

Annotatie

Care4Care/StiPP: vloek of zegen?

Hoge Raad 4 november 2016,

ECLI:NL:HR:2016:2356

mr. K. Dorenbos, mr. R. Mourits en mr. C. Waterman¹

1. Inleiding

De Hoge Raad heeft zich uitgesproken over wat nu precies een uitzendovereenkomst is. De vraag of de allocatiefunctie (het samenbrengen van de vraag en het aanbod van arbeid) een vereiste is voor de toepasselijkheid van art. 7:690 BW, houdt de gemoe- deren in het land van de flexibele arbeid al geruime tijd bezig. In het langverwachte *StiPP*-arrest van 4 november 2016 oordeelde de Hoge Raad dat de zgn. klassieke allocatiefunctie² géén constitutieve voor- waarde is voor de uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW.³ Art. 7:690 BW geldt daarmee

niet (langer) uitsluitend voor arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarbij de werkgever een allocatiefunctie in klassieke zin vervult op de arbeidsmarkt. Elke werkgever die bedrijfsmatig een werknemer ter beschikking stelt aan een derde om onder toezicht en leiding van die derde arbeid te verrichten is een uitzendwerkgever. In zijn arrest geeft de Hoge Raad verder aan dat het verlichte ontslagregime ex art. 7:691 BW geldt voor alle arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen (uiteraard niet voor de in lid 6 uitgezonderde concernverhoudin- gen). In zijn antwoord van 5 december 2016 op Ka- mervragen over het *StiPP*-arrest lijkt de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de Minister) echter een voorschot te nemen op de door de Hoge Raad in het *StiPP*-arrest genoemde gren- zen wat toepassing van art. 7:691 BW betreft.⁴ Uit het antwoord van de Minister blijkt dat hij van men- ing is dat het verlichte ontslagregime alleen van toepassing is op traditionele of klassieke uitzend- relaties en niet op payrolling, detachering, contrac- ting. Totdat een wetwijziging deze bedoeling van de wetgever eenduidig vastlegt, geldt echter het verlichte ontslagregime ex art. 7:691 BW voor alle uitzendondernemingen, zowel met als zonder klas- sieke allocatiefunctie.

In dit artikel beschrijven wij allereerst in vogel- vlucht de wets- en voorgeschiedenis van de regeling van de uitzendovereenkomst en de ambivalente rol van de allocatiefunctie hierin. Vervolgens bespre- ken wij het geschil tussen Care 4 Care Human Re- sources B.V. (C4C) en Stichting Pensioenfonds voor personeelsdiensten (*StiPP*) zoals aan de orde geko- men bij de Kantonrechter Amsterdam en het Hof Amsterdam. Uiteraard komen ook de uitvoerige conclusie van de Advocaat-Generaal en het bondige arrest van de Hoge Raad en zijn oordeel over wat nu precies als een uitzendovereenkomst kwalifi- ceert, aan bod. Na het laten passeren van de over- wegingen en oordelen van voornoemde rechterlij-

1. Karolina Dorenbos, Rachele Mourits en Charlotte Waterman zijn allen advocaat bij Blenheim Advocaten te Amsterdam.

2. In zijn conclusie van 15 april 2016 (ECLI:NL:PHR:2016:238) komt A-G G.R.B. van Peursesem aan de hand van wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur tot twee varianten van de allocatiefunctie: de ruime allocatiefunctie en de klassieke of traditionele allocatiefunctie. Zie r.o. 3.8.: *'In de ruime zin wordt met allocatiefunctie niet meer bedoeld dan dat de werkgever zich bedrijfs- en beroepsmatig bezighoudt met de terbeschikkingstelling van werknemers aan opdrachtgevers. In die betekenis is de allocatiefunctie wel terug te vinden in de onderscheidende elementen (a) t/m (d) uit artikel 7:690 BW. De andere betekenis wordt wel aangeduid als de "traditionele" allocatiefunctie en knoopt aan bij het klassieke uitzendbureau. Daar bij is sprake van het actief bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt (in de regel) werk van tijdelijke aard, ook wel aangeduid als het opvangen van "ziek of piek".'*

3. HR 4 november 2016, JAR 2016/286 m.nt. E. Knipschild. De Hoge Raad volgt hierbij Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4547. Zie anders, Hof Arnhem-Leeuwarden, JAR 2015/69 waarin wel een doorslaggevend gewicht wordt toegekend aan de wetsgeschiedenis. Het hof betreft niet alleen de wets- geschiedenis van art. 7:690 BW in zijn overwegingen, maar ook de wetsgeschiedenis bij de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) en oordeelt dat het regime van verminderde rechtsbescher- ming ex art. 7:691 BW strikt beperkt dient te blijven tot die situaties waar dit in verband met de flexibilite- it van de arbeidsmarkt en de allocatieve functie van het uitzendwezen daarin gewenst is (r.o. 4.16).

4. *Kamerstukken II 2016/17, Aanhangsel van de Hande- lingen*, nr. 654, p. 1-2.

ke instanties, komen wij toe aan de gevolgen voor verschillende arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen zoals payrolling, detachering en intra-concern detachering. De reikwijdte van het begrip 'uitzendovereenkomst' in het BW is ook van belang voor ontslag, collectieve arbeidsvoorwaarden en pensioen. In meer algemene zin bespreken wij dan ook of, en zo ja, welke werkgeversverplichtingen in dat kader wijzigen. Wij besluiten met een aantal aanbevelingen voor wetgever en praktijk.

2. De uitzendovereenkomst

De uitzendovereenkomst is een wettelijk gedefinieerde species van de arbeidsovereenkomst en opgenomen in boek 7 afdeling 10, titel 11 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Voor een uitzendovereenkomst dient dan ook allereerst te zijn voldaan aan de vereisten voor een arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 BW.⁵ Daarnaast moet voor het aannemen van een uitzendovereenkomst sprake zijn van (1) een werkgever, (2) die in het kader van diens beroep of bedrijf (3) een werknemer ter beschikking stelt aan een derde om (4) krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten (5) onder toezicht en leiding van de derde. Bij een uitzendovereenkomst treedt de werknemer weliswaar in dienst van de werkgever, de uitzender, maar verricht arbeid voor een derde, de inlener. Daarmee is de contractuele of formele werkgever een andere juridische entiteit dan waar of voor wie⁶ de werknemer de arbeid verricht. In art. 7:690 BW zelf staat niet met zoveel woorden dat de allocatiefunctie een constitutief vereiste is voor de uitzendovereenkomst.

In de parlementaire geschiedenis over titel 7:10 afdeling 11 gaat de wetgever in op de aard van de uitzendovereenkomst alsmede op de allocatiefunctie.⁷ Zo is in de memorie van toelichting aangegeven: 'De bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst geldt alleen voor die werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen, dus die in het kader van de uitoefening van hun beroep of bedrijf arbeidskrachten ter beschikking stellen aan derden.'⁸ De allocatiefunctie is aldus geen constitutief vereiste, maar de allocatiefunctie volgt uit de aard van de activiteiten: door in het kader van de uitoefening van hun beroep of bedrijf arbeidskrachten ter beschikking te stellen aan derden is sprake van alloceren van arbeid. Het incidenteel in voorkomende gevallen ter beschikking stellen van arbeidskrachten door werkgevers die in feite geheel andersoortige beroeps- of bedrijfsactiviteiten hebben, kan niet onder het regiem van de uitzendovereenkomst worden gebracht.⁹ Verder is toepassing van de regeling van de uitzendovereen-

komst, zoals neergelegd in art. 7:691 BW, uitgesloten voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten tussen werkgevers die onderling in een concernrelatie tot elkaar staan, als bedoeld in de art. 2:24a en 24b BW, de intra-concern detachering.¹⁰

Allocatiefunctie nader bekeken

Zoals de Hoge Raad in zijn arrest vermeldt, komt uit de wetsgeschiedenis een eenduidig beeld naar voren over de vraag of het voor de toepasselijkheid van art. 7:690 BW vereist is dat de werkgever een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervult. Evenmin is helder wat het begrip 'allocatiefunctie' exact inhoudt en hoe ruim of eng dit begrip geïnterpreteerd dient te worden. Ook in de rechtspraak en de literatuur wordt hierover verschillend gedacht. In dit kader is relevant dat zowel in de literatuur als door de A-G Van Peurseem in zijn conclusie bij het StiPP-arrest¹¹ onderscheid wordt gemaakt tussen de zgn. 'ruime allocatiefunctie' en de zgn. 'klassieke allocatiefunctie': 'In de ruime zin wordt met allocatiefunctie niet meer bedoeld dan dat de werkgever zich bedrijfs- of beroepsmatig bezig houdt met de terbeschikkingstelling van werknemers aan opdrachtgevers.' Volgens de A-G is allocatie in die betekenis wel terug te vinden in de te onderscheiden elementen a t/m d uit art. 7:690.¹² De andere betekenis wordt wel aangeduid als de traditionele allocatiefunctie en knoopt aan bij het klassieke uitzenden, zoals wij in de inleiding reeds vermeldden. Daarvan is sprake ingeval de uitzender vraag en aanbod op de arbeidsmarkt van in de regel werk van tijdelijke aard actief bij elkaar brengt, ook wel aangeduid als opvangen van 'ziek of piek'.¹³ Volgens Zwemmer en Houweling is voor toepassing van art. 7:690 BW de traditionele allocatiefunctie vereist.¹⁴ Bouwens, Verburg en Grapperhaus zijn van mening dat de traditionele allocatiefunctie niet vereist is; de allocatiefunctie is alleen een vereiste voor toepassing van art. 7:691 BW.¹⁵ Bevers en Brouwer leiden uit de parlementaire geschiedenis af dat de kern van de uitzendrelatie is dat sprake moet zijn van bedrijfsmatige terbeschikkingstelling. Zij menen dat er wel een alloce-

5. Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9-10.

6. De materiële werkgever.

7. Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 2.

8. Kamerstukken II 1996/97, 25 263, 3, p. 10.

9. Kamerstukken II 1996/97, 25 263, 3, p. 10.

10. Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 10. Daarmee beoogde de wetgever te voorkomen dat arbeidsorganisaties via een eigen uitzendbureau personeel ter beschikking zouden stellen van de eigen organisatie, maar dan met minder verplichtingen. Van een allocatiefunctie voor de arbeidsmarkt kan in dat geval niet worden gesproken.

11. Concl. A-G G.R.B. van Peurseem 15 april 2016, ECLI:NL:PHR:2016:238, r.o. 3.8.

12. Concl. A-G G.R.B. van Peurseem, r.o. 3.8.

13. Concl. A-G G.R.B. van Peurseem, r.o. 3.8.

14. J.P.H. Zwemmer, 'Pluraliteit van werkgeverschap' (proefschrift, Amsterdam: UvA); Houweling/Van der Voet, Uniform of gedifferentieerd arbeidsrecht in: *ArA* 2013/2, p. 28-31.

15. Bouwens, Boekbesprekingen: J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap, *RMThemis* 2014/3, p. 139-140; Grapperhaus, T&C Arbeidsrecht, 2015, Inleidende opmerkingen bij Afdeling 11, i.h.b. aant. 5.; Verburg, Payrolling: over duiding en verbinding, *AA* 2013, p. 911 e.v.

rend effect moet zijn maar dat dat inhoudt dat geen sprake mag zijn van een papieren constructie of terbeschikkingstelling binnen concernverband.¹⁶

Toezicht en leiding, element van uitzenden

Het begrip 'onder toezicht en leiding van de derde' is daarentegen wel (letterlijk) opgenomen in art. 7:690 BW. Uit de wetsgeschiedenis van de uitzendingregeling volgt niet hoe dit begrip moet worden gelezen. Daarom zal moeten worden teruggegrepen op de algemene regeling van art. 7:610 BW. Voor het ontstaan van een arbeidsovereenkomst moet de ene partij, de werknemer, zich verbinden in dienst van de andere partij, de werkgever, om tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. 'In dienst van' wordt in literatuur en rechtspraak de gezagsverhouding genoemd. Voor het vaststellen van 'gezag' wordt in het algemeen aangenomen dat hoe hoger het opleidingsniveau en de vereiste deskundigheid en de vereiste vaardigheden zijn, hoe minder het voor de hand ligt dat de werkgever inhoudelijk instructies zal (kunnen) verstrekken.¹⁷ In de rechtspraak is geoordeeld dat instructies niet feitelijk hoeven te worden gegeven, maar dat voldoende is als de mogelijkheid daartoe bestaat.¹⁸ Dit leidt tot een ander criterium, namelijk dat de instructiebevoegdheid niet ziet op de inhoud van het werk, maar op de werkdiscipline. Anders gezegd, de werknemer krijgt instructies voor organisatorische zaken.¹⁹ Verhulp somt een aantal vragen op waarvan de antwoorden indicatief zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van een gezagsverhouding.²⁰ Dit is afhankelijk van o.a. wat de bedoeling is van partijen, of het gaat om een arbeidsprestatie met een incidenteel karakter, of de mate waarin arbeid wordt verricht (vooraf) is bepaald, wat de wijze van betaling is en het karakter van de beloning, wat de mate van zelfstandigheid is van de werknemer ten aanzien van invulling en uitvoering van de bedongen arbeid en of loon wordt doorbetaald bij ziekte en verlof en dergelijke.²¹ De gezagsverhouding is als bijzondere verplichting voor de werknemer opgenomen in art. 7:660 BW. Hierin is bepaald dat

de werkgever een instructiebevoegdheid heeft ten aanzien van de werknemer die op zijn beurt verplicht is zich daaraan te houden.²² Met deze instructiebevoegdheid wordt nog eens tot uitdrukking gebracht dat de werknemer onder de zeggenschap van de werkgever staat.²³

In het licht van bovenstaande kan het begrip 'onder toezicht en leiding van de derde' in de uitzendingovereenkomst worden uitgelegd als een instructiebevoegdheid. Hoewel de uitzendwerkgever in het algemeen niet veel zeggenschap over de werknemer heeft,²⁴ behoudt hij toch de instructiebevoegdheid voor organisatorische zaken of – zo men wil – het werkgeversgezag hierover. Ook draagt de uitzendwerkgever de werknemer het werken bij de derde aan en is hij loonverantwoordelijk jegens de werknemer.²⁵ Wanneer de uitzendwerkgever leiding en toezicht behoudt over de werknemer bij het verrichten van de werkzaamheden, is van uitzending geen sprake.²⁶

Vooruitlopend op de bespreking van de conclusie van de A-G, is voor uiteenzetting van wat moet worden verstaan onder leiding en toezicht het volgende van belang. De A-G benoemt in zijn conclusie dat een gezagsverhouding in een 'gewone' arbeidsovereenkomst ook kan worden aangenomen bij beroepen en functies waarin de werknemer een grote mate van zelfstandigheid heeft bij de uitvoering van zijn of haar werkzaamheden.²⁷ De bevoegdheid bindende instructies te geven, kan wel, maar hoeft niet betrekking te hebben op de inhoud van de arbeid. Van belang is of de inlener de bevoegdheid heeft aanwijzingen te geven ter bevordering van de goede orde binnen de onderneming of het werkverband.²⁸ Op basis van voorgaande komt de A-G tot de gevolgtrekking dat een instructiebevoegdheid niet vakinhoudelijk hoeft te zijn en dat zowel een gewone werkgever als een inlener instructies kan geven aan gespecialiseerd personeel en daardoor een arbeidsrechtelijke gezagsverhouding kan uitoefenen. Anders gezegd, ook als hij geen inhoudelijke kennis heeft van het werk van de gedetacheerde, kan de inlener toezicht en leiding (gezag) uitoefenen.²⁹

16. Rb. Amsterdam (ktr.) 1 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6257, JIN 2013/151m.nt. E.M. Bevers en J.A.C. Brouwer, RAR 2013/164, AR-Updates.nl 2013-0612.

17. A.R. Houweling (red.), G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet, Loonstra & Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 133.

18. HR 28 september 1983, NJ 1984/92.

19. Dit betreft ook wel het onderscheid tussen formeel en materieel gezagsbegrip. Waar het materiaal gezagsbegrip ziet op of de opdrachtgever tijdens het werk gerechtigd is eenzijdig aanwijzingen over de inhoud van het werk aan de werknemer te geven, ziet het formele gezagsbegrip op de vraag of de werkrelatie een 'normale' organisatorische inbedding heeft gekregen, waarbij niet zozeer de werkinhoud, als wel de werkdiscipline centraal staat. Zie hieronder meer in Loonstra & Zondag 2015, p. 133-134.

20. Hierover uitvoerig: E. Verhulp, T&C Arbeidsrecht, art. 7:610 punt 2 onder e.

21. Verhulp ontleent deze vragen aan HR 11 november 1988, NJ 1989/173 (concl. A-G Strikwerda).

22. 'De werknemer is verplicht zich te houden aan de voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid alsmede aan die welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming van de werkgever, door of namens de werkgever binnen de grenzen van algemeen verbindende voorschriften, of overeenkomst aan hem, al dan niet tegelijk met andere werknemers, gegeven.'

23. E. Verhulp, T&C Arbeidsrecht, art. 7:660 punt 1.

24. F.B.J. Grapperhaus, T&C Arbeidsrecht, art. 7:690 punt 5 onder a.

25. F.B.J. Grapperhaus, T&C Arbeidsrecht, art. 7:690 punt 5 onder b., Tekst & Commentaar Arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 2016.

26. F.B.J. Grapperhaus, in E. Verhulp (e.a.) (red.), art. 7:690 punt 5 onder b., Tekst & Commentaar Arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 2016.

27. Concl. A-G G.R.B. van Peurseem, r.o. 3.31.

28. Verhulp, T&C Arbeidsrecht, art. 7:610 BW, aant. 2 na d., Bouwens/Duk, Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht, 25e druk, 2015, p. 7.

29. De Kantonrechter Deventer was een andere mening

Hierna gaan wij in op het feitencomplex en procesverloop inzake C4C/StiPP.

3. Procesverloop

C4C/StiPP feitencomplex

C4C is een detachingsbureau voor hoogopgeleid personeel³⁰ in de zorg. C4C-medewerkers worden voor een langere periode – van 3 maanden tot ongeveer een jaar, of zo lang als nodig is – bij de zorginstelling ingezet. C4C beslist in overleg met medewerkers en zorginstelling wanneer werkzaamheden afgerond zijn en de overeenkomst tussen C4C en de zorginstelling beëindigd worden. C4C accountmanagers houden op afstand leiding en toezicht over de medewerkers. Medewerkers hebben een vast salaris en dito dienstverband. C4C past de CAO Verpleging/Verzorging Thuiszorg toe en heeft een verzekerde bedrijfspensioenregeling. Ten minste 50% van het totale premieplichtige loon op jaarbasis wordt door C4C aan deze medewerkers betaald. Stichting Pensioenfonds voor personeelsdiensten (StiPP) is een bedrijfstakpensioenfonds³¹ dat de verplichte pensioenregeling uitvoert voor werknemers in de uitzendbranche. Deelname in StiPP is verplicht gesteld voor uitzendkrachten die op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam zijn voor een uitzendonderneming.³² In de verplichtstelling wordt uitdrukkelijk de koppeling gemaakt met art. 7:690 BW.³³ Bij brief van 24

januari 2011 laat de pensioenuitvoerder³⁴ C4C weten dat voor de C4C-medewerkers pensioenpremie van StiPP moet worden betaald. Op grond van de bedrijfsactiviteiten³⁵ valt C4C in de visie van StiPP onder de werkingssfeer.

Beoordeling Kantonrechter en Hof Amsterdam

De vraag die voorligt, is of C4C onder het verplichtstellingsbesluit tot deelneming in StiPP valt.³⁶ In dat kader dient te worden beoordeeld of C4C een uitzendonderneming is en of de C4C-medewerkers uitzendkrachten zijn die op basis van een uitzendovereenkomst bij derden arbeid verrichten. Anders dan StiPP betoogt, moet volgens de kantonrechter in iedere afzonderlijke situatie worden bekeken of terbeschikkingstelling valt onder de definitie van art. 7:690 BW. Vervult de werkgever bij de detachering geen allocatiefunctie, dan valt hij niet onder de werking van art. 7:690 BW en daarmee ook niet onder het verplichtstellingsbesluit. Uit de wetsgeschiedenis volgt, aldus de kantonrechter, dat de regeling van de uitzendovereenkomst alleen geldt voor die werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen.³⁷ Het gaat daarbij om werkgevers (intermediairs) die er hun bedrijf van maken vraag en aanbod van tijdelijke arbeid bij elkaar te brengen. De kantonrechter memoreert dat deze visie ook in Bijlage B van het Ontslagbesluit zijn weerklank heeft gevonden. Het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt is dan ook in de definitie van uitzendwerkgever opgenomen. De onderneming van C4C is niet gericht op de vervanging van arbeid tijdens ziekte of afwezigheid, het opvangen van piekuren of soortgelijke plotseling opkomende werkzaamheden. C4C vervult dan ook géén klassieke allocatiefunctie, maar levert gespecialiseerde kennis en informatie aan de zorginstelling middels haar medewerkers. Over de voorwaarde 'leiding en toezicht' overweegt de kantonrechter dat de zorginstelling weliswaar een instructiebevoegdheid heeft voor de feitelijke gang van zaken, maar de kern van leiding en toezicht³⁸ bij C4C blijft. C4C is géén uitzendwerkgever ex art. 7:690 BW en valt niet onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit voor StiPP.

toegedaan en oordeelde dat wanneer het gaat om het inhuren van gespecialiseerde kennis die de opdrachtgever niet zelf in huis heeft, het niet aannemelijk is dat deze leiding en toezicht heeft. Zie Ktr. Deventer 10 december 2002, JAR 2003/47.

30. Verpleegkundigen met een BIG-registratie, financieel administrateurs of managers met ervaring in de zorg, etc.
31. Als bedoeld in art. 1 sub f van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf) juncto art. 1 van de Pensioenwet (PW).
32. Bekendmaking wijziging van de verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor personeelsdiensten, 30 januari 2009, *Stcrt.* 2009 nr. 22, waarin het besluit van 19 december 2003, nr. 98-24588, *Stcrt.* 2003, nr. 251 tot het verplicht stellen van de deelneming in de Stichting Bedrijfspensioenfonds voor Langdurige Uitzendkrachten werd gewijzigd – als nadien gewijzigd bij Besluit van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot wijziging van de verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor Personeelsdiensten van 22 december 2014, *Stcrt.* 2014, nr. 37623.
33. In het verplichtstellingsbesluit staat onder meer dat het deelnemen in de Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten verplicht is gesteld voor uitzendkrachten die op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam zijn voor een uitzendonderneming, vanaf de eerste dag van de maand waarin zij de leeftijd van 21 jaar bereiken tot de eerste dag van de maand waarin zij de leeftijd van 65 jaar bereiken. Onder 'uitzendonderneming' wordt verstaan de natuurlijke of rechtspersoon die voor ten minste 50 procent van het totale premieplichtig loon op jaarbasis uitzendkrachten ter beschikking stelt van (uitzendt naar)

opdrachtgevers, zijnde de werkgever ex art. 7:690 BW.

34. Syntrus Achmea Pensioenbeheer verzorgt de administratie en uitvoering van de pensioenregeling van StiPP.
35. Deze aansluiting is gebaseerd op de omschrijving van de activiteiten van C4C in het handelsregister van de Kamer van Koophandel en de website van C4C, zonder nader eigen feitelijk onderzoek.
36. Ktr. Amsterdam 1 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6257, JIN 2013/151m.nt. E.M. Bevers en J.A.C. Brouwer, RAR 2013/164, AR-Updates.nl 2013-0612.
37. *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 6, p. 15 en 16.
38. Deze kern wordt volgens de Kantonrechter als volgt ingevuld: of de medewerker zijn werkzaamheden goed vervult, waar hij/zij werkzaam is en voor hoe lang, wat zijn salaris is: volgens de Kantonrechter samen te vatten als het gezag.

In hoger beroep stelt StiPP dat voor toepassing van art. 7:690 BW niet vereist is dat de werkgever een (klassieke) allocatiefunctie vervult. Als sprake is van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever, is sprake van een uitzendovereenkomst. Art. 7:690 BW geldt voor alle driehoeksverhoudingen. Verder zou C4C wel dege-lijk een (ruime) allocatiefunctie vervullen omdat zij vraag en aanbod van medisch personeel bij elkaar brengt en de terbeschikkingstelling een tijdelijk karakter heeft. C4C stelt dat zij arbeidsovereenkomsten sluit en geen uitzendovereenkomsten ex art. 7:690 BW. Werkgever en werknemer hebben een arbeidsovereenkomst gesloten en daaraan feitelijk uitvoering gegeven. Met een beroep op het *Groen/Schoevers*-arrest³⁹ geeft C4C aan dat die arbeidsovereenkomst niet door een derde als uitzendovereenkomst kan worden bestempeld. Hoewel het op zich zelf juist is dat bij kwalificatie van tussen C4C en haar werknemers gesloten overeenkomsten de partijbedoeling en de feitelijke uitvoering van belang zijn, oordeelt het hof dat het nu juist de bedoeling was dat die werknemers ter beschikking van een derde zouden worden gesteld en voor die derde arbeid zouden verrichten krachtens een door deze derde verstrekte opdracht. En zo zijn die overeenkomsten ook uitgevoerd.⁴⁰

Wat het begrip 'toezicht en leiding van de derde' betreft is volgens StiPP bepalend wie de instructiebevoegdheid over de werknemer heeft (uitzender of inlener) en niet degene die bepaalt of een werknemer zijn werkzaamheden goed vervult en wat het salaris is. C4C stelt dat haar opdrachtgevers weliswaar instructiebevoegdheid hebben over de feitelijke dagelijkse gang van zaken maar geen zeggenschap over hoe ter beschikking gestelde werknemers hun arbeid uitvoeren. Ook gaat het om hoogopgeleid en specialistisch personeel en zijn er twee C4C accountmanagers die feitelijk leiding over deze werknemers uitoefenen. Voor het hof is van doorslaggevend belang dat C4C met haar opdrachtgevers overeenkomt dat de instructiebevoegdheid voor werkzaamheden van ter beschikking gestelde werknemers bij de opdrachtgevers ligt in combinatie met het feit dat er dagelijkse leiding was

vanuit de opdrachtgevers.⁴¹ Dat de desbetreffende werknemers hoogopgeleid zijn en gespecialiseerde werkzaamheden verrichten, ten aanzien waarvan de opdrachtgevers zelf over onvoldoende kennis beschikken, en die hun werkzaamheden overeenkomstig hun eigen professionele standaarden verrichten of dat C4C accountmanagers in dienst heeft die de medewerkers begeleiden, doet daar niet aan af. Ook voor professionals die krachtens een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn, heeft de werkgever een instructiebevoegdheid. Die bevoegdheid is door C4C overgedragen aan de derde aan wie de werknemer ter beschikking is gesteld en wordt overeenkomstig feitelijk gebruikt door de derde. C4C is aldus uitzendwerkgever en valt onder de werkingssfeer van het verplichtstellingsbesluit, aldus het hof.

Conclusie Advocaat-Generaal

In zijn conclusie laat A-G van Peurseem zich uit over de vraag of de 'traditionele allocatiefunctie' vereist is voor een uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW. De A-G merkt terecht op dat onduidelijkheid bestaat over wat het begrip allocatiefunctie inhoudt. Zoals reeds aangehaald, is de parlementaire geschiedenis hier niet eenduidig over; rechtspraak en literatuur⁴² zijn verdeeld en de politiek zat te wachten op een handreiking van de hoogste rechter.⁴³

De A-G geeft duiding aan het begrip allocatiefunctie en beschrijft hoe de allocatiefunctie in 'ruime zin' (wel) een rol speelt in art. 7:690 BW. De allocatiefunctie in klassieke of traditionele zin⁴⁴ is een strikter vereiste waaraan niet hoeft te worden voldaan voor een uitzendovereenkomst. Zolang een werkgever zijn werknemers bedrijfs- of beroepsmatig ter beschikking stelt onder leiding en toezicht bij een derde, is art. 7:690 BW van toepassing. Hoewel valt te twisten over of dit met zoveel woorden in de toelichting op het wetsartikel staat waarin de uitzendovereenkomst wordt geregeld, herleidt de A-G deze nuanceringen wel uit de parlementaire geschiedenis. De A-G stelt wel dat een ruime allocatiefunctie nodig is, wil sprake zijn van een uitzendovereenkomst, maar dat daaraan in het geval van C4C is voldaan nu C4C immers allocceert op de markt van vraag en aanbod van gespecialiseerd zorgpersoneel in een niet incidentele vorm.

39. HR 14 november 1997, JAR 1997/263 (*Groen/Schoevers*). In het arrest *Groen/Schoevers* is bepaald dat de vraag of een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval, waarbij doorslaggevende betekenis wordt toegekend aan de vraag of partijen totstandkoming van een arbeidsovereenkomst hebben beoogd. Niet een enkel kenmerk van de overeenkomst is doorslaggevend, maar de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden, moeten in onderling verband worden gezien.

40. Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4547, JIN 2014/208 m.nt. C. Heerink-van Hattem, PJ 2015/9 m.nt. B. Degelink, AR-Updates.nl 2014-092, JAR 2015/106.

41. In art. 3 van de mantelovereenkomst voor dienstverlening die C4C met haar opdrachtgevers aangaat, staat dat de C4C de bevoegdheid tot het geven van instructies voor werkzaamheden, waarmee de C4C-medewerker bij de opdrachtgever is belast, en het toezicht daarop overdraagt aan opdrachtgever. En verder dat de verantwoordelijkheid voor het bereiken van het met de werkzaamheden beoogde doel c.q. resultaat berust bij opdrachtgever.

42. Voor een uitvoerige beschrijving hiervan verwijzen wij naar de concl. van A-G G.R.B. van Peurseem.

43. Concl. A-G G.R.B. van Peurseem, r.o. 3.1.

44. Het actief bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt van werk van tijdelijke aard, ook wel aangeduid als het opvangen van 'ziek of piek'.

Deze detacheringvorm is uitdrukkelijk voorzien bij invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid. De A-G gaat ook in op de begrippen leiding en toezicht. Hiervoor geldt – kort samengevat – dat de opdrachtgever niet noodzakelijk vakinhoudelijke kennis hoeft te hebben van de werkzaamheden. Hoger opgeleide werknemers kunnen wel degelijk onder leiding en toezicht van een opdrachtgever staan. Dat kan ook bij normale arbeidsverhoudingen het geval zijn. Voor het hof Amsterdam was doorslaggevend dat C4C met haar opdrachtgevers overeenkomt dat de instructiebevoegdheid voor werkzaamheden van ter beschikking gestelde werknemers bij de opdrachtgevers ligt in combinatie met het feit dat er dagelijkse leiding was vanuit de opdrachtgevers. Het hof beperkte zich niet tot een zuiver taalkundige uitleg van de mantelovereenkomst, maar keek juist ook naar de uitvoering daarvan. De A-G beaamt dat het feit dat sprake is van hoog gekwalificeerd personeel met kennis die niet bij de inleners aanwezig zou zijn, dat de C4C medewerkers hun werk naar eigen professionele standaarden verrichten en worden begeleid door twee accountmanagers, er niet aan in de weg staat dat opdrachtgevers van C4C gezag kunnen uitoefenen.⁴⁵

Arrest Hoge Raad

Waar de A-G na een uitvoerige analyse concludeert dat de klassieke allocatiefunctie geen constitutief vereiste is voor het aannemen van een uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW, komt de Hoge Raad in een kort en bondig arrest tot een zelfde oordeel. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:690 BW kan niet worden afgeleid dat voor het aannemen van een uitzendovereenkomst andere vereisten gelden dan opgenomen in art. 7:690 BW: de klassieke allocatiefunctie is géén constitutief vereiste voor het aannemen van een uitzendovereenkomst. Anders gezegd, het staat er niet, dus is het geen voorwaarde.⁴⁶ Verder overweegt de Hoge Raad dat

de tekst van art. 7:690 BW niet eist dat de bij de derde te verrichten arbeid tijdelijk is, noch impliceert deze een beperkende 'allocatiefunctie'. De wetgever heeft beoogd dat ook andere driehoeksrelaties dan de 'klassieke uitzendrelatie' onder de reikwijdte van de bepaling zouden vallen, mits aan de begripsomschrijving wordt voldaan.⁴⁷

De Hoge Raad maakt in twee zinnen duidelijk dat alle arbeidsovereenkomsten, waarbij de werknemer door de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van die derde, uitzendovereenkomsten zijn. De Hoge Raad vervolgt dat wat geldt voor art. 7:690 BW ook voor art. 7:691 BW van toepassing is zodra sprake is van een uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW. Anders gezegd, ook voor de toepasselijkheid van art. 7:691 BW is niet vereist dat de werkgever daadwerkelijk een klassieke allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervult.⁴⁸ Wat de vraag betreft of sprake is van 'toezicht en leiding' als bedoeld in art. 7:690 BW overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.5 dat het hof niet heeft miskend dat die vraag dient te worden beantwoord aan de hand van dezelfde maatstaven als gelden voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding als bedoeld in art. 7:610 BW. Het hof overweegt hierover in r.o. 3.14 als volgt. 'C4C komt dus, anders dan zij suggereert, met haar opdrachtgevers overeen dat de instructiebevoegdheid ten aanzien van de werkzaamheden van de ter beschikking gestelde werknemers bij de opdrachtgevers ligt. Daaraan doet niet af dat de desbetreffende werknemers hoogopgeleid zijn en gespecialiseerde werkzaamheden verrichten, ten aanzien waarvan de opdrachtgevers zelf over onvoldoende kennis beschikken en die hun werkzaamheden overeenkomstig hun eigen professionele standaarden verrichten, zoals C4C heeft gesteld of dat C4C een tweetal accountmanagers in dienst heeft die de desbetreffende medewerkers begeleidt. Ook ten aanzien van professionals, die krachtens een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn heeft de werkgever een instructiebevoegdheid. Die bevoegdheid is in het onderhavige geval overgedragen aan de derde aan wie de werknemer door de werkgever ter beschikking is gesteld.' Doorslaggevend is aldus dat ondanks dat sprake is van het inhuren van gespecialiseerde kennis die de opdrachtgever niet zelf in huis heeft, C4C door de mantelovereenkomst

45. Concl. A-G G.R.B. van Peurse, subonderdeel 4, r.o. 4.15-4.16.

46. Volledigheidshalve, in een zaak over premiesectorindeling van een payrollonderneming, waarbij het begrip uitzendovereenkomst uit art. 7:690 BW en het al dan niet vereist zijn van een allocatie functie mede een rol spelen heeft A-G Wattel een gelijklopende conclusie getrokken, zie HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2496, *FutD* 2016-2662 met annotatie van Fiscaal up to Date, V-N 2016/57.14, TH.J.M. van Schendel annotatie in *NTFR* 2016/2662. De Hoge Raad overweegt dat bij de beantwoording van de vraag of belanghebbende terecht is ingedeeld in de sector Uitzendbedrijven, het er op aankomt of de tussen haar en haar werknemers gesloten arbeidsovereenkomsten kunnen worden aangemerkt als uitzendovereenkomsten als bedoeld in art. 7:690 BW. Voor het aannemen van een uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW gelden geen andere vereisten dan vermeld in deze bepaling, aldus de Hoge Raad. Art. 7:690 BW impliceert geen beperking tot gevallen waarin sprake is van een 'allocatiefunctie' van de werkgever, zoals door het middel wordt bepleit. De overige middelen

leiden evenmin tot cassatie.

47. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9-10.

48. R.o. 3.4.3. 'Opmerking verdient dat hetgeen hiervoor in 3.4.2 is overwogen over de uitleg van art. 7:690 BW, ook gevolgen heeft voor de uitleg van art. 7:691 BW. 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.'

met haar opdrachtgevers de feitelijke instructiebevoegdheid heeft overgedragen aan de derde aan wie de werknemer door C4C ter beschikking is gesteld en dat de overeenkomst tussen C4C en haar opdrachtgevers ook overeenkomstig is uitgevoerd. De uitleg die de Hoge Raad geeft over art. 7:690 BW heeft ook gevolgen voor de uitleg van art. 7:691 BW.⁴⁹ Is er sprake van de uitzendovereenkomst dan geldt het verlichte ontslagregime van art. 7:691 BW, zo oordeelt immers de Hoge Raad in r.o. 3.4.3: 'Opmerking verdient dat hetgeen hiervoor in 3.4.2 is overwogen over de uitleg van art. 7:690 BW, ook gevolgen heeft voor de uitleg van art. 7:691 BW. 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.' Hiermee lijkt (in beginsel) nog een discussie in de rechtsliteratuur beslecht. Volgens de Hoge Raad is er immers geen aanleiding voor de veronderstelling dat het begrip 'uitzendovereenkomst' in art. 7:691 BW een andere betekenis heeft dan in art. 7:690 BW. Art. 7:691 BW zou daarmee (ook) van toepassing zijn op alle driehoeksverhoudingen zonder klassieke allocatiefunctie (payrolling, detachering, contracting) met uitzondering van intra-concern detachering.⁵⁰ Dat dit mogelijk niet wenselijk is, onderkent (ook) de Hoge Raad en hij overweegt dat voor zover toepassing 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, het in de eerste plaats aan de wetgever is hier grenzen te stellen. Ook laat de Hoge Raad ruimte voor de rechter art. 7:691 BW zo uit te leggen dat strijd met de ratio hiervan wordt voorkomen, dan wel dat hij een beroep op die regels naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan oordelen.

In zijn antwoorden op de vragen van Kamerleden Vermeij en Kerstens over 'het arrest van de Hoge Raad dat payrolling synoniem staat voor uitzendwerk'⁵¹ gaat de Minister in op de vraag wanneer

in strijd met de ratio van art. 7:691 BW wordt gehandeld: 'Het lichter arbeidsrechtelijk regime op grond van art. 7:691 BW is, zoals ook uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid, bedoeld voor het zogenaamde 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 art. 7:671 BW geen allocatiefunctie in voornoemde zin vereist is.' De Minister heeft dus een heldere opvatting over de toepassing van art. 7:691 BW op uitzendondernemers zonder klassieke allocatiefunctie. De Minister geeft immers aan dat het wél de bedoeling is van de wetgever dat het verlichte ontslagregime alleen van toepassing is op traditionele of klassieke uitzendrelaties en niet op payrolling, detachering, contracting (!). Totdat een wetwijziging deze bedoeling van de wetgever eenduidig vastlegt, geldt echter het verlichte ontslagregime voor alle uitzendondernemingen (met of zonder 'klassieke allocatiefunctie').

4. Driehoeksrelaties

Ondanks dat door het *StiPP*-arrest alle driehoeksverhoudingen waarbij bedrijfsmatig werknemers ter beschikking van een derde worden gesteld onder het toepassingsbereik van uitzending in de zin van art. 7:690 BW vallen, vindt de Hoge Raad toepassing van art. 7:691 BW niet wenselijk voor zover dat niet de bedoeling van de wetgever zou zijn.⁵² Let wel, niet iedere driehoeksrelatie viel onder art. 7:690 BW en dit zal na het *StiPP*-arrest niet anders zijn. Zo zijn er ook driehoeksrelaties waarbij de partij voor wie het werk wordt verricht zelf de werkgever is, bijvoorbeeld vormen van payrolling, waarbij de payrollonderneming slechts bepaalde taken uitvoert, zoals loon-/personeelsadministratie, en de opdrachtgever zelf de (feitelijke en juridische) werkgever is. Er bestaan vele varianten driehoeksrelaties, terwijl de daarvoor gebruikte begrippen en categorieën niet vastomlijnd zijn.⁵³ Hierna gaan wij

49. HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, r.o. 34.3.

50. Op grond van art. 7:691 lid 6 BW is intra-concern detachering uitgesloten van het verlichte ontslagregime.

51. *Kamerstukken II* 2016/17, Vragen, 2016Z21004, 11 november 2016. De Kamerleden stelden de volgende vragen: Vraag 1 Heeft u kennisgenomen van het arrest van de Hoge Raad over payrollbedrijven die wettelijk gezien uitzendbureaus zijn? Vraag 2 Acht u nieuwe driehoeksrelaties, zoals payrolling, verenigbaar met artikel 7:690-7:691 Burgerlijk Wetboek (BW)? Zo ja kunt u toelichten waarom? Zo nee, waarom niet? Vraag 3 Kunt u toelichten wanneer er volgens u in strijd met de ratio van artikel 7:691 BW wordt gehandeld? Vraag 4 Deelt u de zorg dat het arrest van de Hoge Raad mogelijk leidt tot meer onzekere arbeidscontracten? Zo ja, wat gaat u doen om deze onzeker-

heid weg te nemen? Zo nee, waarom niet?

52. Hoge Raad r.o. 3.42: '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 en ander echter niet aan de orde.'

53. JAR 2016/286 HR 4 november 2016, 15/00920, ECLI:NL:HR:2016:2356, ECLI:NL:PHR:2016:238, ECLI:NL:GHAMS:2014:4547 m.nt. E. Knipschild, voetnoot 10.

in op de (eventuele) gevolgen van het StiPP-arrest voor driehoeksrelaties.

Ontslag en driehoeksrelaties

Met invoering van de Wet Werk en Zekerheid⁵⁴ (WWZ) zijn acht redelijke gronden voor ontslag opgenomen in art. 7:669 lid 3 BW. Voor bedrijfseconomisch ontslag (a-grond)⁵⁵ geldt dat toestemming van het UWV⁵⁶ vereist is. Voor bedrijfseconomisch ontslag zijn in de Ontslagregeling⁵⁷ nadere regels gesteld. In de Ontslagregeling wordt onderscheid gemaakt tussen drie 'soorten' werknemer: de werknemer ex art. 7:610 BW⁵⁸, de uitzendwerknemer zoals voortvloeit uit art. 7:690 BW⁵⁹ en overeenkomstig artikel 1 onderdeel i Ontslagregeling, en de payrollwerknemer ex art. 1 onderdeel g Ontslagregeling⁶⁰. De WWZ heeft daarmee een wettelijke regeling gebracht voor payrolling. Voor elk soort werknemer geldt een 'eigen ontslagregime'.

Ingevolge deze definities in de Ontslagregeling is het verschil tussen een uitzendwerknemer en een payrollwerknemer gelegen in 'het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt'. Dit element is volgens de Ontslagregeling een vereiste voor totstandkoming van een uitzendovereenkomst, niet van een payrollovereenkomst. Anders gezegd, bij

uitzenden in de zin van de Ontslagregeling is de ruime allocatiefunctie een voorwaarde; bij payrolling uitdrukkelijk niet.

Klassieke uitzendwerkgever

Beëindiging van de overeenkomst tussen de uitzendwerkgever en de uitzendwerknemer kan allereerst ingevolge art. 7:691 BW op basis van het zgn. uitzendbeding (indien overeengekomen). Dit is een beding in de uitzendovereenkomst welke bepaalt dat gedurende de eerste 26 weken van terbeschikkingstelling de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt als de opdrachtgever de opdracht beëindigt. Na de eerste 26 weken kan de uitzendovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden worden beëindigd, indien de uitzendwerknemer niet binnen 26 weken herplaatsbaar is bij de inlener op grond van art. 7:669 lid 1 BW en voldoende is gedaan aan de herplaatsingsverplichting door de uitzendwerkgever.⁶¹ Dan is immers sprake van een redelijke grond zoals genoemd in de Ontslagregeling.

Payrollwerkgever

In art. 20 Ontslagregeling is bepaald dat indien een overeenkomst tussen een payrollwerkgever en een opdrachtgever wordt beëindigd, aan de hand van de omstandigheden bij de opdrachtgever wordt bepaald of er een redelijke grond is voor opzegging van de arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer. Zoals hierboven reeds kort genoemd werden de payrollbedrijven – anders dan bij uitzendwerk – de werknemer gewoonlijk niet zelf, maar nemen zij slechts de door de inlener geworven werknemer in eigen dienst. De inlener is dan bevrijd van de verantwoordelijkheid die samenhangt met het optreden als werkgever. Al geruime tijd staat ter discussie of deze figuur rechtmatig is. In verschillende uitspraken hebben rechters payrollconstructies 'doorgeprikt' en aangenomen dat de werknemer bij de inlener in dienst was.⁶²

In een zeer recent arrest heeft de Hoge Raad de kentering in de manier waarop een payrollovereenkomst wordt gekwalificeerd (opnieuw) bevestigd.⁶³ De feiten die voorlagen, waren – voor zover in dit kader relevant – kort samengevat als volgt. De heer Strubbe verricht vanaf 2007 tot en met 2011 werkzaamheden voor de inlener op basis van een payrollovereenkomst met Tentoo Collective Freelance & Flex B.V. Hierna verricht hij zonder tussenkomst van de payroller werkzaamheden als docent viool op basis van een overeenkomst van opdracht. Na een jaar bericht de opdrachtgever dat zij de over-

54. Wet van 14 juni 2014 tot wijziging van verschillende wetten in verband met de hervorming van het ontslagrecht, wijziging van de rechtspositie van flexwerkers en wijziging van verschillende wetten in verband met het aanpassen van de Werkloosheidswet, het verruimen van de openstelling van de Wet inkomensvoorziening oudere werklozen en de beperking van de toegang tot de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (Wet werk en zekerheid).

55. Zo ook voor ontslag van een werknemer die langer dan twee jaar arbeidsongeschikt is (b-grond).

56. Of een bij cao ingestelde ontslagcommissie.

57. Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, 2015-0000102290, tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding (Ontslagregeling).

58. Art.1 onderdeel b. Ontslagregeling.

59. Uitzendwerkgever is in de art. 1 onderdeel i Ontslagregeling gedefinieerd als 'i. uitzendwerkgever: 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.'

60. Voor de definitie van een payrollwerknemer wordt in de Ontslagregeling verwezen naar de werknemer bedoeld in onderdeel f. Hierin is de definitie van payrollwerkgever opgenomen: '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 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'.

61. Art. 7 Ontslagregeling.

62. Zie onder andere Ktr. Enschede, 21 maart 2013, RAR 2013/95; Ktr. Amsterdam, 3 september 2013, Prg. 2013/165; Rb. Overijssel, 11 maart 2014, JAR 2014/95 met annotatie van mr. dr. J.P.H. Zwemmer, Prg. 2014/114, JIN 2014/81 met annotatie van C. Heerink-van Hattem, AR-Updates.nl 2014-0235.

63. HR 2 december 2016, (Strubbe/Stichting Leerorkest), ECLI:NL:HR:2016:2757, AR 2016-1377.

eenkomst niet verlengt. Het hof acht aannemelijk dat in de periode 2007-2011 sprake is geweest van een uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW waarbij Strubbe door de payroller ter beschikking werd gesteld aan de inlener. Volgens Strubbe heeft het hof onterecht geoordeeld dat sprake is van een uitzendovereenkomst met Tentoo en niet een arbeidsovereenkomst met het Leerorkest. Volgens Strubbe ontbreekt de (vereiste) klassieke allocatiefunctie. De Hoge Raad verwijst naar het *StriPP*-arrest. Omdat voor toepasselijkheid van artikel 7:690 en 7:691 BW geen klassieke allocatieve functie is vereist, faalt de klacht van Strubbe. De payrollovereenkomst wordt niet 'doorgeprikt' maar gekwalificeerd als een uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW.

De Ontslagregeling benadert deze problematiek op een andere wijze. De payrollwerknemer wordt niet zozeer beschouwd als in dienst van de inlener, maar hij wordt voor het ontslagrecht gelijk behandeld aan werknemers van de inlener.⁶⁴ Anders gezegd, een payrollwerknemer geniet (bijna) dezelfde ontslagbescherming als werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij een werkgever.⁶⁵ Indien de overeenkomst tussen de payrollwerkgever en de opdrachtgever wordt beëindigd, wordt bij de beoordeling of sprake is van een redelijke grond zoals genoemd in art. 7:669 lid 3 onderdeel a, de payrollwerknemer geacht in dienst te zijn van de opdrachtgever. Dit is zoals gezegd anders bij de uitzendwerknemer.⁶⁶ Een payrollwerknemer geniet derhalve op grond van de Ontslagregeling meer bescherming dan de uitzendwerknemer. Dit uitgangspunt kan echter wel worden ondergraven als bij payrolling gebruik wordt gemaakt van het uitzendbeding. In dat geval eindigt de uitzend/payrollovereenkomst van rechtswege op het moment dat een opdrachtgever de opdrachtovereenkomst met de payrollwerkgever opzegt. Mogelijk dat de Hoge Raad een dergelijk gevolg van zijn arrest niet wenselijk acht voor zover dat niet de bedoeling van de wetgever zou zijn.⁶⁷ Een rechter zou – totdat de

wetgever hier grenzen aan wenst te stellen – art. 7:691 BW zo uit kunnen leggen dat strijd met de ratio hiervan wordt voorkomen, dan wel dat hij een beroep op die regels naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan oordelen. Wij zijn van mening dat de payrollovereenkomst dan alsnog kan worden 'doorgeprikt' en kan worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst tussen de payrollwerknemer en de materiële werkgever, de inlener. Een andere mogelijkheid zou zijn dat de rechter vanwege strijd met de ratio dan wel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid de toepasselijkheid van art. 7:691 BW uitsluit.

Uit voorgaande maken wij een aantal gevolgtrekkingen. Allereerst, in de zin van de Ontslagregeling geldt een payrollwerkgever als een uitzendwerkgever zonder allocatiefunctie. De Ontslagregeling maakt een verdeling tussen verschillende varianten van uitzenders: de uitzendwerkgever die in het kader van beroep of bedrijf werknemers ter beschikking stelt aan derden om onder hun leiding en toezicht werkzaam te zijn en zodoende vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bij elkaar te brengen⁶⁸ en de payrollwerkgever die op basis van een overeenkomst met een derde, niet tot stand gekomen om vraag en aanbod op de arbeidsmarkt samen te brengen, werknemers ter beschikking stelt om in opdracht en onder toezicht en leiding van die derde arbeid te verrichten.⁶⁹ In het Burgerlijk Wetboek wordt – ook na het *StriPP*-arrest – dit onderscheid niet gemaakt. De Hoge Raad heeft immers geoordeeld dat alle werkgevers die bedrijfsmatig werknemers ter beschikking van een derde stellen, uitzendwerkgevers in de zin van art. 7:690 BW zijn. Ondanks dat payrollwerkgever uitzenders zijn ex art. 7:690 BW gelden niet de bijzondere regels voor ontslag voor de uitzendwerkgever.⁷⁰ Voor de payrollwerkgever gelden immers de bijzondere ontslagregels voor de payrollwerkgever ex art. 1 onderdeel g Ontslagregeling. Dat is na het *StriPP*-arrest niet anders geworden.

Eenzijds vragen wij ons af of het wenselijk is dat door het *StriPP*-arrest de definities van de uitzendovereenkomst in art. 7:690 BW en art. 1 onderdeel g Ontslagregeling niet langer gelijk (lijken te) lopen. Immers, door het *StriPP*-arrest is voor de toepasselijkheid van art. 7:690 en 7:691 BW vereist

64. Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/352, nr. 352.

65. Art. 23 Ontslagregeling sluit toepasselijkheid van de art. 11, 20 en 22, alsmede art. 7:681 lid 1, onderdelen d en e, en art. 682 lid 4 en 5 BW uit indien de overeenkomst tussen de payrollwerkgever en de opdrachtgever op initiatief van de eerste wordt beëindigd, omdat de opdrachtgever zijn financiële verplichtingen gedurende ten minste drie maanden in het geheel niet is nagekomen en de payrollwerkgever in voldoende mate heeft getracht nakoming van de overeenkomst af te dwingen.

66. Hierbij is bij het beëindigen van een inleenopdracht immers een redelijke grond voor opzegging bij bedrijfseconomische omstandigheden indien de uitzendwerknemer niet binnen 26 weken herplaatsbaar is bij de inlener op grond van art. 7:669 lid 1 BW en voldoende is gedaan aan de herplaatsingsverplichting door de uitzendwerkgever.

67. Hoge Raad r.o. 3.42: '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 en ander echter niet aan de orde.'

68. En wiens premieplichtige loonsom op jaarbasis voor ten minste 50% wordt gerealiseerd in het kader van uitzendovereenkomsten als bedoeld in art. 7:690 BW.

69. 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.

70. Als bedoeld in art. 1 onderdeel f Ontslagregeling.

dat de werkgever een ruime allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervult. Dit element wordt uitgesloten in de definitie van de payrollwerkgever in de Ontslagregeling. Anderzijds is het uiteraard mogelijk te differentiëren tussen de uitzendregeling in het BW en de Ontslagregeling ten behoeve van ontslagbescherming. De vraag is echter of de wetgever dat voor ogen stond bij de Ontslagregeling. De Minister heeft immers aangegeven dat het wél de bedoeling is dat het verlichte ontslagregime alleen van toepassing is op klassieke uitzendrelaties en niet op andere driehoeksrelaties. Anders gezegd, in het BW wordt wél gedifferentieerd tussen verschillende varianten van uitzenders, althans dat was volgens de Minister de bedoeling. Bovendien is het noodzakelijk geacht om de payrollwerknemer meer ontslagbescherming te bieden dan de uitzendwerknemer. Wij geven in overweging de bijzondere positie van de payrollwerknemer te verankeren in het BW door de payrollovereenkomst als species van de uitzendovereenkomst in een aparte regeling op te nemen waarbij weliswaar kan worden aangesloten bij de definitie en bescherming van art. 1 onderdeel g Ontslagregeling, maar waarbij de payrollovereenkomst – gelijk intra-concerndetachering – wordt uitgesloten van het verlichte ontslagregime ex art. 7:691 BW. De Ontslagregeling kan dan ongewijzigd blijven.

Detachering

Detachering is geen wettelijk gedefinieerd begrip. Van detachering wordt in het algemeen gesproken in die situaties waarin een werknemer werkzaamheden verricht binnen het bedrijf van een ander dan degene met wie hij een arbeidsovereenkomst sluit. Anders dan bij uitzending wordt bij detachering geen uitzendbeding⁷¹ overeengekomen. Ook is sprake van een meer bestendige arbeidsrelatie tussen de uitlenende werkgever en de uitgeleende werknemer en is de werknemer gemiddeld langer werkzaam bij een opdrachtgever.⁷² Volgens Zwemmer is het verschil tussen detacheren en uitzenden dat bij detachering het zwaartepunt ligt bij het verwerven van de opdracht; bij uitzenden ligt dat bij het ter beschikking stellen van werknemers. Als voorbeelden van een bedrijf waarbij het zwaartepunt ligt bij het verwerven van de opdracht noemt hij uitlening door een management-B.V. en payrolling. Wij zien de klassieke allocatiefunctie als de kern van dit verschil. Ook al zou het zwaartepunt immers zien op het verwerven van de opdracht, indien de werkgever (daartoe) werknemers ter beschikking stelt aan een opdrachtgever, is voldaan

aan de vereisten van art. 7:690 BW. De Hoge Raad heeft daarbij nu net geoordeeld dat het vervullen van de klassieke allocatiefunctie niet (langer) een vereiste is voor een uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW. Dit maakt dat detachering – tevens inhoudende de ‘C4C variant’ waarbij werknemers ter beschikking worden gesteld aan de opdrachtgever van de detacherende werkgever om in diens bedrijf specialistische of hoog gekwalificeerde arbeid te verrichten waarvoor de opdrachtgever zelf niet de kennis en de vaardigheden in huis heeft⁷³ – valt onder de uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW.

Omdat detachering kwalificeert als uitzenden in de zin van art. 7:690 BW, dient de ABU cao verplicht te worden toegepast, mits algemeen verbindend verklaard en aan de reikwijdte daarvan is voldaan. Ook moet verplicht worden aangesloten bij StiPP. E.e.a. voor zover de detacheerder niet al op basis van lidmaatschap van een aangesloten werkgeversorganisatie verplicht is de ABU cao toe te passen en aan te sluiten bij StiPP. Ook geldt dat art. 7:691 BW onverkort van toepassing is: op de uitzendovereenkomst tussen de detacheerder en de werknemer wordt de ketenregeling pas van toepassing zodra de werknemer meer dan 26 weken arbeid heeft verricht⁷⁴ en kunnen partijen een uitzendbeding overeenkomen. De Ontslagregeling is in beginsel niet van toepassing op de detacheerder. Doordat de detacheerder niet bedrijfsmatig vraag en aanbod op de arbeidsmarkt samenbrengt, althans het zwaartepunt hier niet op ligt, valt hij immers niet onder de reikwijdte van art. 1 onderdeel i Ontslagregeling (definitie uitzendwerkgever). Kan een werknemer van een detacheringsbedrijf dan wel gebruik maken van de bijzondere ontslagregels voor de payrollwerkgever ex art. 1 onderdeel g Ontslagregeling? Wij zijn van mening dat die mogelijkheid juridisch wel is gecreëerd door het StiPP-arrest – voor zover de detacheringsbedrijf voldoet aan de voorwaarden voor een payrollwerkgever. De vraag is of dit wenselijk is en of de wetgever dit voor ogen had bij invoering van de Ontslagregeling. Het lijkt ons niet wenselijk dat een detacheringsbedrijf gedetacheerde werknemers kan ontslaan als de opdracht wordt beëindigd. Deze ontslagmogelijkheid zou wat ons betreft moeten worden voorbehouden aan werkgevers die bedrijfsmatig werknemers ter beschikking stellen aan derden. Bij een detacheerder ligt het zwaartepunt nu juist bij het verwerven van de opdracht.

Contracting

De definitie van uitzendovereenkomst bevat een aantal bijzondere kenmerken. De uitzendkracht oefent zijn werkzaamheden uit in het bedrijf van een derde (de inlener), onder toezicht en leiding van die derde. Dit geschiedt krachtens een *opdracht* aan

71. Door het overeenkomen van het uitzendbeding, spreken partijen af dat de arbeidsovereenkomst tussen uitzendwerknemer en uitzendwerkgever eindigt op het moment dat de inlener (die de uitzendwerknemer van de uitzendwerkgever inhuurt) de opdracht beëindigt.

72. Zwemmer verwijst in zijn proefschrift *Pluraliteit van werkgevers* naar C.J. Smitskam, *PS-Special: de uitzendovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2005, p. 9.

73. J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (proefschrift, Amsterdam: UvA), p. 129.

74. Bij cao kan van de bepalingen van de ketenregeling en van de termijn van 26 weken ten nadele van de werknemer worden afgeweken.

de werkgever. Dit laatste element is opgenomen om duidelijk te maken dat bijvoorbeeld aanneming van werk niet tot een uitzendovereenkomst kan leiden. De terbeschikkingstelling moet geschieden in het kader van het beroep of het bedrijf van de werkgever.⁷⁵ Bij contracting gaat het in beginsel wel om aanneming van werk (of een overeenkomst van opdracht). Bij contracting verbindt de aannemer of 'contractor' zich jegens de opdrachtgever ten aanzien van het te leveren (eind)resultaat – het gaat derhalve niet om terbeschikkingstelling van werknemer in het kader van beroep of bedrijf. De door het contractingbedrijf met de opdrachtgever gesloten overeenkomst kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst van aanneming van werk of overeenkomst van opdracht. Van aanneming van werk is op grond van art. 7:750 BW sprake wanneer de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld. Is de overeenkomst niet gericht op de totstandbrenging en oplevering van een werk van stoffelijke aard, dan is sprake van een overeenkomst van opdracht ex art. 7:400 BW.⁷⁶

Bij contracting als arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding voert de aannemer of opdrachtnemer de opdracht voor de opdrachtgever uit met inzet van eigen, door hemzelf aangestuurde werknemers. De werknemers zijn op basis van een arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 BW in dienst van de aannemer.⁷⁷ Hoewel op zich zelf partijbedoeling en feitelijke uitvoering van belang zijn bij kwalificatie van een tussen partijen gesloten overeenkomst⁷⁸, is art. 7:690 BW is van dwingend recht. Bevat een driehoeksverhouding – ondanks dat partijen zelf van contracting spreken – de elementen uit de definitie van art. 7:690 BW, dan is sprake van een uitzendovereenkomst.⁷⁹

Voor contracting kunnen wij in grote lijnen dezelfde gevolgtrekkingen maken als voor detachering

(zie hierboven). Ook voor deze driehoeksrelatie geldt o.i. dat indien de werkgever werknemers ter beschikking stelt aan een opdrachtgever, is voldaan aan de vereisten van art. 7:690 BW. Dat in acht nemende kan volgens ons – gelijk de payrollovereenkomst – de arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding contracting worden 'doorgeprikt' indien sprake zou zijn van een schijnconstructie gericht op het omzeilen van de arbeidsrechtelijke gevolgen van de kwalificatie van deze driehoeksverhouding als uitzendovereenkomst. Indien wordt voldaan aan de vereisten voor een uitzendovereenkomst kan een werknemer van een contractingbedrijf toepasselijkheid van de ABU cao en opbouw van pensioenrechten onder StiPP claimen; het verlichte ontslagregime ex art. 7:691 BW wordt van toepassing. En indien het contractingbedrijf voldoet aan de voorwaarden voor een payrollwerkgever ex art. 1 onderdeel g Ontslagregeling, dan kan volgens ons een werknemer van een contractingbedrijf gebruik maken van de bijzondere ontslagregels voor de payrollwerkgever.

Intra-concern detachering

Als de werknemer binnen concern een arbeidsovereenkomst heeft gesloten met een groepsmaatschappij (al dan niet fungerend als centrale werkgever, ook wel de personeelsvereniging) en feitelijk werkzaam is in de in een andere groepsmaatschappij ondergebrachte ondernemingsactiviteit, wordt gesproken van intra-concern detachering.⁸⁰ Bij intra-concern detachering is ook sprake van een driehoeksverhouding tussen personeelsvereniging (formele werkgever), groepsmaatschappij (materiële werknemer) en de werknemer. In art. 7:691 lid 6 BW wordt intra-concern detachering uitgezonderd van de toepassing van het verlichte ontslagregime ingevolge art. 7:691 BW. Ondanks dat in lid 6 van art. 7:691 BW intra-concern detachering als uitzendovereenkomst wordt bestempeld, is vóór het *StiPP*-arrest in de literatuur discussie gevoerd over de vraag hoe intra-concern detachering arbeidsrechtelijk gekwalificeerd dient te worden.

Uit de wetsgeschiedenis volgt de reden voor het uitzonderen van intra-concern detachering van de toepasselijkheid van het verlichte ontslagregime: *'De bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst geldt alleen voor die werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen, dus die in het kader van de uitoefening van hun beroep of bedrijf arbeidskrachten ter beschikking stellen aan derden. Het incidenteel in voorkomende gevallen ter beschikking stellen van arbeidskrachten door werkgevers die in feite geheel andersoortige beroeps- of bedrijfsactiviteiten hebben kan derhalve niet onder het regime van de uitzendovereenkomst worden gebracht. Door voorts toepassing van de regeling van de uitzendovereenkomst, zoals neergelegd in art. 691 Boek 7 BW, uit*

75. *Kamerstukken II 1996/97, 25263, nr. 3, p. 33.*

76. J.P.H. Zwemmer over Hof 's-Hertogenbosch 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4353, (*Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten/Qatro*), *Contracting: over afbakingsproblemen met uitzending, schijnconstructies en juridisch houdbare varianten*, AR Updates annotaties AR_2014_1017.

77. Zie Zwemmer, AR Updates annotaties AR_2014_1017.

78. HR 14 november 1997, JAR 1997/263 (*Groen/Schoevers*). In het arrest Groen/Schoevers is bepaald dat de vraag of een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval, waarbij doorslaggevende betekenis wordt toegekend aan de vraag of partijen totstandkoming van een arbeidsovereenkomst hebben beoogd. Niet een enkel kenmerk van de overeenkomst is doorslaggevend, maar de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden, moeten in onderling verband worden gezien.

79. Zie hierover uitgebreid Zwemmer, AR Updates annotaties AR_2014_1017.

80. J.P.H. Zwemmer, 'Over het werkgeverschap van de personeelsvereniging en groepsaansprakelijkheid bij het intra-concern detacheren van werknemers', *Ondernemingsrecht* 2016/78.

te sluiten voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten tussen werkgevers die onderling in een concernrelatie tot elkaar staan, als bedoeld in de artikelen 2:24a-24b BW, wordt beoogd te voorkomen dat arbeidsorganisaties via een eigen uitzendbureau personeel ter beschikking stellen van de eigen organisatie, maar dan met minder verplichtingen.⁸¹ Samengevat, intra-concern detachering is weliswaar uitzenden in de zin van art. 7:690 BW maar omdat er in die situatie niet kan worden gesproken van een allocatiefunctie voor de arbeidsmarkt is het verlichte regime niet van toepassing.

Zwemmer betoogde aan de hand van de wetsgeschiedenis dat met lid 6 slechts beoogd is dat ondernemingen door middel van hun eigen (daarvoor in het leven geroepen) uitzendbureau personeel aan de eigen organisatie ter beschikking konden stellen en op die manier onder verschillende verplichtingen konden uitkomen.⁸² Beltzer meent dat de wetgever met de eerste zin bedoeld heeft de bijzondere regeling van de uitzendrelatie te reserveren voor ondernemingen die een allocatieve functie vervullen.⁸³ Zowel Zwemmer als Beltzer betogen dat de wetsgeschiedenis hierin voor weinig misverstand vatbaar is, en dat lid 6 gelezen moet worden in samenhang met de wetsgeschiedenis. Daaruit zou blijken dat het kwalificeren van de personeels-BV als uitzendorganisatie in strijd met de doelstelling van de wet is en om die reden in vrijwel alle gevallen zou moeten worden geconcludeerd dat niet sprake is van uitzending nu het toewijzen van personeel binnen een en dezelfde groepsstructuur niet kan worden gelijkgesteld met de allocatieve functie die de wetgever steeds op het oog heeft gehad bij het opstellen van de regeling van de uitzendovereenkomst.⁸⁴ Naast Zwemmer en Beltzer gaan ook Verburg⁸⁵ en Bartman en Dorresteijn⁸⁶ ervan uit dat de intra-concern detachering groepsmaatschappij de werkgever van de werknemer is, in de zin van art. 7:610 BW. Deze op de wetsgeschiedenis gefundeerde interpretatie van art. 7:691 lid 6 BW staat haaks op voorstanders van de wetstechnische interpretatie van art. 7:691 lid 6 BW. Zo meent Grapperhaus dat intra-concern detachering wel onder het bereik van art. 7:690 BW valt, met verwijzing naar de letterlijke tekst van art. 7:690 lid 6.⁸⁷

Door het *StiPP*-arrest is de discussie (voorlopig) beslecht. Intra-concerndetachering is uitzending in de zin van art. 7:690 BW. Toepasselijkheid van art. 7:691 BW wordt uitgesloten in lid 6 van dat artikel. Een zijstap: invloed van het *StiPP*-arrest op de *Albron* doctrine?

Een interessante zijstap is de vraag of het *StiPP*-arrest gevolgen heeft voor de bescherming die de Richtlijn 2001/23⁸⁸ (verder: de Richtlijn Overgang van onderneming), in het Nederlands arbeidsrecht uitgewerkt in o.a. art. 7:662 BW e.v. aan werknemers biedt die intra-concern zijn gedetacheerd, zoals aan de orde is gekomen in het *Albron*-arrest.⁸⁹ Geniet een intra-concern gedetacheerde uitzendwerknemer nog dezelfde bescherming wanneer de groepsmaatschappij (de inlener) waar hij ter beschikking is gesteld overgaat in de zin van art. 7:662 BW e.v.?

Definitie uitzendovereenkomst Uitzendrichtlijn

Om te kunnen beoordelen of een intra-concern gedetacheerde uitzendwerknemer daadwerkelijk wordt beschermd bij een overgang van de inlener ingevolge art. 7:663 BW, is allereerst van belang wat wordt verstaan onder een uitzendwerknemer. De uitzendwerknemer in de zin van de Uitzendrichtlijn geniet immers bescherming van de Richtlijn Overgang van onderneming.⁹⁰ In art. 2 lid 2 Richt-

88. Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassingen van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van vestigingen (*PbEG* 2003, L082).

89. HvJ EU 21 oktober 2010, *NJ* 2010, 576, *JAR* 2010/298 (*Albron Catering B.V./Roest*): het Hof van Justitie oordeelde dat bij de overgang van een tot een concern behorende onderneming naar een onderneming buiten dat concern, ook de werknemers van een zogeheten personeelsvennootschap die permanent bij die concernonderneming werkzaam zijn, van rechtswege overgaan op grond van hun arbeidsbetrekking met de werkmaatschappij.

90. Richtlijn Overgang van onderneming is echter slechts van toepassing als sprake is van overname van een duurzaam georganiseerde economische eenheid waarvan de activiteit niet beperkt is tot de uitvoering van een bepaald werk. Bij uitzendbureaus dient daarbij een iets andere toetsing plaats te vinden dan bij andere ondernemingen, nu kenmerkend is voor uitzendbureaus dat er gewoonlijk geen verschillende afzonderlijk over te dragen economische eenheden zijn aan te wijzen. Daarom moet worden nagegaan of de door het uitzendbureau overgedragen bedrijfsmiddelen een operationeel geheel vormden waarmee zelfstandig diensten konden worden verricht die kenmerkend waren voor de economische activiteit van het uitzendbureau, zonder de inzet van andere bedrijfsmiddelen van enige omvang of andere onderdelen van het bedrijf. Dit is het geval als sprake is van een op zich staand geheel van met de bedrijfsvoering (uitzenden) belaste werknemers, uitzendkrachten en knowhow en dit geheel een eigen doel nastreeft, namelijk het ter beschikking stellen van uitzendkrachten. Het is aan de nationale rechter om te beoordelen of aan deze criteria is voldaan. Zie HvJ EG 13 september 2007, *JAR* 2007/252 (*Jouini e.a./Princess Personal Service GmbH*).

81. *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 10.

82. *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, nr. 3, p. 10. Zie hierover J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, dissertatie UvA 2012, p. 273.

83. R.M. Beltzer, F.G. Laagland & L. van den Berg, 'Concernwerkgeverschap, Preadvies Levenbach/VvA', Kluwer, Deventer 2015, p. 29.

84. R.M. Beltzer, F.G. Laagland & L. van den Berg, 'Concernwerkgeverschap, Preadvies Levenbach/VvA', Kluwer, Deventer 2015, p. 32.

85. L.G. Verburg, 'Het werkgeverschap in concernverband: transparantie gezocht', *ArbeidsRecht* 2001/1.

86. S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteijn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 157.

87. F.B.J. Grapperhaus, *T&C Arbeidsrecht*, Deventer Kluwer 2016.

lijn Overgang van onderneming wordt verwezen naar de Uitzendrichtlijn⁹¹: 'Deze richtlijn doet geen afbreuk aan het nationale recht met betrekking tot de definitie van een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking. De lidstaten mogen van de werkingssfeer van deze richtlijn echter geen arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen uitsluiten enkel op grond van: [...] c. het feit dat het uitzendarbeidsbetrekkingen zijn in de zin van artikel 1, punt 2, van richtlijn 91/383/EEG [van de Raad van 25 juni 1991 ter aanvulling van de maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van de werknemers met arbeidsbetrekkingen voor bepaalde tijd of uitzendarbeidsbetrekkingen (PB L 206, blz. 19)] en de onderneming, de vestiging of het overgegangende deel van de onderneming of de vestiging het uitzendbureau is, of deel uitmaakt van het uitzendbureau, dat optreedt als werkgever.' Voor toepassing van de Richtlijn Overgang van onderneming dient de uitzendkracht werkzaam te zijn in de onderneming van het uitzendbureau en *niet* in de onderneming van de inlener waar hij ter beschikking is gesteld. Op grond van de Richtlijn Overgang van onderneming gaat de uitzendwerknemer alleen dan mee over wanneer de onderneming van het uitzendbureau overgaat en niet de onderneming van de inlener waar hij ter beschikking is gesteld. Dit principe is later bevestigd in het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Jouini* van 13 september 2007⁹². In de Uitzendrichtlijn⁹³ staat wat onder het begrip uitzending kan worden verstaan. Een uitzendwerknemer wordt gedefinieerd als 'werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau, die

ter beschikking worden gesteld van de inlenende ondernemingen om onder toezicht en leiding van genoemde onderneming tijdelijk te werken'. De vraag werpt zich op of het begrip 'tijdelijk' uit de Uitzendrichtlijn ziet op de duur van de terbeschikkingstelling en daarmee elke vorm van permanente uitzending wordt uitgesloten. Zwemmer meent dat met het begrip 'tijdelijk' in de Uitzendrichtlijn wordt bedoeld dat sprake moet zijn van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt.⁹⁴ Hij leidt dit af uit het rapport dat in 2011 ter facilitering van de implementatie van de Uitzendrichtlijn.⁹⁵ In datzelfde rapport meldde de expertgroep echter ook dat het gebruik van het begrip tijdelijkheid in de Uitzendrichtlijn niet impliceert dat de duur van de terbeschikkingstelling is begrensd. Wij zijn van mening dat permanente detachering niet onder de Uitzendrichtlijn valt nu geen sprake is van tijdelijke terbeschikkingstelling. Zou dit anders zijn bedoeld dan zouden zowel de Europese rechter als de Nederlandse Hoge Raad de arbeidsbetrekking tussen Roest en Albron ten onrechte niet als een uitzendovereenkomst hebben gekwalificeerd. Indien deze lijn gevolgd wordt, zou de permanent intra-concern gedetacheerde werknemer niet op grond van het Europese recht vallen onder het uitzendbegrip in de zin van de Uitzendrichtlijn en daarmee ook niet vallen onder art. 2 Richtlijn Overgang van onderneming. Dan kan zo niet zijn bedoeld.

In de *Albron*-zaak hebben zowel het Hof van Justitie als de Hoge Raad⁹⁶ uitgemaakt dat de intra-concern gedetacheerde werknemer bescherming verdient indien de onderneming waar hij (permanent) ter beschikking is gesteld overgaat. Het Hof van Justitie oordeelde in 2010 dat, hoewel tussen de intra-concern gedetacheerde werknemer en de groepsmaatschappij waarbij hij werkzaam is geen rechtsverhouding bestaat, hier wel sprake is van een niet-contractuele 'arbeidsbetrekking' zoals genoemd in de Richtlijn Overgang van onderneming.⁹⁷ Op grond van deze arbeidsbetrekking gaat, naar het oordeel van het Hof van Justitie, de arbeidsbetrekking van de werknemer met de personeelsvereniging van rechtswege mee over naar de nieuwe eigenaar of exploitant van de onderneming van de groepsmaatschappij. De Hoge Raad overwoog daar-

91. Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (*PbEG* 2002008, L327/9). 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 van de inlener.

92. HvJ EG 13 september 2007, *JAR* 2007/252: Hierin overwoog het Hof van Justitie dat bij uitzending uitzendkrachten ter beschikking worden gesteld aan inleners voor het verrichten van diverse taken al naar gelang van de behoeften en aanwijzingen van die inleners. De arbeidsovereenkomst van de uitzendkracht gaat van rechtswege over op grond van de Richtlijn wanneer een naar aantal en deskundigheid wezenlijk deel van de met de bedrijfsvoering binnen het uitzendbureau belaste werknemers en uitzendkrachten overgaat naar een ander uitzendbureau. Dit heeft tot gevolg dat op grond van de Richtlijn 2001/23 de overgang van onderneming van de inlener er in beginsel niet toe leidt dat de uitzendkracht mee overgaat, nu deze immers in dienst is bij het uitzendbureau en niet in dienst van de inlener.

93. Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (*PbEG* 2002008, L327/9). 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 van de inlener.

94. J.P.H. Zwemmer, 'Pluraliteit van werkgeverschap', Dissertatie UvA, p. 95.

95. In opdracht van de Europese Commissie werd dit rapport opgesteld door een expertgroep die onder meer bestond uit deskundigen op het gebied van uitzending afkomstig uit de 27 lidstaten, Rapport Expert Group, Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work, EC: Employment, Social Affairs & Inclusion: Labour Law August 2011.

96. HR 5 april 2013, *JAR* 2013/125 (*Albron*).

97. Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassingen van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van vestigingen (*PbEG* 2003, L082). Op het Europese uitzendingsbegrip zal in deze bijdrage niet worden ingegaan.

opvolgend dat er van uit moest worden gegaan dat met art. 7:663 BW is beoogd ten volle uitvoering te geven aan de uit de Richtlijn Overgang van Onderneming voortvloeiende verplichtingen. De Hoge Raad paste daarmee een richtlijnconforme interpretatie toe op artikel 7:663 BW, nu naar het oordeel van de Hoge Raad aannemelijk was dat door de wetgever is beoogd een intra-concern gedetacheerde werknemer die niet in dienst is bij de onderneming waarbij hij feitelijk werkzaam is (maar bij een zustermaatschappij) bij de overgang van die onderneming van rechtswege eveneens mee over te laten gaan naar de nieuwe eigenaar of exploitant van de onderneming.⁹⁸ Daarmee is sinds 2013 duidelijk geworden dat ook een arbeidsbetrekking in geval van permanente intra-concerndetachering onder het bereik van art. 7:663 BW valt.

De vraag of een intra-concern gedetacheerde werknemer als uitzendwerknemer kon worden gekwalificeerd deed in de *Albron*-zaak niet ter zake. Volledigheidshalve, ten tijde van het *Albron*-arrest bestond naar Nederlands recht discussie over de vraag of intra-concerndetachering onder het bereik van art. 7:690 BW viel.⁹⁹ Met de komst van het *StiPP*-arrest is in ieder geval duidelijk geworden dat intra-concerndetachering wel onder het bereik van art. 7:690 BW valt. De vraag werpt zich dan op hoe hiermee nu naar Nederlands recht in een casus gelijk aan die van *Albron* dient te worden omgesprongen. De Nederlandse regering heeft immers in het kader van de wetwijziging van 18 april 2002¹⁰⁰ verteld dat een uitzendkracht niet mee overgaat als de onderneming waarin hij de feitelijke werkzaamheden verricht, wordt overgedragen. Indien het uitzendbureau zelf over gaat, gaat de uitzendkracht wel mee over.¹⁰¹ Dit is tevens in lijn met de Richtlijn Overgang van onderneming: ook daarin wordt in art. 2 de uitzendwerknemer geacht werkzaam te zijn in de onderneming van de uitzendwerkgever en verdient een uitzendwerknemer geen bescherming indien de inlener overgaat.¹⁰²

Na de komst van het *StiPP*-arrest volgt de intra-concern gedetacheerde uitzendwerknemer volgt, conform de Nederlandse wet, alleen de uitzendwerkgever bij een overgang van onderneming op basis van 7:663 BW en niet de inlener. Dit schuurt met de *Albron*-doctrine: deze groep werknemers geniet immers (ook) bescherming op basis van hun arbeidsbetrekking met de inlener op grond van art. 7:663 BW.

Hoe kan hiermee in de rechtspraak worden omgegaan? Enerzijds kan door wetgeving een oplossing worden geboden door introductie van de klassieke allocatiefunctie. Anderzijds zou kunnen worden volstaan met de zgn. 'dubbele bescherming'. Hiermee wordt bedoeld dat de uitzendwerknemer zowel met de uitzendwerkgever als met de inlener kan overgaan ingeval van een overgang van onderneming. Dit *matcht* met de *Albron*-doctrine (immers, de intra-concern gedetacheerde werknemer wordt beschermd op basis van zijn 'arbeidsbetrekking' en volgt de inlener) en sluit tevens aan bij de visie van het Hof van Justitie in zijn arrest van 17 november 2016.¹⁰³ Hierin is de royale beschermingsopvatting gehanteerd ten aanzien van uitzendwerknemers. Uit het arrest leiden wij af dat uitzendkrachten zoveel mogelijk gelijk moeten worden behandeld ten opzichte van werknemers die rechtstreeks door de inlenende onderneming zijn te werk gesteld, omdat beide arbeidsverhoudingen niet wezenlijk van elkaar verschillen.

5. *The great escape? Samenloop van reikwijdtes bij cao en pensioen*

Kern van het *StiPP*-arrest is dat C4C kan worden aangemerkt als uitzendonderneming en daarmee verplicht is zich aan te sluiten bij *StiPP*. Uit de verplichtstelling volgt dat het deelnemen in de *StiPP* verplicht is voor uitzendkrachten die op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam zijn voor een uitzendonderneming, vanaf de eerste dag van de maand waarin zij de leeftijd van 21 jaar bereiken tot de eerste dag van de maand waarin zij de leeftijd van 67 jaar bereiken.¹⁰⁴ Het oordeel van de Hoge

98. Zie hierover o.a. J.P.H. Zwemmer & R.M. Beltzer, *Albron/Roest – 'All's well that ends well', Onderneming en Financiering*, 2013/ 2, & R.M. Beltzer & C.L. Waterman, 'De zaak *Albron/Roest* – de Hoge Raad poneert een obscuur libel', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming*, 2012/2.

99. Voor een uitgebreide uiteenzetting verwijzen wij naar R.M. Beltzer, F.G. Laagland & L. van den Berg, 'Concernwerkgeverschap, Preadvies Levenbach/VvA', Deventer: Kluwer 2015, p. 29.

100. Wet van 18 april 2002 tot uitvoering van de Richtlijn 98/50/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 juni 1998 tot wijziging van de Richtlijn 77/187/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen. *Stb.* 2002/215.

101. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 15. Zie in deze zin ook J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (proefschrift, Amsterdam: UvA), p. 191.

102. HvJ EG 13 september 2007, *JAR* 2007/252 (*Jouini e.a./Princess Personal Service GmbH*). Hierin overwoog het

Hof van Justitie dat bij uitzending uitzendkrachten ter beschikking worden gesteld aan inleners voor het verrichten van diverse taken al naar gelang van de behoeften en aanwijzingen van die inleners. De arbeidsovereenkomst van de uitzendkracht gaat van rechtswege over op grond van de Richtlijn wanneer een naar aantal en deskundigheid wezenlijk deel van de met de bedrijfsvoering binnen het uitzendbureau belaste werknemers en uitzendkrachten overgaat naar een ander uitzendbureau. Dit heeft tot gevolg dat op grond van de Richtlijn de overgang van onderneming van de inlener er niet toe leidt dat de uitzendkracht mee over gaat, nu deze in dienst is bij het uitzendbureau.

103. HvJ EU 17 november 2016, C-216/15, (*Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH/Ruhrlandklinik gGmbH*).

104. Art. 1 van de verplichtstelling tot deelneming, *Stcrt.* 2009, nr. 22, 3 februari 2009. Volledigheidshalve, de verplichtstelling omvat eveneens een uitvoerige be-

Raad in het *StiPP*-arrest leidt er in dat specifieke feitencomplex toe dat in het geval van detachering¹⁰⁵ werknemers vallen onder de reikwijdte van *StiPP*. De uitzender (payroller, detacheerder) moet ook voor de werknemersverzekeringen in beginsel ingedeeld worden in de sector Uitzendbedrijven. Het kan namelijk ook zo zijn dat de uitzendende onderneming in een andere sector kan. Te weten de sector waarin zijn werknemers (voornamelijk) werkzaam zijn (de zgn. 'vaksector'). Daarvoor is vereist dat geen gebruik wordt gemaakt van het uitzendbeding en dat werkzaamheden worden verricht die voor meer dan 50% van het totale premieplichtige loon op jaarbasis aan één sector kunnen worden toegerekend.

Gevolgen van verplichte deelneming

Valt een werkgever onder de verplichtstelling dan moet hij de werknemers aanmelden bij *StiPP*, premies betalen en de uitzendwerknemers krijgen dan het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd pensioen via *StiPP*. Werkgevers die lid zijn van de Algemene Bond Uitzendondernemingen (ABU), de werkgeversorganisatie in de uitzend-, payroll- en/of detacheringsbranche in Nederland zijn al verplicht aangesloten bij *StiPP*. Is een werkgever geen lid van de ABU dan is het afhankelijk van de werkzaamheden van de onderneming of de werkgever zich verplicht moet aansluiten. Als er sprake is van een uitzendonderneming en valt de werkgever daarmee onder de werkingssfeer dan zal het *StiPP* deze werkgever aansluiten. Als een werkgever wel valt aan te merken als uitzendonderneming en daarmee onder de werkingssfeer, maar zich niet heeft aangesloten bij *StiPP* dan zal *StiPP* de werkgever verplicht (en zelfs onvrijwillig) aansluiten. In dat geval kan *StiPP* aanspraak maken op premiebetaling met terugwerkende kracht. Anders gezegd, (net zoals alle verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen (bpf)) heeft *StiPP* de bevoegdheid om naheffing te vorderen van verschuldigde pensioenpremies.¹⁰⁶ Het *StiPP*-arrest zet

schrijving van wanneer de verplichtstelling van toepassing is op uitzendkrachten die krachtens uitzendovereenkomst in dienst zijn van een onderneming die activiteiten ontplooit die eveneens zouden (kunnen) vallen onder de reikwijdte van een ander verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Alsmede een beschrijving van ondernemingen waarop de verplichtstelling onder voorwaarden niet van toepassing is omdat zij zich moeten aansluiten bij een ander verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Het strekt in het kader van deze annotatie te ver om hierop in te gaan.

105. Maar ook in het geval van payrolling.

106. Een vordering tot betaling van pensioenpremie verjaart in de regel 5 jaar nadat de pensioenpremie opeisbaar is geworden ex art. 3:308 BW. Een bpf kan pensioenpremies innen die in de voorliggende 5 jaar opeisbaar zijn geworden, zonder tegen verjaring aan te lopen. Naast vordering tot betaling van pensioenpremie, kan een bpf ook schadevergoeding vorderen wegens een tekortkoming in de nakoming van een wettelijke plicht (verplichte aansluiting) en wellicht ook wegens een toerekenbare onrechtmatige daad

de deur wagenwijd open voor naheffingsaanslagen voor pensioenpremies *StiPP*. Ook zouden veel meer werknemers pensioen kunnen claimen bij *StiPP*. Voor het ontstaan van een pensioenaanspraak maakt immers niet uit of pensioenpremie is afgedragen. Pensioenaanspraken van een werknemer ontstaan op grond van deelnemerschap in een bpf. Indien voldaan is aan de in het pensioenreglement neergelegde voorwaarden, is het ontstaan van pensioenaanspraken niet (ook nog) afhankelijk van een daartoe strekkende handeling van (het bestuur van) het bpf, zoals een toekenning of administratie van de pensioenaanspraken. Of en in hoeverre die aanspraken zijn opgebouwd, wordt dus uitsluitend bepaald door het antwoord op de vraag of en in hoeverre aan de daartoe gestelde voorwaarden van het pensioenreglement is voldaan.¹⁰⁷

Samenloop

Vraag is echter of het zover gaat komen. In het *StiPP* arrest komt namelijk niet aan de orde in welke bedrijfstak C4C haar medewerkers ter beschikking stelt aan derden. En dit kan – zoals eerder terecht onder de aandacht gebracht door Halsema – van beslissende invloed zijn op de afloop van het geschil tussen C4C en *StiPP* en andere gespecialiseerde uitzendwerkgevers.¹⁰⁸ Op grond van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomst (Wet Avv)¹⁰⁹ en de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (Wet BPF)¹¹⁰ kan de minister op verzoek van vakverenigingen en werkgeversorganisaties een bedrijfstak cao of bedrijfstakpensioenregeling verbindend verklaren voor de gehele bedrijfstak. Indien een werkgever kwalitatief naar aard en omvang onder de beschreven werkingssfeer van de verbindend verklaarde cao of pensioenregeling valt, dan is die werkgever van rechtswege werkgever in die bedrijfstak.¹¹¹ In de ABU cao en de verplichtstelling van *StiPP* wordt reeds een scheiding aangebracht tussen enerzijds uitzendondernemingen die, hoewel actief in slechts één of enkele sectoren, toch vooral moeten worden beschouwd als uitzendondernemingen

wegens schending van een wettelijke plicht. De schade die hieruit voortvloeit, kan op de werkgever worden verhaald. Een vordering tot schadevergoeding verjaart 5 jaar nadat het bpf zowel bekend is met de schade, als met de voor die schade aansprakelijke persoon en in ieder geval 20 jaar na de schadeveroorzakende gebeurtenis, ex art. 3:310 BW.

107. HR 3 februari 2012, *JAR* 2012/70 met annotatie van S.H. Kuiper, *PJ* 2012/39 met annotatie van mr. J.T. Gommer MPLA, *Ondernemingsrecht* 2012/87 met annotatie van Lorenz van der Meij, *RvdW* 2012/249, *NJB* 2012/408, *JONDR* 2012/993, *NJ* 2012/93, *AR-Updates.nl* 2012-0101.

108. M.J.H. Halsema, De grondpositie van de gespecialiseerde uitzendwerkgever in de Nederlandse polder, *TAP* 20016(6).

109. Art. 2 lid 1 Wet Avv (Wet van 25 mei 1937, *Stb.*1937, 801).

110. Art. 2 lid 1 Wet Bpf (Wet van 21 december 2000, *Stb.* 628).

111. Halsema, *TAP* 20016(6).

en die dan ook gebruik moeten kunnen maken van de specifieke regelingen en bepalingen van de uitzend cao en de StiPP pensioenregeling. En anderszits uitzendondernemingen die, hoewel actief op het gebied van het ter beschikking stellen van arbeid toch vooral moeten worden gezien als een werkgever in de bedrijfstak, waarvoor het voor de hand ligt dat de bedrijfstak-cao van toepassing is op die uitzendonderneming.¹¹²

Afhankelijk van de samenloopregeling kan StiPP vóórgaan op andere verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Verder is StiPP niet van toepassing op uitzendkrachten die vallen onder de verplichtstelling van het bedrijfstakpensioenfonds Koopvaardij. Deze 'afspraken in de polder' over de samenloop van werkingssferen betreffen op dat moment slechts zes van de 54 verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Dat er geen afspraak is gemaakt ten aanzien van mogelijke samenloop van werkingssferen tussen andere bedrijfstakken betekent niet dat uitzendondernemingen in die (niet genoemde) bedrijfstakken verplicht zijn tot deelneming bij StiPP. Met Halsema zijn wij het eens dat of een in één of meer bedrijfstakken gespecialiseerde uitzendonderneming al dan niet verplicht is tot deelneming in enige andere bedrijfspensioenregeling dan die van StiPP, ook zal afhangen van de verplichtstellingen van die andere bedrijfstakpensioenfondsen.¹¹³ Anders gezegd, dat een onderneming kwalificeert als een uitzendonderneming, betekent wat ons betreft niet automatisch dat deze onderneming valt onder de reikwijdte van StiPP.

Het lijkt er dan ook op dat de oplossing voor de gespecialiseerde uitzendwerkgever en daarmee voor de honderd procedures over de werkingssfeer van de bedrijfstakregelingen voor uitzendkrachten waarover de A-G in zijn conclusie rept, moet worden gevonden in de Nederlandse polder. Die oplossing kan op korte termijn worden gevonden. Vóór 2018 moet de werkgeversorganisatie ABU immers nieuwe cao-afspraken maken (tevens inhoudende pensioenafspraken met StiPP).¹¹⁴ Eén van de relatief eenvoudige oplossingen voor de gespecialiseerde uitzendwerkgever zou kunnen zijn dat sociale partners in de ABU cao en de verplichtstelling van StiPP overeenkomen dat alleen ondernemingen die een uitzendbeding opnemen in hun arbeidsovereenkomsten kwalificeren als een uitzendonderneming.¹¹⁵

6. Slotbeschouwing

In het *StiPP*-arrest geeft voor de Hoge Raad de doorslag dat de allocatiefunctie niet letterlijk is ge-

noemd in de wettekst van art. 7:690 BW. De klassieke allocatiefunctie is dan ook niet vereist voor art. 7:690 BW en evenmin voor art. 7:691 BW. Voor zover toepassing 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. De Minister heeft inmiddels op het *StiPP*-arrest gereageerd. Zo geeft hij aan dat het (inderdaad) aan de wetgever is om in te grijpen als het van toepassing zijn van de regels op payrolling en detachering tot een onwenselijke situatie leidt. Dat is op 1 juli 2015 al gebeurd als het gaat om het ontslagrecht dat van toepassing is op een payrollwerknemer. Per die datum is het ontslagrecht zodanig aangepast dat een payrollwerknemer dezelfde bescherming geniet als werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij een werkgever. Dit uitgangspunt kan echter wel worden ondergraven als bij payrolling gebruik wordt gemaakt van het uitzendbeding. Ook geeft de Minister aan dat het wél de bedoeling is dat het verlichte ontslagregime alleen van toepassing is op traditionele of klassieke uitzendrelaties en niet op payrolling, detachering, contracting. De Minister kan echter tot (verder) wettelijk ingrijpen op dit moment niet overgaan nu tussen sociale partners geen overeenstemming bestaat over maatregelen die getroffen zouden moeten worden. Hierover zullen in een volgend regeerakkoord afspraken moeten worden gemaakt. De Minister bevestigt aldus dat zonder andersluidende afspraken dan wel regelgeving door het *StiPP*-arrest alle driehoeksrelaties (ook die waarbij geen sprake is van een allocerende functie) als een uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 en art. 7:691 BW kwalificeren. Of een aparte wettelijke basis wenselijk is en zal worden gegeven aan alle hedendaagse driehoeksverhoudingen: payrolling, detachering, contracting, etc. valt nog te bezien en zal moeten worden bepaald in de polder en door een volgend kabinet.

De consequenties van het *StiPP*-arrest zijn onzes inziens onwenselijk. Schijnwerkgeverschap krijgt een wettelijke basis doordat de allocatiefunctie niet (langer) een vereiste is voor het ontstaan van een uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW. De wetgever moet hoe dan ook zijn bedoelingen bevestigen dan wel kenbaar maken. Er zijn dan wat ons betreft twee smaken. Of de allocatiefunctie krijgt een wettelijke basis. Of de overige driehoeksrelaties wordt een eigen wettelijke basis gegeven. Daarmee kan ook mogelijke onduidelijkheid rondom intra-concerndetachering worden opgeheven, in het bijzonder in het kader van overgang van onderneming. Maar niet alleen de wetgever is aan zet. Ook de vakverenigingen en werkgeversorganisaties kunnen hun bijdrage leveren aan de onduidelijkheid over de gevolgen van het *StiPP*-arrest. De gespecialiseerde uitzendwerkgever lijkt in ieder geval het meest gebaat bij duidelijkheid over de samenloop van werkingssferen van verplicht gestelde bedrijfstak-cao's en -pensioenregelingen.

112. Dit is ook in lijn met het akkoord tussen de bij de ABU cao betrokken sociale partners van 1 december 1999.

113. Halsema, TAP 20016(6).

114. De ABU cao is op 5 november 2012 aangegaan voor een tijdvak van vijf jaar, tot en met 4 november 2017.

115. Zie hierover E. Wits in Flexnieuws 20-10-2014, *StiPP*: blijf bij je punt!