de uitzendovereenkomst als volgt:

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

31 HvJ EG 4 juli 2006, ECLI:EU:C:2006:443, *JAR* 2006/175 (*Adeneler*), § 63.

32 A.R. Houweling & D.M. van Genderen, Commentaar op Burgerlijk Wetboek Boek 7 art. 668a (*Arbeidsrecht artikelsgewijs*), onder C.2, met verwijzing naar HvJ EU 26 januari 2012, *JAR* 2012/76 (*Kücük*) en HvJ EG 4 juli 2006, *JAR* 2006/175 (*Adeneler*). Zie ook S. Burri & A.G. Veldman, ‘Flexibele arbeid’, in: F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters (red.), *Europees Arbeidsrecht* (Monografieën Sociaal Recht, nr. 2), 2016, onder 5.4.4.1.

33 HvJ EU 26 januari 2012, ECLI:EU:C:2012:39, *NJ* 2012/165 m.nt. M.R. Mok (*Kücük/Land Nordrhein West-Falen*), § 39 en 40.

34 Zie ook S. Burri & A.G. Veldman, ‘Flexibele arbeid’, in: F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters (red.), *Europees Arbeidsrecht* (Monografieën Sociaal Recht, nr. 2), 2016, onder 5.4.4.1.

35 Zie daarover onder meer L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht* (Monografieën BW, nr. A30), 2019, onder 44.

36 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 14 e.v. (MvT). Zie hierover A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's II*, 2018, p. 294.

37 Wet van 29 mei 2019 tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, de Wet financiering sociale verzekeringen en enige andere wetten om de balans tussen vaste en flexibele arbeidsovereenkomsten te verbeteren (Wet arbeidsmarkt in balans), *Stb.* 2019, 219. De gewijzigde ketenregeling is te vinden onder punt F. Zie voor de inwerkingtreding Besluit van 11 juli 2019 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans, *Stb.* 2019, 266.

38 *Asser/Heerma van Voss* 7-V 2015/454.

4.29. Uit deze bepaling blijkt dat om te kunnen spreken van een uitzendovereenkomst, sprake moet zijn van de volgende elementen:³⁹

1. een werkgever, die;
2. in het kader van diens beroep of bedrijf;
3. een werknemer ter beschikking stelt aan een derde om;
4. krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht;
5. arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde.

4.30. Uit de zinsnede “in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf” volgt dat de terbeschikkingstelling (een) doelstelling van het bedrijf dient te zijn.⁴⁰ Om als uitzendwerkgever te kwalificeren is het niet genoeg dat een bedrijf incidenteel een werknemer uitleent aan een ander bedrijf. Uit de eis dat er een opdrachtrelatie moet zijn met de derde vloeit verder voort dat bijvoorbeeld aanneming van werk niet onder de reikwijdte van het begrip uitzendovereenkomst valt.⁴¹ Verder heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het criterium “toezicht en leiding” van art. 7:690 BW aan de hand van dezelfde maatstaven dient te worden beoordeeld als gelden voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding als bedoeld in art. 7:610 BW.⁴² Dit betekent dat de inlener en de werknemer in een gezagsrelatie tot elkaar moeten staan.

4.31. Hoewel de uitzendovereenkomst een arbeidsovereenkomst is, geniet de uitzendwerknemer niet de volledige bescherming van het arbeidsrecht. Op de uitzendwerknemer is namelijk het “verlicht arbeidsrechtelijke regime” van toepassing, zoals geregeld in art. 7:691 BW. Dit verlicht arbeidsrechtelijke regime houdt het volgende in.⁴³

4.32. Allereerst volgt uit art. 7:691 lid 1 BW dat de ketenregeling pas na 26 weken op de uitzendovereenkomst van toepassing is. De telling van art. 7:668a gaat voor partijen bij de uitzendovereen-

komst dus pas lopen op het moment dat op grond van die uitzendovereenkomst 26 weken arbeid is verricht.

4.33. Daarnaast regelt art. 7:691 lid 2 BW de mogelijkheid van een uitzendbeding. Zo'n uitzendbeding maakt het mogelijk dat de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt wanneer de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever aan de derde op diens verzoek eindigt. Uit lid 3 van art. 7:691 BW volgt dat het uitzendbeding zijn kracht verliest, wanneer de werknemer in meer dan 26 weken arbeid voor de werkgever heeft verricht.

ABU-cao en NBBU-cao

4.34. De werkgeversverenigingen ABU (Algemene Bond Uitzendondernemingen) en NBBU (Nederlandse Bond van Bemiddelings- en Uitzendondernemingen) hebben met de vakbonden een cao voor de uitzendbranche gesloten: de ABU-cao en de NBBU-cao. De inhoud van de cao's is grotendeels gelijklopend. In deze cao's wordt van verschillende arbeidsrechtelijke bepalingen afgeweken, waardoor de rechtspositie van de uitzendkracht een stuk zwakker is dan die van de gewone werknemer.⁴⁴ Op grond van het fasesysteem wordt deze rechtspositie sterker, naarmate de uitzendkracht voor een langere periode voor de uitzendwerkgever werkzaam is en zodoende opschuift naar de volgende fase.⁴⁵

4.35. In hoofdstuk 3 van de algemeen verbindend verklaarde ABU-cao 2017-2019 staan de verschillende uitzendfasen opgesomd. De uitzendkracht valt, afhankelijk van de duur van de periode dat hij werkzaam is voor de uitzendonderneming, onder Fase A, B of C. De uitzendkracht valt onder Fase A zolang hij nog niet langer dan 78 weken voor dezelfde uitzendonderneming werkzaam is geweest. De in art. 7:691 BW opgenomen termijn van 26 weken is dus verlengd tot 78 weken. Op grond van art. 7:691 lid 8 sub a BW kan voor maximaal 78 weken worden afgeweken van art. 7:691 lid 1 (de ketenregeling), lid 2 (het uitzendbeding) en lid 7 (de loondoorbetalingsplicht). Daarna volgt Fase B, die maximaal 48 maanden duurt. Tijdens Fase B is de uitzendkracht werk-

39 Zie ook de conclusie van A-G Van Peurseem, ECLI:NL:PHR:2016:238, onder punt 3.7.

40 *Kamerstukken II*, 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 33.

41 *Kamerstukken II*, 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 33.

42 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, NJ 2017/370 m.nt. E. Verhulp (*Care4Care*), rov. 3.5. Zie ook A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, 2018, p. 219.

43 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, 2018, p. 220-224.

44 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, 2018, p. 222.

45 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, 2018, p. 222.

zaam op grond van een uitzendovereenkomst voor bepaalde tijd, waarbij hoogstens zes uitzendovereenkomsten gesloten kunnen worden (zie ook art. 7:668a lid 5 sub a BW). Tot slot volgt Fase C, waarin de uitzendkracht werkzaam is op grond van een uitzendovereenkomst voor onbepaalde tijd.⁴⁶

Payrolling

4.36. Kenmerkend voor payrolling is dat de arbeidskracht geworven en geselecteerd wordt door de inlener en niet door het payrollbedrijf.⁴⁷ Dat is een verschil met de uitzendovereenkomst, waarbij het uitzendbureau die taken vervult en dus optreedt als intermediair tussen arbeidskracht en inlener (de zogenoemde allocatiefunctie). Het payrollbedrijf neemt de formele werkgeversfunctie, zoals de uitvoering van de loonadministratie, de afdracht van premies en loonbelasting en andere arbeidsrechtelijke verplichtingen – van de opdrachtgever over.⁴⁸ Net als bij de uitzendverhouding treedt de werknemer formeel in dienst bij het payrollbedrijf. Dat bedrijf stelt de werknemer ter beschikking aan de inlener. Anders dan bij reguliere uitzending is deze terbeschikkingstelling echter exclusief.⁴⁹

4.37. In het *Care4Care*-arrest heeft de Hoge Raad beslist dat ook sprake kan zijn van een uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW als de

werkgever geen allocatiefunctie vervult.⁵⁰ De Hoge Raad overwoog het volgende (rov. 3.3): “(...) Voor de toepassing van art. 7:690 BW is niet vereist dat de werkgever een allocatiefunctie vervult, in die zin dat art. 7:690 BW uitsluitend van toepassing is 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 art. 7:690 BW volgt dat alle arbeidsovereenkomsten waarbij de werknemer door de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van die derde, uitzendovereenkomsten zijn.(...)”

En in rov. 3.4.2 overwoog de Hoge Raad:

“(...) Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:690 BW kan niet worden afgeleid dat voor het aannemen van een uitzendovereenkomst andere vereisten gelden dan vermeld in deze bepaling. De tekst van art. 7:690 BW eist niet dat de bij de derde te verrichten arbeid tijdelijk is, noch impliceert deze een beperkende ‘allocatiefunctie’ als door het onderdeel wordt bepleit.(...)”

4.38. Nu de allocatiefunctie geen vereiste is voor het aannemen van een uitzendovereenkomst, kan payrolling dus ook onder het bereik van art. 7:690 BW vallen en daarmee ook onder het verlicht arbeidsrechtelijke regime van art. 7:691 BW. Hierover overwoog de Hoge Raad het volgende (rov. 3.4.3):

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

46 Y.A.E. van Houte, ‘De uitzendovereenkomst’, in: D.J.B. de Wolff & E. Verhulp (red.), *Flexibele arbeidsrelaties* (Monografieën Sociaal Recht, nr. 25), 2017, p. 103; A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, 2018, p. 222-223; F.B.J. Grapperhaus, *T&C Burgerlijk Wetboek*, aant. 11 bij art. 7:691 BW.

47 Asser/*Heerma van Voss* 7-V 2015/454; A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, 2018, p. 227.

48 Y.A.E. van Houte, ‘Uitzending en payrolling: overeenkomst en verschil’. In: *ArbeidsRecht* 2011/36. Zie ook: M.H.D. Vergouwen, ‘Uitzendovereenkomst’, in: A.R. Houweling, P.G. Vestering en W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, 2018, deel 2, aant. C.1.4 en A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, 2018, p. 220.

49 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, 2018, p. 227.

50 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *NJ* 2017/370 m.nt. E. Verhulp (*Care4Care*).

Hier onderkent de Hoge Raad dus nadrukkelijk de mogelijkheid dat de wettelijke regels over de uitzendovereenkomst buiten toepassing moeten worden gelaten, omdat toepassing daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

4.39. In de per 1 januari 2020 in werking tredende Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) zal voor payrollen een eigen juridisch regime in het leven worden geroepen.⁵¹ In het nieuwe art. 7:692 BW wordt een definitie van payrollen gegeven:

“De payrollovereenkomst is de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen.”

4.40. Verder wordt in art. 7:692a BW het verlicht arbeidsrechtelijke regime voor de uitzendovereenkomst, buiten toepassing gesteld voor de payrollovereenkomst.⁵² Payrollwerknemers krijgen op grond van art. 8a Waadi recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als werknemers die direct bij de inlener in dienst zijn. Hiermee is beoogd “de onwenselijke gevolgen van het gebruik van de uitzendovereenkomst in het kader van payrollen in te perken, door verschillende bepalingen uit het lichtere arbeidsrechtelijke regime van de uitzendovereenkomst buiten toepassing te verklaren.”⁵³

Ketenregeling en uitzendovereenkomst (payrolling)

4.41. In de zaak die nu voorligt, is de werknemer na drie tijdelijke arbeidsovereenkomsten met Taxi Dorenbos, aansluitend een tijdelijke overeen-

komst aangegaan met T4T. Via T4T is de werknemer zijn werkzaamheden voor Taxi Dorenbos blijven uitoefenen. De overeenkomst met T4T is door het hof getypeerd als “een uitzendovereenkomst voor een payrollconstructie” (rov. 5.7).

4.42. Dit roept de vraag op of (ook) sprake kan zijn van misbruik, als de werkgever drie opvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten aangaat, en vervolgens – op het moment dat een vierde tijdelijke arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:668a lid 1 BW zou worden omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd – een derde partij inschakelt, terwijl de werknemer dezelfde werkzaamheden blijft uitoefenen.

4.43. In de feitenrechtspraak wordt met enige regelmaat geoordeeld dat dergelijke constructies misbruik opleveren. In een uitspraak van de rechtbank Amsterdam ging het om een werknemer die bij zijn werkgever (Profi-Sec) werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Na 23 maanden deelde de werkgever mee de arbeidsovereenkomst niet meer te willen verlengen en in plaats daarvan werd een payrollcontract aangeboden. De werknemer ging daarmee akkoord. Over de vraag of tussen de werknemer en het payrollbedrijf een arbeidsovereenkomst tot stand was gekomen, overwoog de rechtbank als volgt (mijn onderstreping (gecursiveerd; red.)):⁵⁴

“13. Deze omstandigheden samengenomen maken dat, ondanks de met [naam B.V.] gesloten schriftelijke overeenkomst, niet kan worden vastgesteld dat in de uitvoering van de overeenkomst [naam B.V.] als werkgever kan worden beschouwd. Gelet op het voorgaande en het feit dat Profi-Sec degene was die (steeds) het gezag had bij de uitvoering van de werkzaamheden wordt in de arbeidsrelatie tot [verzoeker] Profi-Sec gekwalificeerd als werkgever ex artikel 7:610 BW. [naam B.V.] is weliswaar op papier werkgever, maar uit de feiten en omstandigheden zoals die zijn gebleken, blijkt niet dat voldaan wordt aan de elementen van een arbeidsovereenkomst zoals geformuleerd in artikel 7:610 BW. *Het vermoeden bestaat, kort gezegd, dat de constructie met [naam B.V.] slechts is gekozen om de ontslagbescherming van [verzoeker] te ontlopen, wat reden is om door deze*

51 Wet van 29 mei 2019 tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, de Wet financiering sociale verzekeringen en enige andere wetten om de balans tussen vaste en flexibele arbeidsovereenkomsten te verbeteren (Wet arbeidsmarkt in balans), *Stb.* 2019, 219. Zie voor de inwerkingtreding Besluit van 11 juli 2019 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans, *Stb.* 2019, 266.

52 Zie over de nieuwe regeling van payrollen onder meer J.P.H. Zwemmer, *Regulering van payrollen in de Wab*. In: *Flexibele arbeidsrelaties* (online), 2019, par. 1.1.5.

53 *Kamerstukken II* 2018-2019, 35 074, nr. 3, p. 139 (MvT).

54 Rb. Amsterdam 19 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:420, AR 2018/610, RAR 2018/66, JAR 2018/57, AR-Updates.nl 2018-0172.

constructie heen te kijken. Gelet op de verdere feitelijke uitvoering van de werkzaamheden door [verzoeker] wordt geconcludeerd dat met [naam B.V.] geen materiële arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen en dat de arbeidsovereenkomst met Profi-Sec is voortgezet. [Verzoeker] is immers exclusief voor Profi-Sec blijven werken.”

4.44. De omstandigheden waarop de rechtbank in de eerste zin van deze overweging doelt, zijn de volgende (rov. 8 t/m 14): de werknemer is in dezelfde functie voor de werkgever werkzaam gebleven, waarbij de inhoud en uitvoering van de werkzaamheden niet zijn veranderd; de leidinggevende is dezelfde gebleven; uit de stukken volgt onvoldoende wie de verplichtingen ten aanzien van het loon uitvoerde; na indiensttreding zijn de loonstroken over twee periodes door de oorspronkelijke werkgever verzonden en is hierbij tevens het loon door de oorspronkelijke werkgever uitbetaald; de werknemer kon zijn vragen ten aanzien van zijn salaris aan de salarisadministrateur van de oorspronkelijke werkgever stellen; de werknemer is exclusief voor de oorspronkelijke werkgever blijven werken en het werkgeversgezag ten aanzien van de uitvoering van de werkzaamheden lag bij de oorspronkelijke werkgever. Deze feiten en omstandigheden leiden tot het oordeel dat geen reële overeenkomst van payrolling tot stand is gekomen.

4.45. In een uitspraak van de rechtbank Limburg ging het om een werkneemster die aanvankelijk als uitzendkracht werkzaam was voor DHL, vervolgens bij DHL in dienst trad op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en tot slot, nadat haar arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege afliep, via een constructie met het uitzendbureau waar zij als eerst werkzaam was, haar werkzaamheden bij DHL als uitzendkracht voortzette.⁵⁵ De rechtbank overwoog het volgende (mijn onderstreping (gecursiveerd; red.)):

“5.7. Sedert 25 oktober 2010 is [eiser] tot en met 30 oktober 2013 onafgebroken in dezelfde functie onder dezelfde omstandigheden en op dezelfde werkplek haar werkzaamheden voor DHL blijven uitvoeren. Ook na 31 juli 2013 is DHL materieel

de werkgever van [eiser] gebleven. Ter zitting is zijdens DHL naar voren gebracht dat zij [eiser] na ommekomst van de laatste arbeidsovereenkomst niet kwijt wilde en dat daarom gekozen is voor een constructie via uitzendbureau Olympia. Dit uitzendbureau heeft – naast Randstad en Tempo Team – een permanent kantoor op de werkvloer bij DHL in Beringe. Voor [eiser] is derhalve feitelijk in het geheel niets veranderd.

5.8. *Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter heeft DHL door voor deze constructie te kiezen gehandeld in strijd met de strekking van artikel 7:668a BW en derhalve naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onredelijk jegens [eiser].* Het had op de weg van DHL gelegen om als goed werkgever aan [eiser] een dienstverband voor onbepaalde tijd aan te bieden.

5.9. Hoewel [eiser] op 2 augustus 2013 een arbeidsovereenkomst met Olympia heeft getekend, komt de kantonrechter tot het voorlopig oordeel dat [eiser] ná 30 oktober 2013 in dienst is gebleven van DHL. Nu er sprake is van een vierde arbeidsovereenkomst tussen dezelfde partijen, geldt conform het bepaalde in artikel 7:668a, eerste lid, aanhef en sub b BW de per 1 augustus 2013 aangegane arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.”

4.46. Ook hier is dus van cruciaal belang dat de werknemer feitelijk steeds dezelfde werkzaamheden is blijven uitvoeren, in dezelfde functie, onder dezelfde omstandigheden en op dezelfde werkplek.

4.47. In een andere zaak was de werknemer eerst als uitzendkracht door de werkgever ingeleend en vervolgens op grond van twee aaneensluitende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd bij de werkgever in dienst gekomen. Na een onderbrekingstermijn van ruim drie maanden, kwam de werknemer op grond van twee aaneensluitende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd weer in dienst bij de werkgever. De laatste arbeidsovereenkomst werd niet meer verlengd. Volgens de rechtbank Noord-Holland was hier echter geen sprake van misbruik.⁵⁶ Daarbij werd met name van belang geacht, als ik het goed begrijp, dat de werkgever voldoende had gemotiveerd en onderbouwd dat zij als verpakkingsbedrijf voor con-

55 Rb. Limburg 14 november 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:8853, *Prg.* 2014/35, *JIN* 2014/3 m.nt. C. Heerink-van Hattem, *JAR* 2014/6, *AR-Updates.nl* 2013-0934.

56 Rb. Noord-Holland 20 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2598, *JAR* 2017/102, *AR* 2017/1667.

sumptieaardappelen sterk afhankelijk is van verkregen opdrachten, dat die opdrachten wisselingen vertonen, en dat zij dus behoefte heeft aan een “flexibele schil”. Het gebruikmaken van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd vanwege een behoefte aan een “flexibele schil”, is niet in strijd met het doel en de strekking van artikel 7:668a lid 1 (oud) BW. Daarbij kwam dat de werkgever voldoende aannemelijk had gemaakt dat zij gegronde redenen had om niet door te willen met de betrokken werknemer.

4.48. Ook in een geval waarin de werknemer voordat zijn derde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd afliep, via een payroll-constructie door de oorspronkelijke werkgever werd ingeleend voor dezelfde werkzaamheden, werd geoordeeld dat geen sprake was van misbruik.⁵⁷ De rechtbank Zeeland-West-Brabant achtte daarbij van belang dat de payroll-werkgever een aantal werkgeverstaken uitvoerde, zoals het betalen van het loon, het ter beschikking stellen van de werknemer aan de oorspronkelijke werkgever en het beantwoorden van vragen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en dat er onvoldoende aanwijzingen zijn voor een schijnconstructie. Het beroep van de werknemer op de uitspraak van het hof in de onderhavige zaak van Taxi Dorenbos, ging volgens de kantonrechter niet op, omdat voor werknemer “voldoende duidelijk was bij wie hij in dienst was na 30 juni 2015 (namelijk het payroll-bedrijf)”, terwijl uit de verklaringen van werknemer en werkgever voortvloeit “dat dit ook de bedoeling was van partijen, nu werkgever werknemer geen overeenkomst voor onbepaalde tijd wenste aan te bieden en werknemer wilde blijven werken en zodoende geen andere mogelijkheid had dan in dienst te treden bij het payroll-bedrijf” (rov. 3.7.7).

4.49. Ten slotte oordeelde het gerechtshof 's-Hertogenbosch over een geval waarin een werknemer eerst via een uitzend- en detachingsbureau bij de werkgever werkzaam was, om vervolgens op basis van een tijdelijke arbeidsovereenkomst bij de werkgever in dienst te treden.⁵⁸ Nadat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet had verlengd,

stelde de werknemer dat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd was ontstaan. In de toepasselijke cao was opgenomen dat met betrekking tot opvolgend werkgeverschap de uitzenden detacheringsovereenkomsten werden uitgezonderd. De werknemer stelde zich op het standpunt dat de werkgever de ketenregeling doelbewust had omzeild, door hem eerst via het uitzend- en detachingsbureau te werk te stellen. Het hof verwierp dit betoog, met het argument dat de werkgever voldoende had toegelicht dat zij legitieme redenen had om niet van meet af aan zelf arbeidsovereenkomsten met werknemer aan te gaan. Volgens het hof is er geen enkele aanwijzing “voor het bestaan van een vooropgezet plan van Fontys om de ketenregeling te omzeilen” (rov. 3.7.5).

Conclusie

4.50. Uit het voorgaande is het volgende af te leiden. Het enkele feit dat een werkgever jaren achter elkaar arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aangaat met een werknemer, waarbij na drie arbeidsovereenkomsten een tussenpoos van meer dan drie maanden wordt genomen zodat de ketenregeling niet van toepassing is, *hoeft* niet te betekenen dat sprake is van misbruik. Dat *kán* echter wel het geval zijn, als de enige reden voor deze gang van zaken is het omzeilen van de ketenregeling zodat de werknemer geen vast contract hoeft te krijgen. Het is aan de rechter om te beoordelen of sprake is van zo'n constructie.

4.51. Een vergelijkbaar uitgangspunt geldt in de situatie dat een werknemer na een aantal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, via een uitzendovereenkomst of payrollconstructie bij de oorspronkelijke werkgever verder gaat met zijn werkzaamheden. Ook dan hangt het van de feiten en omstandigheden van het geval af of sprake is van een constructie, dat wil zeggen (conform het *Campina*-arrest, zie onder 4.15) “een stelsel van samenhangende afspraken, die zich naar haar aard ertoe leent om te ontkomen aan de werking van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen die beogen de werknemer bescherming tegen hem verleend ontslag te bieden.” Als dit laatste zich voordoet, zal sprake zijn van misbruik.

4.52. Gezichtspunten die relevant kunnen zijn bij de beoordeling of sprake is van zo'n constructie zijn onder meer de volgende:

57 Rb. Zeeland-West Brabant, 13 september 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:6294, AR 2017/5138.

58 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3932, JAR 2018/256, AR-Updates.nl 2018-1071.

(i) Heeft de werknemer steeds dezelfde functie gehouden en is hij steeds dezelfde werkzaamheden blijven uitoefenen?

(ii) Is sprake van een reële uitzendovereenkomst of overeenkomst van payrolling, in die zin dat die overeenkomst ook in materiële zin voldoet aan de wettelijke definitie?

(iii) Van wie is het initiatief uitgegaan om de arbeidsovereenkomsten te laten opvolgen door een uitzendovereenkomst of overeenkomst van payrolling?

(iv) Heeft de werkgever legitieme redenen om de overeenkomsten voor bepaalde tijd te laten opvolgen door een uitzendovereenkomst of overeenkomst van payrolling?

4.53. Het belang van een eventuele (“welbewuste”) instemming van de werknemer met de aangeboden uitzendovereenkomst of overeenkomst van payrolling, zou ik sterk willen relativeren. Als een werknemer na een drietal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd voor de keuze wordt gesteld om ontslag te krijgen of door te kunnen werken via een uitzendovereenkomst of payrollconstructie, heeft de werknemer immers geen reële keuze. Daarbij komt dat de vraag naar instemming van de werknemer ook geen rol speelt bij de ketenregeling van art. 7:688a lid 1 BW. *A fortiori* lijkt mij ook van ondergeschikt belang of de werkgever de werknemer goed heeft geïnformeerd over inhoud en strekking van de uitzendovereenkomst of payrollconstructie.⁵⁹

4.54. Voor wat betreft het onder (ii) genoemde gezichtspunt, of sprake is van een reële uitzendovereenkomst of overeenkomst van payrolling, zal het erom gaan of het uitzend- of payrollbedrijf niet uitsluitend – in de woorden van Zwemmer – als “contractueel verlengstuk” van de opdrachtgever fungeert.⁶⁰ Dat betekent, zo stelt Zwemmer terecht, dat het uitzend- of payrollbedrijf bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis moet hebben, wil hij kunnen worden gekwalificeerd als de werkgever. Daarvoor kan bijvoorbeeld worden gekeken naar de ondernemingsactiviteiten van de contractuele

werkgever en op wiens initiatief de overeenkomst tussen de werknemer en de contractuele werkgever tot stand kwam (gezichtspunt (iii)). Bij payrolling zou kunnen worden aangenomen dat het werkgeverschap van het payrollbedrijf voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis heeft om hem te kwalificeren als de werkgever ex art. 7:610 lid 1 BW van de payrollwerknemer, zo vervolgt Zwemmer, wanneer het payrollbedrijf zorgdraagt voor, en know-how creëert op het gebied van de (tussentijdse) scholing van de payrollwerknemer, de herplaatsing en, in geval van arbeidsongeschiktheid, de re-integratie van de payrollwerknemer.

4.55. Als geen sprake is van een reële uitzendovereenkomst of overeenkomst van payrolling, leidt dat in beginsel tot het oordeel dat in feite een opvolgende arbeidsovereenkomst tussen werknemer en de oorspronkelijke werkgever tot stand is gekomen, in plaats van de (louter papieren) overeenkomst met het uitzendbureau of het payrollbedrijf.

4.56. Voor wat betreft gezichtspunt (iv) geldt dat het op de weg van de werkgever ligt om te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij gerechtvaardigde redenen heeft voor het gebruik van de uitzendovereenkomst of payrollconstructie. Een andere uitleg zou bovendien de strekking van de Richtlijn ondergraven.

5. Bespreking van het cassatiemiddel

5.1. Volgens *onderdeel Ia* heeft het hof in rov. 5.10 miskend dat ook als ervan uit wordt gegaan dat de payrollconstructie is gebruikt voor het enkele doel om onder de bescherming van de ketenregeling uit te komen en hierin een reden kan worden gevonden de ketenregeling van toepassing te achten, dat dan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou moeten worden aangenomen met de “nieuwe werkgever”, T4T. Werknemer was immers vanaf 4 september 2014 bij Taxi Dorenbos werkzaam op grond van een uitzendovereenkomst met T4T en niet op grond van een arbeidsovereenkomst met Taxi Dorenbos.

5.2. Als het hof dit in in rov. 5.10 niet heeft miskend, zo vervolgt *onderdeel Ib* (procesinleiding onder 4.11), is het oordeel dat per 5 september 2014 tussen Werknemer en Taxi Dorenbos een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan worden aangenomen, niet voldoende (begrijpelijk) gemotiveerd.

59 Zie anders E.M. Hoogeveen, ‘Verruiming van de ketenregeling door uitzendconstructie: geen misbruik maar gebruik’. In: *ArbeidsRecht* 2019/20, p. 24, 25 en 27.

60 J.P.H. Zwemmer, ‘Payrolling’. In: *TAP* 2018/4, p. 10.

5.3. Rov. 5.10 uit het bestreden hofarrest luidt als volgt:

“5.10. Omdat de payrollconstructie is gehanteerd voor het enkele doel om onder de bescherming van de ketenregeling uit te komen, kan deze constructie niet verhinderen dat vanaf de eerste dag waarop de werknemer via T4T bij Taxi Dorenbos ging werken, dus op 5 september 2014, tussen de werknemer en Taxi Dorenbos een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. Grief II faalt.”

5.4. Voor een goed begrip van het arrest van het hof en de hier bestreden overweging 5.10, is het van belang om vast te stellen dat grief II gericht was tegen het oordeel van de kantonrechter, neergelegd in rov. 5-10 van het vonnis, dat geen reële arbeidsrelatie tussen T4T en Werknemer tot stand is gekomen. Dat dat de inhoud van grief II is, stelt het hof ook voorop in rov. 5.3 (“Mede gelet op de toelichting op grief II is duidelijk dat Taxi Dorenbos haar pijlen mede gericht heeft op het oordeel van de kantonrechter dat de uitzendovereenkomst geen reële overeenkomst is (...).”). Ter onderbouwing van dat oordeel had de kantonrechter eerst overwogen dat T4T geen enkele allocatieve functie heeft vervuld richting Taxi Dorenbos of enig ander taxibedrijf (vonnis onder rov. 6). De kantonrechter vervolgt dat een allocatieve functie weliswaar geen constitutief vereiste is voor de totstandkoming van een uitzendovereenkomst, maar dat (toch) geen sprake is van een reële uitzendovereenkomst, omdat T4T niet een door Taxi Dorenbos in haar zoektocht naar geschikt personeel benaderde uitzendondernemer is (vonnis onder rov. 7). Volgens de kantonrechter was T4T alleen op papier werkgever geworden, en bestond de “arbeidsrelatie” tussen T4T en Werknemer alleen uit het geplaatst zijn van Werknemer op de loonlijst van T4T. Feitelijk is er niets veranderd tussen Werknemer en Taxi Dorenbos (vonnis onder rov. 8). De kantonrechter is dan ook van oordeel dat die constructie alleen is opgezet om de ketenregeling van art. 7:668a BW te ontlopen (vonnis onder rov. 9) en dat door de constructie heen moet worden gekeken (vonnis onder rov. 10).

5.5. Bij grief II betoogde Taxi Dorenbos dat wél sprake was van een rechtsgeldige uitzendovereenkomst tussen Werknemer en T4T. Daarbij werd onder meer aangevoerd – onder verwijzing naar het arrest *Care4Care* – dat de kantonrechter heeft miskend dat voor een rechtsgeldige uitzendover-

eenkomst niet is vereist dat T4T een allocatiefunctie vervult (memorie van grieven onder 4.15-4.24). Verder werd betoogd dat aan alle wettelijke vereisten voor een uitzendovereenkomst is voldaan (memorie van grieven onder 4.26-4.29).

5.6. Zoals blijkt uit rov. 5.10, verwerpt het hof grief II. De aan dit oordeel ten grondslag liggende argumenten zijn te vinden in rov. 5.3-5.9.

5.7. Uit rov. 5.4 blijkt allereerst dat het hof het eerste argument van grief II, dat voor een rechtsgeldige uitzendovereenkomst niet is vereist dat T4T een allocatiefunctie vervult, gegrond acht; uit het arrest *Care4Care* volgt immers dat dat vereiste niet geldt (zie ook hiervoor onder 4.37).

5.8. Dat het hof in rov. 5.4 ook overweegt dat tussen partijen niet in geschil is dat aan de vereisten van art. 7:690 BW is voldaan en dat de verhouding tussen T4T en Werknemer als een uitzendovereenkomst kan worden gekwalificeerd, is verwarrend. Het is verwarrend, omdat uit wat wordt overwogen in rov. 5.6-5.9, volgt dat het hof van oordeel is – net als de kantonrechter – dat sprake is geweest van een *constructie, met het enkele doel om onder de bescherming van de ketenregeling uit te komen*.

5.9. Met name van belang is dan rov. 5.6, waarin het hof eerst overweegt dat niet alleen van belang is hoe partijen de overeenkomst op schrift hebben gesteld, maar ook op welke wijze zij feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de arbeidsverhouding. Daarmee doelt het hof op “de volgende overeenkomst”, dus op de overeenkomst tussen Werknemer en T4T. Vervolgens somt het hof een aantal feiten en omstandigheden op, die erop wijzen dat géén sprake is geweest van een reële uitzendovereenkomst (payrollconstructie):

- de overeenkomst met T4T is tot stand gekomen op initiatief van Taxi Dorenbos en Werknemer heeft alleen zijn handtekening gezet onder een door Taxi Dorenbos opgesteld en hem voorgehouden aanmeldformulier;

- voor Werknemer is er daarna materieel niets gewijzigd;

- Werknemer is werkzaam gebleven voor Taxi Dorenbos en stond slechts op de “payroll” van T4T;

- de door Werknemer gewerkte uren zijn niet door hem maar door Taxi Dorenbos doorgegeven aan T4T;

- er is geen enkel contact geweest tussen Werknemer en T4T (op het sturen van enkele stukken en één e-mailbericht door T4T na) en Werknemer

heeft steeds alleen te maken gehad met Taxi Dorenbos.

Duidelijk is dat het hof dit als argumenten beschouwt voor zijn conclusie in rov. 5.10, dat grief II faalt en dat de kantonrechter er terecht vanuit is gegaan dat de uitzendovereenkomst (payrollconstructie) geen reële overeenkomst is.

5.10. Tegen deze achtergrond kan 's hofs oordeel in rov. 5.10, dat vanaf de eerste dag dat Werknemer via T4T bij Taxi Dorenbos is gaan werken, tussen hem en Taxi Dorenbos een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan, niet anders worden begrepen dan dat ook het hof van oordeel is – net als de kantonrechter – dat de uitzendovereenkomst met T4T *geen reële uitzendovereenkomst* (payrollconstructie) was, maar dat die overeenkomst slechts was opgetuigd om onder de bescherming van de ketenregeling uit te komen. Het hof had dit kunnen verduidelijken door in rov. 5.6 expliciet te overwegen dat weliswaar op papier sprake was van een uitzendovereenkomst, maar dat daarvan feitelijk geen sprake was. Gelet op de door het hof genoemde feiten en omstandigheden (vergelijk ook wat onder 4.52 van het juridisch kader is vermeld over in aanmerking te nemen gezichtspunten), kan het oordeel van het hof echter moeilijk anders worden begrepen, dan dat het hof onderschrijft dat geen sprake was van een reële uitzendovereenkomst of overeenkomst van payrolling.

5.11. Als rov. 5.10 op deze, verduidelijkte wijze wordt gelezen, getuigt zijn oordeel dat tussen Werknemer en Taxi Dorenbos een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand is gekomen, niet van een onjuiste rechtsopvatting. De “tussengeschoven” overeenkomst met T4T was immers slechts een papieren constructie en geen reële uitzendovereenkomst. Zo'n papieren constructie staat niet in de weg aan het aannemen van een voortgezette arbeidsovereenkomst met de oorspronkelijke werkgever.

Hierop stuiten de klachten van onderdeel Ia en onderdeel Ib af.

5.12. *Onderdeel Ic* houdt in dat voor zover het hof in rov. 5.7, 5.8 en 5.10 oordeelt dat de “payrollconstructie” met geen ander doel is gebruikt dan om onder de bescherming van de ketenregeling uit te komen, dit oordeel niet (voldoende) begrijpelijk is gemotiveerd. Taxi Dorenbos heeft verschillende redenen voor het gebruik van de gehanteerde constructie aangedragen, namelijk dat zij vanwege de beperkte duur van aanbestedingen (c.q.

concessies) en concurrentie Werknemer geen vaste werkplek kon aanbieden. Werknemer heeft dit onderkend. Verder heeft Taxi Dorenbos aangevoerd dat zij deze optie met Werknemer heeft doorgesproken en hem over de gevolgen heeft voorgelicht.

5.13. *Onderdeel II* heeft dezelfde strekking. Toegevoegd wordt dat zelfs als de payrollconstructie zou zijn gehanteerd met geen ander doel dan om de “beoogde bescherming” te ontduiken, dit niet wegneemt dat het oordeel van het hof niet (voldoende) begrijpelijk is gemotiveerd. De constructie is namelijk eenvoudigweg gevolgd “vanwege de (beperkte duur van) aanbestedingen (of het einde van concessies), althans nu Taxi Dorenbos vanwege concurrentie niet genoeg werk had om Werknemer in vaste dienst te (kunnen) nemen”.

5.14. Uit de eerste zin van rov. 5.8 van het arrest blijkt dat het hof onder ogen heeft gezien of Taxi Dorenbos legitieme redenen had voor de constructie. Het hof beantwoordt die vraag ontkennend, waarbij het hof met name is ingegaan op het verslag dat het hoofd P&O van Taxi Dorenbos heeft opgemaakt van het gesprek dat hij hierover met Werknemer heeft gevoerd.⁶¹ Daarin ligt besloten dat wat Taxi Dorenbos op dit punt had aangevoerd, door het hof van onvoldoende gewicht is bevonden.

5.15. Dat oordeel is geenszins onbegrijpelijk en ook niet ontoereikend gemotiveerd, nu de stellingen die Taxi Dorenbos hierover in haar memorie van grieven heeft ingenomen zeer summier waren. Daar is onder het kopje “achtergronden” over dit punt slechts het volgende gesteld:

“3.4. Vanwege de onduidelijkheid ten aanzien van bepaalde aanbestedingen en de concurrentie in de taxibranche kon Taxi Dorenbos het zich niet veroorloven [Werknemer] een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden. Het was immers nog verre van zeker dat er voldoende werk beschikbaar zou zijn voor hem.”

5.16. Onder 3.15 van de memorie van grieven wordt dan gesteld dat Werknemer aangaf “begrip te hebben voor het feit dat Taxi Dorenbos de arbeidsovereenkomst met Werknemer niet kon verlengen vanwege het beperkte en onzekere wer-

61 Dit verslag bevindt zich als prod. bij 4 bij conclusie van antwoord. Werknemer heeft de juistheid van het (later opgemaakte) verslag betwist, zie conclusie van repliek onder 4.1-5.7.

kaanbod”, en onder 4.11 dat Taxi Dorenbos al ruim voor het einde van de arbeidsovereenkomst aan Werknemer te kennen heeft gegeven dat hij op zoek diende te gaan naar ander werk, omdat bij Taxi Dorenbos geen ruimte meer voor hem zou zijn.

5.17. Dit is een uiterst summiere en in het geheel niet onderbouwde toelichting op de motieven van Taxi Dorenbos voor de gekozen constructie via T4T, zeker als in aanmerking wordt genomen dat de kantonrechter al had geoordeeld dat de enige reden voor de “arbeidsrelatie” met T4T was dat Taxi Dorenbos geen vast dienstverband wilde aangaan met Werknemer. Bovendien had Werknemer in eerste aanleg uitvoerig en gemotiveerd betwist dat van het aflopen van een concessie geen sprake was en dat zelfs al zou dat anders zijn, er nog voldoende werk was voor Werknemer bij Taxi Dorenbos (conclusie van repliek onder 2.2-2.8). Ook in hoger beroep heeft Werknemer nog tal van stukken in het geding gebracht, ter ondersteuning van zijn stelling dat er voldoende werk was bij Taxi Dorenbos.⁶² Er was dan ook geen aanleiding voor het hof om nader in te gaan op het vermelde onder 3.4, 3.15 of 4.11 van de memorie van grieven. Daarmee falen de klachten van onderdeel Ic en onderdeel II.

5.18. *Onderdeel Id* houdt in dat waar het hof in rov. 5.10 oordeelt dat per 5 september 2014 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen Werknemer en Taxi Dorenbos is ontstaan, het hof uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting, nu het miskent dat de rechtszekerheid zich verzet tegen geruisloze vervanging van de inleen-rechtsverhouding van uitzendkracht met inlener door een arbeidsovereenkomst tussen uitzendkracht en inlener. Uit de schriftelijke toelichting blijkt dat Taxi Dorenbos zich hier wil beroepen op het arrest *ABN Amro*/[...].⁶³

5.19. In het arrest *ABN Amro*/[...] ging het om een werknemer die in dienst trad bij een schoonmaakbedrijf (De Gast) en bij ABN Amro tewerk werd gesteld als schoonmaker. In de loop der jaren werd zijn functie op verzoek van de bank gewijzigd, en vervulde hij ook chauffeurswerkzaam-

heden en installeerde hij pc’s. Op voorstel van de bank is hem een salarisverhoging toegekend overeenkomstig de CAO voor het bankbedrijf. Op enig moment heeft ABN Amro het schoonmaakbedrijf en later ook de werknemer laten weten dat de werkzaamheden van de werknemer zouden vervallen. De werknemer stelde dat er tussen hem en ABN Amro inmiddels een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd was ontstaan. In feitelijke instanties kreeg de werknemer gelijk. De Hoge Raad besliste echter anders (rov. 3.4, mijn onderstreping (gecursiveerd; red.)):

“(…) De onderdelen 1 en 2 gaan terecht ervan uit dat in deze zaak beslissend is of de bank en [...] zich jegens elkaar verbonden hebben (HR 27 november 1992, nr. 14777, NJ 1993, 273). Het door de Rechtbank toegepaste, aan het arrest van de Hoge Raad van 14 november 1997, nr. 16453, NJ 1998, 149, ontleende criterium – hoe hebben partijen feitelijk uitvoering en aldus inhoud gegeven aan hun arbeidsverhouding – is op zijn plaats in situaties waarin het gaat om de vraag hoe een – op zichzelf vaststaande – overeenkomst krachtens welke een van de partijen bij die overeenkomst werkzaamheden verricht voor de ander, moet worden gekwalificeerd. Het gaat in deze zaak echter niet om die vraag of de daarmee verwante vraag of, en zo ja vanaf wanneer, moet worden aangenomen dat een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen indien iemand zonder duidelijke afspraken daarover werkzaamheden voor een ander is gaan verrichten. Uitgangspunt is hier dat [...] met zijn werkzaamheden bij de bank is begonnen krachtens zijn arbeidsovereenkomst met De Gast en de door de Rechtbank als inleenovereenkomst aangemerkte overeenkomst tussen De Gast en de bank met betrekking tot [...].

Uit de stukken van het geding blijkt niet dat is aangevoerd dat die laatste overeenkomst of de arbeidsovereenkomst tussen [...] en De Gast zou zijn beëindigd, noch dat De Gast zou hebben ingestemd met een overname van haar rechtsverhouding tot [...] door de bank. Evenmin blijkt dat [...] vóór de brief van zijn advocaat van 22 maart 1995, die is verstuurd na de aankondiging van het einde van [...]’s werkzaamheden bij de bank, aan de bank kenbaar heeft gemaakt dat hij zich als werknemer van de bank beschouwde. (...)

In een dergelijke situatie verzet de rechtszekerheid zich tegen een geruisloze vervanging van de tussen [...] en de bank bestaande verhouding van ingeleende werknemer tot inlener in een arbeidsovereen-

62 Zie de producties ingediend bij brief van 5 juli 2018, ten behoeve van de mondelinge behandeling.

63 HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186, NJ 2003/124 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss, JAR 2002/100 m.nt. E. Verhulp (*ABN Amro*/[...]).

komst, waarvan voor geen van de partijen duidelijk zou zijn op welk tijdstip zij zich zou hebben voltrokken.(...)”

5.20. De klacht van onderdeel Id berust op een onjuiste lezing van het arrest. Het hof is niet uitgegaan van een “geruisloze overgang” van de positie van inlener naar werkgever, zoals aan de orde was in het *ABN Amro/[...]-*arrest. Het oordeel van het hof moet zo worden begrepen, dat Taxi Dorenbos steeds werkgever is gebleven, omdat geen reële uitzendovereenkomst (payrollconstructie) met T4T tot stand is gekomen.⁶⁴

5.21. Als het hof niet heeft miskend dat de rechtszekerheid zich verzet tegen een geruisloze overgang, zo vervolgt *subonderdeel Ie* (procesinleiding onder 4.14) is het oordeel van het hof in rov. 5.10 onbegrijpelijk, nu de totstandkoming van een uitzendovereenkomst tussen T4T en Werknemer niet ter discussie staat.

5.22. Ook deze klacht faalt. Hiervoor is uiteengezet dat het oordeel van het hof zo moet worden begrepen, dat de uitzendovereenkomst (payrollconstructie) enkel op papier bestond en dat geen sprake was van een reële overeenkomst, waardoor Taxi Dorenbos steeds werkgever is gebleven.

5.23. *Onderdeel If* klaagt dat voor zover het hof in rov. 5.10 (impliciet) vereenzelviging aanneemt van Taxi Dorenbos met T4T of zou zijn uitgegaan van misbruik van identiteitsverschil tussen twee rechtspersonen, zij daarmee buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden en bovendien de voor vereenzelviging en (voor een geslaagd beroep op) misbruik van identiteitsverschil te stellen eisen heeft miskend.

5.24. Deze klacht berust op een onjuiste lezing van het arrest. Vereenzelviging of misbruik van identiteitsverschil tussen twee rechtspersonen heeft niet ten grondslag gelegen aan het oordeel van het hof. Een overschrijding van de grenzen van de rechtsstrijd is daarmee niet aan de orde.

5.25. *Onderdeel Ig* klaagt dat voor zover het hof in rov. 5.10 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen Werknemer en Taxi Dorenbos aanneemt op de grond dat Taxi Dorenbos de pay-

rollconstructie zou hebben gehanteerd met het enkele doel om de bescherming van de ketenregeling of de Richtlijn te ontlopen, het uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting. Zelfs als Taxi Dorenbos daadwerkelijk enkel voor ogen zou hebben gestaan om via deze constructie het ontstaan van een vast contract te voorkomen, dan leidt dat nog niet om die reden tot het ontstaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de inlener. Daarbij wordt aangevoerd dat art. 7:688a jo. art. 7:690 en 691 BW niet verbieden om, nadat een werknemer tot driemaal toe bij een werkgever werkzaam is geweest op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, hem vervolgens nog 26 weken in te lenen van een derde. Tevens wordt aangevoerd dat het hof niet heeft geoordeeld dat het beroep op art. 7:691 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en evenmin dat sprake is van misbruik van recht. Het hof heeft zijn oordeel enkel opgehangen aan de enkele bedoeling van Taxi Dorenbos om onder de bescherming van de ketenregeling uit te komen. Dit staat Taxi Dorenbos echter vrij, zolang zij binnen de wettelijke kaders blijft, wat zij juist beoogde met deze constructie, aldus Taxi Dorenbos.

5.26. De klacht berust op een onjuiste lezing van het arrest. Zoals gezegd moeten rov. 5.4-5.10, in onderlinge samenhang gelezen, zo worden begrepen dat het hof daarin tot uitdrukking heeft gebracht dat hoewel op papier sprake was van een uitzendovereenkomst, in werkelijkheid geen sprake was van een reële uitzendovereenkomst (payrollconstructie) en dat daarom door deze constructie heen moet worden gekeken. Daarnaast heeft het hof in rov. 5.6, eerste alinea, ook nog vastgesteld dat uit het verslag van 8 augustus 2014 blijkt dat Taxi Dorenbos erg tevreden was over de werkzaamheden van Werknemer en gebruik wilde blijven maken van zijn diensten. Het hof heeft zijn oordeel dan ook niet alleen gebaseerd op het argument dat de constructie via T4T met geen ander doel is opgezet dan het ontduiken van de bescherming die is beoogd met art. 7:668a BW.

5.27. Dat de combinatie van deze omstandigheden – het opzetten van louter een papieren constructie om gebruik te kunnen blijven maken van de diensten van de werknemer, met geen ander doel dan het ontduiken van de bescherming van de ketenregeling – kan leiden tot het oordeel dat sprake is van misbruik, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting (zie onder 4.51). In het

64 Zie ook A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, 2018, p. 229-230. Daar wordt uiteengezet dat zich kan voordoen dat een payrollonderneming wel het loon uitbetaalt, maar dat materieel sprake is van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever/inlener, en dat dit niet in strijd is met de *ABN Amro/[...]-*rechtspraak.

Campina-arrest heeft de Hoge Raad immers overwogen dat sprake kan zijn van misbruik als de werkgever gebruik maakt van een constructie die “zich naar haar aard ertoe leent om te ontkomen aan de werking van dwingendrechtelijke wetsbepalingen die beogen de werknemer bescherming tegen hem verleend ontslag te bieden”. In het oordeel van het hof ligt besloten dat in het onderhavige geval van een dergelijke constructie sprake is en dat daarmee sprake is van misbruik. In zo'n geval moet de rechter door die constructie heen kijken, en mag hij de werknemer niet de wettelijke ontslagbescherming onthouden. Concreet betekent dat dat de rechter ervan moet uitgaan dat sprake is van een voortgezette dienstbetrekking (vergelijk de laatste alinea van rov. 3.4 van het *Campina*-arrest, dat is besproken onder 4.15). Hiermee faalt de klacht.

5.28. Ik merk nog op dat de aanneming van onderdeel 1g, dat zolang de werkgever met de door hem gekozen constructie binnen de wettelijke kaders blijft geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan ontstaan, ook al is het enige doel van die constructie om onder de bescherming van de ketenregeling uit te komen, onjuist is. Ook als binnen de wettelijke kaders wordt gebleven, kan sprake zijn van misbruik, namelijk als de constructie alleen wordt gebruikt om de ontslagbescherming van de werknemer te omzeilen of ondermijnen. Bij de beoordeling of zich dat voordoet, kan gebruik worden gemaakt van de eerder genoemde gezichtspunten (zie onder 4.52).

5.29. Volgens *onderdeel 1h* gaat het hof uit van een onjuiste rechtsopvatting, indien het hof in rov. 5.5 (A-G; bedoeld wordt rov 5.6) voor het antwoord op de vraag of per 5 september 2014 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan, van belang acht op “welke wijze zij feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de arbeidsverhouding”. Dit omdat de manier waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun arbeidsovereenkomst, niet van (beslissende) betekenis is voor het antwoord op de vraag of op grond van art. 7:668a BW een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan.

5.30. De klacht kan niet slagen, nu deze berust op een onjuiste lezing van het arrest. In rov. 5.6 onderzoekt het hof of sprake is van een reële uitzendovereenkomst (payrolling). Vervolgens somt het hof in dezelfde rechtsoverweging verschillende omstandigheden op die onder andere zien op de wijze waarop uitvoering is gegeven aan de ar-

beidsverhouding (zie hiervoor onder 5.9). Deze omstandigheden zijn van belang voor het antwoord op de vraag of sprake is van een reële uitzendovereenkomst (payrolling). Uit de wijze waarop aan de arbeidsverhouding uitvoering is gegeven, trekt het hof *niet* de conclusie dat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. Het hof leidt hieruit slechts af dat geen sprake is van een reële uitzendovereenkomst (payrolling), maar van een constructie die bedoeld is om de met art. 7:668a BW beoogde bescherming te ontduiken.

5.31. *Onderdeel 1i* houdt in dat voor zover het hof zijn oordeel mede stoelt op Richtlijn 1999/70/EG, dat onjuist is omdat deze Richtlijn geen betrekking heeft op uitzendovereenkomsten, zoals ook het hof heeft geconstateerd. Bovendien schrijft de Richtlijn niet voor na hoeveel contracten of na welke termijn een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat; zij biedt slechts algemene beginselen en minimumeisen. Bovendien bestond de regeling van art. 7:668a BW al toen de Richtlijn nog moest worden geïmplementeerd. Ook zegt de Richtlijn niets over de hier gekozen constructie, waarbij de werknemer na drie aaneengesloten arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd onmiddellijk wordt ingeleend door de oorspronkelijke werkgever.

5.32. De klacht kan niet slagen. Het oordeel van het hof moet zo worden begrepen, dat ook de Richtlijn zich verzet tegen constructies waarin ten nadele van de werknemer misbruik wordt gemaakt van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, of de door de Richtlijn geboden bescherming anderszins te frustreren. Dat oordeel is juist (zie onder 4.18-4.24).

5.33. *Onderdeel 1j* houdt in dat ook als er vanuit moet worden gegaan dat de payrollconstructie daadwerkelijk is gehanteerd voor het enkele doel om totstandkoming van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tegen te gaan, 's hofs oordeel in rov. 5.10 getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, nu de wet (art. 7:691 BW) de mogelijkheid biedt om na een reeks van drie arbeidsovereenkomsten de (voormalige) werknemer tot tweemaal toe, althans tot ten hoogste 26 weken in te lenen, en dit ook nadrukkelijk is voorzien in de toepasselijke ABU-cao.

5.34. De klacht houdt grotendeels hetzelfde in als onderdeel 1g. Ik verwijs naar de bespreking van die klacht (zie onder 5.26-5.28). Dat de toepasselijke ABU-cao geen beletsel opwerpt voor de con-

structie, biedt geen wezenlijk ander gezichtspunt. Immers, vastgesteld is al dat ook de wet formeel geen beletsel opwerpt voor de constructie, maar dat dat niet betekent dat geen sprake zou kunnen zijn van misbruik. De klacht faalt.

5.35. *Onderdeel IV* klaagt dat voor zover naar het oordeel van het hof in rov. 5.9 de vergelijking met het *Greenpeace*-arrest mank zou gaan omdat Werknemer niet in staat zou zijn geweest om “zijn knopen te tellen”, ’s hofs oordeel niet voldoende (begrijpelijk) gemotiveerd is. Bovendien gaat het hof uit van een onjuiste rechtsopvatting, waar naar zijn oordeel op grond van het *Greenpeace*-arrest voor het antwoord op de vraag of uitholling van art. 7:668a plaatsvindt, dan wel een arbeids-overeenkomst voor onbepaalde tijd moet worden aangenomen, beslissend is of de werknemer “zijn knopen dient te tellen”. In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat van een uitholling van art. 7:668a BW niet reeds sprake is als een werkgever met een werknemer afspreekt om hem na een tussenpoos van meer dan drie maanden weer in dienst te nemen.

5.36. Zoals hiervoor is besproken, is in het *Greenpeace*-arrest⁶⁵ geoordeeld dat van een ongeoorloofde ontduiking of uitholling van art. 7:668a niet reeds sprake is door het enkele feit dat werkgever en werknemer overeenkomen dat de werknemer na het verstrijken van een tussenpoos van meer dan drie maanden als bedoeld in dat artikel weer in dienst van de werkgever zal treden (zie onder 4.5). Uit de door de Hoge Raad gekozen formulering kan worden afgeleid dat bijkomende omstandigheden wel tot gevolg kunnen hebben dat sprake is van een ongeoorloofde ontduiking van de bescherming van de ketenregeling (zie onder 4.6). Ook het hof is daarvan uitgegaan, zoals blijkt uit ’s hofs overige overwegingen.

5.37. Of Werknemer wel of niet “zijn knopen had kunnen tellen”, is daarmee niet van wezenlijk belang voor het eindoordeel van het hof. Het lijkt mij trouwens dat het hof hiermee niet meer of anders bedoelt dan dat als géén sprake is van een situatie van misbruik en een werknemer dus, zonder ontslagbescherming te krijgen, geconfronteerd wordt met steeds opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, onderbroken door de wettelijke tussenpoos van minimaal drie

maanden, hij zich feitelijk in de situatie bevindt die het hof beschrijft: “ervoor kiezen de onderbreking te accepteren en daarna aan een nieuwe keten te beginnen bij dezelfde werkgever (met risico op herhaling van het scenario), of een andere werkgever zoeken indien hij teleurgesteld is over de houding van de werkgever en/of meer zekerheid zoekt”. Dit zal voor veel mensen de realiteit van het arbeidsleven zijn.

De klacht kan niet slagen.

Slotsom

5.38. De slotsom is dat alle klachten falen.

6. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. het vonnis in de zaak 4349835\CV EXPL 15-5957 van de kantonrechter te Assen van 15 juni 2016;

b. de arresten in de zaak 200.201.644/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 9 januari 2018 en 7 augustus 2018.

(...; *red.*)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In deze zaak zijn drie elkaar opvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten gevolgd door een aansluitende tijdelijke uitzendovereenkomst (payrolling) met een ander bedrijf, waarbij de werknemer de werkzaamheden voor de oorspronkelijke werkgever ongewijzigd heeft voortgezet. De vraag is of een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de oorspronkelijke werkgever is ontstaan.

2.2. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten zoals vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1 tot en met 1.8. Voor zover in cassatie van belang, komen die feiten op het volgende neer.

(i) De werknemer is op 5 september 2011 als taxi-chauffeur bij Taxi Dorenbos in dienst getreden voor de duur van zes maanden. Deze arbeidsovereenkomst is tweemaal zonder onderbreking voor bepaalde tijd verlengd, waarbij de termijn van de laatste verlenging eindigde op 4 september 2014.

65 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2504, *JAR* 2007/215 (*Greenpeace*), rov. 3.5.2.

Op de arbeidsovereenkomsten was de CAO voor Taxivervoer (hierna: de Taxi-CAO) van toepassing.

(ii) Op 8 augustus 2014 heeft de werknemer een gesprek gehad met het hoofd P&O van Taxi Dorenbos, en op het kantoor van Taxi Dorenbos een “Aanmeldformulier medewerker en contract” van Talent4Taxi Diensten (hierna: T4T) ondertekend. Dit formulier is door Taxi Dorenbos geprint. Het formulier is noodzakelijk om, zoals op het formulier staat, de medewerker in te voeren in de database van T4T en een arbeidsovereenkomst op te stellen. Op dit formulier is de werknemer aangeduid als payroll-medewerker. Het formulier vermeldt dat er pas een arbeidsovereenkomst met T4T tot stand komt wanneer T4T de getekende overeenkomst terug ontvangen heeft. Bij het gesprek, het invullen van het formulier en het ondertekenen daarvan is geen medewerker van T4T aanwezig geweest. De werknemer was niet als werkzoekende ingeschreven bij T4T.

(iii) T4T heeft de werknemer op 28 augustus 2014 onder meer toegestuurd een namens T4T ondertekende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van 5 september 2014 tot en met 4 december 2014 en een “uitzendbevestiging”. In die uitzendbevestiging staat dat Taxi Dorenbos opdrachtgever is. De arbeidsovereenkomst vermeldt dat het een uitzendovereenkomst is als bedoeld in art. 7:690 BW. De werknemer heeft de arbeidsovereenkomst ondertekend en aan T4T geretourneerd.

(iv) Bij e-mail van 28 november 2014 heeft T4T aan de werknemer bericht dat de arbeidsovereenkomst met drie maanden wordt verlengd tot 4 maart 2015. Medio februari 2015 heeft de werknemer van Taxi Dorenbos te horen gekregen dat Taxi Dorenbos de werknemer na 5 maart 2015 niet meer zou inzetten als chauffeur.

(v) De werknemer heeft van 5 september 2014 tot en met 4 maart 2015 dezelfde werkzaamheden bij Taxi Dorenbos verricht als vóór die tijd.

(vi) De werknemer is per 8 mei 2015 weer bij Taxi Dorenbos aan het werk gegaan.

2.3. De werknemer vordert, voor zover in cassatie van belang, een verklaring voor recht dat met ingang van 5 september 2011, althans 8 mei 2015, een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan tussen hem en Taxi Dorenbos.

Taxi Dorenbos vordert in reconventie, voor zover in cassatie van belang, een verklaring voor recht dat de arbeidsovereenkomst op 4 september 2014

is geëindigd, althans dat geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan.

2.4. De kantonrechter heeft de vordering van de werknemer toegewezen, in die zin dat voor recht is verklaard dat tussen partijen vanaf 4 september 2014 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestaat. De reconventionele vordering van Taxi Dorenbos heeft de kantonrechter afgewezen.

2.5. Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd.⁶⁶ Daartoe heeft het hof, samengevat en voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen.

De verhouding tussen T4T en de werknemer kan worden gekwalificeerd als een uitzendovereenkomst. (rov. 5.4)

Met de ketenregeling zoals neergelegd in art. 7:668a (oud) BW is beoogd te voldoen aan Richtlijn 1999/70/EG (hierna: de Richtlijn), waarin tot uitgangspunt is genomen dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de normale arbeidsverhouding is. Vóór 1 juli 2015 mocht een tijdelijke arbeidsovereenkomst maximaal twee keer worden verlengd, waarbij de drie overeenkomsten samen de maximale duur van drie jaar niet mochten overschrijden. De Taxi-CAO bood niet de mogelijkheid van dat aantal of die duur af te wijken. (rov. 5.5)

Taxi Dorenbos was erg tevreden over de werkzaamheden van de werknemer, maar wilde geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met hem aangaan, terwijl zij wel van zijn diensten gebruik wilde maken voor de resterende contractduur van het aan haar aanbestede vervoer. Niet alleen is van belang hoe partijen de overeenkomst op schrift hebben gesteld, maar ook op welke wijze zij feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de arbeidsverhouding. Vast staat dat Taxi Dorenbos het initiatief heeft genomen om de constructie met T4T tot stand te brengen. De werknemer heeft alleen zijn handtekening gezet onder een door Taxi Dorenbos opgesteld en aan hem voorgehouden aanmeldformulier en een later toegezonden contract, waarna er materieel niets voor hem wijzigde. De werknemer stond vanaf 5 september 2014 slechts op de “payroll” van T4T, maar bleef via die arbeidsverhouding werkzaam voor Taxi Dorenbos. De door de werknemer gewerkte uren werden daarbij ter verloning niet

66 Hof Arnhem-Leeuwarden 7 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7135.

door hem maar door Taxi Dorenbos aan T4T doorgegeven. De werknemer heeft, buiten het toezenden van enkele stukken en een e-mailbericht, steeds alleen met Taxi Dorenbos te maken gehad. (rov. 5.6)

Dat de Richtlijn niet ziet op uitzendovereenkomsten, betekent niet dat het gebruik van een uitzendovereenkomst voor een payrollconstructie ten behoeve van dezelfde werkgever, aansluitend op de maximale termijn dan wel het maximale aantal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, met het enkele doel om onder de met de Richtlijn beoogde bescherming uit te komen, die bescherming mag frustreren. (rov. 5.7)

Van een ander doel dan het door Taxi Dorenbos ontduiken van de beoogde bescherming is niet gebleken. (rov. 5.8)

De vergelijking met het Greenpeace-arrest⁶⁷ gaat mank, omdat in het geval van de werknemer, anders dan in het geval dat leidde tot dat arrest, geen sprake is geweest van een feitelijke onderbreking van de werkzaamheden. (rov. 5.9)

Omdat de payrollconstructie is gehanteerd voor het enkele doel om onder de bescherming van de ketenregeling uit te komen, kan deze constructie niet verhinderen dat vanaf de eerste dag waarop de werknemer via T4T bij Taxi Dorenbos ging werken, dus op 5 september 2014, tussen de werknemer en Taxi Dorenbos een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. (rov. 5.10)

3. Beoordeling van het middel

3.1.1. Onderdeel 1 van het middel richt meerdere klachten tegen het oordeel van het hof dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen de werknemer en Taxi Dorenbos. Dit oordeel berust, aldus het onderdeel, op een onjuiste rechtsopvatting, althans is onbegrijpelijk, omdat het hof daarmee heenstapt over de, ook volgens het hof bestaande, uitzendovereenkomst tussen de werknemer en T4T.

3.1.2. De relevante feiten in deze zaak hebben zich voorgedaan in de periode vóór 1 juli 2015, zodat de zaak moet worden beoordeeld naar het recht zoals dat gold vóór de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid.

3.1.3. Op grond van art. 7:668a lid 1, aanhef en onder a en b, (oud) BW vindt van rechtswege conversie plaats van een arbeidsovereenkomst voor

bepaalde tijd naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd indien:

- twee of meer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden, of;

- meer dan drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar hebben opgevolgd, met tussenpozen van niet meer dan drie maanden.

Art. 7:668a lid 5 (oud) BW bepaalt dat van de leden 1 tot en met 4 slechts ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan.

De in art. 7:668a (oud) BW vervatte “ketenregeling” beoogt mede te voorkomen dat steeds gebruik wordt gemaakt van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, waardoor de werknemer rechtsbescherming tegen ontslag wordt onthouden. Doel van de ketenregeling is dan ook dat na verloop van tijd voor werknemers zekerheid ontstaat in de vorm van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.⁶⁸

3.1.4. De gedachtegang van het hof in rov. 5.4-5.8 (zie hiervoor in 2.5) komt erop neer dat weliswaar op papier tussen de werknemer en T4T een uitzendovereenkomst bestond, maar dat deze overeenkomst slechts was geconstrueerd om onder de voor de werknemer uit de ketenregeling voortvloeiende bescherming uit te komen, en dat daarom van een reële uitzendovereenkomst tussen de werknemer en T4T geen sprake was. Voor zover de klachten die overwegingen anders lezen, missen zij feitelijke grondslag. Het oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan, waar het berust op afwegingen en waarderungen van feitelijke aard, in cassatie niet verder op juistheid worden onderzocht. Het is niet onbegrijpelijk en voldoende gemotiveerd.

Uitgaande van dit oordeel, was vanaf het moment dat de werknemer via T4T zijn werkzaamheden bij Taxi Dorenbos voortzette (te weten: 5 september 2014), in wezen sprake van een vierde arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en Taxi Dorenbos. Direct vóór 5 september 2014 was tussen de werknemer en Taxi Dorenbos al sprake geweest van drie elkaar opvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten voor een periode van in

67 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2504.

68 Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 3, p. 8.

totaal 36 maanden. Van het bepaalde in art. 7:668a lid 1 (oud) BW is noch in de Taxi-CAO noch bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan ten nadele van de werknemer afgeweken. Het oordeel van het hof dat tussen de werknemer en Taxi Dorenbos op 5 september 2014 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand is gekomen, is in overeenstemming met het bepaalde in art. 7:668a lid 1 (oud) BW en getuigt dus niet van een onjuiste rechtsopvatting.

De tegen deze oordelen van het hof gericht klachten falen daarom.

3.2. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot vernietiging van de bestreden uitspraak leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt Taxi Dorenbos in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de werknemer begroot op nihil.

NOOT

Omdat binnen de arbeidsovereenkomst geen sprake is van sociaal-economisch gelijkwaardige partijen heeft de wetgever hierbij in 1907 de contractsvrijheid van partijen aan banden gelegd. Contractuele afspraken mochten geen rol spelen bij het invoeren van arbeidsrechtelijke bescherming door de werkende. Ondanks de in de afgelopen honderd jaar ingrijpend veranderde rol en hoedanigheid van werkgever en werknemer als partijen bij de arbeidsovereenkomst, is ook nu nog geen sprake van gelijkwaardige partijen. Nog steeds moet arbeidsrecht dwingend recht zijn, omdat de werknemer anders voor de keuze kan worden gesteld hier schriftelijk afstand van te doen in ruil voor het bemachtigen van het werk (zie hierover ook mijn column 'De drie rijbanen van de Commissie Borstlap', *TAC* 2020/1). Wel is het belang van de door partijen gemaakte contractuele afspraken bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst toegenomen.

Sinds 1997 heeft de Hoge Raad in een reeks arresten bevestigd en in verschillende situaties uitgewerkt, dat bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst de omstandigheid dat partijen contractueel iets anders dan een arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen van belang is bij de beantwoording van de vraag of tussen hen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Deze contractuele afspraken moeten dan wel corresponderen met de wijze waarop partijen hieraan vervolgens (van meet af aan) feitelijk uitvoering hebben gegeven (zie o.a. HR 14 november 1997, *NJ* 1998/149 (*Groen/Schoevers*), HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/449, m.nt. Verhulp (*STR/PGGM*) en HR 25 maart 2011, «JAR» 2011/109, m.nt. Loonstra (*'De Gouden Kooi'*)). Deze betekenis van de feitelijke uitvoering geldt eveneens bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst binnen driehoeksrelaties, ook na de inwerkingtreding van art. 7:690 BW in 1999 (zie o.a. HR 9 oktober 2015, «JAR» 2015/277, m.nt. De Jong). Het arrest Taxi Dorenbos sluit aan bij deze lijn. De Hoge Raad bevestigt hierin het oordeel van het hof dat de driehoeksrelatie slechts was geconstrueerd om onder de ketenregeling uit te komen en overweegt dat daarom van een 'reële uitzendovereenkomst' geen sprake is. Vanaf het moment dat de werknemer via payrollbedrijf T4T zijn werkzaamheden bij Taxi Dorenbos voortzette, was naar het oordeel van de Hoge Raad 'in wezen' sprake van een vierde arbeidsovereenkomst met Taxi Dorenbos. Daardoor is de werknemer, ondanks het door hem ondertekenen van een arbeidscontract met T4T, voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij Taxi Dorenbos. Het arrest Taxi Dorenbos kan worden gezien als een verduidelijking van het Care4Care-arrest van 4 november 2016 («JAR» 2016/286, m.nt. Knipschild). Hierin oordeelde de Hoge Raad dat art. 7:690 BW niet vereist dat de uitzendwerkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat de rechter in een specifieke driehoeksrelatie het in dat geval van toepassing zijnde verlichte ontslagregime ex art. 7:691 BW beperkter kan uitleggen indien het (volledig) van toepassing zijn hiervan naar zijn oordeel in strijd is met de ratio van art. 7:691 BW, of wanneer hij een beroep hierop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar acht. Uit het Care4Care-arrest werd door sommigen afgeleid dat binnen driehoeksrelaties een schriftelijk arbeidscontract tussen de werkne-

mer en een uitzendbureau of payrollbedrijf voortaan automatisch betekende dat tussen hen sprake was van een arbeidsovereenkomst (zie Hof Amsterdam 12 september 2017, «JAR» 2017/267 (r.o. 3.9) en E.M. Hoogeveen, 'Verruiming van de ketenregeling door uitzendconstructie: geen misbruik maar gebruik', *ArbeidsRecht* 2019/20). Dat geen allocatiefunctie vereist is om sprake te doen zijn van een uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW betekent echter nog niet dat daarmee ook vaststaat dat tussen het uitzendbureau of payrollbedrijf en de werknemer een arbeidsovereenkomst tot stand komt op grond van het door hen gesloten schriftelijke arbeidscontract (waarbij het payrollbedrijf dan conform het Care4Care-arrest op grond van art. 7:690 BW zou kwalificeren als een uitzendwerkgever). In het arrest Taxi Dorenbos kiest de Hoge Raad niet de route van het (slechts) niet op de driehoeksrelatie van toepassing verklaren van het verlichte ontslagregime bij uitzending, maar kijkt hij door de driehoeksrelatie zelf heen door te overwegen dat geen sprake is van een 'reële uitzendovereenkomst' en 'in wezen' een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen met de inlener. Dat partijen bij de uitzend- of payrollovereenkomst een schriftelijk arbeidscontract met elkaar aangaan, betekent dus niet dat daarmee vaststaat dat tussen hen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen.

Het arrest Taxi Dorenbos blijft ook relevant na de inwerkingtreding van de met de Wet arbeidsmarkt in balans geïntroduceerde definitie van de payrollovereenkomst in art. 7:692 BW. Tijdens de parlementaire behandeling van de WAB heeft de regering onder verwijzing naar voormelde kwalificatie-arresten benadrukt dat een schriftelijk arbeidscontract niet volstaat voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst tussen werknemer en payrollbedrijf ex art. 7:692 BW (zie o.a. *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 9, p. 44-45). Dat volgt echter ook uit de wet zelf: in de definitie van art. 7:692 BW is immers de uitzendovereenkomst – ex art. 7:690 BW – het startpunt, waar in de definitie van art. 7:690 BW weer de arbeidsovereenkomst – ex art. 7:610 BW – het startpunt is. Ook op grond van art. 7:692 BW dient derhalve sprake te zijn van een arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf – ex art. 7:610 BW – (waarbij het payrollbedrijf dan op grond van art. 7:692 BW kwalificeert als een werkgever die zijn werknemer ter beschikking stelt in het kader van een

payrollovereenkomst). Naar mijn mening volgt uit de hiervoor genoemde kwalificatie-arresten dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen het payrollbedrijf en de werknemer wanneer het payrollbedrijf een voldoende zelfstandige en inhoudelijke rol vervult bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst (zie par. 2.3.5 van mijn dissertatie *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012). Dat zou bijvoorbeeld aan de orde zijn wanneer het payrollbedrijf invulling geeft aan het werkgeverschap door zorg te dragen voor, en knowhow te creëren op het gebied van onder meer de scholing, herplaatsing en, in geval van arbeidsongeschiktheid, de re-integratie van de payrollwerknemer (zie par. 8.3 van mijn dissertatie). Dit stond de regering ook voor ogen bij de regulering van de payrollovereenkomst in art. 7:692 BW (zie *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, nr. F, p. 41).

In haar advies aan de regering van 23 januari 2020 gaat de Commissie Borstlap nog een stapje verder bij de kwalificatie van de werkgever in driehoeksrelaties. De commissie neemt als uitgangspunt dat het gebruikmaken van driehoeksrelaties waarbij de contractuele werkgever een andere partij is dan de eigenaar of exploitant van de onderneming waar de arbeid wordt verricht, een rechtvaardiging behoeft. In situaties waarin de werkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt bij het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijk werk is het volgens de commissie gerechtvaardigd het werkgeverschap bij deze (uitzend)werkgever te beleggen, gelet op de hiermee gepaard gaande (pro) actieve rol van de werkgever bij de werving en selectie van de werknemer en diens betrokkenheid bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst. In andere driehoeksrelaties wordt de eigenaar of exploitant van de onderneming waar de werknemer de arbeid feitelijk verricht, vermoed de werkgever te zijn. Dit 'rechtsvermoeden werkgeverschap' kan worden weerlegd wanneer de werkgever die de werknemer inzet bij opdrachtgevers, een zelfstandige en inhoudelijke rol speelt bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst én de werkzaamheden van de werknemer behoren tot de onderneming van deze werkgever.

mr. dr. J.P.H. Zwemmer
Universiteit van Amsterdam