

# De uitzendovereenkomst: een beperkende uitleg, met verruimende gevolgen

TRA 2017/15

**Het arrest *Care4Care/StiPP* werd door ieder met enige interesse in flexibele arbeidsrelaties, met belangstelling tegemoetgezien. Zelden had een arrest zo veel (potentiële) impact op een sector. Het oordeel van de HR heeft betrekking op de reikwijdte van de definitie van de uitzendovereenkomst en de bijzondere regelingen die daarmee samenhangen. Daarmee heeft het arrest in potentie effect op honderdduizenden arbeidsrelaties, die jaarlijks in de uitzendbranche worden aangegaan. Wij bespreken in dit artikel de vier belangrijkste aspecten van het arrest. Vervolgens zoomen we in op de gevolgen van het arrest, voor de sectoren uitzenden, detachering en payrollrolling.**

## 1. Inleiding

Het arrest *Care4Care/StiPP*<sup>2</sup> werd door ieder met enige interesse in flexibele arbeidsrelaties, met belangstelling tegemoetgezien. Het oordeel van de HR heeft betrekking op de reikwijdte van de definitie van de uitzendovereenkomst en de bijzondere regelingen die daarmee samenhangen. Daarmee heeft het arrest in potentie effect op honderdduizenden arbeidsrelaties, die jaarlijks in de uitzendbranche worden aangegaan. Wij bespreken in dit artikel een viertal relevante aspecten van het arrest in algemene zin, waarna we ingaan op de gevolgen van het arrest voor (de werknemers van) de ondernemingen die hun bedrijf maken van de terbeschikkingstelling van werknemers en meer in het bijzonder voor de sectoren uitzenden, detachering en payrollrolling.

Aanleiding voor de rechtsstrijd die is uitgemond in het hierna te bespreken arrest, was de door Care 4 Care Human Resources (C4C) aangevochten beslissing van het bedrijfstakpensioenfonds Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten ('StiPP'), om C4C hierbij aan te sluiten. Deelname aan StiPP is bij besluit van de minister van SZW verplicht gesteld voor uitzendkrachten die werkzaam zijn voor een onderneming die in hoofdzaak uitzendkrachten ter beschikking stelt van haar opdrachtgevers, op basis van een uitzendovereenkomst als bedoeld in art. 7:690 BW.<sup>3</sup> Naar C4C van mening was, viel haar bedrijf – in het kader waarvan zij hoog gekwalificeerd medisch personeel aanleverde aan opdrachtgevers (zoals ziekenhuizen en zorginstellin-

gen) – buiten de werkingssfeer van StiPP, (onder meer) nu zij geen allocatiefunctie zou vervullen. De rechter zag zich derhalve gesteld voor de vraag of allocatie (in enge, klassieke zin) een constitutief vereiste is voor de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst als uitzendovereenkomst (in de zin van art. 7:690 BW).<sup>4</sup> In het antwoord van de HR op deze vraag ligt de primaire betekenis van het arrest. Hiermee is het belang van deze uitspraak echter nog niet volledig gegeven.

De HR heeft namelijk aanleiding gezien om tevens zijn licht te laten schijnen over twee andere controversiële kwesties, om te beginnen of het begrip 'uitzendovereenkomst' in art. 7:690 en 7:691 BW op gelijke wijze moet worden uitgelegd en ten tweede welke maatstaf moet worden gehanteerd om te beoordelen of is voldaan aan het in art. 7:690 BW geformuleerde vereiste van 'toezicht en leiding'. Voorts heeft de HR de feitenrechter een wenk gegeven voor de beslechting van toekomstige geschillen. Dit arrest vormt daarmee een aangenaam ankerpunt in een rechtsgebied waarin de afgelopen jaren met de verschillende wetswijzigingen en verschillen van inzicht in doctrine en (zowel lage als hogere) rechtspraak, de nodige deining is ontstaan.

Inzet van het geding was de vordering van C4C om voor recht te verklaren dat zij niet valt onder de verplichtstelling van StiPP.

Nu de rechterlijke oordelen van kantonrechter enerzijds en Hof en HR anderzijds, die op het hoofdthema – of 'allocatie' (in enge zin) een constitutief vereiste is voor de uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW – lijnrecht tegenover elkaar staan, een helder licht werpen op (en exemplarisch zijn voor) de twee dominante visies op deze kwesties in doctrine en jurisprudentie, zal hierna om te beginnen de kern van die uitspraken worden weergegeven.<sup>5</sup> Vervolgens bespreken wij in het tweede deel van dit artikel een viertal relevante aspecten van het arrest, waarbij achtereenvolgens wordt ingegaan op (1) de gevolgen van de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst als uitzendovereenkomst; (2) mogelijk misbruik van art. 7:690 BW en art. 7:691 BW; (3) het begrip 'toezicht en leiding' uit art. 7:690 BW; en (4) de verhouding tussen art. 7:690 en art. 7:691 BW. In het derde

1 Maarten Tanja is advocaat bij Köster Advocaten te Haarlem en specialiseert zich in flexibele arbeidsrelaties. Johan den Hoed is cassatieadvocaat, eveneens bij Köster Advocaten. In die hoedanigheid procedeert hij onder meer in het (collectief) arbeidsrecht.

2 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356.

3 Het in dit besluit gehanteerde begrip 'uitzendovereenkomst' was geënt op art. 7:690 BW.

4 A-G Van Peursem verstaat onder 'klassieke allocatie': het actief bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt van (in de regel) werk van tijdelijke aard, ook wel aangeduid als het opvangen van 'ziek of piek'.

5 Met name Zwemmer bepleitte dat voor de toepassing van art. 7:690 BW een traditionele allocatiefunctie vereist is. Het tegendeel werd bepleit door onder meer Grapperhaus, Verhulp en Bouwens. Voor vindplaatsen verwijzen wij naar de randnummers 3.13 tot en met 3.24 van de conclusie van de A-G vóór het hier besproken arrest en naar de instructieve noot van E. Knipschild in JAR 2016/286. Voor een uitvoeriger bespreking van de achtergronden van het arrest en de definiëring van 'allocatie', verwijzen we graag naar het artikel van Sick, dat in ditzelfde tijdschrift is opgenomen.

deel gaan wij in op de verschillende vormen van flex en de gevolgen van dit arrest voor die onderscheiden vormen, om af te sluiten met een conclusie.

## 2. Het verloop van de procedure

Naar het inzicht van de kantonrechter is met de bedrijfsmatige terbeschikkingstelling van werknemers aan derden, waarmee voor C4C ten minste 50% van het totale premieplichtig loon was gemoeid, de kwalificatie *uitzendovereenkomst* nog niet gegeven. Naar zijn oordeel ziet art. 7:690 BW niet op alle driehoeksrelaties uit hoofde waarvan werknemers ter beschikking worden gesteld aan derden (waarbij valt te denken aan 'detachering, payroll en andere vormen'), maar slechts op die waarin de werkgever, anders dan C4C, een allocatiefunctie vervult. Niet alleen zou geen allocatie plaatsvinden, bovendien zouden de werknemers van C4C hun werk niet uitvoeren onder leiding en toezicht van de opdrachtgever. De kern van leiding en toezicht zou naar het oordeel van de kantonrechter op C4C zijn blijven rusten.

Het Amsterdamse hof komt tot een diametraal tegenovergesteld oordeel. Naar zijn oordeel eist art. 7:690 BW geen klassieke allocatie en hoeft dus geen sprake te zijn van bij elkaar brengen van vraag en aanbod van tijdelijke arbeid, of van terbeschikkingstelling van werknemers vanwege een plotse behoefte aan extra arbeidskracht, bijvoorbeeld tijdens 'piekuren'. Het hof acht de kwalificatie *uitzendovereenkomst* op zijn plaats in alle gevallen waarin een werknemer door een werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een opdracht, verstrekt aan de werkgever, arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van die derde, ongeacht of de betrokken werknemer een vast dienstverband heeft of over specialistische kennis en capaciteiten beschikt die de opdrachtgever ontbeert. Andere criteria zijn niet te vinden in de tekst van art. 7:690 BW en moeten daarin ook niet worden gelezen, aldus het hof. Bovendien was, naar het oordeel van het hof, de instructiebevoegdheid door C4C ingevolge een tussen betrokkenen gesloten mantelovereenkomst overgedragen aan de inlenende derde.

De HR verwerpt de tegen dit arrest gerichte klachten. Hij overweegt, naar de kern genomen, het volgende. Voor de beoordeling of sprake is van een *uitzendovereenkomst* moet enkel worden getoetst aan de in art. 7:690 BW geformuleerde vereisten. Deze bepaling strekt zich uit tot buiten de klassieke uitzendrelatie. Het toepassingsgebied is derhalve niet beperkt tot het geval van opvang bij uitval vanwege bijvoorbeeld ziekte of tijdens piekuren dan wel bij calamiteiten. Art. 7:690 BW omvat iedere driehoeksrelatie, zolang maar aan de constitutieve vereisten van art. 7:690 BW wordt voldaan. Hoewel het in de eerste plaats aan de wetgever is om grenzen te stellen 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 art. 7:690 BW en art. 7:691 BW voor ogen heeft gestaan, heeft

de rechter – zo benadrukt de HR – de mogelijkheid om in een concreet geval art. 7:691 BW uit te leggen op een wijze waarbij zijn ratio geen geweld wordt aangedaan, en desnoods een beroep op art. 7:691 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te oordelen (waar anders strijd zou ontstaan met de ratio van deze bepaling).

In een overweging ten overvloede wijst de HR ook op de gelijke betekenis van het begrip '*uitzendovereenkomst*' in art. 7:690 BW en art. 7:691 BW. Naar de HR tot slot overweegt, dient de vraag of sprake is van 'toezicht en leiding' als bedoeld in art. 7:690 BW 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.

## 3. Vier relevante aspecten van het arrest

In deze paragraaf zal worden ingegaan op een viertal relevante aspecten van het arrest *Care4Care/StiPP*. We bespreken allereerst wat nu de gevolgen zijn van de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst als *uitzendovereenkomst*: de inhoud van het '*uitzendregime*'. Vervolgens wordt ingegaan op mogelijk misbruik van het uitzendregime. Daarna behandelen we de uitleg van de HR van het begrip '*toezicht en leiding*' uit art. 7:690 BW. Vervolgens bespreken we of de kwalificatie van een overeenkomst als *uitzendovereenkomst* ook meebrengt dat het bepaalde in art. 7:691 BW kan worden toegepast.

### 3.1 Gevolgen van een kwalificatie als uitzendovereenkomst

De vraag is ten eerste welke gevolgen de uitspraak heeft voor de uitleg van art. 7:690 BW. De HR onderschrijft met zoveel woorden het oordeel van het hof in r.o. 3.12 over de vraag of allocatie een vereiste is om van een *uitzendovereenkomst* uit te gaan.<sup>6</sup> Mocht in de praktijk onduidelijkheid rijzen over de betekenis van deze uitspraak, dan zal nadere bestudering van het door de HR expliciet gesanctioneerde oordeel van het hof om die reden allicht nog uitkomst kunnen bieden. Bijvoorbeeld waar, naar het oordeel van het hof, een dienstverband voor onbepaalde tijd met de werkgever geen beletsel hoeft op te leveren om van de kwalificatie uit-

6 Dit is niet gebruikelijk. Bij de verwerping van (een onderdeel van) een cassatiemiddel bestempelt de civiele kamer van de HR veelal niet uitdrukkelijk het aangevallen oordeel als juist, omarmt het dit niet nadrukkelijk, maar verwerpt hij het beroep door de klachten ongegrond te verklaren, bijvoorbeeld omdat die uitgaan van een onjuiste rechtsopvatting. Dit is een enkele keer meer dan een nuanceverschil. Als de klachten rusten op een onjuiste rechtsopvatting dan wordt het cassatieberoep om die reden verworpen, terwijl hierbij in het midden kan worden gelaten of het bestreden oordeel allicht niet toch op andere dan aangedragen gronden rechtens onjuiste geacht zou moeten worden. Soms valt op een arrest wel iets af te dingen, maar wordt dit punt door het cassatiemiddel niet geraakt, of steunt het cassatiemiddel eveneens op een onjuiste rechtsopvatting of mist dit feitelijke grondslag.

zendovereenkomst uit te gaan.<sup>7</sup> Ook in zoverre komt aan de uitspraak van het hof nog betekenis toe bij de duiding van de uitspraak van de HR.

De HR legt de definitie van de uitzendovereenkomst beperkt uit, in die zin dat er niet meer constitutieve elementen in moeten worden gelezen, dan letterlijk in de bepaling zijn opgenomen. Als gevolg daarvan – door het uitsluiten van die extra vereisten – kent hij aan art. 7:690 en 7:691 BW een ruime, maar niet onbegrensde reikwijdte toe. Die ruime uitleg brengt mee dat uiteenlopende arbeidsrechtelijke driehoeksrelaties worden aangemerkt als uitzendovereenkomst en dat die kwalificatie niet is voorbehouden aan de klassieke uitzendrelatie. Wat is nu de betekenis van het aanmerken van een overeenkomst als uitzendovereenkomst?

De bepaling heeft allereerst consequenties voor de contractflexibiliteit die partijen bij de arbeidsovereenkomst ter beschikking staat, voordat een overeenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Zo verruimt art. 7:691 BW (ten opzichte van de reguliere arbeidsovereenkomst) de mogelijkheid om een reeks contracten aan te gaan, voordat van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in het leven wordt geroepen. Dit uit zich om te beginnen in de uitgestelde werking van art. 7:668a BW, waarin een regeling wordt gegeven voor een reeks van elkaar (al dan niet met een tussenpoos van maximaal zes maanden) opgevolgde arbeidsovereenkomsten.<sup>8</sup> Voorts is het mogelijk om de termijn waarmee de toepassing van het bepaalde in art. 7:668a BW wordt uitgesteld, op te rekken tot maximaal 78 weken.<sup>9</sup> Gedurende die periode kan het uitzendbeding in de uitzendovereenkomst worden opgenomen, als gevolg waarvan de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, zodra de inlenende opdrachtgever de terbeschikkingstelling beëindigt. Bovendien kan ten aanzien van de uitzendovereenkomst het bepaalde in art. 7:668a BW worden verruimd, van drie contracten in twee jaar, naar maximaal zes contracten in vier jaar. In de ABU-cao voor Uitzendkrachten die van tijd tot tijd – maar doorgaans – algemeen verbindend is verklaard, is die maximale verruiming gerealiseerd.<sup>10</sup>

Als er minder hoge eisen worden gesteld aan de kwalificatie van een overeenkomst als uitzendovereenkomst, dan kan in

meer situaties gebruik worden gemaakt van de vrijheden die het uitzendregime biedt. Zou een klassieke allocatiefunctie als constitutief vereiste gelden voor een uitzendovereenkomst, dan zou buiten de klassieke uitzendrelatie geen gebruik kunnen worden gemaakt van het bepaalde in art. 7:691 BW. Evenmin zou bij cao kunnen worden afgeweken van het bepaalde in art. 7:668a BW. Of (een klassieke vorm van) allocatie vereist is, heeft aan relevantie gewonnen met de geleidelijk aan toegenomen flexibilisering van de arbeidsmarkt, waarop bijvoorbeeld een in toenemende mate een rol is weggelegd voor payrolling, een ontwikkeling waarmee, mede gelet op de hieraan inherente vermindering van rechtszekerheid voor de arbeidskracht, niet iedereen gelukkig is.<sup>11</sup>

Een tweede rechtsgevolg van de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst als uitzendovereenkomst, is de mogelijk verplichte toepassing van de collectieve regelingen van de uitzendbranche. Dat geldt niet slechts voor de StiPP pensioenregeling, maar ook voor de algemeen verbindend verklaarde cao's van de Stichting Fonds Uitzendbranche en de Algemene Bond Uitzendondernemingen.<sup>12</sup> De ABU-cao kent tal van arbeidsvoorwaarden, maar is in de kern samen te vatten als een regeling waarbij verruimde flexibiliteit (tot voordeel van werkgevers) is uitgeruild tegen een ten opzichte van het wettelijk minimum verruimde arbeidsvoorwaardenregeling (wat werknemersvoordeel oplevert). Van die flexibiliteit wordt door detachingsondernemingen echter nauwelijks gebruikgemaakt. Het vinden (en binden) van gekwalificeerd personeel is van groter belang voor de detacheerder dan het beheersen van risico's van arbeidsongeschiktheid en loondoorbetaling als geen werk kan worden aangeboden. Voor de detachingsonderneming is daarmee het evenwicht zoek en leidt de toepassing van de ABU-cao uitsluitend tot een kostenverhoging.

Een derde rechtsgevolg is gelegen in de ontslagbescherming. De verminderde ontslagbescherming van de uitzendkracht is primair het resultaat van het ontbreken van de noodzaak voor de uitzendonderneming om, ter beëindiging van de uitzendrelatie de arbeidsovereenkomst op te zeggen of te doen ontbinden, vanwege zijn mogelijkheden een veelheid aan contracten voor bepaalde tijd aan te gaan. De noodzaak om tot ontslag over te gaan, is daarmee al beperkter dan voor de reguliere werkgever. Daarbij gelden voor de uitzendrelatie minder strikte regels als het aankomt op de mogelijkheid tot opzegging. Voor de traditionele uitzender vormt immers (al) de beëindiging van de terbeschikkingstelling een bedrijfseconomische reden, in de zin van de Ontslagregeling.<sup>13</sup> Die bijzondere regels binnen de Ontslagregeling zijn een mogelijk derde rechtsgevolg van de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst als uitzendovereen-

7 Dit zou kunnen worden afgeleid uit de arresten van hof en HR in onderlinge samenhang. De HR heeft hierin namelijk enerzijds de bestreden rechtsoverweging onderschreven, maar anderszins niet zonder meer de andere driehoeksrelaties in alle gevallen onder het begrip uitzendovereenkomst geschaard.

8 De tegenstelling tussen beide typen arbeidsovereenkomst (de reguliere en die gelegen in een uitzendrelatie) wordt overigens verzacht door het recht van partijen om het regime van art. 7:668a BW van toepassing te verklaren.

9 Daarmee is het belang van de aan art. 7:690 BW te geven uitleg nog niet volledig gegeven. Ook voor pensioenen, cao's, en belasting- en premieheffing/sectorindeling, meer in het algemeen regelingen waarin aansluiting wordt gezocht bij de definitie van de uitzendovereenkomst van art. 7:690 BW.

10 Zoals aangegaan door de Algemene Bond Uitzendonderneming ter ene zijde en FNV Bondgenoten, CNV Dienstenbond, De Unie en LBV ter andere zijde. In de ABU-cao is het 'fasensysteem' opgenomen, in art. 13. Een bepaling met dezelfde rechtsgevolgen is opgenomen in art. 12 e.v. NBBU-cao.

11 Vgl. E.M. Hoogeveen, 'De inlener en het werkgeverschap', *ArA* 2007/3 en E.M. Hoogeveen, 'Payrolling: uitholling werknemersbescherming of gat in de markt?', *ArbeidsRecht* 2012/6.

12 De SFU-cao is aangegaan door ABU, NBBU en de bij de ABU-cao betrokken vakbonden.

13 Art. 7 Ontslagregeling.

komst. Daarover later meer, als we zien wat de gevolgen zijn voor de verschillende vormen van flex.

### 3.2 Misbruik van art. 7:690 en art. 7:691 BW

Dit arrest treft niet alleen C4C. Het heeft betekenis voor alle op deze markt actieve ondernemingen en hun werknemers. Voor ondernemingen die ten onrechte niet zijn uitgegaan van toepasselijkheid van art. 7:690 BW en art. 7:691 BW, zal deze uitspraak onder meer aanmerkelijke verplichtingen tot afdracht van achterstallig premies kunnen opleveren. Aan de andere kant laat dit arrest ook de ondernemingen niet onberoerd die tegen beter weten in hebben getracht de constructie nog in de mal van art. 7:690 BW te persen, terwijl ondertussen de ratio van deze bepaling geweld werd aangedaan. Zo klinken in dit arrest ook weer de twee schijnbare tegenpolen door waar de in 1999 ingevoerde regeling van art. 7:690 en 7:691 BW door wordt getekend. De wetgever heeft met de Wet flexibiliteit en zekerheid tegemoet willen komen aan twee tegengestelde behoeften, namelijk versterking en verduidelijking van de positie van flexwerkers enerzijds en vergroting van de flexibiliteit voor werkgevers anderzijds.<sup>14</sup> De wetgever heeft getracht die twee uitgangspunten met elkaar te verzoenen. De ratio waarop de HR doelt, is (naar wij menen) de versteviging van de positie van flexwerkers. Waar een constructie enkel bedoeld is om de arbeidskracht in kwestie te versteken van (ontslag)bescherming (of om werkgeversverplichtingen te ontduiken), verdraagt die zich niet met hetgeen de wetgever met de regeling van art. 7:691 BW voor ogen heeft gestaan. Situaties waarin de grenzen worden bereikt, kunnen bijvoorbeeld optreden bij een volledig uitgekleden payrollconstructie waarin de payrollorganisatie enkel administratieve werkzaamheden op zich neemt en geen enkele invulling geeft aan zijn rol als (uitzend)werkgever.<sup>15</sup>

Hoewel het primair aan de wetgever is om met nieuwe regelgeving ontduiking te voorkomen, mag de rechter ondertussen niet rustig achteroverleunen, zo luidt de boodschap van de HR. De HR prent de rechter aldus in alert te zijn op schijnconstructies. Welke mogelijkheden reikt de HR de rechter hiertoe aan?

De HR wijst de rechter in zijn arrest nadrukkelijk twee wegen om misbruik te beteugelen. Ten eerste – maar, zoals vermeld, op dit vlak acht de HR in de eerste plaats de wetgever aan zet – door bij toepassing van de regeling van art. 7:691 BW oog te houden voor schijnconstructies, deze als het ware uit te filteren en de bepalingen zich niet tot die gevallen te laten uitstrekken. Niet alleen gelet op het primaat van de wetgever, maar bovenal nu de HR een ruime uitleg van deze regeling vooropstelt, is wat op het eerste oog een allicht een brede weg lijkt toch niet meer dan een smal, lastig begaanbaar pad. Of de rechter gemakkelijk langs deze weg een constructie buiten de werking van deze regeling houdt,

valt te bezien. Ten tweede benadrukt de HR de mogelijkheid een beroep op deze bepalingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te oordelen. Ook hiervan moeten geen overspannen verwachtingen worden gekoesterd. Naar vaste jurisprudentie van de HR mag een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (van art. 6:2 BW en art. 6:248 lid 2 BW) immers niet te snel worden aangenomen.<sup>16</sup> Deze uitspraak biedt geen aanwijzing voor een verlaging van deze drempel, voor wat de regels van art. 7:691 BW aangaat. Naar onze mening zal dan ook een beroep op onaanvaardbaarheid van (bijvoorbeeld uitstel van de ketenregeling, neergelegd in) art. 7:691 lid 1 BW niet snel mogen worden aangenomen. Ook het primaat van de wetgever om, indien gewenst, bepaalde constructies uitdrukkelijk buiten het raamwerk van art. 7:690 BW en art. 7:691 BW te plaatsen, kan de rechter een reden vinden om een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid met terughoudendheid tegemoet te treden. Misbruik zal dan ook niet snel kunnen worden aangenomen. De rechter zal slechts in uitzonderlijke gevallen de regeling van art. 7:690 BW niet van toepassing achten. Het voor de werkgever gunstige uitzendregime, kan dan evenmin worden toegepast.

### 3.3 Onder toezicht en leiding

De uitzendovereenkomst is een bijzondere vorm van de arbeidsovereenkomst, zoals art. 7:690 BW al tot uitdrukking brengt. De 'uitzendovereenkomst' zal dus de wezenskenmerken van een arbeidsovereenkomst in zich moeten dragen, al zullen de constitutieve vereisten van art. 7:610 BW (te weten: persoonlijke arbeid, loon, gezag) moeten worden beoordeeld in de bijzondere context van de driehoeksrelatie. De arbeid wordt bij een uitzendovereenkomst verricht onder 'toezicht en leiding' van de opdrachtgever. Hoewel dit de gezagsverhouding tussen uitzendkracht en uitzender niet wegneemt, heeft dit wel zijn weerslag op de hieraan in het concrete geval te geven invulling.<sup>17</sup> Dit doet de vraag rijzen wat moet worden verstaan onder 'toezicht en leiding'. De HR biedt daarop meer zicht met zijn verwerping van de klachten gericht tegen het oordeel van het hof dat ook aan het vereiste van werken 'onder leiding en toezicht' kan zijn voldaan indien de te verrichten arbeid specialistische kennis vergt waarover de opdrachtgever zelf niet beschikt. Niet iedereen was hiervan overtuigd.<sup>18</sup> Zoals we hiervoor al schetsten, is het antwoord op de vraag of de arbeidsverhouding als uitzendovereenkomst moet worden aangemerkt, van wezenlijk belang voor de praktijk. Zouden partijen immers ten onrechte handelen alsof art. 7:690 BW niet van toepassing is, dan wordt daarmee (eveneens ten onrechte) voorbijgegaan aan de verplichte toepassing van de StiPP pensioenregeling en ABU-cao.

14 Vgl. ook de uiteenzetting van de A-G in randnummer 3.25 e.v. van zijn conclusie vóór het hier besproken arrest.

15 In deze zin ook de A-G in zijn conclusie vóór dit arrest, randnummer 3.25 e.v.

16 Vgl. bijv. HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2540, NJ 1998/363 (*Gemeente Apeldoorn/Duisterhof*) en HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4942, NJ 2000/471 (*FNV/Maas*).

17 Vgl. bijv. CRvB 31 oktober 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU2439, JIN 2005/370.

18 Vgl. bijvoorbeeld Ktr. Deventer 10 december 2002, ECLI:NL:RBZWO:2002:AH7378, JAR 2003/47.

Naar de mening van C4C is aan dit constitutieve vereiste van art. 7:690 BW niet voldaan, nu haar personeel bestaat uit veelal BIG-geregistreerde, hoogopgeleide, gekwalificeerde en deskundige (medisch) specialisten met een aan hun positie verbonden eigen verantwoordelijkheid en professionele standaard, over wie de opdrachtgevers geen zeggenschap zouden kunnen uitoefenen, nu zij geen aanwijzingen zouden kunnen geven voor de wijze waarop zij hun werkzaamheden dienden uit te voeren. Hiermee sneed C4C ook een ander actueel thema aan. Zo rijst ook bij reguliere arbeidsovereenkomsten, vanwege (onder meer) toegenomen specialisatie op de arbeidsmarkt, in voorkomend geval de vraag in hoeverre de werkgever nog in staat is controle uit te oefenen en sturing te geven.<sup>19</sup> Voor art. 7:610 BW raakt dit het constitutieve element 'in dienst van'. De eis dat het werk moet worden verricht 'in dienst van' een ander, de werkgever, heeft zich in zoverre vertaald in het vereiste van een gezagsverhouding. Hiervan is, naar vaste jurisprudentie van de HR, niet eerst sprake indien de werkgever daadwerkelijk in staat is om als het ware op inhoud en vaardigheden boven zijn werknemers uit te torenen. Hij hoeft hen niet vakmatig de maat te kunnen nemen, althans te kunnen toetsen en instrueren.<sup>20</sup> Meijers betoogde al in 1924, dat het bezitten van meer kennis dan de werknemer geen vereiste is voor het aannemen van werkgeversgezag. Als voorbeeld noemde hij dat men ook een kok in dienst kan hebben zonder verstand van koken te hebben.<sup>21</sup> Het is toereikend als de werkgever bevoegd is om aanwijzingen te geven ter bevordering van de goede orde binnen de onderneming of het werkverband, zoals Bouwens en Duk het verwoorden en de A-G onderschrijft.<sup>22</sup> Een daarmee gelijk te stellen invulling van het begrip 'onder toezicht en leiding' lag voor de hand. De HR heeft ook in die zin geoordeeld. Dit lijkt ons terecht. Niet goed valt in te zien waarom voor uitzendovereenkomsten een strenger criterium zou moeten worden aangelegd. 'Toezicht en leiding' vormen, zo wordt hieraan toegevoegd, een twee-eenheid. Zij vallen als het ware samen.

#### 3.4 **Begrip uitzendovereenkomst in art. 7:690 en art. 7:691 BW gelijkkluidend**

Brengt de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst als uitzendovereenkomst (art. 7:690 BW) nu ook mee dat per definitie de bij de uitzendovereenkomst behorende flexibiliteit (art. 7:691 BW) kan worden toegepast? Hier lopen de conclusie en het arrest van de HR uiteen. De A-G acht voor toepassing van art. 7:691 BW een klassieke allocatiefunctie wél vereist.<sup>23</sup> Met de ruime definitie van art. 7:690 BW

(waarbij allocatie niet vereist is), heeft de wetgever beoogd om een arbeidsrechtelijke bescherming te creëren voor alle werknemers in een driehoeksrelatie, zolang toezicht en leiding maar bij de inlener rustte. Het is om die reden begrijpelijk dat de wetgever niet heeft willen kiezen voor een beperking van de definitie tot de klassieke uitzendrelatie. Dat zou immers afbreuk doen aan de bescherming van de werknemer. Anderzijds is de verruiming van de flexibiliteit die art. 7:691 BW meebrengt, gecreëerd ten behoeve van de klassieke uitzendrelatie, vanwege het feit dat in die relatie vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bij elkaar worden gebracht en daarmee werknemers met afstand tot de arbeidsmarkt aan het werk worden geholpen. Volgens de A-G dient deze flexibiliteit niet te worden verruimd naar alle uitzendovereenkomsten in de zin van art. 7:690 BW.

Wij zien dat anders. Het ligt (gelijk de HR overweegt) waar de wettelijke regeling hierop zelf niet wijst, niet in de rede een in één afdeling gehanteerd begrip, opgenomen in een definitiebepaling en een artikel waarin aan die kwalificatie specifieke rechtsgevolgen worden verbonden, verschillend uit te leggen. Dit zou bovendien rechtsonzekerheid oproepen. Met art. 7:691 BW is immers nu juist duidelijk gemaakt welke consequenties de kwalificatie 'uitzendovereenkomst' kan hebben.

#### 4. **Verschillende vormen van flex**

De uitleg van de HR over de reikwijdte van art. 7:690 en 7:691 BW heeft uiteenlopende gevolgen voor de verschillende verschijningsvormen van flexibele arbeidsrelaties. Hierna bespreken we wat die verschijningsvormen zijn én wat de gevolgen zijn van het arrest voor die verschillende vormen van flex.

Vanuit onze praktijkervaring in de sector van het ter beschikking stellen van werknemers, onderscheiden we drie vormen van flex: detachering, payrolling en uitzenden. Daarbij laten we de flexvormen van contracting en zzp-bemiddeling buiten beschouwing, nu daaraan geen uitzend- (contracting) of zelfs arbeidsovereenkomst (zzp) ten grondslag ligt. Interne flexibilisering – door de werkgever zelf, zonder dat daarbij van een intermediair gebruik wordt gemaakt – langs de lijn van art. 7:668a BW valt om evidente redenen eveneens buiten het bestek van dit artikel, aangezien daarbij de arbeidsrelatie met de intermediair ontbreekt. Die laatstgenoemde is hooguit bij de totstandkoming van de relatie betrokken.

##### 4.1 **Uitzenden**

Uitzenden zien wij als het meest omvattende begrip, waarmee de markt van het ter beschikking stellen van werknemers kan worden gekwalificeerd. Uitzendbureaus stellen werknemers ter beschikking in alle segmenten van het Nederlandse bedrijfsleven. Niettemin wordt het uitzendbureau in de beeldvorming door velen geassocieerd met laaggeschoolde, tijdelijke arbeid. De term 'uitzendbureau' zal eerder een beeld oproepen van de spreekwoordelijke

19 Vgl. hetgeen de A-G hierover opmerkt in zijn conclusie vóór dit arrest achter randnummer 3.13; W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 28.

20 Zo valt af te leiden uit onder meer HR 28 september 1983, ECLI:NL:HR:1983:AC8120, NJ 1984/92 en HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2653, JAR 2014/260, alsook HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, NJ 1998/149, JAR 1997/263 (*Groen/Schoevers*). Vgl. ook T&C Arbeidsrecht 2016, art. 7:610 BW, aant. 2.

21 E.M. Meijers, *De arbeidsovereenkomst*, Haarlem: Tjeenk Willink 1924, p. 123.

22 Vgl. randnummer 3.31 van de conclusie vóór dit arrest en de aldaar vermelde bron.

23 Aldus de A-G in de conclusie vóór dit arrest, randnummers 3.25-3.31.

aspergesteker in het Westland, dan van de IT-professional bij ING. Van de onjuistheid van die veronderstellingen zijn overigens vele voorbeelden te geven, maar dat doet niets af aan het (verouderde) imago van de sector.

#### 4.2 Detacheren

Het is die beeldvorming in de zakelijke markt, waaraan het 'detacheren' zijn bestaansrecht ontleent. Onder detacheerders verstaan wij de ondernemingen die zijn gericht op de terbeschikkingstelling van hoger opgeleid personeel in sectoren als 'finance, banking en IT' (en naar het zich laat aanzien, ook: zorg) om onder toezicht en leiding van de inlenende onderneming te werken. De terbeschikkingstelling is vaak langdurig en tegen hogere tarieven en salarissen, met bijbehorende (ruimte voor) investeringen in opleiding en ontwikkeling van de betrokken werknemer. Het definitie-element 'toezicht en leiding' manifesteert zich op dit niveau doorgaans op andere wijze dan in de traditionele uitzendverhouding, gelet op de autonomie in de uitoefening van de werkzaamheden die het logische gevolg is van het opleidingsniveau (en veelal specialistische werk) van de betrokken werknemer.

#### 4.3 Payrolling

Payrolling vervolgens, is het ter beschikking stellen van werknemers, waarbij de werving en selectie van betrokkene plaatsvindt door een ander dan de uitlenende werkgever. Wij hanteren hierbij in aansluiting op wat in de markt onder 'payrolling' wordt verstaan een (veel) ruimer begrip ten aanzien van payrolling, dan de smalle definitie uit de Ontslagregeling:

"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."<sup>24</sup>

Vier van de vijf door Van Houte onderscheiden vormen van payrolling worden onder onze definitie begrepen.<sup>25</sup> Wij voegen daar graag een zesde vorm aan toe: de zogenaamde 'backoffice payrolling'. In deze vorm van payrolling wordt de klassieke taak van werving en selectie verricht door een uitzendonderneming, waarna de werknemer in dienst treedt van de payrollonderneming, om vervolgens ter beschikking gesteld te worden aan een opdrachtgever, alwaar hij werkt onder toezicht en leiding van de laatstgenoemde. Daarbij zien we twee varianten. In de eerste variant gaat het uitzendbureau een overeenkomst van opdracht aan met de

inlenende onderneming en stelt werknemers – middels inlenende doorlening door het uitzendbureau – ter beschikking van inlenende opdrachtgever. In de tweede variant bemiddelt het uitzendbureau bij de totstandkoming van een overeenkomst met de payrollonderneming. Daarbij komt het ook voor dat de payrollonderneming handelsnamen hanteert voor de vennootschap waar de werknemers in dienst zijn, die op de (handels)naam van de uitzendonderneming lijkt. Hierdoor verdwijnt het onderscheid tussen de twee ondernemingen en opereren de twee bureaus jegens de inlenende onderneming, hoewel feitelijk en juridisch gescheiden, als waren zij één onderneming.

#### 4.4 Wat zijn de gevolgen voor de drie onderscheiden groepen?

Detacheringsondernemingen worden wellicht het meest in negatieve zin geraakt door de uitspraak van de HR. Wij zien in de praktijk al jarenlang dat door de detacheringsondernemingen bepleit wordt dat zij geen uitzendonderneming is, vanwege (1) het opleidingsniveau van de werknemers; (2) de wijze van totstandkoming van de arbeidsrelatie; en (3) de rol die zij (daarmee) vervult binnen het bedrijf van de inlenende onderneming. Deze stellingen zijn door de HR van tafel geveegd.

Detacheerders (en hun adviseurs) doen er in die zin verstandig aan om hun arbeidsvoorwaardenpakket tegen de collectieve regelingen te houden die nu onverkort van toepassing zouden kunnen zijn. Dit ligt mogelijk anders bij zogeheten 'dienstverlening', zoals consultancy.<sup>26</sup> Onder dit type dienstverlening verstaan wij hoogwaardige advisering op een terrein waarop de opdrachtgever deze expertise ontbeert. Deze vorm van dienstverlening, waarbij – kort gezegd – méér wordt geleverd dan enkel arbeidskracht, wordt doorgaans mede door de detacheerder geleverd. Hoe hoger het niveau van betrokken werknemers of hoe specialistischer het werk, des te eerder valt een dienstverleningsconstructie op te bouwen. Zou echter eenvoudig naar het predicaat dienstverlening kunnen worden gegrepen, dan zou echter de aan de werknemer met de regeling van de uitzendovereenkomst geboden bescherming gemakkelijk worden ontgaan. Slechts als het werk zich laat vangen in de voormelde adviesrelatie lijkt de term 'consultancy' en daarmee een uitzondering op de regeling van art. 7:690 BW op zijn plaats. Detacheringsondernemingen kunnen dan ook niet makkelijk ontsnappen aan de regeling van de 'uitzendovereenkomst'. Zoals we hiervoor al omschreven, biedt de verplichte toepassing van de collectieve regelingen van de uitzendbranche voor detacheringsondernemingen weinig voordelen.

Ter nuancering daarvan, geldt het volgende. Het mag ongebruikelijk zijn om in de detacheringsbranche te verwijzen naar het uitzendbeding; het aangaan van een 'projectcontract' is evenwel schering en inslag. Een projectcontract is

<sup>24</sup> Art. 1 sub f Ontslagregeling.

<sup>25</sup> Dat geldt niet voor vorm 1, waarbij de payrollonderneming de salarisadministratie voert, maar geen arbeidsovereenkomst aangaat met de betrokken medewerkers, Y.A.E. van Houte, 'Uitzenden en payrolling; overeenkomst en verschil', *ArbeidsRecht* 2011/36.

<sup>26</sup> Vgl. bijv. randnummer 3.26 en 3.30 van de conclusie van de A-G vóór dit arrest.

verenigbaar met art. 7:668a BW (en dus aan te merken als een overeenkomst voor bepaalde tijd), als het einde van de arbeidsovereenkomst voldoende objectief bepaald is en de daaraan gekoppelde voorwaarde of omstandigheid intreedt, onafhankelijk van de wil van betrokken partijen. Bij het realiseren van vastomlijnde projecten is een dergelijke afspraak wellicht goed denkbaar, maar als de inzet van een professionaal voortduurt zolang de klant daar behoefte aan heeft én het einde van de arbeidsovereenkomst daaraan is gekoppeld, vertoont die projectovereenkomst materieel de kenmerken van een overeenkomst met uitzendbeding. Tot het arrest *Care4Care/StiPP* kon nog verschil van mening bestaan over de vraag of er daarmee sprake is van een nietige ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst, ofwel een uitzendbeding. Nu vaststaat dat de detacheringsovereenkomst een uitzendovereenkomst is, is daarmee vast komen te staan dat deze bepaling als (rechtsgeldig) uitzendbeding kan worden aangemerkt, uiteraard onder toepasselijkheid van de daaraan in art. 7:691 BW gestelde grenzen.

Waar het op ontslagrecht aankomt, gaat het evenwel opnieuw mis. De detacheerder is gebonden aan de collectieve regelingen van de uitzendbranche en zou daarmee ook aanspraak moeten kunnen maken op het versoepelde regime binnen de Ontslagregeling. Die vlieger gaat echter niet op. Vanwege de wijze waarop de toegang tot dat regime is vormgegeven, naar aanleiding van het *CMG*-arrest, is dat slechts toepasbaar door traditionele uitzendondernemingen.<sup>27</sup> Detacheerder *CMG* bepleitte vóór die wijziging namelijk met succes dat zij gebruik mocht maken van Bijlage B van het Ontslagbesluit, waarin voor de werkgever gunstige afwijkingen waren opgenomen van het afspiegelingsbeginsel en de bedrijfseconomische reden voor ontslag.<sup>28</sup> Deze zaak vormde aanleiding voor het *STAR*-advies van 4 maart 2005, dat leidde tot (onder meer) de aanscherping van de definitie van 'uitzendwerkgever' in het Ontslagbesluit.<sup>29</sup> Die aangescherpte definitie is overgenomen in de nu geldende Ontslagregeling, zodat het feit dat een arbeidsovereenkomst voldoet aan de definitie van art. 7:690 BW nog niet meebrengt dat die arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd met gebruikmaking van de regels voor uitzendwerkgevers. Het voordeel voor de detacheerder is dan ook ver te zoeken. Dat moet vooral aan de zijde van de werknemer worden gezocht.

Hoewel het arrest materieel betrekking had op detachering, is het de sector payrollring waar de uitleg van de HR de meest positieve uitwerking heeft. Vóór dit arrest stond zowel in jurisprudentie als doctrine de legitimiteit van de arbeidsrelatie tussen payroller en payrollkracht ter discussie. Waar het Amsterdamse hof en het Hof Den Haag – zij het op verschillende gronden – uitgingen van een arbeidsover-

eenkomst tussen payrollkracht en payrollonderneming, namen hof en rechtbank in het oosten van het land met stelligheid een arbeidsrelatie aan tussen inlenende onderneming en payrollkracht.<sup>30</sup> De houdbaarheid van het bedrijfsmodel van de payroller, geënt op het 'ontzorgen' van de klant in de vorm van het overnemen van de rol als werkgever, stond daarmee ernstig onder druk.

Dat is nu anders. Met het ontbreken van allocatie als vereiste voor de kwalificatie van de uitzendovereenkomst, kan de driehoeksrelatie waarin de werknemer door de inlenende opdrachtgever geworven is (of zelfs: al eerder feitelijk werkzaam was) en in dienst treedt bij de uitlenende werkgever, in stand blijven. In ieder geval zal de beoordeling van de juridische verhoudingen tussen werknemer en uitlenende werkgever plaatsvinden aan de hand van het bepaalde in art. 7:690 BW. Anders dan in geval van een beoordeling langs de lijnen van art. 7:610 BW, zal de omstandigheid dat onder toezicht en leiding van de inlenende partij wordt gewerkt, niet leiden tot de conclusie dat tussen werknemer en de uitlener geen arbeidsovereenkomst bestaat. Het feit dat toezicht en leiding bij een derde berust, is immers een van de constitutieve eisen van art. 7:690 BW. Daarmee wordt ook een aanzienlijk drempel opgeworpen om op grond van diezelfde omstandigheid – het werken bij en onder toezicht van de inlener – een arbeidsovereenkomst met de inlener aan te nemen. Indien de arbeid al wordt verricht krachtens een (rechtsgeldige) uitzendovereenkomst, zal niet zonder dat werknemer en inlener zich uitdrukkelijk jegens elkaar hebben verbonden, een arbeidsovereenkomst met de inlener ontstaan. Voor een geruisloze vervanging van de uitzendovereenkomst met de payrollonderneming door een arbeidsovereenkomst met de inlener, is geen plaats.<sup>31</sup> Het worstcasescenario voor de payrollonderneming is nu gelegen in het ten onrechte toepassen van flexibiliteit die aan de uitzendverhouding is toegekend (zie hiervoor par. 4.2). Immers, art. 7:690 BW – en daarmee het bestaan van de arbeidsrelatie – blijft voor iedere driehoeksverhouding in stand. Daarbij geldt dat het risico waarvan de negatieve gevolgen (te weten: de conversie van de bepaalde tijds-overeenkomst naar een voor onbepaalde tijd) slechts de payrollonderneming raken. Niet de klant. Het potentiële risico doet daarmee geen afbreuk aan de propositie van de payroller, waarmee hij zich aanprijst bij zijn opdrachtgevers.

De discussie kan immers slechts betrekking hebben op het al dan niet toelaatbaar gebruikmaken van het bepaalde in art. 7:691 BW. Gelet op de toetsingsmaatstaf is dit risico al vrij beperkt te noemen. Naar uit dit arrest volgt, wijkt de reguliere payrollverhouding immers niet in voldoende betekenisvolle mate af van de (reguliere) uitzendrelatie om art. 7:691 BW hierop al bij voorbaat niet van toepassing te achten. Payrolling zelf kent ook niet slechts één gedaante. Van

27 Hof Den Haag 29 november 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AF1329, *JAR* 2002/293.

28 De gevolgen van dit arrest zijn onder meer besproken door J. van der Pijl, 'De CWI en de wijzigingen in het ontslagbesluit en Bijlage B', *ArbeidsRecht* 2003/30 en M.A.B. Berenschot, 'De CMG-zaak: een doorbraak in het ontslagbeleid?', *ArbeidsRecht* 2003/18.

29 Brief Stichting van de Arbeid aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 4 maart 2003, kenmerk S.A. 03.02095/HA.

30 Zie onder meer Hof Amsterdam 9 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4616; Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4547; Hof Den Haag 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3035 en Hof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:670.

31 HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186 (*ABN AMRO/Malhi*).

geval tot geval zal moeten worden beoordeeld of de toepassing van de flexibeler regelingen die aan de uitzendverhouding zijn gekoppeld, niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht, dan wel strijden met de ratio van de wettelijke regeling. Totdat de wetgever nieuwe regelgeving op dit punt heeft uitgevaardigd, zien wij voor de werknemer slechts in uitzonderlijke gevallen ruimte om met succes te betogen dat voor toepassing van het in art. 7:691 BW bepaalde geen plaats is. De minister heeft inmiddels aangegeven dat een eventuele wetswijziging niet meer in deze kabinetsperiode kan worden verwezenlijkt.<sup>32</sup>

Voor de reguliere uitzendbranche heeft het arrest geen bijzondere (of onverwachte) gevolgen. Dat zou anders zijn geweest als de HR meer ruimte had gelaten voor de uitleg van art. 7:690 BW dan thans het geval is. Het inbrengen van meer constitutieve eisen voor het bestaan van een uitzendrelatie biedt immers ook nieuwe ontwijkmogelijkheden voor ondernemers voor wie het toepassen van de collectieve regelingen van de uitzendbranche niet welgevallig is. Het kwalificeren van een arbeidsovereenkomst als uitzendovereenkomst mag dan in de regel worden uitgelegd als een achteruitgang voor de rechtszekerheid van de werknemer; het is evenzeer een vooruitgang als het aankomt op de verplichte toepassing van de uitzend-cao en/of eisen van gelijke beloning uit hoofde van art. 8 Waadi, de overige bescherming die voortvloeit uit die wet (zoals de nietigheid van iedere belemmering tot indiensttreding bij de opdrachtgever) en pensioenregeling.

## 5. Overwegingen tot slot

Met zijn arrest *Care4Care/StiPP* heeft de HR de noodzakelijke duidelijkheid gecreëerd over de uitleg (en hiermee ook de reikwijdte) van art. 7:690 BW en de rechtsgevolgen daarvan. Hij laat daarmee een uiteenlopend scala aan driehoeksverhoudingen in stand, die een vergaande flexibilisering van onze arbeidsmarkt mogelijk maken. Wat ons betreft is deze uitkomst het meest bevorderlijk voor de rechtszekerheid van betrokkenen. Flexibiliteit kan daar worden benut waar zij wenselijk is en is niet noodzakelijk het gevolg van de toepassing van art. 7:690 BW. Immers, ook op basis van een uitzendovereenkomst kunnen naar keuze langdurige arbeidsrelaties worden aangegaan tussen werknemer en werkgever. Het gebruik van de flexibiliteit van art. 7:691 BW is facultatief en moet in het arbeidscontract tussen werkgever en werknemer worden overeengekomen. Met de voortschrijdende werknemersemancipatie – de toegenomen mondigheid van de werknemer in het algemeen en de daarmee samenhangende mogelijkheid om voor zichzelf een betere regeling te bedingen – is het wat ons betreft geen verkeerde ontwikkeling om dat op het niveau van de individuele arbeidsrelatie te kunnen bepalen. Waar dat niet

wenselijk is, omdat (bijvoorbeeld) de machtsbalans naar de werkgever doorslaat, is het primair aan de wetgever om dat voor specifieke verschijningsvormen van flexibele arbeidsrelaties te repareren. Die reparatie zou wat ons betreft niet moeten worden gevonden in het belemmeren van het aangaan van (flexibele) arbeidsrelaties. Daarmee wordt het kind met het badwater weggegooid. De ontwikkelingen rondom en als gevolg van de Wet DBA en Wet werk en zekerheid hebben in voldoende mate aangetoond dat het beperken van flexibiliteit niet leidt tot meer baan- of werkzekerheid. Werkgevers zullen blijven terugschrikken voor de risico's die samenhangen met loondoorbetaling bij arbeidsongeschiktheid en periodes dat er geen werk voorhanden is en zoeken derhalve naar schaalbaarheid van de factor arbeid. Intermediairs kunnen die flexibiliteit bieden, doordat ze arbeidsmobiliteit kunnen bevorderen; zelfs intersectoraal. De oplossing is dan ook veeleer gelegen in het – binnen de grenzen van uitvoerbaarheid – gelijk maken van arbeidsvoorwaarden, zodat als er gewerkt wordt, de vorm waarin dat gebeurt, geen wezenlijk effect heeft op de beloning voor dat werk.

<sup>32</sup> Brief van minister Asscher van 2 december 2016, betreffende Kamervragen van de leden Vermeij en Kerstens (beiden PvdA) over het arrest van de HR dat payrollingsynoniem staat met uitzendwerk, kenmerk 2016-0000250324.