



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De uitzendkracht, de gedetacheerde en de payrollwerknemer

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2017

Document Version

Proof

Published in

Arbeidsrechtelijke themata - Bijzondere arbeidsverhoudingen

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2017). De uitzendkracht, de gedetacheerde en de payrollwerknemer. In G. W. van der Voet (Ed.), *Arbeidsrechtelijke themata - Bijzondere arbeidsverhoudingen* (2 ed., pp. 707-753). (Bakelsreeks; Vol. 18). Boom juridisch.

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.

*Mr. dr. J.P.H. Zwemmer**

17.1 INLEIDING

Van een uitzendovereenkomst is sprake wanneer de werkgever de werknemer in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ter beschikking stelt van een derde – op grond van een met die derde gesloten overeenkomst van opdracht – om arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. Bij een dergelijke arbeidsovereenkomst zijn drie partijen betrokken: de werknemer, de uitzendende werkgever en de partij aan wie de werknemer ter beschikking wordt gesteld. De werknemer heeft een arbeidsovereenkomst met deze werkgever. In het kader van de Wet flexibiliteit en zekerheid, die in werking trad op 1 januari 1999, werd aan titel 7.10 BW een bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst toegevoegd waarin in artikel 7:690 BW onder meer een definitie is opgenomen van de uitzendovereenkomst als bijzondere arbeidsovereenkomst. Wanneer sprake is van een uitzendovereenkomst, is een ‘verlicht ontslagregime’ van toepassing op de arbeidsovereenkomst van de werknemer. Op grond hiervan bestaat gedurende de eerste 26 tot 78 weken een grote vrijheid de arbeidsovereenkomst te beëindigen en kunnen aansluitend tot een periode van vier jaar maximaal zes arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden aangegaan met de werknemer.

Werknemers worden ook onder andere benamingen zoals ‘detachering’ en ‘payrolling’ ter beschikking gesteld van derden. Detachering en payrolling zijn geen wettelijk gedefinieerde begrippen. Ook deze andere terbeschikkingstellingsvarianten kunnen we kwalificeren als uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW. Om die reden wordt in dit hoofdstuk tevens de arbeidsrechtelijke positie van de gedetacheerde werknemer en van de payrollwerknemer behandeld in het licht van de wettelijk gedefinieerde uitzendovereenkomst.

* Mr. dr. J.P.H. Zwemmer is universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en tevens advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

In deze bijdrage zal allereerst worden ingegaan op de regels die gelden wanneer sprake is van een uitzendovereenkomst (par. 17.2), waarna vervolgens 'detachering' (par. 17.3) en 'payrolling' (par. 17.4) zullen worden geanalyseerd. Beoordeeld wordt of deze terbeschikkingstellingsvarianten onder de definitie van artikel 7:690 BW kunnen worden gebracht en welke gevolgen dit heeft voor de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer. In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk bespreek ik aan de hand van de gronden die destijds bestonden voor de invoering van een bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst of deze thans nog steeds het verlichte ontslagregime voor de arbeidsovereenkomst van de uitzendwerknemer rechtvaardigen en bij welke terbeschikkingstellingsvarianten dat niet het geval is (par. 17.5).

17.2 UITZENDING

In deze paragraaf komt aan de orde wat destijds de gronden waren voor het opnemen van een bijzondere regeling voor de uitzendovereenkomst in titel 7.10 BW (par. 17.2.1). Daarna worden de elementen uit de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW besproken (par. 17.2.2) en komen de Richtlijn betreffende uitzendarbeit uit 2008 en de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs aan bod (par. 17.2.3). Deze regelingen, waarin onder meer voorschriften op het gebied van gelijke behandeling van uitzendkrachten ten opzichte van gewone werknemers in dienst bij de derde aan wie zij ter beschikking worden gesteld (de inlener) zijn opgenomen, bevatten eigen – van artikel 7:690 BW afwijkende – definities van uitzendarbeit. Vervolgens komen het verlichte ontslagregime bij uitzending en de relatie van de uitzendwerknemer met de inlener aan de orde (par. 17.2.4) en wordt aandacht besteed aan de transitievergoeding bij uitzending (par. 17.2.5). Hoewel de relatie van de uitzendwerknemer met de inlener slechts een feitelijke is en geen sprake is van een rechtsverhouding tussen deze partijen, heeft de inlener in of op basis van titel 7.10 BW bepaalde aan het werkgeverschap verbonden verplichtingen jegens de uitzendwerknemer. Deze medeaansprakelijkheid van de inlener komt eveneens aan bod (par. 17.2.6). Tot slot besteed ik aandacht aan het opvolgend werkgeverschap bij uitzending (par. 17.2.7).

17.2.1 *Achtergrond van de uitzendovereenkomst*

Voorafgaand aan de inwerkingtreding van artikel 7:690 BW stond niet vast of de rechtsverhouding tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht als arbeidsovereenkomst kon worden gekwalificeerd. De uitzendkracht was immers feitelijk niet werkzaam bij het uitzendbureau maar bij en onder het feitelijke gezag van de inlener. Het uitzendbureau betaalde alleen het loon aan de uitzendkracht. In die tijd werd onderscheid gemaakt tussen kortdurend uitzenden door uitzendbureaus (dat aan een vergunning was gebonden) en het meer bestendige in- en uitleenen van personeel door uitleen- of detacheerbedrijven. Het verschil tussen deze terbeschikkingstellingsvarianten bestond erin dat bij

in- en uitlening een doorlopende arbeidsovereenkomst werd gesloten met de werknemer en bij uitzending alleen gedurende de termijn dat de uitzendkracht ter beschikking was gesteld aan een opdrachtgever een overeenkomst bestond met het uitzendbureau. In de jaren negentig vervaagde het onderscheid tussen uitzending en in- en uitlening echter omdat ook uitzendbureaus zich op langduriger vormen van terbeschikkingstelling waren gaan richten.¹ In arresten uit 1977, 1980 en 1988² kwalificeerde de Hoge Raad de rechtsverhouding tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau of detacheerbedrijf als een arbeidsovereenkomst, omdat de uitzendkracht in die situaties op grond van de overeenkomst met het uitzendbureau of detacheerbedrijf verplicht was de werkzaamheden bij opdrachtgevers van het uitzendbureau of detacheerbedrijf te verrichten met inachtneming van de 'aanwijzingen' van die opdrachtgevers. Omdat het uitzendbureau of detacheerbedrijf in deze situatie het werkgeversgezag delegerde aan de inlener, kon de rechtsverhouding met de uitzendkracht naar het oordeel van de Hoge Raad voldoen aan de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW.

In 1999 werd in artikel 7:690 BW de uitzendovereenkomst wettelijk geduid als arbeidsovereenkomst tussen het uitzendbureau of detacheerbedrijf en de uitzendkracht en werd de route naar het werkgeverschap van het uitzendbureau op de voet van gedelegeerd werkgeversgezag overbodig. De reden voor deze wetsduiding vormde het feit dat het werken voor en via uitzendbureaus in de daaraan voorafgaande jaren sterk in omvang was toegenomen en de uitzendformule een belangrijke allocatiefunctie vervulde op de arbeidsmarkt.³ Die allocatiefunctie impliceerde volgens de regering eveneens dat partijen bij de uitzendovereenkomst, anders dan in het geval van een gewone arbeidsovereenkomst, een zekere vrijheid dienden te hebben ter zake van het aangaan en verbreken van hun arbeidsrelatie. Met een dergelijk verlicht ontslagregime zou recht worden gedaan aan de flexibiliteit die zo kenmerkend is voor uitzendarbeid en die inherent is aan de allocatieve functie van de uitzendwerkgever. De regering deelde hierover mee:

*"Het bijzondere karakter van de uitzendovereenkomst is gelegen in het feit dat de allocatieve functie van de uitzendovereenkomst impliceert dat partijen een zekere vrijheid hebben ter zake van het aangaan en verbreken van hun arbeidsrelatie. Het is derhalve verantwoord dat deze vrijheid groter is dan bij gewone dienstverbanden tussen twee partijen."*⁴

Met de inwerkingtreding van de in artikel 7:690 BW opgenomen definitie van de uitzendovereenkomst kwam het onderscheid tussen kortdurend uitzenden door uitzendbureaus en het meer bestendige in- en uitlenen van personeel door

- 1 Zie hierover paragraaf 4.10.1 van mijn dissertatie: *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012.
- 2 HR 14 oktober 1977, NJ 1978, 31, HR 23 mei 1980, NJ 1980, 633, m.nt. Stein, en HR 18 november 1988, NJ 1989, 344.
- 3 *Kamerstukken II 1996-1997*, 25263, nr. 3, p. 9.
- 4 *Kamerstukken II 1996-1997*, 25263, nr. 3, p. 10. Zie ook *Kamerstukken II 1996-1997*, 25264, nr. 5, p. 12.

uitleen- of detacheerbedrijven te vervallen. De regeling van de uitzendovereenkomst zou op beide terbeschikkingstellingsvarianten van toepassing zijn. De regering wees in dit verband op de toename van soms ook langer durende uitzendrelaties en de afschaffing van het vergunningstelsel.⁵ Met de regeling van de uitzendovereenkomst in het BW werd dus een ruimer toepassingsbereik beoogd dan de op dat moment – eind jaren negentig – in de praktijk voorkomende klassieke uitzending door uitzendbureaus die zich richtten op terbeschikkingstelling bij ‘piek of ziek’. De regeling zou ook van toepassing zijn op andere organisaties, zoals detacheerbedrijven en arbeidspools. Ook bij de kwalificatie als uitzendwerkgever ex artikel 7:690 BW van zulke detacheerbedrijven en arbeidspools zou echter, zo benadrukte de regering verschillende malen, van doorslaggevende betekenis zijn dat zij daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen.⁶ Deze allocatiefunctie werd echter niet met zo veel woorden opgenomen in de tekst van de definitie van artikel 7:690 BW. Het ontbreken van de allocatiefunctie in de definitie van artikel 7:690 BW zou later de inzet worden van polemieken in de juridische literatuur en procedures over het toepassingsbereik van de regeling van de uitzendovereenkomst.

17.2.2 *De vier elementen uit de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW*

In artikel 7:690 BW wordt de uitzendovereenkomst gedefinieerd als ‘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’. Binnen deze definitie onderscheid ik vier elementen:

1. er is een arbeidsovereenkomst tussen de (uitzend)werkgever en de (uitzend)werknemer;
2. de (uitzend)werknemer wordt in het kader van het beroep of bedrijf van de (uitzend)werkgever aan een derde ter beschikking gesteld voor het verrichten van arbeid;

5 *Kamerstukken II 1996-1997, 25263, nr. 3, p. 9.* Zie ook *Kamerstukken II 1996-1997, 25263, B, p. 8.*

6 *Kamerstukken II 1996-1997, 25263, nr. 3, p. 10 en p. 33, en nr. 6, p. 16.* Dit volgt ook uit het antwoord van de regering op kritische vragen die de Raad van State voorafgaande aan de parlementaire behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid stelde over het ruime bereik van de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW. De Raad van State vroeg zich af of het wel de bedoeling kon zijn dat niet alleen klassieke uitzending door uitzendbureaus, maar ook het meer bestendige in- en uitleenen van personeel door uitleen- of detacheerbedrijven onder deze definitie zou gaan vallen. De Raad van State meende dat bij uitleenen sprake was van een rechtsfiguur die een andere regeling vereiste dan het ter beschikking stellen van arbeidskrachten op basis van tijdelijke arbeidscontracten. Hij beval daarom aan de voorliggende regeling van de uitzendovereenkomst te beperken tot de uitzendrelatie ‘in enge zin’. De regering ging hier echter niet in mee en bevestigde dat beide terbeschikkingstellingsvarianten zouden gaan vallen onder artikel 7:690 BW. De regering benadrukte daarbij echter dat het door de ter beschikking stellende werkgever vervullen van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt in alle gevallen vereist was voor ‘toepassing van de uitzendovereenkomst’ (zie *Kamerstukken II 1996-1997, 25263, B, p. 8/9 en 12*).

3. de terbeschikkingstelling vindt plaats krachtens een opdrachtovereenkomst tussen de (uitzend)werkgever en de derde; en
4. de (uitzend)werknemer moet de arbeid verrichten onder toezicht en leiding van de derde.

Ad 1

De aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst van de (uitzend)werkgever met de werknemer vormt het startpunt in de definitie van artikel 7:690 BW. Ten aanzien van de juridische duiding van de uitzendrelatie deelde de regering mee dat deze als een arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt en 'dit betekent dat op deze relatie de regeling van de arbeidsovereenkomst onverkort van toepassing is, behoudens voor zover anders bepaald.'⁷ Later⁸ voegde de regering daar nog aan toe dat de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW is gedefinieerd als een bijzondere arbeidsovereenkomst. Daarbij geldt ten aanzien van de elementen arbeid en gezag dat de werknemer in het kader van het beroep of bedrijf van de werkgever voor het verrichten van de bedongen arbeid aan een derde ter beschikking wordt gesteld waarbij de werknemer werkt onder toezicht en leiding van die derde. Bij twijfel over de vraag of sprake is van een uitzendovereenkomst moet, zo deelde de regering mee, 'het totale relevante feitencomplex aan de definitie van de uitzendovereenkomst getoetst (...) worden. Voldoen de feiten aan de in de definitie gegeven omstandigheden dan kan een eventueel door partijen gegeven andere juridische duiding van de overeenkomst niet verhinderen dat de betreffende overeenkomst toch als arbeidsovereenkomst in de vorm van een uitzendovereenkomst aangemerkt dient te worden.'⁹ Bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW, en bij de beantwoording van de vraag óf daarbij een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen met de uitzendwerkgever, is dus op dezelfde wijze als bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst van doorslaggevende betekenis op welke wijze partijen feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de door hen gemaakte contractuele afspraken.¹⁰

⁷ *Kamerstukken II 1996-1997*, 25263, nr. 3, p. 9/10.

⁸ In een brief aan de Tweede Kamer van 7 oktober 1997. Zie S.W. Kuip en C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid, Parlementaire Geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 950.

⁹ Zie S.W. Kuip en C.G. Scholtens, a.w. (noot 8), p. 950. Zie hierover tevens paragraaf 4.5.1 van mijn dissertatie.

¹⁰ Zie o.a. HR 14 november 1997, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*), HR 10 oktober 2003, NJ 2007/446 (*Van der Male B.V./Den Hoedt*), HR 14 april 2006, NJ 2007/447 (*Beurspromovendi/UvA*), HR 10 december 2004, NJ 2005/239 (*Diosynth B.V./Groot-van Veen*), HR 15 december 2006, NJ 2007/448 (*Van Houdts/BBO International*), HR 13 juli 2007, NJ 2007/449 (*STR/PGGM*), HR 25 maart 2011, NJ 2011/594, m.nt. Verhulp, JAR 2011/109, m.nt. Loonstra, en AR Updates 2011-0232 m.nt. Zwemmer ('*De Gouden Kooi*') en meer specifiek met betrekking tot de kwalificatie van de werkgever: HR 9 oktober 2015, NJ 2016/276, m.nt. Houweling, en JAR 2015/277, m.nt. De Jong (*Logidex*).

Ad 2

De uitzendwerkgever in de zin van artikel 7:690 BW moet zich in het kader van zijn beroep of bedrijf toeleggen op het ter beschikking stellen van werknemers aan derden. Dit betekent dat sprake is van een professionele op het (tijdelijk) uitzenden van werknemers gerichte organisatie en niet van incidenteel in voorkomende gevallen ter beschikking stellen van arbeidskrachten door werkgevers die in feite geheel andersoortige beroeps- of bedrijfsactiviteiten hebben.¹¹ Dat de uitzendwerkgever de werknemers in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ter beschikking stelt, werd door de wetgever gekoppeld aan de allocatiefunctie die de uitzendformule op de arbeidsmarkt vervulde. In de memorie van toelichting werd hierover het volgende medegedeeld:

‘De terbeschikkingstelling moet geschieden in het kader van het beroep of het bedrijf van de werkgever. Dat betekent dat terbeschikkingstelling (een) doelstelling van de bedrijfs- of beroepsactiviteiten van de werkgever moet zijn; de toepasselijkheid van de uitzendovereenkomst is aldus gekoppeld aan de allocatieve functie van de werkgever.’¹²

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

‘Het werken voor en via uitzendbureaus is de afgelopen jaren sterk in omvang toegenomen. De uitzendformule vervult een belangrijke allocatiefunctie op de arbeidsmarkt t.w. het aldus bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid. Die functie moet behouden blijven. Tegelijkertijd is er in de praktijk behoefte aan grotere duidelijkheid gebleken voor wat betreft de rechtspositie van partijen betrokken bij de uitzendrelatie. Dat hangt samen met de vraag, of en wanneer er in geval van een uitzendrelatie sprake is van een arbeidsovereenkomst.’¹³

Deze allocatiefunctie rechtvaardigt een verlicht ontslagregime bij uitzending:

‘Het bijzondere karakter van de uitzendovereenkomst is gelegen in het feit dat de allocatieve functie van de uitzendovereenkomst impliceert dat partijen een zekere vrijheid hebben terzake van het aangaan en verbreken van hun arbeidsrelatie.’¹⁴

11 *Kamerstukken II 1996-1997, 25263, nr. 3, p. 10.*

12 *Kamerstukken II 1996-1997, 25263, nr. 3, p. 33.* In haar antwoord op vragen van de Raad van State over het toepassingsbereik van de regeling van de uitzendovereenkomst koppelde de regering deze allocatiefunctie nog explicieter aan de woorden ‘in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever’ in artikel 7:690 BW. Zij deelde daarover mee: ‘Een ander element is dat de terbeschikkingstelling geschiedt in het kader van het beroep of bedrijf van de werkgever. Met andere woorden: terbeschikkingstelling moet doelstelling zijn van de beroeps- of bedrijfsactiviteiten van de werkgever. Toepassing van de uitzendovereenkomst is aldus gekoppeld aan de allocatieve functie van de werkgever.’ *Kamerstukken II 1996-1997, 25263, B, p. 12.*

13 *Kamerstukken II 1996-1997, 25263, nr. 3, p. 9.*

14 *Kamerstukken II 1996-1997, 25263, nr. 3, p. 10.*

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

*'De voorgestelde regeling voor de uitzendovereenkomst heeft niet alleen betrekking op de thans in de praktijk voorkomende uitzendrelatie, maar omvat ook alle andere driehoeksarbeidsrelaties, waarbij de werknemer in de uitoefening van het bedrijf of beroep van de werkgever aan een derde ter beschikking wordt gesteld, om onder leiding en toezicht van die derde arbeid te verrichten. Zodanige ter beschikkingstelling kan bijvoorbeeld ook uitlening omvatten, als die uitlening aan de elementen van de definitie voldoet. Is dat het geval, dan is het bijzondere regiem van de uitzendovereenkomst, zoals neergelegd in artikel 691 Boek 7 BW, op deze driehoeksarbeidsrelatie van toepassing. De voorgestelde regeling van de uitzendovereenkomst geeft derhalve een uniforme wettelijke regeling voor de vele onder verschillende benamingen in de praktijk voorkomende vormen van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, zoals: uitzenden, uitlenen, detacheren, of te werk stellen in het kader van een arbeidspool. Wel wijzen wij er nadrukkelijk op, dat de voorgestelde regeling beperkt is tot het ter beschikking stellen in het kader van zodanig beroep of bedrijf. In de praktijk gaat het dan dus alleen om organisaties zoals uitzendbureaus, detacheerbedrijven, arbeidspools en andere organisaties, die er hun beroep of bedrijf van maken arbeidskrachten onder welke noemer dan ook tijdelijk aan derden ter beschikking te stellen.'*¹⁵

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

*'De leden van de VVD-fractie vroegen wat precies wordt bedoeld met de beperking van de uitzendrelatie tot die uitleners die bij de uitoefening van hun beroep of bedrijf arbeidskrachten ter beschikking stellen aan derden; of een ingenieursbureau, dat enkele personeelsleden elders detacheert, ook onder deze definitie valt, zo nee, waarom niet en zo ja, wat dit dan betekent voor de betreffende werknemers. De voorgestelde regeling van de uitzendovereenkomst geldt alleen voor die werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen. Het gaat daarbij om werkgevers (intermediairs) die er hun bedrijf of beroep van maken om vraag en aanbod van tijdelijke arbeid bij elkaar te brengen. Het gaat in de praktijk dan om uitzendbureaus, detacheerbedrijven en arbeidspools.'*¹⁶

De uitzendwerkgever in de zin van artikel 7:690 BW moet zich op basis van de wetsgeschiedenis dus in het kader van een door hem op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie bedrijfsmatig richten op het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid. Nu de regeling van de uitzendovereenkomst beperkt was tot terbeschikkingstelling in het kader van

15 Kamerstukken II 1996-1997, 25263, nr. 3, p. 10.

16 Kamerstukken II 1996-1997, 25263, nr. 6, p. 15/16.

zodanig beroep of bedrijf van de uitzendwerkgever, zou de regeling van de uitzendovereenkomst volgens de regering in de praktijk alleen van toepassing zijn op uitzenden, uitlenen, detacheren of te werk stellen in het kader van een arbeidspool.¹⁷ Dat het beroep of bedrijf van de (uitzend)werkgever moet bestaan uit het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid volgt echter, als hiervoor gesteld, niet uit de tekst van artikel 7:690 BW. In de (lagere) rechtspraak van de afgelopen jaren werd om deze reden wisselend geoordeeld over betekenis van de allocatiefunctie bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW. In de meeste gevallen werd onder verwijzing naar de hiervoor geciteerde wetsgeschiedenis geoordeeld dat het op de arbeidsmarkt vervullen van een allocatiefunctie door de werkgever een vereiste was voor het van toepassing zijn van de regeling van de uitzendovereenkomst.¹⁸ In andere uitspraken werd echter op basis van het ontbreken van deze allocatiefunctie in de tekst van de wet en/of de hiervoor aangehaalde mededeling van de regering dat met de regeling van de uitzendovereenkomst een ruimer toepassingsbereik werd beoogd dan de op dat moment – eind jaren negentig – in de praktijk voorkomende klassieke uitzending door uitzendbureaus die zich richtten op terbeschikkingstelling bij ‘piek of ziek’, geoordeeld dat een allocatiefunctie geen vereiste was.¹⁹ Ook in de literatuur liepen langs deze lijnen de visies uiteen.²⁰

In het Care4Care-arrest van 4 november 2016²¹ heeft de Hoge Raad onder verwijzing naar de tekst van artikel 7:690 BW en een deel van de hiervoor geciteerde wetsgeschiedenis geoordeeld dat op grond van artikel 7:690 BW niet vereist is dat de bij de derde te verrichten arbeid tijdelijk is, noch dat daarin een beperkende allocatiefunctie moet worden gelezen. De Hoge Raad overweegt hierover als volgt:

‘Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:690 BW kan niet worden afgeleid dat voor het aannemen van een uitzendovereenkomst andere vereisten gelden dan vermeld in deze

17 *Kamerstukken II 1996-1997, 25263, nr. 3, p. 10.*

18 Zie Ktr. Enschede 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108, Ktr. Amsterdam 1 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6257, Ktr. Amsterdam 3 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6063, Ktr. Amsterdam 22 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6356, Ktr. Almelo 11 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1214, Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:670, Ktr. Assen 30 april 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2205, Hof Den Haag 29 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3820, Ktr. Assen 23 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:692, en Rb. Limburg 2 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:6699.

19 Zie Rb. Amsterdam 1 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN0820, Ktr. Amsterdam 4 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5783, Hof Amsterdam 9 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4616 en Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4547.

20 Zie voor een overzicht van de verschillende standpunten in de literatuur: *Praktijkboek Flexibele Arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer (losbl.), onderdeel I 5.2.5. en de noot van Knipschild onder *JAR* 2015/69.

21 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*Care 4 Care Human Resources B.V./Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten*). In een fiscale procedure over de premiesectorindeling van een payrollbedrijf werd op diezelfde datum onder verwijzing naar het Care4Care-arrest hetzelfde overwogen door de Hoge Raad. Zie HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2496.

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

Het door de werkgever vervullen van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vormt daarmee geen constitutief vereiste (meer) bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. Ook de uitzendwerkgever in de zin van artikel 7:690 BW die geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt kan daarmee gebruikmaken van het in artikel 7:691 BW neergelegde verlichte ontslagregime bij uitzending. Artikel 7:690 BW fungeert immers uitsluitend als toegangspoort naar het in artikel 7:691 BW opgenomen verlichte ontslagregime bij uitzending.²² Dit wordt ook door de Hoge Raad bevestigd in het Care4Care-arrest:

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

De uitkomst van de hiervoor aangehaalde overwegingen van de Hoge Raad is niet alleen moeilijk te verenigen met de hiervoor geciteerde wetsgeschiedenis, maar ook met de mededeling van de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid dat het verlichte ontslagregime bij uitzending is gekoppeld aan de allocatiefunctie van de uitzendwerkgever. Zij formuleerde dit als volgt:

*'De allocatieve functie op de arbeidsmarkt brengt mee dat partijen bij een uitzendovereenkomst meer vrijheid krijgen bij het aangaan en beëindigen van de arbeidsovereenkomst.'*²³

Ad 3

De terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer geschiedt op basis van een overeenkomst van opdracht van de (uitzend)werkgever met de derde. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat in artikel 7:690 BW werd opgenomen dat de terbeschikkingstelling op grond van een overeenkomst van opdracht moet geschieden 'om duidelijk te maken dat bijvoorbeeld aanneming van werk niet

²² Zie paragraaf 4.12.1 van mijn dissertatie. Sinds de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid is het verlichte ontslagregime bij de uitzendovereenkomst eveneens opgenomen in artikel 7:668a lid 5 sub a BW.

²³ *Kamerstukken II 2013-2014, 33818, 3, p. 20.* Zie ook *Kamerstukken II 2013-2014, 33818, 7, p. 29.* De regeling van de uitzendovereenkomst bleef overigens op enkele kleine wijzigingen na ongemoeid in de Wet werk en zekerheid. Zie J.P.H. Zwemmer, 'Uitzenden, payrolling, schijnzelfstandigen en de Wet werk en zekerheid', *ArbeidsRecht* 2014/60.

tot een uitzendovereenkomst kan leiden'.²⁴ De overeenkomst van opdracht is evenals de arbeidsovereenkomst een in Boek 7 BW geregelde bijzondere overeenkomst. Op grond van artikel 7:400 lid 1 BW mogen de in het kader van een opdrachtovereenkomst verrichte werkzaamheden niet bestaan uit het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitvoeren van werken of het (doen) vervoeren van personen of zaken. In dat geval is sprake van een overeenkomst van aanneming van werk.²⁵ Uit de wetsgeschiedenis volgt dat voor de toepassing van artikel 7:690 BW diensten die als pakket worden uitbesteed, zoals catering, beveiliging en schoonmaak, eveneens worden aangemerkt als verricht in het kader van een aangenomen werk waardoor hier geen sprake is kan zijn van een uitzendovereenkomst.²⁶

Ad 4

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid werd niet toegelicht wat moest worden verstaan onder het verrichten van arbeid 'onder toezicht en leiding' van de derde. In de literatuur werd aangenomen dat toezicht en leiding op hetzelfde neerkomen als werkgeversgezag in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW. In het hiervoor besproken Care4Care-arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de vraag of sprake is van toezicht en leiding als bedoeld in artikel 7:690 BW aan de hand van dezelfde maatstaven moet worden beantwoord als die gelden voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding als bedoeld in artikel 7:610 lid 1 BW.²⁷ Beide begrippen dekken echter niet dezelfde lading. De gezagsverhouding op grond van artikel 7:610 lid 1 BW is gebaseerd op een rechtsverhouding tussen degene die de arbeid verricht en degene voor wie arbeid wordt verricht. De uitzendwerknemer verbindt zich niet met de opdrachtgever van de uitzendwerkgever bij wie hij de arbeid verricht. De woorden onder toezicht en leiding in artikel 7:690 BW impliceren dat tussen de uitzendwerknemer en de opdrachtgever sprake is van een feitelijke gezagsverhouding zonder dat tussen hen een rechtsverhouding bestaat.²⁸ De uitzendwerkgever heeft geen gezag over de feitelijke

24 *Kamerstukken II 1996-1997*, 25263, nr. 3, p. 33. Zie ook *Kamerstukken II 1996-1997*, 25263, B, p. 12.

25 Zie over het onderscheid tussen de overeenkomsten van opdracht en aanneming van werk bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst, J.P.H. Zwemmer, 'Contracting en arbeidsrecht: over schijnconstructies, juridisch houdbare varianten en de gevolgen van de WAS en de WWZ', *TAP* 2015/118.

26 Zie paragraaf 4.5.3 van mijn dissertatie.

27 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*Care 4 Care Human Resources B.V./Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten*).

28 Een verklaring voor deze overweging van de Hoge Raad in het Care4Care-arrest kan liggen in het feit dat Care4Care had gesteld dat het bij de door haar aan de zorginstellingen ter beschikking gestelde werknemers ging om hoogopgeleide, gekwalificeerde en deskundige specialisten. Wellicht heeft de Hoge Raad met zijn overweging willen bevestigen dat ook in dat geval, net zoals bij een gewone arbeidsovereenkomst, sprake kan zijn van een gezagsverhouding. Overigens had het Hof Amsterdam in zijn door de Hoge Raad bevestigde arrest van 28 oktober 2014 (ECLI:NL:GHAMS:2014:4547) onder verwijzing naar een contractuele afspraak in de door Care4Care gehanteerde mantelovereenkomst waarin de instructiebevoegdheid was overgedragen aan de derde, geoordeeld dat de werknemers van Care4Care de werkzaamheden onder toezicht en leiding van de zorginstellingen verrichtten. De

arbeid van de uitzendwerknemer. Wel heeft de uitzendwerknemer zich jegens de uitzendwerkgever verplicht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de opdrachtgevers van de uitzendwerkgever. Bij dat laatste kan gesproken worden van een contractuele gezagsverhouding. In eerdere arresten heeft de Hoge Raad geoordeeld dat zowel het feitelijke gezag over de door de werknemer verrichte arbeid als het contractueel bedingen van zeggenschap over de door de werknemer verrichte arbeid een gezagsverhouding kan impliceren in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW.²⁹ Op grond daarvan kan worden gesteld dat binnen de uitzendovereenkomst de gezagsverhouding is verdeeld in een contractuele en een feitelijke gezagsverhouding met respectievelijk de uitzendwerkgever en de opdrachtgever(s) van de uitzendwerkgever, waarbij de rechtsverhouding tussen de uitzendwerkgever en de uitzendwerknemer in artikel 7:690 BW juridisch is geduid als een arbeidsovereenkomst.

17.2.3 De Waadi en de Uitzendrichtlijn

Voorschriften met betrekking tot uitzendarbeid en (eigen) definities van dit begrip zijn voorts terug te vinden in:

1. de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) en
2. de Uitzendrichtlijn.

Ad 1

In de Waadi zijn regels en voorschriften opgenomen die van toepassing zijn in de situatie waarin sprake is van arbeidsbemiddeling en van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. De arbeidsinspectie houdt toezicht op de naleving van de Waadi. Naast de doelstelling fraudebestrijding vormde het belang van de goede verhoudingen op de arbeidsmarkt aanleiding om het ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een zekere regulering te onderwerpen.³⁰ Ten aanzien van het toepassingsbereik van de Waadi deelde de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Waadi mee dat wordt uitgegaan van een ruime omschrijving (zie hierna) waarop uitzonderingen worden gemaakt omdat bij die vormen van ter beschikking stellen van arbeidskrachten de normstelling in de Waadi geen betekenis heeft, althans niet functioneel is.³¹ Deze normstelling – het met de Waadi beoogde doel – komt erop neer dat moet worden voorkomen dat, als gevolg van het enkele ontbreken van een contractuele

door Care4Care genoemde feitelijke omstandigheden, dat de werknemers gespecialiseerde werkzaamheden overeenkomstig hun eigen professionele standaarden verrichtten, de zorginstellingen terzake zelf over onvoldoende kennis beschikten en dat zij begeleid werden door een tweetal accountmanagers in dienst van Care4Care, werden daarbij door het hof gepasseerd. Dat het hof bij de beantwoording van de vraag of sprake is van toezicht en leiding in de zin van artikel 7:690 BW meer waarde lijkt te hechten aan contractuele afspraken dan aan de wijze waarop hier feitelijk uitvoering werd gegeven laat zich moeilijk verenigen met het dwingendrechtelijke karakter van dit artikel.

29 Zie paragraaf 2.3.2 van mijn dissertatie.

30 *Kamerstukken II 1996-1997, 25264, nr. 3, p. 8.*

31 *Kamerstukken II 1996-1997, 25264, nr. 5, p. 12.*

band tussen de arbeidskracht en degene aan wie hij ter beschikking is gesteld, de arbeidskracht in een slechtere arbeidsvoorwaardenpositie komt te verkeren. Bijvoorbeeld omdat daardoor de op de onderneming van de inlener betrekking hebbende (en daarop toegesneden) (bedrijfstak)cao niet van toepassing is. Daardoor zou het hele stelsel van arbeidsvoorwaardenvorming via het sluiten van cao's onnodig onder druk komen te staan.³² Vanuit dat oogpunt bevat de Waadi voorschriften die in acht moeten worden genomen door degene die tegen vergoeding arbeidskrachten ter beschikking stelt aan een ander voor het onder toezicht en leiding van die ander verrichten van arbeid. Zo moet degene die de arbeidskracht ter beschikking stelt aan deze arbeidskracht op grond van artikel 8 Waadi in beginsel hetzelfde loon en overige vergoedingen betalen als de inlener betaalt aan bij hem in dienst zijnde werknemers die dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden verrichten, mag volgens artikel 9 Waadi van de arbeidskracht geen prestatie worden gevraagd in ruil voor het hem ter beschikking stellen aan (de) inlener(s) en zijn op grond van artikel 9a Waadi belemmeringen die in de weg staan aan de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst tussen de arbeidskracht en de inlener na afloop van de terbeschikkingstelling nietig. Op grond van artikel 8a Waadi is de inlener verplicht de aan hem ter beschikking gestelde arbeidskracht op dezelfde wijze als de werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies die bij hemzelf in dienst zijn toegang te geven tot bedrijfsvoorzieningen of diensten in zijn onderneming (zoals de kantine en kinderopvang- en vervoerfaciliteiten). Artikel 8b Waadi verplicht de inlener de binnen zijn onderneming ontstane vacatures tijdig en duidelijk te melden aan de aan hem ter beschikking gestelde arbeidskracht. Voorts mag de arbeidskracht niet ter beschikking worden gesteld aan een (onderdeel van een) onderneming waar gestaakt wordt (artikel 10 Waadi) en is degene die de arbeidskracht ter beschikking stelt verplicht hem te informeren over de arbeidsomstandigheden bij de inlener (artikel 11 Waadi).

Het toepassingsbereik van de Waadi

In artikel 1 lid 1 sub c Waadi wordt het ter beschikking stellen van arbeidskrachten gedefinieerd als 'het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht en leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, verrichten van arbeid'. Deze definitie is ruimer dan de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW. Niet noodzakelijk is dat de terbeschikkingstelling geschiedt in het kader van het beroep of bedrijf van degene die de arbeidskrachten ter beschikking stelt dan wel dat diegene een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Wel moet de toepassing van de Waadi gelet op de hiervoor beschreven normstelling van de Waadi functioneel zijn. De normstelling van de Waadi is niet functioneel, zo deelde de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Waadi mee, wanneer de ter beschikking gestelde werknemer normale arbeid verricht in het bedrijf van de ter beschikking stellende werkgever.³³ Hiermee

³² Kamerstukken II 1996-1997, 25264, nr. 3, p. 13.

³³ Kamerstukken II 1996-1997, 25264, nr. 5, p. 12.

moet de regering hebben gedacht aan diensten die worden uitbesteed aan een derde, zoals catering, schoonmaak en ook beveiliging.

In artikel 1 lid 3 Waadi worden drie vormen van terbeschikkingstelling van arbeidskrachten omschreven die niet vallen onder het toepassingsbereik van de Waadi. Op grond van artikel 1 lid 3 sub a Waadi is de Waadi niet van toepassing op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten ten behoeve van een geleverde zaak of tot stand gebracht werk. De formulering van deze eerste uitzondering ligt dicht aan tegen terbeschikkingstelling van arbeidskrachten uit hoofde van een overeenkomst van aanneming van werk. De uitzondering van artikel 1 lid 3 sub a Waadi kan echter eveneens aan de orde zijn bij terbeschikkingstelling van arbeidskrachten uit hoofde van een overeenkomst van opdracht,³⁴ zoals bij de uitbesteding van de hiervoor genoemde diensten als catering, schoonmaak en beveiliging. Op grond van artikel 1 lid 3 sub b Waadi is de Waadi niet van toepassing wanneer de terbeschikkingstelling geschiedt bij wijze van hulpbetoon zonder winstoogmerk. Ten slotte is de Waadi niet van toepassing bij intra-concern detachering.³⁵ Dit omdat de groep in dit kader door de wetgever wordt beschouwd als één werkgever.³⁶

Op grond van artikel 7a lid 1 Waadi geldt voor een ieder die arbeidskrachten ter beschikking stelt de verplichting zich als uitzendonderneming te registreren in het Handelsregister. Tijdens de parlementaire behandeling van artikel 7a Waadi werd over deze registratieverplichting meegedeeld: 'Er moet sprake zijn van een onderneming of rechtspersoon, anders mag er niet uitgezonden worden.'³⁷ Artikel 7a lid 2 Waadi schrijft voor dat het een ieder (op straffe van een boete) verboden is als inlener arbeid te laten verrichten door arbeidskrachten die afkomstig zijn van een niet overeenkomstig het eerste lid bij het Handelsregister ingeschreven uitzendonderneming.

Omdat de ter beschikking gestelde arbeidskracht op grond van de definitiebepalingen in de Waadi geen arbeidsovereenkomst hoeft te hebben met degene die hem ter beschikking stelt aan een ander, zou de Waadi ook van toepassing kunnen zijn op de terbeschikkingstelling van opdrachtnemers of 'vrijwilligers'.³⁸ In de memorie van toelichting bij de Waadi werd in dit verband meegedeeld dat de ter beschikking gestelde arbeidskracht 'meestal' wel een arbeidsovereenkomst zal hebben met degene die hem ter beschikking stelt aan een inlener.³⁹ Mijns inziens zal dat doorgaans het geval zijn omdat de ter

34 Zie *Kamerstukken II* 2010-2011, 32872, nr. 3 p. 5.

35 Artikel 1 lid 3 sub c Waadi. Zie *Kamerstukken II* 1996-1997, 25264, nr. 5, p. 12.

36 In de memorie van toelichting van de voorganger van de Waadi, de Arbeidsvoorzieningswet 1990, werd hierover medegedeeld dat deze wet niet van toepassing was omdat 'een concern in principe als één werkgever moet worden gezien'. *Kamerstukken II* 1987-1988, 20569, nr. 3, p. 57 en 77.

37 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32872, nr. 3, p. 18.

38 Vgl. artikel 3 lid 1 sub c Richtlijn 2008/104/EG (Uitzendrichtlijn) en Hof van Justitie EU 17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883, C-216/15. Zie ook par. 4.6 van mijn dissertatie.

39 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25264, nr. 3, p. 17.

beschikking gestelde arbeidskracht de arbeid moet verrichten onder toezicht en leiding van de inlener en deze woorden in de Waadi dezelfde betekenis hebben als toezicht en leiding in artikel 7:690 BW.⁴⁰

De loonverhoudingsnorm

Met de in artikel 8 Waadi opgenomen loonverhoudingsnorm wordt blijkens de wetsgeschiedenis beoogd dat, behalve wanneer in een cao anders is bepaald, de ter beschikking gestelde arbeidskracht hetzelfde loon en overige vergoedingen dient te ontvangen als de werknemers van de inlener die in gelijke of gelijkwaardige functies werkzaam zijn. De regering deelde hierover mee dat:

‘behalve wanneer in een cao anders is bepaald, de ter beschikking gestelde arbeidskracht overeenkomstige lonen en overige vergoedingen dient te ontvangen als de werknemers van de inlener die in gelijke of gelijkwaardige functie werkzaam zijn. De toevoeging “behalve wanneer in een cao anders is bepaald” wijst erop dat deze regel alleen tot gelding komt buiten het cao-gebied en in het “buitengebied” een vangnetfunctie vervult.’⁴¹

Tot 2012 bepaalde artikel 8 lid 2 Waadi (oud) dat de in dat artikel opgenomen loonverhoudingsnorm niet van toepassing was indien op de uitlener een cao van toepassing was die bepaalde welk loon de uitlener aan de arbeidskrachten die hij ter beschikking stelde verschuldigd was.⁴² In het kader van de implementatie van de hierna besproken Uitzendrichtlijn in 2012 is artikel 8 Waadi gewijzigd. Sindsdien bepaalt artikel 8 lid 3 aanhef en sub a Waadi dat bij cao kan worden afgeweken van de in artikel 8 lid 1 Waadi opgenomen loonverhoudingsnorm *‘mits: indien de periode gedurende welke wordt afgeweken in duur is beperkt, die cao voorziet in een regeling op grond waarvan misbruik door elkaar opvolgende perioden van ter beschikkingstelling wordt voorkomen;’* Hieruit volgt dat uitsluitend indien in de cao van de ter beschikking stellende werkgever gedurende een beperkte periode wordt afgeweken van de in artikel 8 lid 1 Waadi opgenomen loonverhoudingsnorm, deze cao moet voorzien in een regeling op grond waarvan misbruik door elkaar opvolgende perioden van ter beschikkingstelling wordt voorkomen. Artikel 8 lid 3 aanhef en onder sub a Waadi laat derhalve nog steeds – evenals voor de wetwijziging in 2012 – voor sociale partners de mogelijkheid open om zonder dat deze periode in duur wordt beperkt af te wijken van de in artikel 8 lid 1 Waadi opgenomen loonverhoudingsnorm.⁴³

40 Zie *Kamerstukken II 1998-1999*, 26257, nr. 7, p. 18. De vraag of sprake is van toezicht en leiding in de zin van artikel 7:690 BW dient naar het oordeel van de Hoge Raad aan de hand van dezelfde maatstaven te worden beantwoord als die gelden voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding als bedoeld in artikel 7:610 lid 1 BW (HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356).

41 *Kamerstukken II 1996-1997*, 25264, nr. 3, p. 13.

42 De tekst van artikel 8 lid 2 Waadi (oud) luidde als volgt: *‘Het eerste lid is niet van toepassing, indien in een collectieve arbeidsovereenkomst, van toepassing op de onderneming die de arbeidskracht ter beschikking stelt, of bij of krachtens wet is bepaald, welk loon en overige vergoedingen degene, die arbeidskrachten ter beschikking stelt, aan die arbeidskrachten verschuldigd is.’*

43 Zie ook *Kamerstukken II 2010-2011*, 32895, nr. 3, p. 12. Ook in het aan dit artikel ten grondslag liggende artikel 5 Uitzendrichtlijn is de mogelijkheid om af te wijken van de inleners-

In de met de Algemene Bond Uitzendondernemingen gesloten cao (ABU-cao) die op dit moment algemeen verbindend is verklaard⁴⁴ is niet afgeweken van de loonverhoudingsnorm.⁴⁵ Wel is in artikel 20 lid 2 ABU-cao bepaald op welke elementen van de beloning van de werknemers in dienst van de inlener de uitzendkracht aanspraak maakt.

Ad 2

Richtlijn 2008/104/EG van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (de Uitzendrichtlijn) bevat door de lidstaten in hun nationale wet- en regelgeving te implementeren voorschriften waarmee wordt gewaarborgd dat voor uitzendkrachten dezelfde essentiële arbeidsvoorwaarden gelden als voor werknemers die in dienst zijn bij de inlener. Daarnaast voorziet artikel 4 van de Uitzendrichtlijn in een verplichting tot heroverweging door de afzonderlijke lidstaten van binnen hun nationale wetgevingen bestaande verbodsbepalingen of beperkingen met betrekking tot het gebruik van uitzendkrachten. Dergelijke verbodsbepalingen zijn op grond van de Uitzendrichtlijn slechts nog toegestaan voor zover hiervoor redenen van algemeen belang bestaan die verband houden met de bescherming of het welzijn van de uitzendkrachten of met het garanderen van de goede werking van de arbeidsmarkt dan wel het voorkomen van misbruik. De Uitzendrichtlijn had beperkte gevolgen voor de Nederlandse wet- en regelgeving op het gebied van uitzendarbeid.⁴⁶ Dat was anders in lidstaten waarin de regulering van uitzendarbeid nog in de kinderschoenen stond en voor lidstaten waarin het gebruik van uitzendarbeid op andere dan de hiervoor genoemde gronden verboden of beperkt was.

De Uitzendrichtlijn bevat eigen definities van onder meer uitzendbureau en uitzendkracht. 'Uitzendbureau' wordt gedefinieerd als 'iedere natuurlijke of rechtspersoon die, overeenkomstig het nationale recht, een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding aangaat met uitzendkrachten teneinde deze ter beschikking te stellen van inlenende ondernemingen om daar onder toezicht en leiding van deze ondernemingen tijdelijk te werken'. Onder 'uitzendkracht' wordt verstaan 'een werknemer met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau teneinde ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van laatstgenoemde onderneming tijdelijk te werken'. In zijn uitspraak van 17 november 2016 overwoog het Hof van Justitie dat de Uitzendrichtlijn ook van toepassing

beloning niet verbonden aan een maximumperiode.

44 CAO voor Uitzendkrachten 2012-2017, versie september 2016. Deze cao is door FNV Bondgenoten, CNV Dienstbond, De Unie en LBV afgesloten met de Algemene Bond Uitzendondernemingen. *Stcrt.* 2016, 15865.

45 Met uitzondering van uitzendkrachten werkzaam in fase C. Zie artikel 19 lid 2 en 3 ABU-cao.

46 Dat voor uitzendkrachten dezelfde essentiële arbeidsvoorwaarden golden als voor werknemers die in dienst zijn bij de inlener was reeds geregeld in de Waadi. In het kader van de implementatie van de Uitzendrichtlijn is de loonverhoudingsnorm in het huidige artikel 8 Waadi uitgebreid en zijn aan de Waadi de hiervoor genoemde bepalingen toegevoegd op het gebied van de toegang van uitzendkrachten tot bedrijfsvoorzieningen of diensten van de inlener, vacaturemelding door de inlener en een belemmeringsverbod bij indiensttreding bij de inlener.

is wanneer een persoon die naar nationaal recht niet de hoedanigheid heeft van werknemer, door een vereniging zonder winstoogmerk in ruil voor een financiële vergoeding ter beschikking wordt gesteld van een inlenende onderneming, om onder toezicht en leiding van deze onderneming tegen beloning arbeid te verrichten én die in de lidstaat op grond van de arbeid die hij verricht wordt beschermd.⁴⁷

Opmerking verdient nog dat van uitzendarbeid in de zin van de Uitzendrichtlijn sprake is wanneer uitzendkrachten ter beschikking worden gesteld aan inleners om 'tijdelijk' arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van deze inleners (zie artikel 3 lid 1 sub b t/m sub e Uitzendrichtlijn). Dit begrip tijdelijk heeft geen betrekking op de duur van de terbeschikkingstelling, zo volgt uit het rapport dat in 2011 ter facilitering van de implementatie van de Uitzendrichtlijn in opdracht van de Europese Commissie werd opgesteld door een expertgroep die onder meer bestond uit deskundigen op het gebied van uitzending afkomstig uit de – destijds – 27 lidstaten.⁴⁸ In dit rapport meldt de expertgroep dat het gebruik van het begrip tijdelijk in de Uitzendrichtlijn niet impliceert dat de duur van de terbeschikkingstelling begrensd is. De expertgroep constateert dat de duur van de terbeschikkingstelling in de praktijk uiteenloopt in de verschillende lidstaten en economische sectoren. Soms gaat het om dagen en in andere situaties kan de terbeschikkingstelling maanden duren. Volgens de expertgroep heeft de terbeschikkingstelling in al deze situaties een tijdelijk karakter in de zin van de Uitzendrichtlijn.⁴⁹ Dit begrip tijdelijk sluit aan bij wat de regering in de jaren negentig met tijdelijk bedoelde toen zij bij de totstandkoming van de regeling van de uitzendovereenkomst in titel 7.10 BW mededeelde dat de uitzendwerkgever zich beroepsmatig dient te richten op het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid (zie paragraaf 17.2.1).

17.2.4 *Het verlichte ontslagregime bij uitzending*

Voldoet de uitzendovereenkomst aan de hiervoor besproken elementen uit de definitie van artikel 7:690 BW, dan is sprake van een uitzendovereenkomst waarbij de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met de uitzender. Met de wettelijke duiding van de uitzendovereenkomst als arbeidsovereenkomst werd zekerheid verschaft over de rechtspositie van partijen betrokken bij de uitzendrelatie. De uitzendwerkgever is als werkgever in de zin van titel 7.10 BW aansprakelijk tot nakoming van de uit de arbeidsovereenkomst van de uitzendwerknemer voortvloeiende verplichtingen. Daarbij werd de uitzendwerkgever in artikel 7:691 BW tegemoetgekomen met het verlichte ontslagregime bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de uitzendwerknemer gedurende

47 HvJ EU 17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883, C-216/15. Zie hierover nader mijn noot bij deze uitspraak onder JAR 2016/306.

48 Report Expert Group, *Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work*, EC: Employment, Social Affairs & Inclusion: Labour Law August 2011.

49 Report Expert Group, p. 14.

de eerste 26 weken, dan wel gedurende een langere bij cao overeengekomen periode. Daarnaast is in de Ontslagregeling een bijzondere regeling opgenomen voor de beoordeling van een verzoek om toestemming aan het UWV voor het opzeggen van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een uitzendwerknemer.⁵⁰ Op basis van deze bijzondere regeling geldt een soepelere ontslagtoets voor werknemers in de uitzendsector. Het verlichte ontslagregime bij uitzending is thans opgenomen in:

1. de artikelen 7:691 BW en 7:668a lid 5 sub a BW en nader ingevuld in het fasensysteem van de thans algemeen verbindend verklaarde ABU-cao; en
2. de bijzondere regeling in artikel 7 Ontslagregeling voor de toetsing van ontslagen in de uitzendsector.

Ad 1

Op de uitzendovereenkomst zijn de in de artikelen 7:691 BW en 7:668a lid 5 sub a BW opgenomen bijzondere regels van toepassing. Artikel 7:691 lid 1 BW bepaalt dat de ketenregeling van artikel 7:668a BW pas op de uitzendovereenkomst van toepassing is, nadat de uitzendwerknemer in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht in het kader van de uitzendovereenkomst. Na deze periode is de ketenregeling van toepassing. Op grond van artikel 7:691 lid 2 BW kan in de arbeidsovereenkomst een uitzendbeding worden opgenomen waardoor de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt als de terbeschikkingstelling van de werknemer aan de opdrachtgever op verzoek van de opdrachtgever eindigt. Op zijn beurt mag de werknemer de arbeidsovereenkomst zonder opgave van redenen onverwijld opzeggen wanneer een dergelijk uitzendbeding is opgenomen in de arbeidsovereenkomst. Het uitzendbeding geldt echter slechts gedurende de eerste 26 weken waarin de werknemer arbeid heeft verricht op basis van de uitzendovereenkomst (artikel 7:691 lid 3 BW). Na afloop van deze periode eindigt de arbeidsovereenkomst niet meer van rechtswege wanneer de terbeschikkingstelling op verzoek van de inlener eindigt en kan de werknemer de arbeidsovereenkomst ook niet meer per direct opzeggen. Bij de berekening van de hiervoor genoemde weken en maanden worden perioden waarin arbeid wordt verricht die elkaar opvolgen met tussenpozen van ten hoogste zes maanden samengeteld.⁵¹ Op grond van artikel 7:691 lid 5 BW worden perioden waarin voor verschillende werkgevers arbeid wordt verricht die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn mede in aanmerking genomen bij de toepassing van artikel 7:691 lid 1 t/m 3 BW (zie par. 17.2.7).⁵² Artikel 7:691 lid 8 sub a BW maakt mogelijk dat tot een periode van ten hoogste 78 weken bij cao van de in dit artikel genoemde termijn van 26 weken wordt afgeweken. Voorts kan op grond van dit artikel – in afwijking van artikel 7:628 BW – bij cao worden afgesproken dat de werknemer tot

50 Tot 1 juli 2015 was deze bijzondere regeling opgenomen in Bijlage B bij het tot die datum van kracht zijnde Ontslagbesluit.

51 Artikel 7:691 lid 4 BW.

52 Op grond van artikel 7:691 lid 8 sub b BW kan bij cao ten nadele van de werknemer worden afgeweken van dit artikel. Zie over het opvolgend werkgeverschap ook paragraaf 17.2.7.

een periode van ten hoogste 78 weken geen recht heeft op een naar tijdruimte vastgesteld loon.⁵³ Na afloop van de periode van 26 tot 78 weken in artikel 7:691 BW kan op grond van artikel 7:668a lid 5 sub a BW ingeval van uitzending de periode van 24 maanden in artikel 7:668a lid 1 sub a BW bij cao worden verlengd tot ten hoogste 48 maanden en kan het aantal van drie contracten worden verhoogd naar ten hoogste zes.

In artikel 13 van de ABU-cao is een systeem van drie fasen overeengekomen. In de eerste fase A is de in artikel 7:691 BW gehanteerde termijn van 26 weken uitgebreid naar 78 weken. Gedurende de daaropvolgende tweede fase B kunnen in afwijking van artikel 7:668a BW gedurende vier jaar maximaal zes (van rechtswege eindigende) arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met de werknemer worden gesloten. In de daaropvolgende derde fase C is de werknemer voor onbepaalde tijd in dienst (getreden) bij de uitzendwerkgever.⁵⁴ Indien de werknemer gedurende een periode van meer dan zes maanden geen arbeid verricht, begint de telling opnieuw vanaf het begin van fase A. De ABU-cao is van toepassing op uitzendovereenkomsten in de zin van artikel 7:690 BW tussen uitzendkrachten en een uitzendonderneming indien en voor zover de omvang van de uitzendloosom ten minste 50% van het totale premieplichtig loon op jaarbasis van die uitzendonderneming bedraagt.⁵⁵ De huidige ABU-cao is algemeen verbindend verklaard tot en met 4 november 2017.⁵⁶ Nu de allocatiefunctie op grond van het hiervoor besproken Care4Care-arrest van de Hoge Raad van 4 november 2016 geen vereiste (meer) is voor de toepassing van de definitie van artikel 7:690 BW, is het aantal ondernemingen dat onder de werkingssfeer van de ABU-cao valt dusdanig toegenomen dat deze in het kader van een nieuwe algemeenverbindendverklaring specifiek zal moeten worden omschreven om te voldoen aan het representativiteitsvereiste in het Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen.

Intra-concern detachering

Bij vooral grotere groepen of concerns zijn alle bij de verschillende groepsmaatschappijen werkzame werknemers in dienst bij één groepsmaatschappij. Vaak is dit een speciaal met dat doel opgerichte rechtspersoon die binnen de groep als centrale werkgever of 'personeels-bv' fungeert. Deze uitzend- of detachingsvariant wordt ook wel intra-concern detachering genoemd.⁵⁷ Op grond van artikel 7:691 lid 6 BW zijn de in artikel 7:691 BW opgenomen bijzondere regels voor de uitzendovereenkomst niet van toepassing op 'uitzendovereenkomsten

53 Artikel 7:691 lid 7 jo. lid 8 sub a BW.

54 In de andere bedrijfstak-cao binnen de uitzendsector, de met de Nederlandse Bond van Bemiddelings- en Uitzendondernemingen gesloten NBBU-cao wordt een vergelijkbaar fasensysteem gehanteerd.

55 Zie artikel 1 jo. 2 lid 1 ABU-cao.

56 *Stcr.* 2016, 15865.

57 Zie over intra-concerndetachering J.P.H. Zwemmer, 'Over het werkgeverschap van de personeelsvennootschap en groepsaansprakelijkheid bij het intra-concern detacheren van werknemers', *Ondernemingsrecht* 2016/78 en paragraaf 6.7 e.v. van mijn dissertatie.

waarbij de werkgever en de derde in een groep zijn verbonden als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 dan wel de één een dochtermaatschappij is van de ander als bedoeld in artikel 24a van Boek 2.⁵⁸ Uit de memorie van toelichting bij deze bepaling blijkt dat met deze uitsluiting werd beoogd te voorkomen dat ‘arbeidsorganisaties’ via een eigen uitzendbureau personeel ter beschikking van de eigen organisatie konden stellen, maar dan met minder verplichtingen, en werknemers van de ene naar de andere eenheid konden worden verschoven om zodoende opbouw van rechten te voorkomen.⁵⁹ Omdat de intra-concern detacherende groepsmaatschappij geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt, werd intra-concern detachering uitgesloten in artikel 7:691 lid 6 BW, zo deelde de regering mee.⁶⁰ Nu de allocatiefunctie op grond van het hiervoor besproken Care4Care-arrest van de Hoge Raad van 4 november 2016 geen vereiste (meer) is voor de toepassing van de definitie van artikel 7:690 BW en het begrip ‘uitzendovereenkomst’ in artikel 7:691 BW naar het oordeel van de Hoge Raad geen andere betekenis heeft dan in artikel 7:690 BW, is het de vraag of intra-concern detachering wel kwalificeert als uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW. Dat zou niet het geval zijn wanneer de groepsmaatschappij waarbij de werknemer intra-concern wordt gedetacheerd, niet kan worden aangemerkt als ‘derde’ in de zin van artikel 7:690 BW. Indien intra-concern detachering wel zou worden gekwalificeerd als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW, dan zou, ondanks het bepaalde in artikel 7:691 lid 6 BW, op grond van artikel 7:668a lid 5 a BW een deel van het verlichte ontslagregime wel van toepassing zijn bij intra-concern detachering.⁶¹

Ad 2

Bij (tussentijds) ontslag van de werknemer die in fase B of C in dienst is bij de uitzendwerkgever, gelden de speciale ontslagregels bij uitzending in de Ontslagregeling. Nu deze regels van toepassing zijn bij opzegging van de arbeidsovereenkomst met de uitzendwerknemer en het merendeel van de uitzendwerknemers – 97%⁶² – in fase A of B in dienst is bij de uitzendwerkgevers, is de praktische betekenis van deze regels gering.

De ontslagregels bij uitzending zijn op grond van de begripsbepalingen in de Ontslagregeling alleen van toepassing op uitzendwerkgevers die de hiervoor in paragraaf 17.2.2 beschreven allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt. In artikel 1 sub i Ontslagregeling wordt de uitzendwerkgever namelijk gedefinieerd als:

58 Artikel 1 lid 3 sub c Waadi bevat een bepaling waarmee hetzelfde werd beoogd voor de toepassing van de Waadi.

59 *Kamerstukken II 1996-1997*, 25263, nr. 3, p. 10.

60 *Kamerstukken II 1996-1997*, 25263, nr. 3, p. 10 en 34.

61 Zie over andere gevolgen van een kwalificatie van intra-concern detachering als uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW mijn noot onder *JAR* 2015/303.

62 Vermeulen, Schellingerhout & Van de Wetering, *Uitzendmonitor* juli 2014, ITS Radboud Universiteit Nijmegen, p. 30.

‘de werkgever, die als doelstelling heeft om in het kader van beroep of bedrijf werknemers ter beschikking te stellen aan derden om onder hun leiding en toezicht werkzaam te zijn en zodoende vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bij elkaar te brengen en wiens premieplichtige loonsom op jaarbasis voor ten minste 50% wordt gerealiseerd in het kader van uitzendovereenkomsten als bedoeld in artikel 690 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek’.

Op grond van artikel 7 Ontslagregeling bestaat na de beëindiging van de inleenopdracht (en de terbeschikkingstelling van de werknemer aan de opdrachtgever) een redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst door de uitzendwerkgever indien aannemelijk is dat de werknemer niet binnen de in artikel 7:669 lid 3 sub a BW genoemde periode van 26 weken dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden zal kunnen verrichten bij de laatste opdrachtgever en de uitzendwerkgever zich gedurende de redelijke termijn van artikel 10 Ontslagregeling heeft ingespannen om de werknemer te herplaatsen. Deze redelijke herplaatsingstermijn vangt aan op het moment van beëindiging van de inleenopdracht en is gelijk aan de wettelijke opzegtermijn van artikel 7:672 lid 2 BW.⁶³ Om gedwongen werknemerswisselingen bij opdrachtgevers te voorkomen, geeft artikel 14 Ontslagregeling een van artikel 11 Ontslagregeling afwijkende regeling in geval van ontslagen in de uitzendsector.⁶⁴ Deze komt erop neer dat bij het vervallen van de arbeidsplaats van de uitzendwerknemer als gevolg van de beëindiging van de inleenopdracht moet worden afgespiegeld over de andere werknemer(s) van de uitzendwerkgever in uitwisselbare functies die de uitzendwerkgever ter beschikking stelt aan de opdrachtgever voor wie de werknemer laatstelijk werkzaam was en over de werknemers van de uitzendwerkgever in uitwisselbare functies bij andere opdrachtgevers met dien verstande dat bij een dergelijke andere opdrachtgever vier of meer uitzendwerknemers van de uitzendwerkgever werkzaam zijn.⁶⁵ Indien binnen 26 weken na de opzegging een nieuwe vacature ontstaat voor dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden als die welke de werknemer verrichtte voordat de arbeidsovereenkomst werd opgezegd door de uitzendwerkgever, dan moet de uitzendwerkgever de werknemer in de gelegenheid stellen te worden voorgedragen als kandidaat voor een terbeschikkingstelling bij de opdrachtgever (artikel 7:681 lid 1 sub e BW). Komt de uitzendwerkgever deze verplichting niet na, dan kan de werknemer de kantonrechter verzoeken de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst te vernietigen of in plaats daarvan om een billijke vergoeding verzoeken. Artikel 7:681 lid 1 sub e BW spreekt uitdrukkelijk over ‘de opzegging van de arbeidsovereenkomst’. Daarvan is alleen sprake wanneer,

63 Artikel 10 lid 1 Ontslagregeling. Als de uitzendwerknemer een arbeidshandicap heeft bedraagt deze redelijke termijn 26 weken (artikel 10 lid 2 Ontslagregeling).

64 Met deze afwijking van het afspiegelingsbeginsel is aangesloten bij de speciale regels voor de uitzendsector in de tot 1 juli 2015 geldende Bijlage B bij het eveneens tot die datum van kracht zijnde Ontslagbesluit.

65 Artikel 14 lid 3 Ontslagregeling. Op grond van artikel 12 lid 3 Ontslagregeling geldt daarbij de datum waarop de inleenopdracht is geëindigd als peildatum bij de toepassing van dit beperkte afspiegelingsbeginsel bij uitzending.

anders dan doorgaans het geval is, de arbeidsovereenkomst niet op grond van het uitzendbeding of na bepaalde tijd van rechtswege is geëindigd.

17.2.5 Uitzendovereenkomst en transitievergoeding

De uitzendwerknemer maakt op grond van artikel 7:673 BW aanspraak op een transitievergoeding wanneer hij ten minste 24 maanden in dienst is geweest op basis van één of meer elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten en de laatste arbeidsovereenkomst niet wordt voortgezet door de uitzendwerkgever. Hoewel artikel 7:673 BW dwingend recht is, is in artikel 15a van de ABU-cao nader ingevuld wanneer de uitzendwerkgever wel en wanneer deze niet een transitievergoeding verschuldigd is bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst met een uitzendwerknemer die ten minste 24 maanden heeft geduurd.⁶⁶ De uitzendwerkgever is in een dergelijke situatie op de voet van artikel 15a lid 2 ABU-cao wel een transitievergoeding verschuldigd wanneer de arbeidsovereenkomst:

- i) door de uitzendwerkgever is opgezegd of op verzoek van de uitzendwerkgever is ontbonden;
- ii) na het einde van rechtswege op initiatief van de uitzendwerkgever niet is voortgezet;
- iii) als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de uitzendwerkgever door de uitzendwerknemer is opgezegd of op verzoek van de uitzendwerknemer is ontbonden; of
- iv) als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de uitzendwerkgever na het einde van rechtswege op initiatief van de uitzendwerknemer niet is voortgezet (artikel 15a lid 2 ABU-cao).

De uitzendwerkgever is in een dergelijke situatie op de voet van artikel 15a lid 3 ABU-cao geen transitievergoeding verschuldigd wanneer de arbeidsovereenkomst:

- i) door de uitzendwerknemer is opgezegd of op zijn verzoek is ontbonden, anders dan als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de uitzendwerkgever;

⁶⁶ Bij de berekening van de periode van 24 maanden worden in artikel 15a lid 4 sub b ABU-cao in lijn met artikel 7:673 lid 4 sub b BW een of meer voorafgaande arbeidsovereenkomsten met dezelfde uitzendwerkgever die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd samengeteld en geldt dat eveneens voor eerdere arbeidsovereenkomsten met andere uitzendwerkgevers die, ongeacht of er inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de uitzendwerknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn. Mocht een eerdere (uitzend)werkgever reeds een transitievergoeding hebben betaald aan de uitzendwerknemer dan wordt deze in mindering gebracht op de door de opvolgende (uitzend)werkgever aan de uitzendwerknemer verschuldigde transitievergoeding (artikelen 15a lid 5 ABU-cao en 7:673 lid 5 BW). Zie over de nadere invulling van de aanspraak op een transitievergoeding in de ABU-cao, J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, hoofdstuk 3.2.8.

- ii) na het einde van rechtswege op initiatief van de uitzendwerknemer niet is voortgezet, anders dan als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de uitzendwerkgever;
- iii) eindigt of niet wordt voortgezet omdat de uitzendwerknemer een arbeidsovereenkomst, overeenkomst tot aanneming van werk of overeenkomst van opdracht aangaat met de opdrachtgever bij wie hij laatstelijk werkzaam was;
- iv) eindigt of niet wordt voortgezet omdat de uitzendwerknemer na een aanbesteding door een andere uitzendwerkgever aan de opdrachtgever waar hij laatstelijk werkzaam was ter beschikking wordt gesteld voor hetzelfde werk; of
- v) eindigt of niet wordt voortgezet als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de uitzendwerknemer (artikel 15a lid 3 ABU-cao).⁶⁷

De hiervoor genoemde situaties iii en iv waarin de uitzendwerkgever geen transitievergoeding verschuldigd is aan de uitzendwerknemer zijn blijkens de toelichting op deze bepaling in de ABU-cao gebaseerd op mededelingen van de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid.⁶⁸ Daarin werd medegedeeld dat de uitzendwerkgever geen transitievergoeding verschuldigd is aan de uitzendwerknemer wanneer deze het aanbod krijgt om op basis van vergelijkbare arbeidsvoorwaarden in dienst te treden bij de opdrachtgever. De arbeidsovereenkomst wordt dan voor de toepassing van artikel 7:673 lid 1 BW geacht te zijn geëindigd op initiatief van de werknemer, ook wanneer de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigde voordat de werknemer in dienst trad van de opdrachtgever.⁶⁹ In de rechtspraak worden deze mededelingen voorsnog terughoudend uitgelegd. Zo oordeelde het Hof Den Bosch dat de uitzendwerkgever de transitievergoeding verschuldigd was in de situatie waarin de werknemer via een ander uitzendbureau dezelfde werkzaamheden bij de opdrachtgever kon voortzetten.⁷⁰ Voor de toekenning van een transitievergoeding is naar het oordeel van het hof op grond van (de tekst van) artikel 7:673 lid 1 BW doorslaggevend op wiens initiatief de arbeidsovereenkomst is geëindigd en hier lag dat initiatief aan de kant van de uitzendwerkgever. In paragraaf 17.2.7 wordt nader ingegaan op de transitievergoeding bij opvolgend werkgeverschap.

⁶⁷ In artikel 15a lid 3 ABU-cao is eveneens opgenomen dat de uitzendwerkgever geen transitievergoeding verschuldigd is aan de uitzendwerknemer wanneer zich een van de wettelijke gronden voordoet om een transitievergoeding te onthouden, zoals wanneer de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet voordat de uitzendwerknemer achttien jaar wordt en de gemiddelde arbeidsomvang ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen en wanneer de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet in verband met of na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of een andere leeftijd waarop voor de uitzendwerknemer recht op pensioen ontstaat (zie artikel 7:673 lid 7 BW).

⁶⁸ Kamerstukken II 2013-2014, 33818, nr. 7, p. 74.

⁶⁹ Omdat in deze situatie de aanleiding van de indiensttreding van de uitzendwerknemer nog wel steeds aan de kant van de werkgever ligt, wordt op grond van artikel 7:673 lid 4 sub b BW de duur van de arbeidsovereenkomst met de uitzendwerkgever meegeteld bij de berekening van een latere door die opdrachtgever te betalen transitievergoeding.

⁷⁰ Hof 's-Hertogenbosch 27 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4808.

17.2.6 Werkgeversverplichtingen van de inlener bij uitzending

Tussen de uitzendwerknemer en de inlener bestaat geen rechtsverhouding, maar is slechts sprake van een feitelijke relatie. Deze feitelijke relatie houdt in dat de werknemer bij en onder het feitelijke gezag van de inlener werkzaam is. Dat betekent niet dat hieraan voor de inlener geen juridische consequenties zijn verbonden. In publiekrechtelijke wetten en regelingen wordt, voor de toepassing van die wet of regeling, de inlener als werkgever aangemerkt naast of in plaats van de uitzendwerkgever. De inlener is op grond van het werkgeversbegrip in de Arbeidsomstandigheden- en Arbeidstijdenwet als werkgever verantwoordelijk voor de naleving van de in die wetten opgenomen normen en regels gericht op bescherming van de werknemer tegen met zijn werkzaamheden samenhangende invloeden die zijn gezondheid en welzijn bedreigen.⁷¹ Op grond van artikel 18b lid 3 WML wordt bij uitzending de inlener als werkgever beschouwd in het kader van de verplichting tot overlegging aan de Inspectie SZW van de in 18b lid 2 WML genoemde bescheiden op het gebied van het aan de werknemer betaalde loon, de betaalde vakantiebijslag en het aantal door de werknemer gewerkte uren. De inlener heeft op grond van artikel 18b WML de verplichting tot overlegging aan de Inspectie SZW van de hiervoor genoemde bescheiden. Bovendien is de inlener als werkgever in de zin van de Wet arbeid vreemdelingen (WAV), naast de uitzendwerkgever, verantwoordelijk voor het aanvragen van een tewerkstellingsvergunning voor een bij hem werkzame derdelander.⁷² Op grond van artikel 23 WAV kan de derdelander de inlener naast de uitzendwerkgever (hoofdelijk) aanspreken voor het in de desbetreffende bedrijfstak gebruikelijke loon indien voor hem geen tewerkstellingsvergunning werd aangevraagd. Ten slotte verkrijgt de uitzendwerknemer op grond van artikel 1 lid 3 sub a WOR vanaf het moment waarop hij 24 maanden werkzaam is geweest bij dezelfde inlener (eveneens) medezeggenschapsrechten binnen de onderneming van die inlener.

Ook in titel 7.10 BW worden juridische consequenties verbonden aan het feitelijke werkgeverschap van de inlener. Op grond van deze bepalingen is of kunnen de uitzendwerkgever en de inlener jegens de uitzendwerknemer hoofdelijk aansprakelijk zijn voor:

1. diens schade als gevolg van een bedrijfsongeval;
2. de voldoening van het aan de uitzendwerknemer verschuldigde loon.

71 Zie artikel 1 lid 1 sub a Arbeidsomstandighedenwet en artikel 1:1 lid 1 sub a Arbeidstijdenwet.

72 Wel zou de inlener een aan hem, wegens het ontbreken van een tewerkstellingsvergunning, door de Arbeidsinspectie opgelegde boete kunnen verhalen op de uitzendwerkgever, omdat het zonder tewerkstellingsvergunning ter beschikking stellen van vreemdelingen als een tekortkoming in de nakoming van de opdrachtovereenkomst tussen de inlener en de uitzendwerkgever kan worden beschouwd. Zie Rb. Rotterdam 20 mei 2009, *JAR* 2009/178, Rb. Dordrecht 17 februari 2010, *RAR* 2010/68, en Rb. Rotterdam 5 januari 2011, *RAR* 2011/70.

Ad 1

Op grond van artikel 7:658 lid 4 BW gelden de zorgplicht van artikel 7:658 BW en de aansprakelijkheid van de werkgever voor de schade van de werknemer wegens het niet nakomen daarvan ook voor de inlener van de werknemer. De zorgplicht van de werkgever ziet op de inrichting en het onderhoud van de lokalen, werktuigen en andere gereedschappen waarin of waarmee hij arbeid doet verrichten. Tevens moet de werkgever ten aanzien van de te verrichten arbeid zo veel als redelijkerwijs nodig is instructies geven aan de werknemer, om te voorkomen dat deze in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Komt de inlener deze zorgplicht niet na, dan is hij naast de werkgever hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die de werknemer lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden.⁷³ Artikel 7:658 lid 4 BW werd als onderdeel van de Wet flexibiliteit en zekerheid aan artikel 7:658 BW toegevoegd en vond zijn oorsprong in vaste jurisprudentie van de Hoge Raad sinds 15 juni 1990.⁷⁴ Bij de parlementaire behandeling van artikel 7:658 lid 4 BW deelde de regering mee dat deze inlenersaansprakelijkheid gewenst was, omdat de vrijheid van degene die een bedrijf uitoefent de arbeid te laten verrichten door eigen werknemers of ingeleende personen niet van invloed behoort te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt bij het verrichten van de arbeid.⁷⁵ Volgens de regering was artikel 7:658 lid 4 BW vooral van belang voor 'uitzendarbeid, uitlening en aanneming van werk, waarbij tussen de werknemer en de derde (inlener) geen overeenkomst bestaat'.⁷⁶ In zijn arrest van 23 maart 2012⁷⁷ (Davelaar/Allspan) overwoog de Hoge Raad onder verwijzing naar voormelde wetsgeschiedenis dat, hoewel de regering met artikel 7:658 lid 4 BW vooral de situatie beoogde waarin de werknemer door zijn werkgever bij een derde is tewerkgesteld, ook de persoon die buiten dienstbetrekking werkzaamheden verricht – zoals een zzp'er of vrijwilliger⁷⁸ – onder de reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW kan vallen.

Artikel 7:658 lid 4 BW spreekt over degene die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeids-overeenkomst heeft. Over wat onder werkzaamheden in de uitoefening van het beroep of bedrijf moet worden verstaan, werd tijdens de parlementaire

73 Uit artikel 6:102 lid 1 BW volgt dat uitlener en de inlener dan hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens de werknemer van de uitlener die arbeid verricht bij de inlener in de uitoefening van diens beroep of bedrijf. Behoudens in gevallen waarin de inlener en de uitlener ter zake andersluidende afspraken maakten, kunnen zij op grond van artikel 6:102 lid 1 BW onderling regres nemen op de voet van de in dit lid van toepassing verklaarde maatstaf van artikel 6:101 lid 1 BW – dus naar de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.

74 HR 15 juni 1990, NJ 1990/716 (Stormer/Vedox). Zie ook S.D. Lindenbergh & P.L.M. Schneider, 'Over de grenzen van artikel 7:658 lid 4 BW', *TAP Special* (Tien jaar flexwet) 2009-3.

75 *Kamerstukken II* 1997-1998, 25263, nr. 14, p. 6.

76 *Kamerstukken II* 1997-1998, 25263, nr. 14, p. 6.

77 HR 23 maart 2012, JAR 2012/110, m.nt. Zondag, en JIN, 2012/72, m.nt. Houweling (Davelaar/Allspan).

78 Rb. Utrecht 14 december 2012, JAR 2013/87.

behandeling van artikel 7:658 lid 4 BW meegedeeld dat het moet gaan om werkzaamheden die de derde in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ook door eigen werknemers had kunnen laten verrichten.⁷⁹ De werkzaamheden moeten dus behoren tot, dan wel verband houden met de (hoofd)activiteiten die normaliter binnen het beroep of bedrijf van de derde worden verricht. Onder deze (hoofd)activiteiten vallen dan de direct onder het beroep of tot het (vervaardigen van) het product van het bedrijf behorende werkzaamheden, alsmede de deze werkzaamheden ondersteunende taken.⁸⁰ Dat de werkzaamheden moeten worden verricht in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de derde voor de toepassing van artikel 7:658 lid 4 BW, impliceert niet dat sprake moet zijn van gezag of toezicht en leiding van die derde over de persoon die de arbeid verricht. In de rechtspraak van na de inwerkingtreding van artikel 7:658 lid 4 BW speelt de omstandigheid dat sprake is van ondergeschiktheid tegenover degene die de werkzaamheden laat verrichten echter vaak wel een belangrijke rol bij het aannemen van aansprakelijkheid. Zo overwoog het Hof Den Haag⁸¹ dat artikel 7:658 lid 4 BW van toepassing was, omdat sprake was van een gezagsverhouding tussen de derde en de 'werknemer'. Het Hof Leeuwarden⁸² oordeelde dat in het kader van aansprakelijkheid van artikel 7:658 lid 4 BW sprake diende te zijn van enige mate van ondergeschiktheid in overeenstemming met de betekenis die daaraan in artikel 6:170 BW is gegeven. Het Hof Amsterdam en het Hof Arnhem oordeelden dat sprake moest zijn van enige gezagsverhouding, in die zin dat degene die de werkzaamheden liet verrichten zeggenschap had over de wijze van uitvoering van de werkzaamheden door degene die de werkzaamheden verrichtte.⁸³ Het Hof Den Bosch⁸⁴ was nog iets genuanceerder en overwoog dat bij het bepalen of sprake is van werkzaamheden in de uitoefening van het beroep of bedrijf relevant was, dat de derde een instructiebevoegdheid had jegens de werknemer. In uitspraken van de kantonrechter te Den Haag en de voorzieningenrechter bij de Rechtbank Den Bosch,⁸⁵ waarin het ging om aansprakelijkheid van (onder)aannemers, werd echter noch van een gezagsverhouding, noch van instructiebevoegdheid gesproken, maar werd overwogen dat artikel 7:658 lid 4 BW van toepassing was wanneer geen sprake was van 'branchevreemde' werkzaamheden. In zijn hiervoor aangehaalde arrest Davelaar/Allspan overwoog de Hoge Raad dat de reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW 'niet beperkt is tot werkzaamheden die tot het wezen van de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de desbetreffende opdrachtgever

79 *Kamerstukken II* 1998-1999, 26257, nr. 7, p. 15.

80 Hierbij kan ook worden gedacht aan onderhouds- en reparatiewerkzaamheden. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5294.

81 Zie HR 18 november 2005, *JAR* 2005/288.

82 Hof Leeuwarden 22 maart 2006, *JAR* 2006/98. Zie ook Hof Amsterdam 22 februari 2011, *AR* 2011, 214, en *Prg.* 2011, 116, maar dan zonder verwijzing naar artikel 6:170 BW.

83 Hof Amsterdam 22 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP6445, en ECLI:NL:GHAMS:2011:BP6637.

84 Hof Den Bosch 20 maart 2007, *JAR* 2008/182.

85 Ktr. Den Haag 11 juli 2002, *JAR* 2002/234, en Vzr. Rb. Den Bosch 9 juli 2007, *JAR* 2007/226 en *RAR* 2007/130.

kunnen worden gerekend of normaal gesproken in het verlengde daarvan liggen'. Ook andere werkzaamheden kunnen hieronder vallen. Bepalend is daarbij naar het oordeel van de Hoge Raad het antwoord op de vraag of de verrichte werkzaamheden, gelet op de wijze waarop de desbetreffende opdrachtgever aan zijn beroep of bedrijf invulling pleegt te geven, feitelijk tot zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening behoren. Dat de werkzaamheden onder gezag of toezicht en leiding van de opdrachtgever worden verricht, speelt in de overwegingen van de Hoge Raad geen rol. In de woorden 'in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf' in artikel 7:658 lid 4 BW dient dus niet hetzelfde te worden verstaan als werkzaamheden verricht in een ondergeschiktheidsverhouding.⁸⁶ Hoewel de aanwezigheid van enige gezagsverhouding of een instructiebevoegdheid een belangrijke aanwijzing is dat sprake is van werkzaamheden die behoren tot de bedrijfsuitoefening, kan eveneens wanneer hiervan geen sprake is sprake zijn van inlenersaansprakelijkheid ex artikel 7:658 lid 4 BW.⁸⁷

Ad 2

Indien arbeid wordt verricht in dienst van de werkgever ter uitvoering van – onder andere – een overeenkomst van opdracht, dan zijn op grond van het op 1 juli 2015 in werking getreden artikel 7:616a BW de werkgever en diens opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk voor de voldoening van het aan de werknemer verschuldigde loon.⁸⁸ Deze hoofdelijke aansprakelijkheid geldt ook voor de uitzendwerkgever en de opdrachtgever binnen de uitzendovereenkomst.⁸⁹ Dat betekent dat de opdrachtgever van de uitzendwerkgever door de werknemer hoofdelijk kan worden aangesproken tot betaling van het aan hem verschuldigde loon in verband met de door hem voor die opdrachtgever verrichte werkzaamheden. De opdrachtgever kan zich slechts disculperen van zijn aansprakelijkheid wanneer hij in rechte aannemelijk maakt dat hem niet kan worden verweten dat het loon niet is voldaan aan de werknemer.

17.2.7 Opvolgend werkgeverschap in uitzendverhoudingen

Als de werknemer achtereenvolgens in dienst is bij verschillende uitzendwerkgevers, maar werkzaam is bij dezelfde opdrachtgever, dan worden op grond van artikel 7:691 lid 5 BW de perioden waarin de werknemer werkzaam was voor deze opdrachtgever samengeteld bij de berekening van de periode van 26 weken waarin de ketenregeling van artikel 7:668a BW niet van toepassing is (artikel 7:691 lid 1 BW) en waarin een uitzendbeding van kracht kan zijn (artikel 7:691 leden 2 en 3 BW). Artikel 7:668a lid 2 BW en artikel 7:673 lid 4 sub b BW

⁸⁶ Zie hierover nader paragraaf 4.8.2 van mijn dissertatie.

⁸⁷ Zoals bij (onder)aanneming of bij de uitbesteding van bepaalde tot de bedrijfsuitoefening behorende specialistische werkzaamheden.

⁸⁸ In het kader van de inwerkingtreding van dit artikel is het in dit opzicht minder vergaande artikel 7:692 BW komen te vervallen.

⁸⁹ Zie *Kamerstukken II* 2014-2015, 34108, nr. 3, p. 21.

bevatten eenzelfde regeling bij de toepassing van de ketenregeling en bij de berekening van de transitievergoeding.⁹⁰

Opvolgend werkgeverschap in artikel 7:668a en 7:691 lid 5 BW

Van opvolgend werkgeverschap is sprake wanneer de arbeidsovereenkomsten met de verschillende werkgevers elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden opvolgen en de opvolgende werkgevers, 'ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn.' De woorden 'ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer' werden in het kader van de Wet werk en zekerheid opgenomen in artikel 7:668a lid 2 BW.⁹¹ Hiermee kwam het zogenoemde 'banden-criterium' uit het arrest Van Tuinen/Wolters te vervallen.⁹² Daardoor hoeft tussen de opvolgende werkgevers geen sprake te zijn van zodanige banden, dat het door de eerdere werkgever verkregen inzicht in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer in redelijkheid moet kunnen worden toegerekend aan de opvolgende werkgever. Vereist is wel dat sprake is van een aanleiding aan de kant van de werkgever waardoor de werknemer in dienst treedt bij een nieuwe werkgever.⁹³ Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid deelde de regering hierover mee dat dit het geval zal zijn wanneer de indiensttreding bij de nieuwe werkgever is ingegeven door een organisatorische of andere wijziging die zich aan de kant van de oude of de nieuwe werkgever voordoet.⁹⁴ De overgang van de ene naar de andere werkgever is dan, in de woorden van de regering, 'het gevolg (...) van een situatie die voortvloeit uit het handelen van één of beide werkgevers.'⁹⁵ Treedt de werknemer op eigen initiatief in dienst van een nieuwe werkgever, dan ligt de aanleiding voor het overgaan naar die nieuwe werkgever niet bij één van de werkgevers en is geen sprake van opvolgend werkgeverschap.⁹⁶ Als voorbeeld van een situatie waarin de aanleiding voor het overgaan naar een nieuwe werkgever is gelegen in omstandigheden aan de kant van de werkgever noemde de regering onder

90 Zie ook artikel 7:667 lid 5 BW. Op grond van de Ragetlie-regel is dan voorafgaande opzegging nodig van die laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (artikel 7:667 lid 4 jo. 5 BW). Zie over de Ragetlie-regel en uitzending paragraaf 4.8.4 van mijn dissertatie. Voorts kan de omstandigheid dat de werknemer eerst als uitzendkracht werkzaam is voor de inlener en later een arbeidsovereenkomst sluit met deze inlener meebrengen, dat een tussen hen overeengekomen proeftijdbeding niet rechtsgeldig is wanneer de werkgever op grond van de eerdere uitzendovereenkomst reeds bekend is met de vaardigheden en geschiktheid van de werknemer (zie artikel 7:652 lid 8 sub e BW. Zie ook HR 13 september 1991, NJ 1992, 130, m.nt. Stein (*Dingler/Merkelbach*)).

91 In artikel 7:691 lid 5 BW ontbreken deze woorden, maar uit de wetgeschiedenis blijkt niet dat deze woorden anders moeten worden gelezen dan die in artikel 7:668a lid 2 BW.

92 HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603.

93 Zie hierover J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, a.w. (noot 66), hoofdstuk 2 en S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht', TAP 2015/117.

94 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33818, 8, p. 15.

95 *Kamerstukken I* 2013-2014, 33818, E, p. 4.

96 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33818, 8, p. 15 en *Kamerstukken I* 2013-2014, 33818, E, p. 4.

meer de situatie waarin de werknemer eerst als uitzendkracht werkzaam was en vervolgens bij de opdrachtgever in dienst treedt.⁹⁷

De woorden 'ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze moeten worden geacht elkaars opvolger te zijn' zijn niet nader toegelicht in de wetsgeschiedenis. Deze woorden spraken volgens de regering voor zichzelf.⁹⁸ Wel werd hierover medegedeeld dat een wijziging van alleen de arbeidsvoorwaarden, zoals het loon, of van de locatie waar gewerkt wordt, niet in de weg staat aan een beroep op opvolgend werkgeverschap door de uitzendwerknemer.⁹⁹ Uit de rechtspraak volgt dat de werkzaamheden ook niet precies hetzelfde hoeven te zijn gebleven.¹⁰⁰ Doorslaggevend is of de aard van de door de werknemer op basis van arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers verrichte werkzaamheden hetzelfde is gebleven. Dat is het geval wanneer kan worden vastgesteld dat de in dienst van de verschillende werkgevers verrichte werkzaamheden ook op basis van een en dezelfde arbeidsovereenkomst hadden kunnen worden verricht, zonder dat een functiewijziging noodzakelijk zou zijn. De werknemer moet dus hetzelfde werk dan wel soortgelijk werk bij dezelfde onderneming, opdrachtgever of op dezelfde locatie zijn blijven verrichten. In uitzendsituaties is dit aan de orde wanneer de uitzendwerknemer eerst op basis van een arbeidsovereenkomst met een uitzendwerkgever en aansluitend op basis van een arbeidsovereenkomst met de (voormalige) inlener vergelijkbare werkzaamheden blijft verrichten. De omgekeerde situatie waarbij de werknemer eerst in dienst was bij de latere inlener is ook mogelijk.

Op grond van artikel 7:668a lid 6 BW kan bij cao zonder beperking worden afgevoerd van de toepassing van de ketenregeling (voor artikel 7:691 lid 5 BW geldt hetzelfde op grond van lid 8 sub b van dit artikel). Tijdens de parlementaire behandeling heeft de regering medegedeeld ervan uit te gaan dat cao-partijen op verantwoorde wijze met deze afwijkingmogelijkheid zullen omgaan en dat zij in ieder geval niet zullen afwijken van het begrip opvolgend werkgever als gedefinieerd in artikel 7:668a lid 2 BW.¹⁰¹

Opvolgend werkgeverschap en de transitievergoeding

Ook bij de vaststelling van de duur van de arbeidsovereenkomst in het kader van de berekening van de transitievergoeding worden arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers die moeten worden aangemerkt als opvolgende werkgevers samengeteld. Op grond van artikel 7:673 lid 4 sub b BW is sprake van opvolgend werkgeverschap wanneer de arbeidsovereenkomsten met de verschillende werkgevers elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden opvolgen en de opvolgende werkgevers, 'ongeacht of inzicht bestaat in de

97 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33818, 8, p. 15 en *Kamerstukken I* 2013-2014, 33818, E, p. 7.

98 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25263, nr. 6, p. 11.

99 Zie *Kamerstukken II* 1998-1999, 26257, nr. 7, p. 7.

100 Zie paragraaf 4.8.4 van mijn dissertatie voor een overzicht van de wijze waarop dit in de lagere rechtspraak wordt beoordeeld.

101 *Kamerstukken I* 2013-2014, 33818, E, p. 4-5.

hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn'. Deze woorden hebben dezelfde betekenis als in artikel 7:668a lid 2 BW. Als de eerdere werkgever al een transitievergoeding aan de werknemer betaalde, kan de opvolgende werkgever dit bedrag op grond van artikel 7:673 lid 5 BW in mindering brengen op de door hem aan de werknemer verschuldigde transitievergoeding. In paragraaf 17.2.5 kwam aan de orde dat de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid heeft medegedeeld dat de uitzendwerkgever geen transitievergoeding verschuldigd is aan de uitzendwerknemer wanneer deze het aanbod krijgt om op basis van vergelijkbare arbeidsvoorwaarden in dienst te treden bij de opdrachtgever. De arbeidsovereenkomst wordt dan voor de toepassing van artikel 7:673 lid 1 BW geacht te zijn geëindigd op initiatief van de werknemer, ook wanneer de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigde voordat de werknemer in dienst trad van de opdrachtgever.¹⁰² In deze situaties ligt de aanleiding van de indiensttreding van de werknemer bij de andere werkgever nog wel steeds aan werkgeverskant. Bij de berekening van de door de opvolgende werkgever – bij wie de uitzendkracht in dienst trad – aan de werknemer verschuldigde transitievergoeding wordt daarom op grond van artikel 7:673 lid 4 sub b BW de duur van de arbeidsovereenkomst met de uitzendwerkgever meegeteld bij de vaststelling van de door de opvolgende werkgever te betalen transitievergoeding. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid is ook nog de situatie aan de orde gekomen waarin de uitzendwerknemer na het eindigen van de arbeidsovereenkomst met de uitzendwerkgever niet ingaat op het aanbod van de opdrachtgever om aansluitend op basis van vergelijkbare voorwaarden in dienst te treden bij die opdrachtgever. In deze situatie wordt de arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau geacht te zijn beëindigd dan wel niet te zijn voortgezet op initiatief van de uitzendkracht en is de uitzendwerkgever aan hem geen transitievergoeding verschuldigd.¹⁰³

Als reeds opgemerkt in paragraaf 17.2.5 worden vorengenoemde mededelingen van de regering over het door de werkgever niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding aan de werknemer wanneer deze bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst het aanbod krijgt om op basis van vergelijkbare arbeidsvoorwaarden in dienst te treden van een opvolgende werkgever vooralsnog in de rechtspraak.¹⁰⁴ In een situatie waarin sprake was opvolgend werkgeverschap omdat de werknemer na het van rechtswege eindigen van zijn arbeidsovereenkomst met een uitzendbureau via een ander uitzendbureau dezelfde werkzaamheden bij de opdrachtgever ging verrichten, oordeelde het Hof Den Bosch op 27 oktober 2016 dat de (voormalige) uitzendwerkgever de transitiever-

102 *Kamerstukken II 2013-2014*, 33818, nr. 7, p. 74.

103 *Kamerstukken II 2013-2014*, 33818, 7, p. 74, en *Kamerstukken I 2013-2014*, 33818, E, p. 6-7. Zie over de transitievergoeding en opvolgend werkgeverschap nader J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, a.w. (noot 66), hoofdstuk 2.3.5 en hoofdstuk 3.2.8.

104 Zie hierover S. Palm, 'De transitievergoeding en aanbestedingsprocedures: een eerlijke verdeling van de schulden?', *TAP 2016/362*.

goeding verschuldigd was aan de werknemer.¹⁰⁵ Daarbij overwoog het hof dat voor de toekenning van een transitievergoeding op grond van artikel 7:673 lid 1 BW doorslaggevend is op wiens initiatief de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Nu in deze zaak de voormalige uitzendwerkgever de arbeidsovereenkomst niet had verlengd omdat deze geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wenste aan te gaan met de werknemer, en niet omdat hij de opdracht aan een andere uitzendwerkgever verloor, lag naar het oordeel van het hof het initiatief voor de beëindiging bij de uitzendwerkgever en niet bij de werknemer. In de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 25 mei 2016 werd geoordeeld dat de voormalige werkgever de transitievergoeding verschuldigd was aan de werknemers die na een concessiewissel in dienst traden van de nieuwe concessiehouder. Deze uitspraak was wel meer in lijn met de mededelingen van de regering omdat de betrokken werknemers voor minder loon en een kleinere urenomvang gingen werken bij de nieuwe concessiehouder.¹⁰⁶

173 DETACHERING

Hoewel detachering geen wettelijk gedefinieerd begrip is, bestaat daarbij doorgaans vanaf het begin een bestendiger arbeidsrelatie tussen de uitlenende werkgever en de uitgeleende werknemer dan bij de reguliere uitzendrelatie en is de gemiddelde inleenduurtijd van gedetacheerde werknemers langer dan die van reguliere uitzendkrachten.¹⁰⁷ In de praktijk wordt in uiteenlopende situaties gesproken over detachering. In deze paragraaf zal daarom worden ingegaan op:

- de verschillende typen van detachering (par. 17.3.1); en
- hun verhouding tot uitzending in de zin van artikel 7:690 BW (par. 17.3.2).

17.3.1 *Verschillende typen van detachering*

Voorafgaand aan de inwerkingtreding van artikel 7:690 BW onderscheidde detachering – toen ook wel in- en uitlening genoemd – zich van uitzending, doordat bij uitzending na afloop van de terbeschikkingstelling een einde kwam aan de overeenkomst tussen de uitzender en de werknemer. Dit was veelal niet het geval bij detachering. Tussen de detacheerder en de werknemer bestond doorgaans een voortdurende arbeidsovereenkomst, ongeacht of daadwerkelijk arbeid werd verricht door de werknemer. Detachering kwam voor in verschillende varianten. Zo bestonden:

1. uitleenbedrijven, die zich volledig toededen op het ter beschikking stellen van hun werknemers aan derden;
2. door verschillende bedrijven opgerichte arbeidspools om wisselingen in de personeelsbehoefte op te vangen, waarbij de werknemers in dienst waren

¹⁰⁵ Hof 's-Hertogenbosch 27 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4808.

¹⁰⁶ Rb. Midden-Nederland 25 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2901.

¹⁰⁷ Zie paragraaf 4.10 e.v. van mijn dissertatie.

- bij de arbeidspool en verplicht waren arbeid te verrichten bij het bedrijf dat door de arbeidspool werd aangewezen;
3. collegiale in- en uitlening, waarbij bedrijven – zonder een arbeidspool op te richten – elkaars werknemers in- en uitleenden; en
 4. intra-concern detachering, waarbij alle werknemers binnen het concern in dienst waren van de holding- of moedermaatschappij dan wel een speciaal daartoe opgerichte personeels-bv en uitgeleend werden aan de andere concernmaatschappijen. Zie over intra-concern detachering paragraaf 17.2.4 hiervoor.

Met de inwerkingtreding van artikel 7:690 BW kwam het onderscheid tussen uitzending door uitzendbureaus en detachering door uitleenbedrijven goeddeels te vervallen en groeiden deze figuren verder naar elkaar toe. De andere drie hiervoor genoemde detacheringsvarianten komen, al dan niet vallende onder de regeling van de uitzendovereenkomst in titel 7.10 BW, tot op de dag van vandaag voor.

17.3.2 *Detachering en uitzending ex artikel 7:690 BW*

Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam in paragraaf 17.2.1 was in de praktijk al geruime tijd voor de inwerkingtreding van artikel 7:690 BW sprake van een vervaging van het onderscheid tussen uitzending en detachering. Eerst ontstonden detacheerbedrijven die de werknemer voor een bepaalde tijd – gelijk aan de duur van diens detachering bij de derde – in dienst namen. Na afloop van de detachering eindigde de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dan van rechtswege.¹⁰⁸ Later gingen ook uitzendbureaus zich met deze vorm van detachering bezighouden. Binnen de leenverhoudingen die thans detachering worden genoemd, kunnen twee hoofdvarianten worden onderscheiden:

1. de werknemer wordt door de werkgever tewerkgesteld bij een derde om onder toezicht en leiding van zijn eigen werkgever arbeid te verrichten bij die derde (deze vorm van detachering wordt soms ook wel als contracting aangeduid¹⁰⁹); en
2. de werknemer wordt ter beschikking gesteld aan een inlener of opdrachtgever om onder diens toezicht en leiding arbeid te verrichten.

Ad 1

De bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst is niet van toepassing op detachering in de vorm van de eerste hoofdvariant. Omdat geen sprake is van toezicht en leiding van de derde is op de eerste hoofdvariant evenmin de Waadi van toepassing. In deze situatie wordt de werknemer tewerkgesteld bij een

¹⁰⁸ Zie voor een beschouwing van de overeenkomsten en het naar elkaar toe groeien van uitzending en detachering: K.M. van Holten, 'Detachering als alternatief voor uitzendarbeid: een valkuil', *TVVS* 1994, p. 120-124.

¹⁰⁹ Zie over contracting J.P.H. Zwemmer, a.w. (noot 25), en L. Bijpost, 'Contracting: een nieuw fenomeen in het stelsel van arbeidsrelaties?', *TRA* 2015/4.

opdrachtgever van de werkgever om (i) in diens bedrijf specialistische of hoog gekwalificeerde werkzaamheden te gaan verrichten waarvoor de opdrachtgever niet zelf de kennis en de vaardigheden in huis heeft of (ii) in verband met de uitbesteding (outsourcing) van bepaalde werkzaamheden aan de werkgever door de opdrachtgever. Daardoor zal geen sprake zijn van feitelijk werkgeversgezag van de opdrachtgever over de arbeid van de bij hem gedetacheerde werknemer, waardoor geen sprake is van onder toezicht en leiding arbeid verrichten in de zin van artikel 7:690 BW.¹¹⁰ In dat geval is sprake van een gewone arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW met de detacherende (of uitlenende) werkgever. In dat geval kan met deze gedetacheerde werknemer geen uitzendbeding ex artikel 7:691 lid 2 BW worden overeengekomen en is de ketenregeling van artikel 7:668a BW direct en niet pas na 26 weken van toepassing op de arbeidsovereenkomst. Bovendien wordt deze werknemer nadat hij 24 maanden bij dezelfde derde gedetacheerd is niet aangemerkt als een eveneens in de onderneming van die derde werkzame werknemer op grond van (artikel 1 lid 3 sub a WOR), omdat geen sprake is van uitzending ex artikel 7:690 BW. Wel is de opdrachtgever op grond van artikel 7:616a BW hoofdelijk aansprakelijk voor het aan de bij hem gedetacheerde werknemer verschuldigde loon en kunnen bij deze eerste hoofdvariant arbeidsrechtelijke verplichtingen rusten op de opdrachtgever op grond van publiekrechtelijke arbeidswet- en regelgeving. Indien de gedetacheerde werknemer arbeid verricht die de opdrachtgever 'gewoonlijk doet verrichten' is de opdrachtgever als werkgever in de zin van de Arbeidsomstandigheden- en Arbeidstijdenwet verantwoordelijk en aansprakelijk voor de naleving van de in die wetten neergelegde voorschriften.¹¹¹ Evenals bij de hiervoor besproken inlenersaansprakelijkheid van artikel 7:658 lid 4 BW impliceert de voorwaarde dat de werkzaamheden moeten behoren tot de uitoefening van het beroep of bedrijf van de opdrachtgever, niet dat sprake moet zijn van gezag of toezicht en leiding van de opdrachtgever over de door de bij hem gedetacheerde werknemer verrichte arbeid. Hierbij verdient aantekening dat de regering tijdens de parlementaire behandeling van de huidige Arbeidstijdenwet meedeelde dat tussen de werkgever en de werknemer in de zin van de Arbeidstijdenwet wel een zekere gezagsrelatie moet bestaan.¹¹² Dan zou verdedigbaar zijn dat bij detachering in de eerste hoofdvariant de detacherende werkgever als werkgever in de zin van de Arbeidstijdenwet moet worden beschouwd. Voor het van toepassing zijn van de WAV is niet relevant of sprake is van een gezagsrelatie tussen de gedetacheerde werknemer en de opdrachtgever bij wie hij de arbeid verricht. De werkgever in de zin van de WAV is 'degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten'.¹¹³ Tussen hem en degene die de arbeid verricht, hoeft geen gezagsrelatie te bestaan.¹¹⁴

110 Zie par. 17.2.2 onder ad 4.

111 Zie artikel 1 lid 1 sub a Arbeidsomstandighedenwet en artikel 1:1 lid 1 sub a Arbeidstijdenwet.

112 *Kamerstukken II* 1993-1994, 23646, nr. 3, p. 68.

113 Artikel 1 sub b onder 1 WAV.

114 Zie o.a. ABRvS 17 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL7836.

Dat geldt op grond van artikel 18b lid 3 WML eveneens bij de verplichting tot overlegging aan de Inspectie SZW van de in artikel 18b lid 2 WML genoemde bescheiden op het gebied van het aan de werknemer betaalde loon, de betaalde vakantiebijslag en het aantal door de werknemer gewerkte uren (zie par. 17.2.6 hiervoor).

Ad 2

Wanneer de detachering in de vorm van de tweede hoofdvariant plaatsvindt, kan wel sprake zijn van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW indien eveneens is voldaan aan de elementen van dit artikel (zie par. 17.2.2). Is dat niet het geval, dan zal aan de hand van de bedoelingen van partijen bij het aangaan van de overeenkomst en de wijze waarop zij vervolgens feitelijk uitvoering gaven aan de overeenkomst moeten worden vastgesteld of sprake is van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW met de detacherende werkgever dan wel met de inlener of opdrachtgever.¹¹⁵ Deze kwalificatievraag speelt onder meer bij bepaalde managementovereenkomsten en het hierna te bespreken payrolling.

17.4 PAYROLLING

Payrolling is de meest recent ontstane variant van de in dit hoofdstuk besproken driehoeksrelaties. Het begrip komt niet voor in de wet en kent in de praktijk vele variaties.¹¹⁶ In deze paragraaf zal worden ingegaan op:

- de verschillende typen van payrolling (par. 17.4.1);
- hun verhouding tot uitzending in de zin van artikel 7:690 BW (par. 17.4.2);
- payrolling en het werkgeverschap (par. 17.4.3)
- de ontslagbescherming van de payrollwerknemer (par. 17.4.4).

17.4.1 *Verschillende typen van payrolling*

Payrolling impliceert niet in alle gevallen een driehoeksrelatie. Ook bedrijven die alleen de salarisadministratie en andere administratieve taken van de werkgever uit handen nemen zonder zelf partij te worden bij de arbeidsovereenkomst noemen zich wel payrollbedrijf. Bij payrolling als driehoeksverhouding geeft de ondernemer het juridische en administratieve werkgeverschap uit handen aan een payrollbedrijf. Bij de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling werft en selecteert de ondernemer (de opdrachtgever) de werknemer, neemt een door de opdrachtgever aangezocht payrollbedrijf de werknemer vervolgens in dienst en stelt dit payrollbedrijf de werknemer exclusief en in beginsel langdurig ter

¹¹⁵ Zie o.a. HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/Stichting Pensioenfonds PGGM*).

¹¹⁶ Zie voor een overzicht van de verschillende variaties o.a. M.A. Kuyt-Fokkens, 'Payrolling: uitkomst of toch niet?', *NJB* 2006, 24, p. 1312-1316, Y.A.E. van Houte, 'Uitzending en payrolling; overeenkomst en verschil', *ArbeidsRecht* 2011/36, en par. 4.12 van mijn dissertatie.

beschikking aan de opdrachtgever. Ook komt voor dat de werkgever zijn gehele personeelsbestand overdraagt aan een payrollbedrijf waarna het payrollbedrijf dit personeel vervolgens exclusief en in beginsel langdurig aan de voormalige werkgever – nu opdrachtgever – ter beschikking gaat stellen.

Het payrollbedrijf betaalt het loon aan de werknemer, draagt belastingen en premies af en als de werknemer wordt ontslagen, is het payrollbedrijf een transitievergoeding en een eventuele billijke vergoeding verschuldigd aan de werknemer.

17.4.2 Payrolling en de uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW

De Vereniging Payroll Ondernemingen (VPO), de branchevereniging die de belangen van de aangesloten payrollondernemingen behartigt en die per 1 januari 2016 is opgegaan in de ABU, heeft zich op het standpunt gesteld dat payrolling een ‘bijzondere vorm’ is van de uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.¹¹⁷ Op de website van de ABU wordt payrolling als volgt omschreven:

‘Payrolling betreft een gespecialiseerde vorm van hr-dienstverlening, waarbij opdrachtgevers zelf verantwoordelijk zijn voor de werving, selectie en begeleiding van werknemers. Een payrollorganisatie stelt werknemers ter beschikking aan een opdrachtgever om onder diens leiding en toezicht te werken. Het doel van payrolling is dat de payrollonderneming het juridisch werkgeverschap zoveel mogelijk overneemt van de opdrachtgever. Hieronder vallen bijvoorbeeld administratieve en financiële verplichtingen die verbonden zijn aan bijvoorbeeld disfunctioneren, ziekte, arbeidsongeschiktheid en verlof.’

Met de in 1999 in titel 7.10 BW geïntroduceerde regeling van de uitzendovereenkomst werd echter niet beoogd tegemoet te komen aan de wens van ondernemers het juridische werkgeverschap uit te kunnen besteden aan een derde en in dat geval te voorzien in een verlicht ontslagregime.¹¹⁸ Uit de hiervoor in paragraaf 17.2.2 aangehaalde wetsgeschiedenis volgt dat de uitzendwerkgever in de zin van artikel 7:690 BW zich in het kader van een door hem op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie bedrijfsmatig moet richten op het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van (tijdelijke) arbeid. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid herhaalde de regering dat het verlichte ontslagregime bij uitzending is gekoppeld aan de allocatiefunctie van de uitzendwerkgever op de arbeidsmarkt. Zij formuleerde dit als volgt:

‘De allocatieve functie op de arbeidsmarkt brengt mee dat partijen bij een uitzendovereenkomst meer vrijheid krijgen bij het aangaan en beëindigen van de arbeidsovereenkomst.’¹¹⁹

¹¹⁷ Zie artikel 8.1 van de voormalige VPO-arbeidsvoorwaardenregeling.

¹¹⁸ Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid is medegedeeld dat de opkomst van de payrollconstructie niet was voorzien bij de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid (*Kamerstukken II 2013-2014*, 33818, nr. 3, p. 9).

¹¹⁹ *Kamerstukken II 2013-2014*, 33818, 3, p. 20. Zie ook *Kamerstukken II 2013-2014*, 33818, 7, p. 29.

In het hiervoor in paragraaf 17.2.2 besproken Care4Care-arrest van 4 november 2016¹²⁰ overweegt de Hoge Raad echter dat de tekst van artikel 7:690 BW niet eist dat de uitzendwerkgever de werknemer ter beschikking stelt van een derde in het kader van een door hem op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie. Voorts wijst de Hoge Raad op de in paragraaf 17.2.2 onder ad 2 geciteerde alinea uit de memorie van toelichting bij de Wet flexibiliteit en zekerheid waarin de regering meedeelde dat ook andere driehoeksrelaties dan klassieke uitzending onder de reikwijdte van artikel 7:690 BW zouden vallen. Daarbij laat de Hoge Raad echter onvermeld dat de regering in dit verband en ook later tijdens de parlementaire behandeling van de regeling van de uitzendovereenkomst heeft benadrukt dat ook dan de uitlenende of detacherende werkgever daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt moet vervullen.¹²¹

Nu de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het vervullen van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt geen constitutief vereiste (meer) vormt bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW, zou ook bij payrolling sprake kunnen zijn van een uitzendovereenkomst.¹²² In dat geval zijn ook bij payrolling het in artikel 7:691 BW neergelegde verlichte ontslagregime bij uitzending en (in beginsel) de ABU-cao van toepassing. De payrollwerknemer zou dan voor de toepassing van titel 7.10 BW in dezelfde juridische positie verkeren als een uitzendkracht, zij het dat het payrollbedrijf – dat geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt – de werknemer bij het einde van de inleenopdracht niet ter beschikking zal (kunnen) stellen aan een andere opdrachtgever.

De Hoge Raad lijkt in zijn arrest te erkennen dat zijn uitleg van artikel 7:690 BW op gespannen voet staat met de bedoelingen van de wetgever en overweegt over ‘nieuwe driehoeksrelaties als payrolling’ het volgende in zijn arrest:

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

De Hoge Raad had er op grond van de in paragraaf 17.2.2 en hiervoor beschreven wetsgeschiedenis ook voor kunnen kiezen duidelijker stelling te nemen in plaats van te overwegen dat de wetgever in actie moet komen wanneer zijn – vooral op de tekst van artikel 7:690 BW gebaseerde – oordeel niet tot het door de

120 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*Care 4 Care Human Resources B.V./Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten*).

121 *Kamerstukken II 1996-1997*, 25263, nr. 3, p. 10 en 33, en nr. 6, p. 16.

122 Zie HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757.

wetgever beoogde resultaat zou leiden.¹²³ Het duidelijke oordeel van de Hoge Raad over de onderlinge verhouding van de artikelen 7:690 en 691 BW maakt dat de door de Hoge Raad genoemde mogelijkheid voor de rechter om artikel 7:691 BW zo uit te leggen dat strijd met de ratio van die regels wordt voorkomen, dan wel dat hij een beroep op die regels naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan oordelen, in de praktijk geen betekenis zal hebben. Is immers sprake van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW, dan is naar het oordeel van de Hoge Raad het verlichte ontslagregime in artikel 7:691 BW van toepassing. Daar zit weinig ruimte tussen.

Naar aanleiding van de overweging van de Hoge Raad dat de wetgever in actie moet komen wanneer zijn oordeel zou leiden tot resultaten die zich niet laten verenigen met wat de wetgever voor ogen heeft gestaan bij de regeling van de uitzendovereenkomst, zijn Kamervragen gesteld over de gevolgen van dit arrest.¹²⁴ Daarbij deelde de minister van SZW over het toepassingsbereik van het verlichte ontslagregime bij uitzending mee:

‘Het lichter arbeidsrechtelijk regime op grond van artikel 7:691 BW is, zoals ook uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid, bedoeld voor het zogenoemde traditionele uitzenden waarbij sprake is van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt voor het verrichten van in beginsel kortdurende tijdelijke werkzaamheden, zoals vervanging bij ziekte of zwangerschap of het opvangen van tijdelijke pieken in de productie. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat ook voor toepassing van artikel 7:691 BW geen allocatiefunctie in voornoemde zin vereist is.’

Op de vraag aan de minister of hij de bezorgdheid van de Kamerleden deelde dat het Care4Care-arrest zou leiden tot meer onzekere arbeidscontracten en, zo ja, wat hij daaraan zou gaan doen, antwoordde de minister dat dit arrest voor

123 In zijn – op dit punt niet door de Hoge Raad gevolgd – conclusie voor het Care4Care-arrest (ECLI:NL:PHR:2016:238) onderscheidde A-G Van Peurseem twee soorten uitzendovereenkomsten en introduceerde hij in dat kader een zogenoemde ‘traditionele’ of ‘klassieke’ allocatiefunctie die zou inhouden: ‘het actief bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt van (in de regel) werk van tijdelijke aard, ook wel aangeduid als het opvangen van ‘ziek of piek’ en een ‘ruime’ allocatiefunctie die zou inhouden dat de werkgever zich ‘bedrijfs- of beroepsmatig bezighoudt met de terbeschikkingstelling van werknemers aan opdrachtgevers’ (punt 3.8). Ook bij deze ruime allocatiefunctie diende volgens de A-G ‘wel een vorm over te blijven van allocatie op de arbeidsmarkt in deze ruim opgevatte zin’. Dat zou volgens de A-G bijvoorbeeld niet aan de orde zijn wanneer sprake is van payrolling ‘waarbij de *payroller* in feite alle – oneerbiedig gezegd – “personeelssores” overneemt van de “inlener”, waar geen allocatieve functie op de arbeidsmarkt in welke ruime zin dan ook meer valt te ontwaren, maar er sprake is van een formeel werkgeverschap van de *payroller* volgens de arbeidsvoorwaarden van de opdrachtgever/“inlener” (permanente overname van arbeidscontracten)’ (punt 3.30). Bij deze vorm van payrolling zou volgens de A-G geen sprake zijn van uitzending ex artikel 7:690 BW. In de woorden van de A-G: ‘De *payroll*werkgever speelt dan geen enkele rol bij het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, zo zou men kunnen zeggen, maar slecht bij de formele en administratieve uitvoering van de overeenkomsten.’

124 *Aanhangsel Handelingen II 2016-2017, 654.*

werkgevers aanleiding kan zijn om nog meer gebruik te gaan maken van payrolling dan nu al het geval is. Een wetswijziging om de onwenselijke resultaten als gevolg van het oordeel van de Hoge Raad weg te nemen zou echter niet meer in zijn kabinetsperiode verwezenlijkt kunnen worden. Daarover zullen in een volgend regeerakkoord afspraken gemaakt moeten worden, aldus de minister.

17.4.3 Payrolling en het werkgeverschap

Dat op grond van artikel 7:690 BW niet vereist is dat de werkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt, betekent niet dat daarmee vaststaat dat bij payrolling telkens sprake is van een uitzendovereenkomst. Artikel 7:690 BW is, evenals artikel 7:610 lid 1 BW, van dwingend recht. Partijen kunnen niet contractueel afspreken dat bij payrolling sprake is van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. Daarvoor moet zijn voldaan aan de hiervoor in paragraaf 17.2.2 beschreven elementen in de definitie van de uitzendovereenkomst. Dat het payrollbedrijf en de werknemer een schriftelijke arbeidsovereenkomst ondertekenen, impliceert niet dat daarmee tussen hen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen en het payrollbedrijf voor de toepassing van artikel 7:690 BW kwalificeert als een werkgever die zijn werknemer ter beschikking stelt. In een reeks arresten sinds 1997 heeft de Hoge Raad bevestigd en in verschillende situaties uitgewerkt dat wanneer de contractuele afspraken van meet af aan niet corresponderen met de feitelijke uitvoering, hier bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst doorheen moet worden gekeken.¹²⁵ 'Wezen' gaat dan voor 'schijn'. Dat geldt ook bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst (zie par. 17.2.2 onder ad 1). Op grond van deze arresten is van belang de wijze waarop partijen zich bij de uitvoering van de overeenkomst feitelijk tegenover elkaar hebben gedragen en of dit correspondeert met de wijze waarop zij hun (contractuele) verhouding (stellen te) hebben ingericht. Stemmen de door partijen gemaakte afspraken bij het aangaan van de overeenkomst niet overeen met de wijze waarop zij zich vervolgens bij de feitelijke uitvoering van de overeenkomst tegenover elkaar hebben gedragen, dan kan voorbijgaand aan de door partijen gemaakte contractuele afspraken worden geoordeeld dat geen sprake is van een uitzendovereenkomst. In mijn dissertatie heb ik onder verwijzing naar deze arresten van de Hoge Raad betoogd dat ook bij de kwalificatie van de werkgever in arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen alleen dan betekenis toekomt aan de door partijen gemaakte contractuele afspraken wanneer deze corresponderen met de wijze waarop hieraan vervolgens feitelijk

125 Zie o.a. HR 14 november 1997, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*), HR 10 oktober 2003, NJ 2007/446 (*Van der Male B.V./Den Hoedt*), HR 14 april 2006, NJ 2007/447 (*Beurspromovendi/UvA*), HR 10 december 2004, NJ 2005/239 (*Diosynth B.V./Groot-van Veen*), HR 15 december 2006, NJ 2007/448 (*Van Houdts/BBO International*), HR 13 juli 2007, NJ 2007/449 (*STR/PGGM*), HR 25 maart 2011, NJ 2011/594, m.nt. Verhulp, JAR 2011/109, m.nt. Loonstra, en *AR Updates* 2011-0232 m.nt. Zwemmer ('*De Gouden Kooi*') en meer specifiek met betrekking tot de kwalificatie van de werkgever: HR 9 oktober 2015, NJ 2016/276, m.nt. Houweling, en JAR 2015/277 m.nt. De Jong (*Logidex*).

uitvoering is gegeven.¹²⁶ Dat betekent dat de contractuele werkgever binnen de arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding naar mijn mening slechts als de werkgever kan worden gekwalificeerd wanneer deze een voldoende zelfstandige en inhoudelijke rol speelt bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Is dat niet het geval, en werd feitelijk van meet af aan een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever (feitelijke werkgever) beoogd, dan is de werknemer op grond van artikel 7:610 lid 1 BW in dienst bij de opdrachtgever.¹²⁷ De omstandigheid dat in deze situatie een schriftelijke overeenkomst ontbreekt tussen de werknemer en de opdrachtgever staat er in verband met het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 lid 1 BW niet aan in de weg dat kan worden geoordeeld dat tussen hen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, ook niet wanneer de werknemer goed geïnformeerd akkoord is gegaan met de payrollconstructie, zo volgt uit het arrest Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM.¹²⁸ A-G Timmerman verwoordt dit aldus in zijn conclusie voor dit arrest:

‘De betrokken partijen kunnen een constructie met tussenschakeling van een andere partij op papier hebben gezet die – alle omstandigheden in aanmerking nemend – niet in overeenstemming is met hetgeen zij werkelijk bedoelden af te spreken. In een dergelijk geval is niet de schriftelijke tekst waarin de betrokken rechtsverhoudingen zijn weergegeven, maar de bedoeling van partijen doorslaggevend. Hierbij speelt ook een rol dat de definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW van dwingend recht is. Om die definitie kunnen partijen niet zomaar heen wandelen.’

Het is de vraag of bij de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling een arbeidsovereenkomst tot stand komt tussen het payrollbedrijf en de werknemer en daarmee of sprake is van terbeschikkingstelling van een werknemer van het payrollbedrijf aan de opdrachtgever in de zin van artikel 7:690 BW. In dat verband kan worden geconstateerd dat bij payrolling het payrollbedrijf een overeenkomst van opdracht sluit met de opdrachtgever waarin wordt afgesproken dat het payrollbedrijf de door deze opdrachtgever geworven werknemer in dienst neemt en aan de opdrachtgever ter beschikking gaat stellen. De payrollconstructie wordt opgezet omdat de opdrachtgever niet de juridische werkgever wil zijn van ‘zijn’ werknemer. Daarom geeft hij dit uit handen aan een payrollbedrijf. Met dit doel sluit het payrollbedrijf een schriftelijke arbeidsovereenkomst met de werknemer. De vraag is dan of hier een arbeidsovereenkomst tot stand komt tussen de werknemer en het payrollbedrijf. De werknemers staan weliswaar op de loonlijst bij het payrollbedrijf en werken onder het gezag van de opdrachtgever, maar dat neemt niet weg dat de payrollconstructie wordt

¹²⁶ Zie paragraaf 2.3.5 van mijn dissertatie.

¹²⁷ Omdat de werknemer en de opdrachtgever in werkelijkheid van meet af aan een arbeidsovereenkomst met elkaar beogen, zou hier – anders dan aan de orde was in het arrest *ABN AMRO/Malhi* (HR 5 april 2002, NJ 2003, 124) – de vraag wanneer gedurende de looptijd van de overeenkomst de opdrachtgever het payrollbedrijf als werkgever is gaan vervangen – en zich als zodanig met de werknemer heeft verbonden niet relevant zijn.

¹²⁸ HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*).

opgezet omdat de opdrachtgever 'op papier' niet, maar feitelijk wel de werkgever wil zijn van 'zijn' werknemers. Zowel bij de totstandkoming als bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst met de payrollwerknemer fungeert het payrollbedrijf uitsluitend als 'contractueel verlengstuk' van de opdrachtgever. Ik betwijfel of gelet op deze bedoelingen van partijen een arbeidsovereenkomst tot stand komt tussen het payrollbedrijf en de werknemer en, in het verlengde daarvan, of sprake is van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. Ook na het Care4Care-arrest moet het werkgeverschap van het payrollbedrijf meer zijn dan de hiervoor beschreven 'papieren' constructie wil sprake kunnen zijn van een arbeidsovereenkomst van de werknemer met het payrollbedrijf en daarmee van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW.

Wanneer de dienstverlening door het payrollbedrijf niet uitsluitend gericht is op het door de opdrachtgever uit handen geven van de aan het juridisch werkgeverschap verbonden verplichtingen, zou sprake kunnen zijn van een arbeidsovereenkomst tussen het payrollbedrijf en de werknemer en daarmee – in lijn met het Care4Care-arrest – van een uitzendovereenkomst. Waar het bij een overheidsinstelling of grote onderneming de vraag zal zijn waarom een payrollconstructie nodig is, zou daarvan in het midden- en kleinbedrijf wel zelfstandige inhoud en betekenis kunnen uitgaan. In dat geval zou het werkgeverschap van het payrollbedrijf eveneens van toegevoegde waarde zijn voor de werknemer. Dat zou het geval kunnen zijn wanneer payrollbedrijven zorg gaan dragen voor, en knowhow gaan ontwikkelen op het gebied van, onder meer de (tussentijdse) scholing van de payrollwerknemer, de herplaatsing van de payrollwerknemer (bijvoorbeeld in de vorm van arbeidspools) en, in geval van arbeidsongeschiktheid, de re-integratie van de payrollwerknemer.¹²⁹

In de lagere rechtspraak van de afgelopen jaren is op uiteenlopende wijze geoordeeld over de arbeidsrechtelijke kwalificatie van payrolling. Daarbij is tot nog toe in de meeste gevallen geoordeeld dat door de payrollconstructie moet worden heengekeken bij de kwalificatie van de werkgever.¹³⁰ De opdrachtgever werd dan, ondanks de door de werknemer met het payrollbedrijf gesloten schriftelijke arbeidsovereenkomst, gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW van de werknemer. In andere gevallen werd echter op basis van de door partijen gemaakte contractuele afspraken geoordeeld dat de

129 Zie p. 347 van mijn dissertatie.

130 Ktr. Groningen 15 december 2009, *JAR* 2010/27, Ktr. Leeuwarden 12 oktober 2012, ECLI:NL:RBLLE:2012:BY0861, *JAR* 2012/284, Ktr. Almelo 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108, *JAR* 2013/95, Ktr. Almelo 13 mei 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA1178, *JAR* 2013/144, Rb. Den Haag 26 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749, *JAR* 2013/193, Ktr. Amsterdam 3 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6063, *JAR* 2013/252, Ktr. Almelo 11 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1214, *JAR* 2014/95, Hof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2340, *JAR* 2014/123, Ktr. Assen 1 mei 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2205, *JAR* 2015/142, Hof Den Haag 29 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3820, *RAR* 2016/52, Ktr. Assen 23 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:692, *RAR* 2016/141 en Rb. Limburg 2 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:6699, *AR Updates* 2016-0899.

werknemer een arbeids- of uitzendovereenkomst had met het payrollbedrijf.¹³¹ In veel van deze uitspraken speelde bij de beoordeling van het werkgeverschap van het payrollbedrijf voor de rechter een rol dat het payrollbedrijf geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Zoals hiervoor uiteengezet, betekent het feit dat de allocatiefunctie op grond van het Care4Care-arrest niet hoeft te worden gelezen in de definitie van artikel 7:690 BW niet dat daarmee gegeven is dat bij payrolling telkens sprake is van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. Wanneer het payrollbedrijf zowel bij de totstandkoming als bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst met de payrollwerknemer uitsluitend fungeert als ‘contractueel verlengstuk’ van de opdrachtgever, kan de rechter nog steeds door de payrollconstructie heen kijken en oordelen dat de werknemer in dienst is (gebleven) van de opdrachtgever.¹³²

17.4.4 Payrolling en ontslagbescherming

Wanneer wordt aangenomen dat de werknemer in dienst is van het payrollbedrijf, is – in lijn met het Care4Care-arrest van de Hoge Raad van 4 november 2016 – sprake van een uitzendovereenkomst en verkeert de werknemer in dezelfde arbeidsrechtelijke positie als de uitzendwerknemer (zie par. 17.2.4 t/m 17.2.6). Het verlichte ontslagregime is op grond van de artikelen 7:691 BW en 7:668a lid 5 sub a BW van toepassing, waardoor met de werknemer in beginsel gedurende een aaneengesloten periode van 5,5 jaar flexibele arbeidsovereenkomsten kunnen worden gesloten.

In de Ontslagregeling zijn echter bijzondere regels opgenomen voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van de payrollwerknemer.¹³³ Met deze bijzondere regels wordt beoogd de ontslagbescherming van de payrollwerknemer niet te laten afwijken van de ontslagbescherming van een ‘gewone’ werknemer die rechtstreeks in dienst is of zou zijn geweest van de opdrachtgever. In artikel 1 sub f Ontslagregeling wordt het payrollbedrijf gedefinieerd als:¹³⁴

‘de werkgever, die op basis van een overeenkomst met een derde, welke niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, een werknemer ter beschikking stelt om in opdracht en onder toezicht en leiding van die derde arbeid

131 Hof Leeuwarden 23 maart 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL9881, JAR 2010/107, Ktr. Rotterdam 21 december 2012, JAR 2013/46 en Ktr. Amsterdam 4 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5783, JAR 2014/248.

132 Zie par. 4.12.3 van mijn dissertatie.

133 Op grond van artikel 17 Ontslagregeling gelden de bijzondere ontslagregels voor de beëindiging van arbeidsovereenkomsten van payrollwerknemers niet alleen voor payrollwerknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, maar ook voor payrollwerknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die op de peildatum nog langer dan 26 weken duurt.

134 Zie meer uitgebreid over deze bijzondere ontslagregels voor payrollwerknemers in de Ontslagregeling J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, a.w. (noot 66), hoofdstuk 3.3.

te verrichten, waarbij de werkgever die de werknemer ter beschikking stelt alleen met toestemming van die derde gerechtigd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen'.

Ontslag van de payrollwerknemer is aan de orde wanneer de opdrachtgever de inleenopdracht met het payrollbedrijf beëindigt. Het payrollbedrijf dient dan op grond van artikel 20 Ontslagregeling aan de hand van de omstandigheden bij de opdrachtgever aannemelijk te maken dat een redelijke grond voor ontslag bestaat in de zin van artikel 7:669 BW. Afhankelijk van de (redelijke) grond voor de beëindiging van de inleenopdracht door de opdrachtgever, zal het payrollbedrijf het UWV om toestemming voor opzegging of de kantonrechter om ontbinding van de arbeidsovereenkomst moeten verzoeken.

Bij een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen moet op grond van artikel 20 jo. artikel 11 en artikel 14 Ontslagregeling het afspiegelingsbeginsel worden toegepast op de eigen werknemers en de payrollwerknemers, werkzaam in een categorie uitwisselbare functies binnen de onderneming van de opdrachtgever. Als binnen de functiecategorieën waar arbeidsplaatsen komen te vervallen zowel payrollwerknemers als werknemers in dienst van de opdrachtgever werkzaam zijn, kan toepassing van het afspiegelingsbeginsel dus meebrengen dat eigen werknemers van de opdrachtgever voor ontslag in aanmerking komen terwijl bij de opdrachtgever werkzame payrollwerknemers hun arbeidsplaats behouden. Indien de opdrachtgever en/of het payrollbedrijf zich hier niet aan houden, zal het UWV geen toestemming voor opzegging verlenen aan het payrollbedrijf. In dat geval blijft de payrollwerknemer op de 'payroll' staan bij het payrollbedrijf, maar is hij zijn werk kwijt. Een payrollwerknemer die zich geconfronteerd ziet met het beëindigen van de opdracht zal niet (zonder meer) wedertewerkstelling kunnen afdwingen bij de opdrachtgever op grond van artikel 7:611 BW omdat deze zijn werkgever niet is.¹³⁵ Ik acht echter niet uitgesloten dat de rechter hier onder verwijzing naar de (uitgangspunten bij de) in de Ontslagregeling neergelegde ontslagbescherming van de payrollwerknemer wel genegen zal zijn tot toewijzing van een vordering tot wedertewerkstelling bij de opdrachtgever van het payrollbedrijf.¹³⁶ Dat sluit ook aan bij de wetsgeschiedenis van artikel 7:611 BW waarin is meegedeeld dat dit artikel 'niet slechts ziet op de bedoelingen van partijen onderling, maar ook op voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen en ontwikkelingen.'¹³⁷

Als het UWV toestemming voor ontslag verleent, dan geldt hierbij op grond van artikel 22 Ontslagregeling de wederindiensttredingsvoorwaarde van artikel 7:681 lid 1 sub d BW.¹³⁸ Bij de toepassing van de wederindiensttredings-

135 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2690.

136 Zie over de vordering tot wedertewerkstelling in arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen: J.P.H. Zwemmer, 'De vordering tot wedertewerkstelling in arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen', *AR Updates* 2015-0264.

137 *Kamerstukken II* 1993-1994, 23438, nr. 3, p. 15.

138 Of artikel 7:682 lid 4 BW indien de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671b lid 1 sub b BW wordt ontbonden.

voorwaarde wordt de opdrachtgever geacht de werkgever te zijn van de payrollwerknemer. Dat betekent dat wanneer de opdrachtgever binnen 26 weken nadat het UWV toestemming voor ontslag heeft verleend een werknemer in dienst neemt voor het verrichten van werk van gelijke aard zonder dat hij de payrollwerknemer – al dan niet door tussenkomst van het payrollbedrijf – in de gelegenheid heeft gesteld deze werkzaamheden op de gebruikelijke voorwaarden te hervatten, de payrollwerknemer de kantonrechter kan verzoeken de opzegging te vernietigen dan wel om toekenning van een billijke vergoeding kan verzoeken ten laste van het payrollbedrijf.¹³⁹

Wanneer de opdrachtgever de inleenopdracht met het payrollbedrijf beëindigt wegens in de persoon van de payrollwerknemer gelegen redenen dient op grond van artikel 7:671b lid 1 sub a BW door de kantonrechter te worden beoordeeld of een redelijke grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf bestaat.¹⁴⁰ Het payrollbedrijf moet dan aannemelijk maken dat het functioneren van de werknemer bij de opdrachtgever een redelijke grond voor ontslag in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub c tot en met sub h BW oplevert en er geen mogelijkheid bestaat de payrollwerknemer, al dan niet met behulp van scholing, binnen een redelijke termijn te herplaatsen in een andere passende functie bij de opdrachtgever.

Het payrollbedrijf zal bij het aannemelijk maken van de redelijke grond bij het UWV of de kantonrechter aangewezen zijn op de informatie die de opdrachtgever aan hem verstrekt over de daaraan ten grondslag liggende bedrijfseconomische of in de persoon van de payrollwerknemer gelegen redenen. Omdat voor de opdrachtgever geen wettelijke plicht bestaat deze informatie te verstrekken aan het payrollbedrijf, is het in het belang van het payrollbedrijf dat hierover in de overeenkomst met de opdrachtgever afspraken worden gemaakt. Op grond van artikel 8 sub f Wbp is het de opdrachtgever, ook wanneer het gaat om persoonsgegevens, toegestaan deze informatie aan het payrollbedrijf te verstrekken.¹⁴¹

Wanneer de opdrachtgever zijn (financiële) verplichtingen jegens het payrollbedrijf niet nakomt, biedt artikel 23 Ontslagregeling het payrollbedrijf de mogelijkheid de arbeidsovereenkomst met toestemming van het UWV te beëindigen zonder dat sprake hoeft te zijn van een redelijke grond ex artikel 7:669 BW (bij

139 Als de opdrachtgever weigert om de payrollwerknemer toe te laten tot de werkzaamheden, bereikt de payrollwerknemer met de vernietiging van de opzegging door het payrollbedrijf niet dat hij zijn werkzaamheden bij de opdrachtgever kan hervatten. De payrollwerknemer staat dan dus op de 'payroll' van het payrollbedrijf, maar heeft geen werk. Een vordering tot wedertewerkstelling bij de opdrachtgever zou dan geen kans van slagen hebben omdat een dergelijke vordering is gebaseerd op artikel 7:611 BW en die norm niet (zonder meer) geldt in een relatie tussen de werknemer en de opdrachtgever (zie vorige alinea).

140 Zie de toelichting bij artikel 20 Ontslagregeling. *Stcrt.* 2015/12685.

141 Zie en E.W. de Groot, 'Payrolling, gewijzigd Ontslagbesluit en de Wet werk en zekerheid, wat verandert er?', *TRA* 2015/36.

de opdrachtgever). Het payrollbedrijf moet dan kunnen aantonen dat inspanningen zijn verricht om de opdrachtgever alsnog te bewegen diens financiële verplichtingen na te komen.¹⁴² Een bedrijfsbeëindiging van het payrollbedrijf vormt geen redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer, zo wordt gemeld in de toelichting bij artikel 23 Ontslagregeling. In de situatie waarin het payrollbedrijf zijn bedrijfsactiviteiten geheel of gedeeltelijk wil beëindigen, zullen de betrokken opdrachtgevers de payrollwerknemers alsnog in dienst moeten nemen of moet een ander payrollbedrijf de payroll overnemen. Indien dit niet mogelijk is, kan uitsluitend een rechtsgeldige opzegging worden gerealiseerd wanneer het payrollbedrijf faillieert, zodat de curator de arbeidsovereenkomsten van de payrollwerknemers met toepassing van artikel 40 Faillissementswet zonder toestemming van het UWV kan opzeggen.

175 TOT SLOT

Aan het door de werknemer in dienst van de werkgever verrichten van arbeid in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de werkgever de eigenaar of exploitant is van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. De werkgever en de werknemer zijn als partijen bij de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 lid 1 BW gehouden de in die hoedanigheid voor hen geldende voorschriften in titel 7.10 BW na te leven. In verschillende voorschriften in titel 7.10 BW is de daarin neergelegde arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer gekoppeld aan de door de werknemer in de onderneming van de werkgever verrichte arbeid. Wanneer op grond van door partijen gemaakte afspraken de contractuele werkgever een ander is dan de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht (de feitelijke werkgever), kan dit ten koste gaan van arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer. Ingeval van een dergelijke driehoeksrelatie kan op grond van artikel 7:610 lid 1 BW, in weerwil van de door partijen gemaakte afspraken, door de rechter worden geoordeeld dat een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen met de feitelijke werkgever en niet met de contractuele werkgever. Dat kan aan de orde zijn wanneer met de driehoeksrelatie hoofdzakelijk werd beoogd aan het juridische werkgeverschap verbonden verplichtingen weg te contracteren naar een verder inhoudsloze werkgever.

Indien sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW wordt binnen de driehoeksrelatie tussen de uitzendwerkgever, de opdrachtgever en de werknemer, de uitzendwerkgever juridisch geduid als de werkgever van de onder het feitelijke gezag van de opdrachtgever werkzame werknemer. De door uitzendbureaus op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie vormde

¹⁴² Zie over deze hardheidsclausule bij de bijzondere regels bij het ontslag van de payrollwerknemer nader J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, a.w. (noot 66), hoofdstuk 3.

de reden voor het opnemen van deze bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst in titel 7.10 BW. Artikel 7:690 BW fungeert als toegangspoort naar het verlichte ontslagregime bij uitzending in artikel 7:691 BW. Sinds de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid is een deel van het verlichte ontslagregime dat is gekoppeld aan de uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW opgenomen in artikel 7:668a lid 5 sub a BW. Met dit verlichte ontslagregime werd – zo deelde de regering mee tijdens de parlementaire behandeling van de regeling van de uitzendovereenkomst – recht gedaan aan de flexibiliteit die zo kenmerkend is voor uitzendarbeid en die inherent is aan de allocatiefunctie van de uitzendwerkgever. De wetgever omschreef deze allocatiefunctie als het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid. De regeling van de uitzendovereenkomst zou niet alleen gaan gelden voor uitzendbureaus die zich richtten op klassieke uitzending (kortdurende uitzending bij piek of ziek) dat tot die tijd aan een vergunning was gebonden, maar ook op het meer bestendige in- en uitlenen van werknemers door uitleen- en detacheerbedrijven, mits dit eveneens geschiedde in het kader van een door het uitleen- of detacheerbedrijf op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie. Door de wetgever werd niet beoogd dit verlichte ontslagregime van toepassing te laten zijn op driehoeksrelaties waarbij geen sprake is van het door de werkgever vervullen van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid bevestigde de regering dat de allocatiefunctie van uitzendbureaus op de arbeidsmarkt nog steeds in dezelfde mate de grond vormt voor het op de uitzendovereenkomst van toepassing zijnde verlichte ontslagregime. In het Care4Care-arrest heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat de tekst van artikel 7:690 BW niet eist dat de ter beschikking stellende werkgever een allocatiefunctie functie vervult op de arbeidsmarkt. Voorts overweegt de Hoge Raad, onder verwijzing naar de hiervoor aangehaalde mededeling van de wetgever, dat ook andere driehoeksrelaties dan klassieke uitzending onder de reikwijdte van artikel 7:690 BW zouden vallen. Als de driehoeksrelatie kwalificeert als een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW dan is daarmee het in artikel 7:691 BW opgenomen verlichte ontslagregime van toepassing, zo overweegt de Hoge Raad.

Als gevolg van het oordeel van de Hoge Raad kan het verlichte ontslagregime bij uitzending ook van toepassing zijn op terbeschikkingstellingsvarianten waarbij de werkgever geen allocatiefunctie vervult, zoals bij payrollrolling en sommige varianten van detachering. Ten aanzien van met name payrollrolling overweegt de Hoge Raad dat wanneer de toepassing van het in artikel 7:691 BW opgenomen verlichte ontslagregime niet zou leiden tot hetgeen de wetgever voor ogen heeft gestaan, het in de eerste plaats aan de wetgever is hier grenzen te stellen. Daarnaast, zo overweegt de Hoge Raad, heeft de rechter de mogelijkheid artikel 7:691 BW zo uit te leggen dat strijd met de ratio van die regels wordt voorkomen dan wel dat hij een beroep op die regels naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan oordelen. Het oordeel van de Hoge Raad over het toepassingsbereik van de regeling van de uitzendovereenkomst is duidelijk, maar moeilijk te verenigen met de mededelingen van de wetgever over de

ratio en het toepassingsbereik van deze regeling bij haar totstandkoming in de jaren negentig. De Hoge Raad had er gelet op deze wetsgeschiedenis ook voor kunnen kiezen duidelijker stelling te nemen dan te overwegen dat de wetgever in actie moet komen wanneer zijn vooral op de tekst van artikel 7:690 BW gebaseerde oordeel niet tot het door de wetgever beoogde resultaat zou leiden. De duidelijke overwegingen van de Hoge Raad over de onderlinge verhouding van de artikelen 7:690 en 691 BW maken dat de door de Hoge Raad genoemde mogelijkheid voor de rechter om artikel 7:691 BW zo uit te leggen dat strijd met de ratio van die regels wordt voorkomen, dan wel dat hij een beroep op die regels naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan oordelen, in de praktijk geen betekenis zal hebben. Immers, als sprake is van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW, dan is naar het oordeel van de Hoge Raad het verlichte ontslagregime in artikel 7:691 BW van toepassing. Daar zit weinig licht tussen.

De Hoge Raad bevestigt in zijn arrest niet dat bij payrolling telkens sprake is van een uitzendovereenkomst. Artikel 7:690 BW is, evenals artikel 7:610 lid 1 BW, van dwingend recht. Daar verandert het arrest van de Hoge Raad niets aan. Partijen kunnen dus niet contractueel afspreken dat bij payrolling sprake is van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. Daarvoor moet zijn voldaan aan de elementen in de definitie van de uitzendovereenkomst. Dat het payrollbedrijf en de werknemer een schriftelijke arbeidsovereenkomst ondertekenen, impliceert niet dat daarmee vaststaat dat tussen hen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen en het payrollbedrijf voor de toepassing van artikel 7:690 BW kwalificeert als een werkgever die zijn werknemer ter beschikking stelt. Het is de vraag of bij de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling een arbeidsovereenkomst tot stand komt tussen het payrollbedrijf en de werknemer en daarmee of sprake is van terbeschikkingstelling van een werknemer van het payrollbedrijf aan de opdrachtgever in de zin van artikel 7:690 BW. Anders dan bij uitzending door een werkgever met een allocatiefunctie of bij de in dit hoofdstuk besproken andere detacheringsvarianten, wordt de payrollconstructie opgezet omdat de opdrachtgever niet de juridische werkgever wil zijn van 'zijn' werknemer en hij dit daarom uit handen geeft aan een payrollbedrijf. Voor het werkgeverschap van het payrollbedrijf voor de toepassing van titel 7.10 BW is naar mijn mening in ieder geval meer vereist dan een 'papieren' constructie op basis waarvan het juridische werkgeverschap wordt weggecontracteerd naar een 'papieren werkgever' die bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst geen zelfstandige en inhoudelijke rol speelt. Van een dergelijke zelfstandige en inhoudelijke rol zou sprake kunnen zijn wanneer de focus van de dienstverlening door het payrollbedrijf niet uitsluitend is gericht op het fungeren als juridisch en administratief werkgever van de werknemers van derden. Waar het bij een overheidsinstelling of grote onderneming de vraag zal zijn waarom een payrollconstructie nodig is, zou daarvan in het midden- en kleinbedrijf wel zelfstandige inhoud en betekenis kunnen uitgaan. In dat geval zou het werkgeverschap van het payrollbedrijf ook van toegevoegde waarde zijn voor de werknemer. Dat zou bijvoorbeeld het geval zijn wanneer

payrollbedrijven invulling gaan geven aan de rol van werkgever door zorg te dragen voor, en knowhow te creëren op het gebied van, onder meer de (tussentijdse) scholing, de herplaatsing en, in geval van arbeidsongeschiktheid, de re-integratie van de payrollwerknemer. In dat geval zou wel een arbeidsovereenkomst tot stand komen tussen het payrollbedrijf en de werknemer en daarmee – in lijn met het Care4Care-arrest – sprake zijn van een uitzendovereenkomst en het daarbij horende verlichte ontslagregime. Daardoor kunnen met de payrollwerknemer in beginsel gedurende 5,5 jaar flexibele arbeidsovereenkomsten worden gesloten. Anders dan voor een echte uitzendkracht zal daarbij einde inleenopdracht al snel einde arbeidsovereenkomst betekenen omdat hij niet in dienst is van een uitzendwerkgever met een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt.

Als de wetgever meent dat het verlichte ontslagregime bij uitzending niet van toepassing dient te zijn bij payrolling, maar meent dat de payrollwerknemer hier in dezelfde positie dient te verkeren als een ‘gewone’ werknemer die rechtstreeks in dienst is of zou zijn geweest van de opdrachtgever, dient hij het door de werkgever vervullen van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt als element toe te voegen aan de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW. Een argument hiervoor is tevens (naast de hiervoor besproken wetsgeschiedenis) het feit dat in de Ontslagregeling de ontslagbescherming van de payrollwerknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wel is gelijkgetrokken met die van een gewone werknemer wegens het ontbreken van een allocatiefunctie bij het payrollbedrijf. Een dergelijke wetswijziging valt echter op de korte termijn niet te verwachten. In reactie op Kamervragen naar aanleiding van het Care4Care-arrest heeft de minister van SZW weliswaar meegedeeld dat het oordeel van de Hoge Raad niet aansluit bij wat destijds door de wetgever is beoogd, maar daar meteen aan toegevoegd dat een wetswijziging niet meer in zijn kabinetsperiode verwezenlijkt zou kunnen worden. Daarover zullen in een volgend regeerakkoord afspraken gemaakt moeten worden, aldus de minister.

De toepassing van het verlichte ontslagregime is echter niet het enige dat knelt bij payrolling. Doordat de contractuele werkgever bij payrolling een ander is dan de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid verricht, zou de in verschillende bepalingen in en buiten titel 7.10 BW neergelegde arbeidsrechtelijke bescherming die is gekoppeld aan het werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht hier niet het daarmee beoogde effect hebben. In dat kader kunnen onder andere worden genoemd de verplichtingen van de werkgever op grond van artikel 7:611 BW (recht op tewerkstelling), de overgang van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen bij overgang van onderneming op grond van artikel 7:663 BW en de toepassing van de Wet flexibel werken en de Wet arbeid en zorg. De payrollconstructie heeft eveneens gevolgen voor de toepasselijkheid van (algemeen verbindend verklaarde) cao's. Het payrollbedrijf is slechts verplicht een cao toe te passen wanneer hij zelf aan

die cao is gebonden of wanneer zijn onderneming of activiteit onder de werkingssfeer valt van een algemeen verbindend verklaarde cao. Daardoor zouden payrollwerknemers weliswaar recht hebben op in die cao opgenomen primaire arbeidsvoorwaarden (artikel 8 Waadi), maar kunnen zij in beginsel geen beroep doen op in de cao gemaakte afspraken die specifiek betrekking hebben op het werken in een onderneming als die van de opdrachtgever (zoals voorzieningen op het gebied van pensioen, kinderopvang en scholing) of op deelname aan een voor die opdrachtgever verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Een pensioen bij StiPP (het verplichtgestelde pensioenfonds in de uitzendbranche) zal dan een schrale troost zijn voor de werknemer.