

VU Research Portal

De inlener en het werkgeverschap

Hoogeveen, E.M.

published in

Arbeidsrechtelijke annotaties
2008

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Hoogeveen, E. M. (2008). De inlener en het werkgeverschap. *Arbeidsrechtelijke annotaties*, 2007(3), 4-35.
<http://www.bju-tijdschriften.nl>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De inlener en het werkgeverschap

E.M. Hoogeveen*

1 Inleiding

Een ondernemer kan ervoor kiezen arbeidskrachten in te lenen in plaats van personeel in dienst te nemen. Zowel de motieven van de ondernemer om personeel in te lenen als de wijze waarop aan de inlening uitvoering wordt gegeven, verschillen. De bekendste methode om gebruik te kunnen maken van arbeidskrachten zonder een overeenkomst met de arbeidskracht te hoeven sluiten, is het inlenen van uitzendkrachten. Het werken met uitzendkrachten heeft als voordeel dat de relatie tussen de uitzendkracht en de inlener in het algemeen niet wordt beheerst door het arbeidsrecht;¹ het ontslagrecht is niet van toepassing, de inlener draagt niet het risico van de loondoorbetaling bij ziekte enzovoort. Als nadelen aan het werken met uitzendkrachten vallen onder andere te noemen de hogere kosten, alsmede de mindere mate van betrokkenheid van de uitzendkracht bij de onderneming. Teneinde deze nadelen te ondervangen en desalniettemin ondernemers gebruik te kunnen laten maken van de flexibele uitzendverhouding, zijn zogenoemde payrollbedrijven ontstaan. Een derde mogelijkheid van inlening is het contracteren met een zogenoemde management-bv.

In deze drie gevallen, de uitzendverhouding, de payrollconstructie en de managementovereenkomst, is sprake van een driehoeksverhouding. De inlener kiest er bewust voor te contracteren met een onderneming in plaats van met de arbeidskracht. De verhouding tussen de inlener en de arbeidskracht is in beginsel van feitelijke aard. Onder bepaalde omstandigheden is het echter mogelijk dat toch een arbeidsovereenkomst tussen de inlener en de arbeidskracht valt te ontwaren.

In de volgende paragraaf zal ik allereerst kort ingaan op de definitie van de uitzendovereenkomst en de verschillen met de payrollconstructie en de managementovereenkomst. Vervolgens wordt aan de hand van de arresten ABN Amro/Malhi² en Thuiszorg Rotterdam/PGGM³ bekeken in welke gevallen de inlener de positie van werkgever krijgt. Daarbij maak ik een onder-

* Docent en onderzoeker bij de afdeling privaatrecht van de Vrije Universiteit.

1 De wet kent enige uitzonderingen, zoals artikel 7:658 lid 4 BW, artikel 1 onder a, punt 2 Arbwet, de gelijke behandelingswetgeving, artikel 1 lid 3 WOR, artikel 7:667 lid 5 en artikel 7:668a lid 2 BW.

2 HR 5 april 2002, NJ 2003, 124 en JAR 2002/100.

3 HR 13 juli 2007, RvdW 2007/690 en JAR 2007/231.

scheid tussen de gevallen waarin de inlener in werkelijkheid werkgever blijkt te zijn en de situatie waarin een arbeidsovereenkomst met de inlener kan worden geduid naast de reeds bestaande arbeidsovereenkomst met de uitlener.

2 De uitzendovereenkomst, de managementovereenkomst en payrolling

2.1 De uitzendovereenkomst

De kwalificatie van een overeenkomst als uitzendovereenkomst is van groot belang. Indien voldaan is aan de wettelijke definitie van de uitzendovereenkomst, betekent dit dat de ter beschikking gestelde arbeidskracht als werknemer in de zin van titel 7.10 BW moet worden beschouwd. Hij kan zich dan beroepen op de beschermingsbepalingen uit deze titel, maar ook op vele andere regelingen, zoals de Wet minimumloon, de verplichte werknemersverzekeringen en een eventueel van toepassing zijnde cao. De positie van de uitzendwerknemer is niet in alle gevallen gelijk aan die van de 'gewone' 610-werknemer. De uitzendwerkgever kan ten opzichte van de uitzendwerknemer gebruikmaken van de uitzonderingen die artikel 7:691 BW biedt: de ketenregeling van artikel 7:668a BW is het eerste half jaar niet van toepassing⁴ en er kan een uitzendbeding worden opgenomen in de arbeidsovereenkomst waardoor zij van rechtswege eindigt zodra de terbeschikkingstelling op verzoek van de inlener eindigt. Voorts mag de uitzendwerkgever bij ontslag op grond van bedrijfseconomische redenen Bijlage B van het Ontslagbesluit toepassen, zodat mag worden afgeweken van het afspiegelingsbeginsel van artikel 4:1-4:5 Ontslagbesluit.⁵

De definitie van artikel 7:690 BW bestaat uit vier elementen:

1. de arbeidsovereenkomst,
2. waarbij de werknemer in het kader van het beroep of bedrijf van de werkgever,
3. krachtens een aan de werkgever gegeven opdracht ter beschikking wordt gesteld voor het verrichten van arbeid,
4. onder toezicht en leiding van een derde.

In uitzendverhoudingen is het werkgeverschap als het ware gesplitst in een formeel en materieel werkgeverschap, waarbij de uitzendwerkgever als for-

4 Krachtens artikel 7:691 BW kan bij cao ten nadele van de werknemer worden afgeweken van de 26-wekentermijn. Dat is gebeurd in zowel de ABU-cao als de NBBU-cao.

5 Met ingang van 6 maart 2003 is Bijlage B van het Ontslagbesluit gewijzigd, waardoor artikel 7:690 BW thans een ruimer bereik heeft dan Bijlage B.

mele werkgever heeft te gelden. De inlener heeft weliswaar de dagelijkse leiding en toezicht over de uitzendwerknemer, maar hun relatie is slechts een feitelijke.

Met de invoering van artikel 7:690-691 BW is niet beoogd een ruimer bereik te geven aan de uitzendovereenkomst dan voorheen het geval was, door ook een opdrachtovereenkomst onder de werking van artikel 7:690 BW te laten vallen.⁶ Zoals ook blijkt uit de definitie alsmede de plaatsing van artikel 7:690 in titel 7.10 BW dient de uitzendovereenkomst een arbeidsovereenkomst te zijn. Een zuivere opdrachtovereenkomst die niet voldoet aan de vereisten van artikel 7:610 BW kan nimmer door enkele terbeschikkingstelling een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW worden.⁷

De wetgever heeft met de definitie van de uitzendovereenkomst gekozen voor een *lex specialis* van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW, waardoor de arbeidsovereenkomst uit het BW twee 'smaken' kent.⁸ De eerste is de overeenkomst waarbij is voldaan aan de definitie van artikel 7:610 BW. De tweede arbeidsovereenkomst – de uitzendovereenkomst – voldoet eveneens aan de vereisten van artikel 7:610 BW, echter met één uitzondering: de gezagsverhouding ligt (deels) bij een derde. In tegenstelling tot Grapperhaus & Jansen⁹ meen ik dat de gezagsverhouding niet noodzakelijkerwijs bij de uitzendwerkgever hoeft te liggen.¹⁰ Vereist is naar mijn mening slechts dát sprake is van een gezagsverhouding, waarbij artikel 7:690 BW het mogelijk maakt dat deze gezagsverhouding geheel of gedeeltelijk bij de inlener ligt. De instructiebevoegdheid ten aanzien van de werkinhoud (het operationele gezag) dient bij de inlener te liggen om te voldoen aan het vereiste 'toezicht en leiding' van artikel 7:690 BW. Indien voldaan is

6 Dat blijkt ook uit de memorie van toelichting (Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3): 'Voor alle duidelijkheid wordt nog opgemerkt, dat het wetsvoorstel niet ziet op flexibele arbeid die buiten het kader van de arbeidsovereenkomst wordt verricht t.w. in het kader van een opdracht of aanneming van werk. In de regeling van deze rechtsverhoudingen wordt door specifieke regels voorzien. Het wetsvoorstel beoogt daarin geen wijziging te brengen.'

7 Artikel 7:690 BW is niet van toepassing op de situatie waarin een freelancer, dan wel een andere als zelfstandige opererende arbeidskracht, krachtens een overeenkomst met een uitzendbureau arbeid verricht bij een derde.

8 Zie anders: E. Verhulp, *Flexibiliteit en zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001, p. 10), die de uitzendovereenkomst beschouwt als overeenkomst *sui generis*.

9 Grapperhaus & Jansen menen dat de zeggenschap van de inlener slechts ziet op de uitoefening van de werkzaamheden (het operationele werkgeversgezag). De uitzendwerkgever behoudt het gezag ten aanzien van de overige verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst (het disciplinaire werkgeversgezag). F.B.J. Grapperhaus & M. Jansen, *De uitzendovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1999, p. 36.

10 De Hoge Raad heeft de mogelijkheid van gedelegeerd werkgeversgezag meerdere malen erkend. Zie voor een overzicht van deze jurisprudentie de conclusie van A-G Koopmans in JAR 1996/168.

aan het vereiste ‘werkzaam onder leiding en toezicht van de inlener’, zal dit ‘inlenersgezag’ in de meeste gevallen eveneens voldoende zijn om te kunnen spreken van werkgeversgezag in de zin van artikel 7:610 BW. De uitzendkracht die bijvoorbeeld als productiemedewerker wordt ingezet, zal zich aan dezelfde instructies en aanwijzingen moeten houden als het eigen personeel van de inlener. Het inlenersgezag is in dat geval voldoende om eveneens te kunnen spreken van werkgeversgezag in de zin van artikel 7:610 BW. Indien het werkgeversgezag echter niet voldoende naar voren komt uit het inlenersgezag,¹¹ moet worden beoordeeld of het disciplinaire gezag van de uitzendwerkgever van een zodanig niveau is dat alsnog voldaan is aan het gezagscriterium van artikel 7:610 BW.¹²

Of sprake is van een uitzendovereenkomst dient mijns inziens te worden getoetst door middel van vier (opvolgend) te nemen stappen:

1. De uitzendwerknemer dient zich jegens het uitzendbureau te verbinden tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.
2. De uitzendwerknemer wordt ter beschikking gesteld aan een derde (de inlener), die toezicht en leiding uitoefent over de uitzendwerknemer (het inlenersgezag).
3. Het inlenersgezag voldoet, al dan niet tezamen met het disciplinaire gezag van de uitzendwerkgever, aan de vereiste gezagsverhouding van artikel 7:610 BW.
4. Voldaan moet zijn aan de overige vereisten van artikel 7:690 BW: terbeschikkingstelling in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de (uitzend)werkgever, krachtens een door de derde aan de werkgever verstrekte opdracht.

Wanneer toezicht en leiding bij de uitzendwerkgever blijven rusten, ontstaat geen uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. In de praktijk kan dit een rol spelen bij detachering van werknemers voor de uitvoering van (hoog) gekwalificeerde werkzaamheden, waarvoor de inlener niet zelf de kennis en vaardigheden in huis heeft. Zowel het vereiste ‘in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf’ als het vereiste ‘onder toezicht en lei-

11 Dit speelt met name bij de terbeschikkingstelling van hoogopgeleide of zeer gespecialiseerde arbeidskrachten.

12 Ik sluit hiermee aan bij het oordeel van de Centrale Raad van Beroep (CRvB 21 juni 2005, LJN AU1193) omtrent de vraag of tussen een zzp'er en de intermediair een privaatrechtelijke dienstbetrekking is ontstaan, met verzekeringsplicht tot gevolg. De CRvB toetst de vraag of binnen een driepartijenrelatie sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking aan artikelen 7:610 en 7:690 BW, in onderlinge samenhang beschouwd.

ding van de derde' kan bij detachering lastig zijn te duiden.¹³ In de lagere rechtspraak wordt de vereiste leiding en toezicht echter vrij snel aanwezig geacht.¹⁴

2.2 De managementovereenkomst

De managementovereenkomst of de management-bv kent geen vastomlijnde definitie.¹⁵ Waar ik spreek over de management-bv, doel ik op de bv die op grond van een overeenkomst van opdracht (de managementovereenkomst) met een andere onderneming aldaar managementtaken verricht. Deze managementtaken worden feitelijk uitgevoerd door de bestuurder en enig aandeelhouder van de bv. De management-bv is de contracterende (rechts)persoon, zodat tussen de bestuurder/enig aandeelhouder en de opdrachtnemer geen (arbeids)overeenkomst wordt gesloten. De bv zendt geen arbeidskrachten uit in het kader van beroep of bedrijf; de bedrijfsactiviteiten van de management-bv zijn het verrichten van managementactiviteiten. De bestuurder/enig aandeelhouder heeft derhalve geen uitzendovereenkomst met de bv maar een reguliere arbeidsovereenkomst. De relatie tussen de directeur/enig aandeelhouder en de opdrachtgever is een feitelijke. Door de bv ertussen te schuiven beogen partijen toepassing van het arbeidsrecht te voorkomen.

2.3 Payrolling

'Payrolling' is geen vaststaand (juridisch) begrip: veel verschillende soorten bedrijven noemen zich 'payrollbedrijf'.¹⁶ Sommige payrollbedrijven nemen slechts de salarisadministratie over van de werkgever. In dat geval regelt het payrollbedrijf de uitbetaling van de salarissen en afdracht van de sociale premies als een soort externe P&O-afdeling. Dit heeft geen gevolgen voor het

13 Daarbij moet worden opgemerkt dat 'detachering' geen vastomlijnd begrip is. In de praktijk wordt het zowel gebruikt als synoniem voor terbeschikkingstelling van arbeid als ter aanduiding van de constructie waarbij de werkgever bepaalde diensten aan derden aanbiedt in de vorm van de uitvoering van een concreet project. Alleen in het eerste geval is naar mijn mening sprake van uitzending in de zin van artikel 7:690 BW. Vgl. F.B.J. Grapperhaus, *Is detachering ook uitzending?*, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 86-89.

14 Zie bijv. Gerechtshof Den Haag 29 november 2002, JAR 2002/293 (CMG/FNV en CNV) en Ktr. Alphen aan de Rijn 23 maart 2004, JAR 2004/118.

15 Zie voor een omschrijving van het begrip management-bv onder andere M.E.M. Beelaerts van Blokland, *De managementovereenkomst als dienstverband?*, *ArbeidsRecht* 1997/3, p. 10-13; J.F. Koekebakker, *De managementovereenkomst voor en na 1 januari 2002*, *ArbeidsRecht* 2002, 6/7, p. 16-21; en L. van den Berg, *De management-bv in de werknemersverzekeringen*, SMA 2004, nr. 2, p. 69-80.

16 Zie M.A. Kuyt-Fokkens, *Payrolling: uitkomst of toch niet?*, NJB 2006/24 en A.M. Bos & E.V. de Graaff, *Payrolling, het outsourcen van werkgeverschap*, *ArbeidsRecht* 2006/12, p. 17-22.

werkgeverschap.¹⁷ In dit artikel bedoel ik met payrollbedrijven payrollers die arbeidskrachten in dienst nemen, met de bedoeling deze permanent uit te zenden aan één inlener. Deze inlener heeft de arbeidskrachten ook zelf geworven. In sommige gevallen is de uitzendperiode tijdelijk. Na het verstrijken van een bepaalde periode treden de arbeidskrachten bij gebleken geschiktheid alsnog in dienst van de inlener. Op deze wijze kan de inlener feitelijk gebruikmaken van een langere proeftijd dan dat rechtsgeldig zou kunnen worden overeengekomen bij onmiddellijke indiensttreding. In andere gevallen blijft de uitzendconstructie gehandhaafd. Soms neemt het payrollbedrijf tevens de reeds bestaande arbeidsovereenkomsten met de inlener over. De inlener heeft dan geen eigen werknemers meer; alle arbeidskrachten worden via het payrollbedrijf ingeleend.

Het heeft voor de inlener voordelen zich te wenden tot een payrollbedrijf in plaats van een uitzendbureau in te schakelen. Ten eerste zijn de tarieven van de payrollbedrijven beduidend lager. Reden hiervoor is het feit dat het de inlener is die het personeel werft en selecteert, zodat deze kosten worden uitgespaard.¹⁸ Het tweede – en tevens belangrijkste – verschil tussen het klassieke uitzendbureau en het payrollbedrijf is de exclusiviteit van arbeidskrachten. Met exclusiviteit van arbeidskrachten bedoel ik dat payrollbedrijven zich jegens de inlener verbinden de door de inlener geworven arbeidskrachten exclusief aan hem ter beschikking te stellen. Deze exclusiviteit van arbeidskrachten werkt twee kanten op. Enerzijds worden slechts de door de inlener geworven arbeidskrachten via het payrollbedrijf aan hem ter beschikking gesteld en anderzijds mogen deze arbeidskrachten niet elders ter beschikking worden gesteld zonder toestemming van de inlener.¹⁹

Het doel van de inlener te kiezen voor het inlenen van uitzendkrachten (in de zin van de klassieke uitzending) is anders dan het doel te kiezen voor inlening via een payrollbedrijf. Bij de klassieke vorm van uitzending worden arbeidskrachten ingeleend in verband met ‘piek’ of ‘ziek’. De werkgever die arbeidskrachten voor langere tijd wil binden aan zijn onderneming, zal niet kiezen voor inlening. Dit is duurder en de uitzendkracht kan veel gemakkelijker weg. Bij payrolling is juist wel een permanente terbeschikkingstelling

17 Dit met uitzondering van de werknemers die voorheen op de afdeling P&O werkten; deze werknemers zullen in beginsel krachtens overgang van onderneming ex. artikel 7:663 BW van rechtswege overgaan naar het payrollbedrijf.

18 Zie bijv. artikel 1 sub a van de Cao voor Medewerkers van Payroll Ondernemingen 2006-2007: ‘De payroll-overeenkomst komt tot stand na werving van de werknemer door de derde (de inlener, emh), niet door de werkgever (het payrollbureau, emh).’

19 Zie wederom artikel 1 sub a van de Cao voor Medewerkers van Payroll Ondernemingen 2006-2007: ‘De werkgever (de payrollonderneming, emh) is niet gerechtigd de werknemer ter beschikking te stellen van andere ondernemingen dan de onderneming van de derde (...).’

van *deze* arbeidskracht beoogd. Payrollbedrijven kunnen thans op de markt opereren omdat de met ingang van 1 januari 1999 ingevoerde Waadi geen maximumduur van uitzending kent.²⁰ Werkgevers kunnen zo onbeperkt gebruikmaken van ingeleende arbeidskrachten via het payrollbedrijf en gebruikmaken van de flexibele regeling van onder andere artikel 7:691 BW.

Ondanks de hiervoor genoemde verschillen in doel en uitwerking van de inleenconstructie, heeft een payrollbedrijf naar de letter van de wet als uitzendbureau in de zin van artikel 7:690 BW te gelden. Het bestaan van een uitzendovereenkomst vereist een terbeschikkingstelling van een arbeidskracht aan een derde, om onder diens leiding en toezicht arbeid te verrichten. Ook een payrollbedrijf voldoet aan deze vereisten.

De wetgever zal echter nimmer hebben bedoeld dat dergelijke bedrijven gebruik mogen maken van de flexibele arbeidsrelatie van de uitzendovereenkomst. Vóór 1999 was de positie van de uitzendkrachten onduidelijk en onzeker. Onduidelijke en variabele invulling van arbeidsrelaties gaat ten koste van de rechtszekerheid en rechtsbescherming van werknemers.²¹ Daar staat tegenover dat de uitzendformule een belangrijke allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervult.²² Met de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid is de wetgever ondernemers tegemoetgekomen in hun behoefte aan flexibiliteit, terwijl tegelijkertijd werkzoekenden en werkaanbieders aan elkaar gekoppeld werden (de zogenoemde allocatieve functie van de uitzendformule). Deze allocatieve functie rechtvaardigt het bijzondere regime waarbij de betrokken partijen een grotere vrijheid hebben bij het aangaan en verbreken van de onderlinge relatie.²³ Dit blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis:

‘Wij zijn van mening dat de allocatieve functie van het uitzendwezen en het driehoeks karakter van de uitzendrelatie, waarbij betrokken partijen een grotere vrijheid hebben bij het aangaan en verbreken van de onderlinge relatie in het kader van de terbeschikkingstelling van de werknemer, een bijzonder regime, zoals door de Stichting van de Arbeid bepleit, rechtvaardigen.’²⁴

20 Op grond van artikel 93 lid 1 sub d van de Arbeidsvoorzieningenwet, de voorloper van de Waadi, mocht een uitzendbureau een uitzendkracht maximaal gedurende zes maanden (of maximaal één jaar op parttimebasis) aan dezelfde inlener ter beschikking stellen.

21 Om die reden zijn ook de rechtsvermoedens van artikel 7:610 a en 610b ingevoerd. Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 3.

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

23 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 16.

24 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 16.

De allocatiefunctie wordt niet als constitutief vereiste genoemd. Payrollbedrijven kunnen zich derhalve als uitzendonderneming beroepen op de uitzonderingsbepalingen van artikel 7:691 BW. De allocatiefunctie wordt in Bijlage B van het Ontslagbesluit wel als vereiste genoemd, zodat payrollbedrijven daar geen beroep op kunnen doen.

In mijn optiek is de definitie van artikel 7:690 BW te ruim, hetgeen het onwenselijke gevolg heeft dat payrollbedrijven er onder kunnen vallen. Ik pleit ervoor als constitutief vereiste in artikel 7:690 BW op te nemen dat het bijeenbrengen van vraag en aanbod binnen de arbeidsmarkt als hoofddoelstelling van de onderneming heeft te gelden, zoals ook is gebeurd in Bijlage B van het Ontslagbesluit. Vooralsnog dient heil te worden gezocht bij de rechtspraak. Het feit dat volgens de papieren constructie de werknemer slechts een feitelijke relatie heeft met de inlener, doet er niet aan af dat de rechter toch een arbeidsovereenkomst tussen partijen kan aannemen. Ik werk dit hierna nader uit.

3 Een arbeidsovereenkomst met de inlener?

3.1 ABN Amro/Malhi

De uitzendovereenkomst tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht kan worden gezien als een arbeidsovereenkomst waarbij (een wezenlijk deel van) het werkgeverschap verplicht wordt gedelegeerd. Vereist is immers dat toezicht en leiding bij de inlener liggen. Bepaalde aspecten van het werkgeversgezag blijven in de regel echter bij de uitzendwerkgever rusten. Het is in de praktijk goed mogelijk dat de feitelijke invulling van de uitzendovereenkomst in de loop der tijd zodanig verandert, dat de uitzendkracht en de inlener zich steeds meer jegens elkaar als werknemer en werkgever gedragen. Betoogd zou kunnen worden dat niet slechts de instructiebevoegdheid aan de inlener is overgedragen, maar deze werkgever is geworden van de uitzendkracht. Dit leidt tot de vraag of tussen de ingeleende arbeidskracht en de inlener op enig moment een arbeidsovereenkomst kan ontstaan indien partijen zich in de loop der tijd feitelijk steeds meer als werkgever en werknemer jegens elkaar zijn gaan gedragen.

De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend in het arrest ABN Amro/Malhi.²⁵ Malhi was sinds 1990 in dienst van schoonmaakbedrijf De Gast en werd tewerkgesteld bij ABN Amro. Aanvankelijk verrichtte Malhi schoonmaakwerkzaamheden voor de bank, maar op verzoek van de bank

²⁵ HR 5 april 2002, NJ 2003, 124 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss.

werd zijn functie in hetzelfde jaar gewijzigd naar chauffeur en vervolgens computerinstallateur. De functiewisselingen werden niet schriftelijk vastgelegd. Op voorstel van de bank werd het salaris van Malhi in 1993 verhoogd overeenkomstig de Cao voor het Bankbedrijf, zodat hij op gelijk niveau betaald werd als medewerkers van de bank die dezelfde werkzaamheden verrichtten (overigens met uitzondering van de secundaire arbeidsvoorwaarden). Dit salaris was hoger dan de hoogste schaal van de Cao voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf. Malhi leverde de gehele tijd wekelijks werkbriefjes in bij De Gast en de betaling verliep al die tijd via De Gast. Tijdens ziekte of vakantie werd Malhi niet vervangen door een andere werknemer van De Gast.

Nadat de bank De Gast eind 1994 liet weten dat de functie van Malhi met ingang van 1 juli 1995 zou komen te vervallen, vorderde Malhi een verklaring voor recht dat hij per 1 januari 1991, dan wel op een door de rechter te bepalen datum, voor onbepaalde tijd in dienst van de bank was gekomen. Met een Groen/Schoevers-achtige²⁶ redenering achtte de rechtbank – in navolging van de kantonrechter – de aanvankelijk overeengekomen voorwaarden waaronder Malhi bij de bank was komen te werken niet doorslaggevend; mede kwam betekenis toe aan de wijze waarop partijen in de praktijk aan de arbeidsrelatie uitvoering hebben gegeven en daaraan inhoud hebben gegeven. A-G Huydecoper onderschreef het oordeel van de rechtbank.

De Hoge Raad casseert. Onder verwijzing naar het arrest Volvo/Braam²⁷ geeft de Hoge Raad aan dat allereerst moet worden beslist of de bank en Malhi zich jegens elkaar verbonden hebben. Het door de rechtbank toegepaste Groen/Schoevers-criterium 'is op zijn plaats in situaties waarin het gaat om kwalificatie van een – op zichzelf vaststaande – overeenkomst (...). Het gaat in deze zaak echter niet om de vraag of, (...) en zo ja vanaf wanneer, moet worden aangenomen dat een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen indien iemand zonder duidelijke afspraken daarover werkzaamheden voor een ander is gaan verrichten. Uitgangspunt is dat Malhi met zijn werkzaamheden bij de bank is begonnen krachtens zijn arbeidsovereenkomst met De Gast (...).'

²⁶ HR 14 november 1997, NJ 1998, 149.

²⁷ HR 27 november 1992, NJ 1993, 273. In dit arrest, gewezen voor invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, ging het om de vraag of sprake was van een voortgezette dienstbetrekking. Een arbeidskracht was eerst werkzaam bij Volvo op inleenbasis en aansluitend op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De vraag in cassatie is of de feitelijke relatie voorafgaand aan de arbeidsovereenkomst moet worden meegeteld, zodat de eerste formele arbeidsovereenkomst geldt als een voortgezette arbeidsovereenkomst. Het antwoord van de Hoge Raad luidt ontkennend, nu partijen zich niet hebben verbonden tijdens de inleenrelatie.

De Hoge Raad overwoog voorts dat de rechtszekerheid zich verzet tegen ‘een geruisloze vervanging van de tussen Malhi en de bank bestaande verhouding van ingeleende werknemer tot inlener in een arbeidsovereenkomst, waarvan voor geen van de partijen duidelijk zou zijn op welk tijdstip deze overgang zich zou hebben voltrokken’.

De Hoge Raad geeft aldus expliciet aan dat in de zaak ABN Amro/Malhi beslissend is of de bank en Malhi zich jegens elkaar verbonden hebben (cursivering EMH). Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van de artikelen 3:33 jo. 3:35 en artikel 6:213 jo. 6:217 BW. Het aan het arrest Groen/Schoevers ontleende criterium is volgens de Hoge Raad op zijn plaats in situaties waarin het gaat om de vraag of een – op zichzelf *vaststaande* (cursivering EMH) – overeenkomst op grond waarvan de ene partij werkzaamheden verricht voor de ander, moet worden gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst.²⁸ Voor deze vraag is het criterium uit Groen/Schoevers en de nadien gewezen arresten omtrent de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst van belang.²⁹

3.2 Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM

De verhouding tussen de arresten betreffende de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst³⁰ en het arrest ABN Amro/Malhi licht de Hoge Raad nader toe in het recente arrest Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM.³¹ Het ging in deze zaak eveneens om een driehoeksrelatie, waarbij de inlener en de arbeidskracht zich erop beriepen zich niet jegens elkaar te hebben verbonden. De heer Knipscheer was directeur en enig aandeelhouder van Kniphram Holding B.V. Tussen Stichting Thuiszorg Rotterdam en Kniphram B.V. was een managementovereenkomst gesloten op grond waarvan Kniphram B.V. werd belast met het feitelijk bestuur van Thuiszorg Rotterdam. Een derde-belanghebbende, pensioenfonds PGGM, meende dat tussen Thuiszorg Rotterdam en Knipscheer een arbeidsovereenkomst heeft te gelden en bracht pensioenpremies in rekening. Op grond van de Wet verplichte deelneming vallen alle werknemers van Thuiszorg Rotterdam onder de deelnameverplichting van pensioenfonds PGGM. De heer Knipscheer en Thuiszorg Rotterdam hebben gekozen voor de

28 Ook C.J.H. Jansen is deze mening toegedaan (ArA 2002/2, p. 48). Zie anders H.C. Bijleveld, *Wie is werkgever binnen het concern?*, *Arbeidsrecht* 2005/4, p. 9. Hij meent dat de Hoge Raad met de woorden ‘of partijen zich jegens elkaar hebben verbonden’ bedoeld wordt of zij zich verbonden hebben een arbeidsovereenkomst aan te gaan.

29 HR 10 oktober 2003, JAR 2003/263 (Van der Male/Den Hoedt); HR 10 december 2004, JAR 2005/15 (Diosynth/Groot); HR 14 april 2006, JAR 2006/119 (UvA/Beurspromovendi); HR 15 september 2006, JAR 2006/244 (Schoenmaker/ANWB); en HR 15 december 2006, JAR 2007/19 (Van Houdts/BBO).

30 Zie de in de vorige noot genoemde arresten.

31 HR 13 juli 2007, RvdW 2007/690 en NJ 2007, 449 m.nt. E. Verhulp.

constructie via de managementovereenkomst in plaats van voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst teneinde te voorkomen dat Knipscheer onder het bereik van de PGGM-regeling valt (en zo een pensioenbreuk oploopt).³² De kantonrechter te Rotterdam nam geen arbeidsovereenkomst aan, nu alleen natuurlijke personen als werknemer partij kunnen zijn bij een arbeidsovereenkomst en Knipscheer geen partij was bij *die overeenkomst* (cursivering EMH).³³ Het Gerechtshof Den Haag overwoog dat het voor de beantwoording van de vraag of – ondanks het bestaan van de managementovereenkomst tussen Thuiszorg Rotterdam en Knipham – sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen Thuiszorg Rotterdam en Knipscheer, niet alleen aankomt op de bedoeling van partijen bij het sluiten van de overeenkomst, maar tevens op de wijze waarop vervolgens aan die overeenkomst uitvoering is gegeven.³⁴ Uit het feit dat geen btw wordt afgedragen over de managementfee, leidt het hof de ondergeschiktheid af. Nu de managementfee rechtstreeks aan Knipscheer werd voldaan via de loonadministratie van Thuiszorg en voorts de statutaire doelomschrijving van Knipham B.V. de werkzaamheden uit hoofde van de managementovereenkomst niet mede omvat, is volgens het hof ook voldaan aan het element ‘loon’. Derhalve acht het hof een arbeidsovereenkomst tussen Thuiszorg Rotterdam en Knipscheer aanwezig, waaraan noch de managementovereenkomst noch de verklaring van Knipscheer dat geen arbeidsovereenkomst was gesloten, in dit specifieke geval in de weg stond.

In cassatie stelt Thuiszorg Rotterdam zich op het standpunt dat het hof ten onrechte de criteria uit Groen/Schoevers³⁵ heeft gehanteerd. Zij wijst erop dat deze criteria slechts van belang zijn bij de beoordeling van de vraag of een contractuele relatie een arbeidsovereenkomst is (geworden). Volgens Thuiszorg Rotterdam dient het arrest ABN Amro/Malhi te worden toegepast, nu de feiten zowel verenigbaar zijn met het voortbestaan van een managementovereenkomst als met het in plaats daarvan aangaan van een dienstbetrekking tussen de inlener en de arbeidskracht.

32 Zie Gerechtshof Den Haag 26 augustus 2005, JAR 2005/249. De beoordeling van het hoger beroep, r.o. 2.10 onder 5, waaruit blijkt dat Thuiszorg Rotterdam expliciet heeft gesteld dat dit de (enige) reden is geweest van partijen om te kiezen voor een opdrachtovereenkomst in plaats van een arbeidsovereenkomst.

33 Ktr. Rotterdam 14 augustus 2002, JAR 2002/217. De kantonrechter heeft een onjuist criterium aangelegd. Het is vanzelfsprekend juist dat de bv geen werknemer kan zijn. De vraag is echter niet of de managementovereenkomst tussen de bv en opdrachtgever Thuiszorg Rotterdam een arbeidsovereenkomst is; de kwalificatie ziet op de verhouding tussen Knipscheer en opdrachtgever Thuiszorg Rotterdam.

34 Gerechtshof Den Haag 26 augustus 2005, JAR 2005/249.

35 HR 14 november 1997, NJ 1998, 149: ‘wat tussen partijen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven’.

De Hoge Raad verwerpt het beroep. Hij overweegt dat

‘in de onderhavige zaak, anders dan in het geval van ABN Amro/Malhi (...) niet de vraag aan de orde is of sprake is van een geruisloze overgang van een inleensituatie naar een arbeidsovereenkomst, nu het hof niet heeft aangenomen dat Knipscheer aanvankelijk op andere basis dan een arbeidsovereenkomst voor Thuiszorg Rotterdam werkzaam was.’ Het hof is ‘op grond van een samenstel van feiten en omstandigheden tot het oordeel gekomen dat tussen Thuiszorg Rotterdam en Knipscheer sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW. Het hof heeft derhalve niet slechts gelet op hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook op de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus inhoud hebben gegeven aan het overeengekomene (...).’

Dit oordeel van het hof geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, aldus de Hoge Raad.

3.3 Contractsvrijheid en rechtszekerheid: nogmaals ABN Amro/Malhi

In ABN Amro/Malhi stond het autonomiebeginsel en de daaruit voortvloeiende contractsvrijheid voorop. De contractsvrijheid ziet niet alleen op de inhoud van het contract, maar ook op de vrijheid niet te contracteren (de negatieve contractsvrijheid), te contracteren met wie men wil (de contracteervrijheid) en in de vorm die men verkiest.³⁶ Partijen hebben de mogelijkheid zich door middel van een afspraak over en weer te binden. De verbintenissen die voortvloeien uit de overeenkomst kunnen derden in beginsel niet baten, noch schaden, nu ten aanzien van derden de wilsovereenstemming gericht op het aangaan van een overeenkomst ontbreekt.³⁷ De contracteervrijheid en de daarmee samenhangende negatieve contractsvrijheid kunnen worden teruggevonden in de vereiste ‘toestemming’ van partijen. Een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding (artikel 6:217-225 BW). Wanneer men die toestemming niet geeft, voorkomt men contractuele gebondenheid. De wilsovereenstemming (artikel 3:33 BW) dient in samenhang te worden gezien met het bij de wederpartij opgewekte vertrouwen dat de wil is gericht op de te sluiten overeenkomst (artikel 3:35 BW).

³⁶ Asser-Hartkamp 4-II, Deventer: Kluwer 2005, nr. 42 e.v.

³⁷ C.E. du Perron, Overeenkomst en derden (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 11 en 14.

De contracteervrijheid dient ook in het arbeidsrecht als uitgangspunt te worden beschouwd.³⁸ In beginsel zijn werkgevers en werkzoekenden vrij te bepalen met wie zij willen contracteren. Dat ook de Hoge Raad veel waarde hecht aan de contracteervrijheid in het arbeidsrecht, blijkt bijvoorbeeld uit het arrest Patelski/Gemeente Sittard.³⁹ Stellende dat hij kennelijk onredelijk was ontslagen, vorderde Patelski herstel van de dienstbetrekking naar burgerlijk recht. Patelski stelde dat de rechter verplicht is, zo de werknemer dat vordert, de werkgever te veroordelen de dienstbetrekking te herstellen.⁴⁰ Deze stelling werd door de Hoge Raad niet aanvaard nu een dergelijke verplichting 'niet wel strookt met het – juist ten aanzien van arbeidsovereenkomsten sprekende – beginsel van de contracteervrijheid'.

Het uitgangspunt van de contractsvrijheid blijkt voorts uit het arrest Verhoef/Van Zuijlen, waarin de Hoge Raad oordeelt dat een stageovereenkomst niet stilzwijgend – zonder dat partijen een arbeidsovereenkomst wensen te sluiten – een arbeidsovereenkomst kan worden.⁴¹ Wanneer partijen een stageovereenkomst sluiten, leidt de enkele omstandigheid dat in de loop van de uitvoering van een stageovereenkomst het accent verschuift van het leerelement naar het verrichten van productieve arbeid voor de patroon, er niet toe dat de rechtsverhouding tussen partijen stilzwijgend wordt omgezet in een afzonderlijke arbeidsovereenkomst, naast of los van de nog slechts voor de vorm bestaande leerovereenkomst. De rechtszekerheid verzet zich tegen het aannemen van een geruisloze, met een verandering van de toepasselijke rechtsregels gepaard gaande omzetting, waarvan voor geen van beide partijen duidelijk zou zijn op welk tijdstip zij zich zou hebben voltrokken.

De Hoge Raad hanteerde in het arrest ABN Amro/Malhi een soortgelijke redenering. Beslissend was *of* de bank en Malhi zich jegens elkaar hebben verbonden. In rechtsoverweging 3.5 geeft de Hoge Raad aan dat het antwoord op deze vraag afhankelijk is van hetgeen zij over en weer hebben ver-

38 Zie o.a. Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit* (diss. UU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 21, T. van Peijpe, 'Contractvrijheid en de werknemer', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, en E. Verhulst, *Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!*, SR 2005, p. 91.

39 HR 25 januari 1985, NJ 1985, 559.

40 Onder het oude recht werden eveneens twee mogelijke sancties verbonden aan een kennelijk onredelijk ontslag, te weten schadevergoeding (artikel 1639s oud-BW) of herstel van de dienstbetrekking (artikel 1639t oud BW). Thans is in artikel 7:682 BW opgenomen dat de rechter die veroordeelt tot herstel van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever of ambtshalve de afkoopssom (te weten de vergoeding naar billijkheid) bepaalt.

41 HR 28 juni 1996, JAR 1996/153.

klaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze mochten afleiden (artikel 3:33 jo. 3:35 BW).⁴²

3.4 De partijbedoeling en feitelijke uitvoering: nogmaals Thuiszorg Rotterdam/PGGM

De contractsvrijheid is zoals bekend echter slechts een vrijheid in gebondenheid.⁴³ Juist in het arbeidsrecht wordt de contractsvrijheid aanzienlijk beperkt door de vele dwingendrechtelijke bepalingen. Het beginsel van contractsvrijheid veronderstelt een gelijkheid tussen de contracterende partijen en daar was in het begin van de twintigste eeuw in het arbeidsrecht geen sprake van.⁴⁴ Om te voorkomen dat de werkgever door zijn economische machtspositie de werknemer zou (kunnen) overreden af te zien van zijn arbeidsrechtelijke bescherming, heeft de wetgever de definiëring van de arbeidsovereenkomst buiten de macht van partijen gesteld.⁴⁵ Nogmaals, ook in het arbeidsrecht staat de partijautonomie voorop. Zo overwoog de Hoge Raad in het arrest Groen/ Schoevers:

‘dat partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende wijzen kunnen inrichten, en dat wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven’.

De partijautonomie is in het arbeidsrecht in zoverre het uitgangspunt, dat partijen kunnen kiezen op welke wijze zij een overeenkomst die strekt tot het verrichten van werk willen inrichten. Partijen hebben de keuze tussen een opdrachtovereenkomst ex artikel 7:400 BW, een overeenkomst tot het aannemen van werk ex artikel 7:750 BW of een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW. Voor de beoordelingsvraag welke keuze is gemaakt, oftewel wat de initiële partijbedoeling was, is hetgeen door partijen op papier is

42 Deze criteria zijn ontleend aan het arrest HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 (Bunde/Erckens). In het bekende arrest HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Ermes/Haviltex) wordt omtrent de inhoud van de overeenkomst dezelfde maatstaf aangelegd.

43 J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht*. Deel 1. *Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 8.

44 E. Verhulp, 'Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!', SR 2005/3, p. 87-95.

45 Zie E. Verhulp in zijn noot bij HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449 (Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM).

gezet niet beslissend.⁴⁶ De papieren overeenkomst is wellicht een aanwijzing voor de initiële partijbedoeling, maar vervolgens dient de rechter te onderzoeken of partijen ook feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst zoals die op papier staat.⁴⁷ Zoals de Hoge Raad vervolgt in Groen/Schoevers:

‘Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst behoort tot een van de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten.’

Indien de verhouding tussen de aanbieder van werk en de werkende voldoet aan alle elementen van artikel 7:610 BW, dan is een arbeidsovereenkomst gesloten, ongeacht de vraag of partijen een arbeidsovereenkomst wensten te sluiten. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het arrest UvA/Beurspromovendi.⁴⁸ De rechtbank gaf aan voorop te stellen

‘dat aan partijen een zekere vrijheid toekomt om hun rechtsverhouding in te richten en dat in die zin rekening moet worden gehouden met de kwalificatie die partijen aan hun overeenkomst hebben gegeven en met de bedoelingen van partijen’, maar dat dit niet wegneemt ‘dat de feitelijke situatie, te weten de wijze waarop partijen in de praktijk aan hun rechtsverhouding uitvoering hebben gegeven, kan leiden tot het oordeel dat rechtens sprake is van een arbeidsovereenkomst. In die zin dient de rechtsverhouding tussen partijen te worden onderzocht, niettegenstaande de benaming die partijen aan hun verhouding hebben gegeven en de (gestelde) bedoelingen van partijen.’

De Hoge Raad verwerpt het hiertegen gerichte cassatiemiddel.⁴⁹

46 Zie ook HR 10 december 2004, NJ 2005, 239 (Diosynth/Groot): ‘Wanneer immers beide partijen, zoals Diosynth in hoger beroep gemotiveerd heeft gesteld, bij het aangaan van de tussen hen gesloten acquisitie-overeenkomst hebben beoogd dat deze als een overeenkomst van opdracht en niet als een arbeidsovereenkomst diende te worden aangemerkt, is dat van belang – zij het niet zonder meer beslissend – voor de tussen partijen betwiste kwalificatievraag.’

47 Zie in gelijke zin E. Verhulp, Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!, SR 2005/16, p. 93; M.S.A. Vegter, Arbeidsovereenkomst of opdrachtsovereenkomst en het belang van de partijbedoeling, SR 2005/19, p. 107, en J.J. Trap, ‘De werknemer en de opdrachtnemer’, in: De werknemer in beweging, bundel vierde Nationaal Arbeidsrechtcongres, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 40.

48 HR 14 april 2006, JAR 2006/119.

49 Zie ook HR 15 december 2006, JAR 2007/19 (Van Houdt/BBO). De op schrift gestelde vennootschapsovereenkomst vormt weliswaar een aanwijzing dat partijen geen arbeidsovereenkomst wensten te sluiten, maar uit de feitelijke gang van zaken kan blijken dat toch sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Ook in het hiervoor besproken arrest Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM⁵⁰ concludeerde het hof aan de hand van de feitelijke uitvoering dat een arbeidsovereenkomst was gesloten tussen Stichting Thuiszorg Rotterdam en de heer Knipscheer, in weerwil van hetgeen op schrift was gesteld.⁵¹ De uitvoering ‘overruledede’⁵² in dat geval de kwalificatie zoals door partijen gegeven.⁵³

Reeds in 1990 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen over de management-overeenkomst, waarin geen arbeidsovereenkomst werd aangenomen tussen de directeur/enig aandeelhouder en de opdrachtgever.⁵⁴ Uit dit arrest werd in de arbeidsrechtelijke literatuur wel ten onrechte afgeleid dat de Hoge Raad de mening zou zijn toegedaan dat de directeur-groootaandeelhouder van de management-bv geen arbeidsovereenkomst kan hebben met de opdrachtgever.⁵⁵ De Hoge Raad overwoog in dit arrest:

‘De managementovereenkomsten brachten wel mee dat zij in opdracht van die vennootschappen arbeid voor Arrow verrichtten (...) maar uit de vaststaande dan wel door Bruijns c.s gestelde feiten kan niet worden afgeleid dat zij daardoor tot Arrow kwamen te staan in een rechtsverhouding die als arbeidsovereenkomst in de zin van voormelde bepalingen is aan te merken.’

De Hoge Raad zegt hier niet meer dan dat uit de in casu vastgestelde feiten geen arbeidsovereenkomst kan worden afgeleid.

50 HR 13 juli 2007, RvdW 2007, 690.

51 Op deze conclusie valt wel het een en ander af te dingen. Uit het feit dat geen btw wordt afgedragen over de managementfee en Thuiszorg Rotterdam in strijd handelt met haar eigen statuten door geen arbeidsovereenkomst aan te gaan, wordt de civielrechtelijk vereiste gezagsverhouding afgeleid. Een en ander is verweven met de waardering van feitelijke aard, zodat de Hoge Raad een en ander niet inhoudelijk toetst. Een rol speelde wellicht ook het feit dat vaststond dat de enige reden om geen arbeidsovereenkomst te sluiten nu juist was het ontlopen van de pensioenpremies. Ik kan mij echter goed voorstellen dat een andere feitenrechter tot een tegenovergestelde uitspraak zou zijn gekomen.

52 Deze term heb ik ontleend aan J.J. Trap, ‘De werknemer en de opdrachtnemer’, in: De werknemer in beweging, bundel vierde Nationaal Arbeidsrechtcongres, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 40.

53 Dat blijkt ook uit HR 15 december 2006, JAR 2007/19 (Van Houdts/BBO). Het hof had het door de werknemer gedane bewijsaanbod dat ondanks de op schrift gestelde vennootschapsovereenkomst partijen in werkelijkheid hadden beoogd een arbeidsovereenkomst te sluiten, niet mogen passeren.

54 HR 9 juli 1990, NJ 1991, 215 (Bruijns/Arrow).

55 Zie bijv. L. van den Berg, SMA 2004/2, p. 69-80 en E.H. van Stigt Thans, NJB 2006, nr. 12, p. 705.

Het feit dat een directeur/enig aandeelhouder van een management-bv een goede economische en maatschappelijke positie heeft, alsmede dat de managementconstructie veelal op zijn initiatief tot stand is gekomen, hoeft niet doorslaggevend te zijn.⁵⁶ Voornoemde omstandigheden leidden er in het arrest Groen/Schoevers toe dat Groen zich niet op het bestaan van een arbeidsovereenkomst kon beroepen. Ook in PGGM/Thuiszorg Rotterdam werd op initiatief van Knipscheer geen arbeidsovereenkomst gesloten, hetgeen ongebruikelijk was voor Thuiszorg Rotterdam.⁵⁷ Het lijkt mij dat Knipscheer – evenals Groen – zijn positie goed kon overzien. Tussen Knipscheer en Thuiszorg Rotterdam werd echter *wel* een arbeidsovereenkomst aangenomen. Weliswaar was het PGGM als belanghebbende derde die zich op het bestaan van een arbeidsovereenkomst beriep, maar dat maakt de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst niet anders; in de hypothetische situatie dat Knipscheer zich had beroepen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst, zou de rechter tot hetzelfde oordeel moeten zijn gekomen. Artikel 7:610 BW is daarmee niet alleen van dwingend recht teneinde de werknemer te beschermen, maar ook om de belangen van derden te waarborgen. Ten aanzien van artikel 7:610 BW kunnen derden zoals een pensioenfonds, verzekeraar of cao-partijen er belang bij hebben dat contractspartijen zich niet door middel van een schijnconstructie onttrekken aan het arbeidsrecht.⁵⁸ De maatschappelijke aanvaardbaarheid en de bescherming van het algemeen belang kunnen eveneens de reden zijn dat een bepaling van dwingend recht is, hetgeen met name speelt als ook belangen van derden een rol spelen.⁵⁹

De rechter dient aldus aan de hand van de feitelijke uitvoering onderzoek te verrichten naar hetgeen partijen daadwerkelijk beoogden af te spreken om vervolgens te bezien of aan de elementen van artikel 7:610 BW is voldaan. De contractsvrijheid geeft werknemer en werkgever de vrijheid flexibele arbeidsrelaties overeen te komen, maar zij heeft niet tot gevolg dat een over-

56 Zie ook Gerechtshof Den Bosch 2 oktober 2007, LJN BB6852. Het hof wees het beroep van de werknemer op het (blijven) bestaan van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever af, mede omdat de ‘werknemer’ zich goed had georiënteerd op de juridische en fiscale aspecten van de managementovereenkomst.

57 In de statuten van Thuiszorg Rotterdam was immers opgenomen dat de directeur van de Stichting op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam diende te zijn.

58 Zie ook E. Verhulp in zijn noot bij HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449 (Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM).

59 Asser 4-II nrs. 34a en 43. De mate waarin het beginsel van maatschappelijke aanvaardbaarheid de contractsvrijheid begrenst, hangt af van de maatschappelijke omstandigheden, die veelal tijdsgebonden zijn.

eenkost kan worden gesloten die alle elementen van een arbeidsovereenkomst bevat, maar dit niet is.⁶⁰

3.5 Wijziging van de aanvankelijke partijbedoeling

Uit de contractsvrijheid vloeit voort dat partijen mogen kiezen voor een driehoeksverhouding op grond waarvan de werkende en de opdrachtgever geen contractrelatie met elkaar aangaan. Voor het antwoord op de vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst heeft te gelden, staat de partijbedoeling voorop. De initiële partijbedoeling wordt echter ingekleurd door de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering geven aan de arbeidsrelatie. Daarbij wordt als het ware een *ex tunc*-toetsing gehanteerd. Uit de feiten die nadien blijken, kan worden vastgesteld dat op het moment van de aanvang van de arbeidsrelatie partijen daadwerkelijk beoogden een arbeidsovereenkomst te sluiten. Indien de relatie als arbeidsovereenkomst valt te kwalificeren, geldt deze arbeidsrelatie aldus vanaf het begin. Aan de hand van de Groen/ Schoevers-criteria dient de rechter te beoordelen of de driehoeksverhouding op papier in werkelijkheid niet een arbeidsovereenkomst is.

Van geheel andere orde is de situatie dat partijen zich in de loop der tijd anders zijn gaan gedragen. De initiële partijbedoeling staat niet ter discussie, omdat partijen zich pas na verloop van enige tijd anders gaan gedragen dan de overeenkomst die zij aanvankelijk gesloten hebben. Dit gezichtspunt kwam aan de orde in de hiervoor besproken arresten Verhoef/Van Zuijlen en ABN Amro/Malhi. Tussen Verhoef en Van Zuijlen alsmede tussen Malhi en ABN Amro stond niet ter discussie dat partijen aanvankelijk een leerovereenkomst respectievelijk een inleenrelatie waren aangegaan. De kwalificatievraag van de destijds gesloten overeenkomst is niet aan de orde. Het gaat daarentegen om de vraag of partijen zich (in een later stadium) alsnog jegens elkaar hebben verbonden. Die vraag wordt beantwoord aan de hand van de artikelen 3:33 jo. 3:35 en 6:213 jo. 6:217 BW.

De uitkomst van de Hoge Raad in het arrest ABN Amro/Malhi valt zeker te billijken. De ratio achter het arrest is dat dient te worden voorkomen dat de inlener zich op een gegeven moment onbewust tot werkgever maakt, terwijl

60 In de spiegelbeeldige situatie geldt hetzelfde: een overeenkomst die in werkelijkheid geen arbeidsovereenkomst is, wordt dit ook niet doordat partijen haar als arbeidsovereenkomst kwalificeren. HR 10 oktober 2003, JAR 2003/263 (Van der Male/Den Hoedt) en HR 15 december 2006, JAR 2007/20 (Cosijn/Uninetwork Consultancy). Vgl. ook punt 8 van de noot van A-G Koopmans bij het arrest HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 (Agfa/Schoolderman), en punt 2.8 van de conclusie van A-G Timmerman bij HR 13 juli 2007, RvdW 2007/690 (Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM).

voor geen der partijen duidelijk is op welk moment deze gedaantewisseling zich heeft voorgedaan. Een andersluidende uitspraak van de Hoge Raad zou onwenselijke gevolgen hebben gehad voor de detachingspraktijk.⁶¹ Overwegingen van rechtszekerheid, doelmatigheid en praktische hanteerbaarheid zijn in het burgerlijk recht vaak even belangrijk, zo niet belangrijker, dan rechtvaardigheidsargumenten.⁶² Ook de belangen van de uitzendonderneming worden op deze wijze door de Hoge Raad gewaarborgd, omdat deze anders plotseling buitenspel zou kunnen komen te staan.⁶³

In de praktijk zal het verschil tussen de initiële partijbedoeling die wordt ingekleurd door de feitelijke uitvoering en de gewijzigde partijbedoeling naar mijn mening niet altijd even duidelijk zijn. Waar ligt de grens tussen de feitelijke uitvoering die de initiële partijbedoeling inkleurt en de feitelijke uitvoering die een breuk betekent met de oorspronkelijke partijbedoeling? Partijen zullen zich in het algemeen niet van de ene op de andere dag zo anders gedragen dat gezegd kan worden dat hun oorspronkelijke partijbedoeling is gewijzigd. Dat speelt temeer indien niets op schrift is gesteld en de initiële partijbedoeling slechts kan worden afgeleid uit de feitelijke uitvoering.

4 De inlener is toch werkgever

4.1 De inlener is van meet af aan werkgever

Uit de arresten ABN Amro/Malhi en Thuiszorg Rotterdam/PGGM blijkt dat allereerst moet worden bezien of 'de inlener op papier' in werkelijkheid niet toch werkgever is. Indien partijen zich aanvankelijk tot elkaar verhouden als inlener en ingeleende arbeidskracht, verandert deze verhouding niet geruisloos in een arbeidsovereenkomst.

Bij inlening van een uitzendkracht via een 'klassiek' uitzendbureau zal de inlener niet snel vanaf de aanvang van de werkzaamheden als werkgever worden beschouwd. De uitzendverhouding wordt in het algemeen op papier gezet. Indien de drie betrokken partijen vervolgens uitvoering geven aan de driehoeksrelatie als een uitzendverhouding, is de uitzendverhouding het uitgangspunt. Het ontstaan van een arbeidsrelatie in een later stadium ver-

61 C.J.H. Jansen, Het ontstaan van een arbeidsovereenkomst: de Hoge Raad op het scherp van de snede, ARA 2002/2, p. 43.

62 J.B.M. Vranken, Algemeen deel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, nr. 103.

63 Vgl. de noot van G.J.J. Heerma van Voss in NJ 2003, 124.

eist een aanwijsbaar moment waarop partijen zich jegens elkaar hebben verbonden, zo blijkt uit ABN Amro/Malhi.⁶⁴

Bij de managementovereenkomst hangt het zoals gezegd sterk af van de feitelijke uitvoering en de waardering van deze feiten of al dan niet een arbeidsovereenkomst is gesloten. Aan de hand van alle feiten en omstandigheden van het geval zal de rechter moeten beoordelen of de relatie tussen de directeur/enig aandeelhouder en de opdrachtgever – in weerwil van de gesloten overeenkomst met de management-bv – als arbeidsovereenkomst moet worden beschouwd. Een rol speelt onder andere aan wie wordt betaald (de werknemer of de bv), de wijze van betaling (al dan niet na het zenden van een factuur), de economische afhankelijkheid, de mate van ondernemingsrisico, de mate van investeringen (en door wie), de vraag hoe de sociale zekerheid is geregeld, enzovoort.⁶⁵ De initiële partijbedoeling kan worden overruled door de uitvoering. Ook indien het gaat om een ‘werknemer’ die zijn positie goed kan overzien en die bewust en expliciet heeft aangegeven geen arbeidsovereenkomst te willen sluiten, kan uit de feitelijke uitvoering blijken dat partijen toch een arbeidsovereenkomst zijn aangegaan.⁶⁶

Een recent arrest van het Gerechtshof te Den Bosch⁶⁷ geeft een goed voorbeeld van de zogenoemde ‘holistische weging’⁶⁸ van de gezamenlijke omstandigheden bij de kwalificatievraag. Na zestien jaar in loondienst werkzaam te zijn geweest voor een dochtervennootschap van (thans) KVWS NV, stemt werknemer X in met een beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst. In de beëindigingsovereenkomst wordt bepaald dat X een overeenkomst voor de duur van drie jaar aangaan met VS, een andere dochtermaatschappij van KVWS. VS zal zich inspannen opdrachten voor X te verwerven op het gebied van management en financieel administratief terrein tegen een vaste vergoeding van € 1000 per werkdag, waarbij omvang van de werk-

64 In klassieke uitzendverhoudingen zal de werknemer de inlener niet snel als werkgever kunnen aanspreken. Onder omstandigheden kan de werknemer de inlener wel aanspreken uit andere hoofde, zoals op grond van onrechtmatige daad, misbruik van bevoegdheid en (doorwerkende) redelijkheid en billijkheid. Zie J.M. van Slooten, *De derde in het sociaal recht* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2005.

65 Voorbeelden ontleend aan M.C.M. Aerts, *De zelfstandige in het sociaal recht* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2007, p. 152.

66 Voor de kwalificatievraag is immers niet één kenmerk beslissend. HR 14 november 1997, NJ 1998, 149; HR 10 december 2004, NJ 2005, 239; en HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449.

67 Gerechtshof Den Bosch 2 oktober 2007, LJN BB6852.

68 Zie o.a. J.J. Trap, ‘De werknemer en de opdrachtnemer’, in: *De werknemer in beweging*, bundel vierde Nationaal Arbeidsrechtcongres, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006 en de noot van E. Verhulp bij HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449 (Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM).

belasting zal passen bij een werkbelasting van 225 dagen per jaar. Voorts leggen partijen vast dat X zich zal inspannen eveneens opdrachten te verwerken buiten het KVWS-concern, alsmede dat de intentie van beide partijen is de onderhavige overeenkomst binnen drie jaar te zullen vervangen door een overeenkomst tussen VS en een door X op te richten management-bv. Nadat X arbeidsongeschikt raakt wegens ernstige psychische klachten, beroept hij zich primair op vernietiging ex artikel 3:34 BW van de beëindigingsovereenkomst gesloten met KVWS en secundair op het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen hem en VS. Het hof komt tot het oordeel dat partijen geen arbeidsovereenkomst, maar een overeenkomst van opdracht hebben gesloten. X was zich bewust van het sluiten van een opdrachtsovereenkomst, hetgeen bleek uit een door hem opgesteld(e) memo/brief aan KVWS waarin hij vraagt naar de juridische en fiscale mogelijkheden die een managementsovereenkomst biedt.⁶⁹ Vaststaat dat X gehouden was opdrachten van derden te aanvaarden. Alles wijst er volgens het hof op dat partijen de intentie hadden een opdrachtsovereenkomst aan te gaan en ook feitelijk aan deze overeenkomst uitvoering hebben gegeven.

In paragraaf 2.3 wees ik op de verschillen tussen de klassieke uitzendovereenkomst en de overeenkomst die wordt gesloten met het payrollbedrijf. De opdrachtgever/inlener werft het personeel en de geworven arbeidskracht wordt vervolgens exclusief ter beschikking gesteld aan de inlener. Werknemers die thans via een payrollconstructie worden ingeleend, hebben naar mijn mening een gereede kans met succes een arbeidsovereenkomst met de inlener te claimen. Uit de feitelijke uitvoering kan mijns inziens relatief eenvoudig worden afgeleid dat partijen nimmer hebben beoogd een inleenrelatie aan te gaan. Payrolling is een definitieve juridische constructie, met als enig of in ieder geval hoofdzakelijk doel het omzeilen van arbeidsrechtelijke bescherming. Het doel is niet de wens om flexibel te kunnen voorzien in een onverwachte behoefte aan personeel. De payrollwerkgever is slechts de (uitzend)werkgever op papier en de rechter pleegt – zoals hiervoor besproken – door papieren constructies heen te kijken.⁷⁰

69 Het beroep van X op vernietiging van de beëindigingsovereenkomst wegens een door hem gestelde discrepantie tussen wil en verklaring door een geestelijke stoomis (artikel 3:34 BW), wordt aldus door het hof afgewezen.

70 In paragraaf 3.4 besprak ik reeds dat een papieren overeenkomst een aanwijzing kan vormen bij de beantwoording van de kwalificatievraag, maar de rechter vervolgens dient vast te stellen of de feitelijke uitvoering overeenkomt met de benaming die partijen aan hun rechtsverhouding hebben gegeven. HR 14 april 2006, JAR 2006/119 (UvA/Beurspromovendi), HR 15 december 2006, JAR 2007/19 (Van Houdt/BBO) en HR 13 juli 2007, RvdW 2007/690 en NJ 2007, 449 m.nt. E. Verhulp (Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM).

In dit verband kan het arrest Van der Male/Den Hoedt worden genoemd.⁷¹ De Hoge Raad diende in dit arrest te oordelen over de vraag of een verkapte alimentatieovereenkomst als arbeidsovereenkomst had te gelden. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag ontkennend, nu 'partijen nooit de bedoeling hebben gehad aan de schriftelijke overeenkomst uitvoering te geven in dier voege dat Den Hoedt werkzaamheden zou gaan verrichten voor Van der Male B.V. (...) zodat de overeenkomst klaarblijkelijk geen andere strekking (had) dan aan Den Hoedt een bijdrage in de kosten van haar levensonderhoud te verschaffen'.

In mijn optiek kan de rechtsregel uit dit arrest ook worden toegepast op de payrollconstructie. Een verschil met het arrest Van der Male/Den Hoedt is dat Den Hoedt direct na het sluiten van de arbeidsovereenkomst werd vrijgesteld van arbeid, zodat in de feitelijke uitvoering niet werd voldaan aan het element 'arbeid', noch het element 'gezagsverhouding'. Deze elementen vallen wel te duiden bij de payrollovereenkomst. Desalniettemin geldt ook ten aanzien van de payrollconstructie dat partijen niet daadwerkelijk de bedoeling hebben dat werkzaamheden worden verricht ten behoeve van de payroller als (uitzend)werkgever⁷² en is de klaarblijkelijke strekking van deze constructie een andere dan het aangaan van een arbeidsovereenkomst *met het payrollbureau*. Toepassing van het arrest Van der Male/Den Hoedt kan tot de conclusie leiden dat de arbeidsrelatie niet ligt bij het payrollbedrijf, maar bij de 'de inlener'.

Tevens kan de gepayrolde werknemer zich naar mijn mening beroepen op het gerechtvaardigd vertrouwen ex artikel 3:35 BW dat een arbeidsovereenkomst is ontstaan of blijven bestaan met de 'inlener'.⁷³ Bij payrollconstructies werft de inlener zoals gezegd de arbeidskrachten en is hij tevens degene die de sollicitatiegesprekken voert. Pas nadat de persoon van de werknemer in feite al is vastgesteld, wordt de werknemer door een derde 'in dienst genomen'. Feitelijk houdt dit niet meer in dan het plaatsen van de werknemer op een andere loonlijst en het uitbetalen van salaris via het payrollbedrijf als

71 HR 10 oktober 2003, JAR 2003/263.

72 Een verschil is dat Den Hoedt direct na het sluiten van de arbeidsovereenkomst werd vrijgesteld van arbeid, zodat in de feitelijke uitvoering niet werd voldaan aan het element 'arbeid', noch het element 'gezagsverhouding'.

73 De wilsvertrouwensleer wordt in dit kader gebruikt ter onderbouwing van de stelling dat – in weerwil van hetgeen op schrift is gesteld – een arbeidsovereenkomst is gesloten tussen 'de inlener' en de werknemer. Hiervan moet worden onderscheiden de 'ABN Amro/Malhi-situatie', waarbij partijen die zich tot elkaar verhouden in een bepaalde relatie, slechts (tevens) contractueel gebonden raken indien zij zich jegens elkaar verbinden. In payrollsituaties staat zoals gezegd immers juist niet vast dat partijen aanvankelijk een inleenrelatie in plaats van een arbeidsrelatie zijn aangegaan.

tussenstation.⁷⁴ De arbeidskracht zal in het algemeen nimmer in contact treden met het payrollbedrijf. Het vertrouwensbeginsel van artikel 3:35 BW prevaleert naar mijn mening boven artikel 3:33 BW; de werknemer mocht gerechtvaardigd vertrouwen dat hij een arbeidsovereenkomst had met de ‘inlener’.⁷⁵ Dit speelt temeer ten aanzien van werknemers die aanvankelijk in dienst waren van de inlener en vervolgens worden geconfronteerd met een payrollbedrijf. Deze werknemers zullen worden gerustgesteld omdat voor hen niets verandert – het loon en de overige arbeidsvoorwaarden blijven immers gelijk – en het slechts gaat om een verandering ‘op papier’. Ten slotte speelt een belangrijke rol dat – in tegenstelling tot het arrest ABN Amro/Malhi – de rechtszekerheid niet in geding is. Het moment van totstandkoming van de arbeidsovereenkomst is immers duidelijk: vanaf het begin. De arbeidsovereenkomst met de ‘inlener’ dient in dat geval te worden aangenomen naast de (lege) arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf.

4.2 Verwarring over het werkgeverschap

De Hoge Raad maakt aldus een onderscheid tussen de vraag hoe de verhouding tussen partijen moet worden gekwalificeerd en de situatie waarin de aanvankelijke partijbedoeling in de loop der tijd is gewijzigd. Indien de oorspronkelijke partijbedoeling vaststaat en de feiten in de loop der tijd zijn gewijzigd, verzet de rechtszekerheid zich volgens de Hoge Raad tegen een geruisloze overgang. De initiële partijbedoeling wordt ingekleurd door de uitvoering; aan de hand van de feitelijke uitvoering dient de partijbedoeling te worden vastgesteld.

De rechtbank nam in het arrest ABN Amro/Malhi tot uitgangspunt dat onduidelijkheid bestond over de bedoelingen van de bank en Malhi, nu met betrekking tot de functiewisselingen niets was vastgelegd. A-G Huydecoper onderschreef deze vaststelling, mede in aanmerking genomen de dubbelzinnige houding van de bank.⁷⁶ De Hoge Raad nam zoals bekend geen arbeidsover-

74 Voorts is mogelijk dat het payrollbedrijf de administratie bijhoudt, zoals het overzicht van de opgebouwde vakantiedagen en opgenomen ziektedagen.

75 Dit in tegenstelling tot de bestuurder van de management-bv, die veelal zelf het initiatief neemt niet (langer) werkzaam te zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Deze veelal hoger opgeleide en goed betaalde ‘werknemer’ zal zich in beginsel bewust (moeten) zijn van zijn positie en de consequenties van het sluiten van een managementovereenkomst met zijn ex-werkgever, zodat hij achteraf geen geslaagd beroep kan doen op het ontbreken van een hierop gerichte wil. Zie het hiervoor besproken arrest Gerechtshof Den Bosch 2 oktober 2007, LJN BB6852.

76 De A-G doelde naar ik aanneem op het feit dat de bank Malhi min of meer gelijk behandelde als de eigen werknemers, door hem op gelijk niveau in te schalen en hem bij afwezigheid niet te laten vervangen door een andere werknemer van De Gast.

eenkomst aan en overwoog dat de omstandigheden die de rechtbank vermeldde,⁷⁷ evenzeer verenigbaar waren met het voortduren van de bestaande inlenersverhouding.

A-G Huydecoper meende dat bij twijfel of sprake is van contractuele binding, het antwoord op deze vraag ten gunste van de werknemer zou moeten uitvallen. Hij baseert dit op de beschermingsgedachte die aan het arbeidsrecht ten grondslag ligt. Jansen sluit in zijn artikel aan bij A-G Huydecoper.⁷⁸ Volgens hem dient uit het woord ‘evenzeer’ te worden afgeleid dat de door de kantonrechter en de rechtbank aangehangen opvatting *eveneens* verdedigbaar is. Vervolgens vraagt Jansen zich af of bij een dergelijke twijfel niet een criterium zou moeten worden aangelegd dat strekt tot voordeel van de werknemer.

In mijn optiek was van een dergelijke onduidelijkheid in casu juist géén sprake. Malhi had, tot het moment dat de bank aangaf dat zijn werkzaamheden zouden komen te vervallen, nimmer kenbaar gemaakt dat hij zich als werknemer van de bank beschouwde. Ook leverde hij altijd zijn werkbriefjes in bij De Gast. Het feit dat de bank voor Malhi het banksalaris betaalde, levert geen argument op voor de stelling dat de bank zich als werkgever van Malhi ging gedragen. Op grond van artikel 8 lid 3 Waadi is de bank immers verplicht Malhi het loon te geven dat overeenkomt met werknemers in gelijkwaardige functies. Deze verplichting geldt niet ten aanzien van secundaire arbeidsvoorwaarden en wat de secundaire arbeidsvoorwaarden betreft verschilde het loon van Malhi dan ook met dat van de bankmedewerkers.

Met het woord ‘evenzeer’ duidt de Hoge Raad aan dat de feiten nog steeds (ook) overeenstemmen met de oorspronkelijke inlenersverhouding, waarbij De Gast als werkgever heeft te gelden. En die arbeidsovereenkomst heeft als uitgangspunt te gelden, nu Malhi op basis van deze arbeidsovereenkomst is begonnen met zijn werkzaamheden voor de bank en niet is gebleken dat deze arbeidsovereenkomst zou zijn beëindigd, dan wel is overgenomen.⁷⁹ Malhi had de arbeidsrechtelijke bescherming als werknemer van De Gast en behoefde niet te twijfelen aan deze arbeidsrechtelijke relatie, zodat van onduidelijkheid geen sprake is.⁸⁰ Dat de bescherming als uitzendwerkne-

77 De rechtbank wees op het feit dat Malhi andere werkzaamheden is gaan verrichten, werkzaamheden die de uitlener (schoonmaakbedrijf De Gast) niet aanbiedt, en de bank hem volgens de bank-cao betaalde.

78 C.J.H. Jansen, Het ontstaan van een arbeidsovereenkomst: de Hoge Raad op het scherp van de snede, ArA 2002/2, p. 43.

79 Vgl. ook HR 39 oktober 1982, NJ 1983, 230 (Hesseling/Stichting de Ombudsman) en HR 28 juni 1996, JAR 1996/153 (Verhoef/Van Zuijlen), waarin conversie van een stageovereenkomst in een arbeidsovereenkomst tweemaal door de Hoge Raad werd afgewezen.

80 Ik ben mij ervan bewust dat het voor Malhi veel verschil uitmaakt of hij aanspraak kan maken op de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemer van de bank, of als uitzendwerkne-
werknemer van De Gast.

mer minder ver strekt dan de arbeidsrechtelijke bescherming van een 610-werknemer is evident, maar mijns inziens niet van (doorslaggevend) belang. De driehoeksverhouding tussen de bank, Malhi en De Gast voldeed aan de dwingendrechtelijke definitie van artikel 7:690 BW en daar is nimmer onduidelijkheid over geweest.⁸¹

Daadwerkelijke onduidelijkheid over wie als werkgever moet worden aange-merkt, dient niet voor rekening van de werknemer te komen, zodat in een dergelijk geval wél een arbeidsovereenkomst moet worden aangenomen.⁸² In deze zin oordeelde bijvoorbeeld de kantonrechter te Amsterdam.⁸³ Het ging in deze zaak om een werknemer die blijkens de schriftelijke arbeidsovereenkomst met ingang van 30 augustus 1994 in dienst trad van Transfiori s.a.a. Rome Italië. De overeenkomst was opgemaakt door de directeur van Transfiori Nederland B.V. en ten kantore aldaar (Den Haag) ondertekend. Onder de arbeidsovereenkomst stond Transfiori s.a.s. vermeld als werkgever. In januari 1998 sloot de werknemer een beëindigingsovereenkomst met Trans Fiori SLR Rome. Laatstgenoemde kwam de overeenkomst niet na en de werknemer sprak Transfiori Nederland B.V. aan tot betaling. Ook vorderde hij van Transfiori Nederland B.V. achterstallig loon, omdat naar zijn zeggen de van toepassing zijnde cao niet zou zijn nageleefd. Transfiori Nederland B.V. stelde niet de werkgever te zijn. De kantonrechter oordeelt dat, gezien de verwarring die rond de persoon van de werkgever is ontstaan door toedoen van gedaagde,⁸⁴ aangenomen moet worden dat Transfiori Nederland B.V. de werkelijke werkgever was. De arbeidsovereenkomst was immers daar ondertekend en Transfiori Nederland B.V. was ook de onderneming waar de werknemer zijn arbeid verrichtte.

81 In de feitelijke instanties werd aangenomen dat Malhi als uitzendkracht werkzaam was geweest. A-G Huydecoper wijst er in de tweede noot van zijn conclusie op dat dit zijns inziens niet onomstotelijk vaststond. Schoonmakers worden wel 'uitgeleend' maar net zo vaak 'uitbested'. In dat laatste geval is geen sprake van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW omdat de werknemer niet wordt uitgeleend 'krachtens opdracht'. Malhi zou dan een 610-arbeidsovereenkomst hebben met De Gast. Voor de vraag of een arbeidsovereenkomst is ontstaan tussen Malhi en de bank, is dit echter niet relevant.

82 Ook L.G. Verburg, die toch zeer terughoudend is bij het doorbreken van rechtspersoonlijkheid, vindt het 'voor de hand liggen' dat de werknemer niet spoedig de dupe mag worden van een verwarring over de identiteit van de werkgever. L.G. Verburg, Het werkgeversbegrip in concernverband: transparantie gezocht, *ArbeidsRecht* 2001/1, p. 29.

83 Ktr. Amsterdam 4 november 1999, JAR 2000/32.

84 Bij de totstandkoming en beëindiging van de overeenkomst zijn aldus vier verschillende vennootschappen van het Transfiori-concern betrokken geweest.

Verwarring over de persoon van de werkgever, zeker indien deze verwarring is geschapen door toedoen van de persoon die als werkgever wordt aangesproken, gaat ten koste van de arbeidsrechtelijke bescherming. De werknemer weet dan immers niet wie hij moet aanspreken tot nakoming van de werkgeversverplichtingen. In ABN Amro/Malhi was van een dergelijke onduidelijkheid zoals gezegd juist geen sprake.

4.3 Stilzwijgende vervanging?

Indien partijen zich pas na verloop van tijd anders gaan gedragen, kan geen geruisloze vervanging van de overeenkomst plaatsvinden, aldus de Hoge Raad in ABN Amro/Malhi. Niet was gebleken dat Malhi en ABN Amro zich jegens elkaar hadden verbonden. Voor alle duidelijkheid wijst de Hoge Raad er vervolgens op dat het criterium 'zich jegens elkaar hebben verbonden' niet inhoudt dat dit uitdrukkelijk moet zijn gebeurd. Artikel 3:37 BW bepaalt immers dat tenzij anders is bepaald, verklaringen in iedere vorm kunnen geschieden en zij in één of meer gedragingen besloten kunnen liggen.

De omstandigheden die van de zijde van Malhi werden aangevoerd, waren onvoldoende om gebondenheid te kunnen aannemen. Deze omstandigheden zijn immers eveneens verenigbaar met een inlenersverhouding. Hiervoor is uiteengezet dat bij een uitzendverhouding sprake is van gedeeld werkgeverschap: toezicht en leiding ligt bij de inlener, maar de loonbetalingsverplichting blijft op de uitzendwerkgever rusten. Ook behoudt hij de bevoegdheid tot het nemen van disciplinaire maatregelen en het geven van administratieve voorschriften.

Indien vaststaat dat partijen aanvankelijk een inleenrelatie zijn aangegaan, vereist de rechtszekerheid een duidelijk aanwijsbaar moment waarop partijen zich (ook) tot elkaar zijn gaan verhouden als werknemer en werkgever in een arbeidsrelatie. In ABN Amro/Malhi viel dit moment niet aan te wijzen. De Hoge Raad wijst er ook op dat het loon van Malhi weliswaar overeenkwam met de Bank-cao, maar de secundaire arbeidsvoorwaarden niet. Van contractuele gebondenheid is mijns inziens dan ook pas sprake indien alle aspecten van het werkgeverschap naar de inlener zijn overgegaan. Met andere woorden: er zou sprake zijn van een arbeidsovereenkomst tussen Malhi en de bank indien de bank zich verplicht het loon direct aan Malhi te betalen, het risico liep van de loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte, enzovoort.

Op het moment dat alle werkgeversverplichtingen op de bank zouden zijn overgegaan, was mijns inziens een arbeidsovereenkomst ontstaan *naast* de bestaande arbeidsovereenkomst met De Gast. Stilzwijgende vervanging van

de formele werkgever is in mijn optiek niet mogelijk. Vervanging impliceert een overname van de arbeidsovereenkomst. Het arbeidsrecht kent geen specifieke bepaling omtrent de overname van de arbeidsovereenkomst, zodat moet worden teruggevallen op artikel 6:159 BW. In dit artikel is een uitzondering gemaakt op de hoofdregel van artikel 3:37 lid 1 BW dat rechtshandelingen vormvrij kunnen geschieden. Naast medewerking van de wederpartij van de vervreemder van het contract is een akte vereist tussen de vervreemder en de derde die de partijpositie overneemt. Een contractsovername zonder akte voldoet niet aan de vereiste vormvoorschriften en is derhalve – behoudens bekrachtiging (artikel 3:58 BW) – nietig op grond van artikel 3:39 BW.⁸⁵ Bij het ontbreken van de vereiste medewerking van de wederpartij is de contractsoverneming non-existent, nu het niet de vorm van de rechtshandeling betreft maar een vereiste voor het ontstaan van de rechtshandeling zelf.⁸⁶

Naar mijn mening heeft artikel 6:159 BW ook werking in het arbeidsrecht, in zoverre dat in ieder geval aan de vereisten van dit artikel moet zijn voldaan. De voormalige en de toekomstige werkgever dienen de contractsovername aldus schriftelijk vast te leggen en de werknemer dient in te stemmen met de contractsovername.⁸⁷

Het feit dat reeds een arbeidsovereenkomst bestaat met een ander, hoeft hier niet aan in de weg te staan.⁸⁸ De aanneming van een arbeidsovereenkomst tussen de inlener en de uitzendkracht heeft overigens wel tot gevolg dat de bepalingen omtrent de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten uit de Waadi

85 Indien A en B een overeenkomst hebben gesloten en A zijn rechtspositie wil overdragen aan C, zal tussen A en C een akte moeten worden opgemaakt. B dient zijn medewerking te verlenen, welke medewerking niet aan enig vormvereiste is verbonden (HR 31 maart 1958, NJ 1978, 325 en HR 23 april 1999, NJ 1999, 497). Deze medewerking kan zowel vooraf als achteraf geschieden (artikel 6:156 jo. 6:159 lid 3 BW).

86 Het gevolg is overigens hetzelfde als bij nietigheid: behoudens 'bekrachtiging' door alsnog de vereiste medewerking te verlenen, komt de rechtshandeling niet tot stand.

87 Wat de vereiste medewerking van de werknemer (de derde) betreft, krijgt artikel 6:159 naar mijn mening een arbeidsrechtelijke inkleuring in die zin dat de medewerking duidelijk en ondubbelzinnig moet blijken. Hierbij kan worden aangesloten bij de jurisprudentie omtrent de instemming van de werknemer met een beëindigingsovereenkomst. Zie o.a. HR 25 maart 1994, JAR 1994/92 (Ritico).

88 Zie bijv. Ktg. Utrecht 9 juni 1997, JAR 1997/159. In deze zaak sloot de werknemer eerst een arbeidsovereenkomst met een Nederlandse vennootschap en vervolgens een arbeidsovereenkomst met een Belgische vennootschap, behorende tot hetzelfde concern. De kantonrechter constateerde dat de Nederlandse arbeidsovereenkomst een slapend bestaan leidde, maar dat niet aanmerkelijk is geworden dat deze arbeidsovereenkomst is komen te vervallen door aanneming van de Belgische arbeidsovereenkomst.

niet langer van toepassing zijn.⁸⁹ Het overgaan van het werkgeversgezag naar een derde impliceert niet per definitie het einde van de arbeidsovereenkomst. Het is immers mogelijk werkgeversgezag te delegeren aan een derde en desondanks formeel werkgever te blijven.⁹⁰ In uitzendverhoudingen is delegatie zelfs een van de vereisten: indien de instructiebevoegdheid niet gedelegeerd zou zijn aan de inlener, zou geen uitzendovereenkomst bestaan.

Een uitzondering wanneer een (min of meer) geruisloze vervanging van de werkgever kan plaatsvinden, is de contractsovername krachtens de Wet overgang van onderneming. Het is denkbaar dat de inlener geen arbeidskrachten inleent, maar een economische activiteit uitbesteedt.⁹¹ Indien de inlener op enig moment besluit de activiteit zelf uit te voeren, levert dit in beginsel een overgang van onderneming op in de zin van artikel 7:662 e.v. BW. De ingeleende werknemers zullen vervolgens van rechtswege in dienst treden van de voormalige inlener, ongeacht of partijen zich daarvan bewust waren.⁹² Het moment van vervanging van de werkgever is echter ook in dit geval duidelijk.⁹³

4.4 Overname loonbetalingsverplichting

Ook een enkele overname van de loonbetaling heeft niet tot gevolg dat daarmee de arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau eindigt. Een verbintenis kan immers door een ander worden nagekomen (artikel 6:30 BW).⁹⁴ Zelfs indien de inlener zich jegens het uitzendbureau verbindt de loonbetalingsverplichting op zich te nemen, houdt dit nog niet in dat de inlener daarmee werkgever is geworden. Schuldovername is geregeld in de artikelen 6:155

89 Artikel 1 lid 1 sub e Waadi geeft expliciet aan dat er sprake dient te zijn van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander, anders dan krachtens een met deze (die ander) gesloten arbeidsovereenkomst.

90 Zie bijv. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, NJ 1982, 619: een delegatie van werkgeversgezag van de moedermaatschappij aan de dochtermaatschappij bracht nog niet met zich mee dat de dochtermaatschappij daarmee juridisch werkgever is geworden.

91 Het uitbesteden zal in het algemeen overigens niet plaatsvinden op basis van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW, omdat geen werkzaamheden worden verricht 'krachtens opdracht' maar op basis van een aannemingsovereenkomst. Ook de Stichting van de Arbeid was deze opvatting toegeedaan (Nota Flexibiliteit en zekerheid 3 april 1996, 2/96, par. 3.4.2.): 'Ook diensten die in hun geheel als pakket worden uitbesteed, zoals catering, beveiliging en schoonmaak, worden in dat geval verricht in het kader van een aangenomen werk.'

92 Voor een overgang van onderneming is weliswaar een overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger vereist, maar het HvJ EG legt het begrip 'overeenkomst' zeer ruim uit.

93 Zie voor het tijdstip van een overgang van onderneming HvJ EG 26 mei 2005, JAR 2005/205 (Celtec).

94 Vgl. Ktg. Amsterdam 4 november 1999, JAR 2000/32: het enkele feit dat een bepaalde vennootschap op de loonstroken staat vermeld, is onvoldoende om een dienstverband met die vennootschap aan te nemen.

BW (toestemming overname van bestaande schuld) en 6:156 BW (toestemming voor toekomstige schuld). Schuldoverneming is geen driepartijenovereenkomst, zoals contractoverneming, maar een overeenkomst tussen de oude en de nieuwe schuldenaar. De overname heeft betrekking op de overgang van een enkele schuld en laat het overige deel van de contractuele rechtsbetrekking tussen partijen in stand. De opvolgende schuldenaar wordt geen partij bij de overeenkomst.⁹⁵

Dat een enkele overname van de loondoorbetaling niet voldoende is voor contractsovername, blijkt ook uit een recente uitspraak van Kantonrechter Zwolle.⁹⁶ In deze casus had de werkgever Vivente enkele werknemers bij DCO gedetacheerd. Als tegenprestatie verrichtte DCO enkele administratieve diensten voor Vivente op basis van een daartoe gesloten overeenkomst van opdracht. Vivente zegde deze opdrachtovereenkomst op tegen 1 januari 2004, waarna DCO de overeenkomst tot detachering tegen dezelfde datum opzegde. Ook na 1 januari 2004 bleven de werknemers feitelijk werken bij DCO. Het loon van de werknemers werd tot 1 mei 2004 via Vivente betaald en daarna door DCO. Tot 1 december 2004 hebben de werknemers voor DCO gewerkt, terwijl zij bij herhaling tevergeefs aanboden om werkzaamheden voor Vivente te gaan verrichten. Per 1 december 2004 staakte DCO wegens financiële redenen de loonbetaling. De werknemers vorderen in rechte loondoorbetaling van Vivente. Vivente stelt zich op het standpunt dat zij de hoedanigheid van werkgever heeft verloren en dat deze is overgegaan op DCO. De kantonrechter overweegt dat het ontstaan van een arbeidsrelatie tussen de werknemers en DCO niet meebrengt dat een eerdere arbeidsrelatie heeft opgehouden te bestaan. Vervanging van werkgeverschap kan volgens de kantonrechter slechts ingeval sprake is van een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:663 BW, een contractsovername ex artikel 6:159 BW of de totstandkoming van een nieuwe arbeidsovereenkomst, onder gelijktijdige beëindiging van het dienstverband met Vivente. Van deze laatste mogelijkheid was geen sprake, nu Vivente en/of de werknemers de arbeidsovereenkomst niet hebben beëindigd. Een overgang van onderneming heeft niet plaatsgevonden nu niet is voldaan aan het ondernemingsbegrip. Ook heeft DCO de werknemers niet van Vivente overgenomen op basis van een contractsovername ex artikel 6:159 BW, nu hieromtrent juist geen overeenstemming bestond tussen DCO en Vivente. Daarbij hebben de werknemers er bij herhaling blijk van gegeven zichzelf nog als werknemer van

95 Vgl. Asser 4-I nr. 12 voor de verschillende betekenissen waarin het woord 'verbintenis' wordt gebezigd. Met schuldoverneming wordt slechts de rechtsplicht van de schuldenaar overgenomen. De verbintenis als rechtsbetrekking tussen partijen, die uit een wederkerige overeenkomst voortvloeit en die uit verschillende verbintenissen bestaat, blijft bestaan.

96 Ktr. Zwolle 30 januari 2006, LJN AV1077.

Vivente te beschouwen, zodat hun instemming met een contractsovername evenmin aannemelijk is geworden.

De arbeidsovereenkomst met Vivente is aldus blijven bestaan. Als ik de kantonrechter goed begrijp, is echter naast de arbeidsverhouding met Vivente een arbeidsrelatie met DCO ontstaan.

4.5 Nieuwe arbeidsovereenkomst onder gelijktijdige beëindiging van de oude

Indien een arbeidskracht aanvankelijk werkzaam is op basis van een inleenverhouding, dient het moment waarop een arbeidsovereenkomst ontstaat met de inlener duidelijk aanwijsbaar te zijn. Of een arbeidsovereenkomst ontstaat, wordt beantwoord aan de hand van de wilsvertrouwensleer van de artikelen 3:33 en 3:35 BW. In de arbeidsrechtelijke literatuur is wel opgemerkt dat de Hoge Raad in ABN Amro/Malhi geen oog heeft gehad voor de vertrouwensleer van artikel 3:35 BW.⁹⁷ Malhi kon echter geen beroep doen op artikel 3:35 BW omdat hij niet *gerechtvaardigd* mocht vertrouwen dat een arbeidsovereenkomst met de bank was ontstaan. Zoals de Hoge Raad ook aangeeft:

‘Evenmin heeft Malhi gedurende zijn tewerkstelling bij de bank op enig moment aan de bank kenbaar gemaakt dat hij zich als werknemer van de bank beschouwde. Malhi is zich met zijn werkbriefjes en voor de betaling van loon altijd tot De Gast blijven wenden.’

De arbeidsrelatie op basis waarvan Malhi werkzaam was, was duidelijk.

In de lagere arbeidsrechtelijke rechtspraak ben ik twee gevallen tegengekomen waarin een nieuwe arbeidsovereenkomst was ontstaan, onder gelijktijdige beëindiging van de oude arbeidsovereenkomst.⁹⁸ In beide gevallen nam de rechtbank een nieuwe arbeidsovereenkomst aan met een maatschappij behorende tot hetzelfde concern als de oude werkgever. Het kenmerkende aan deze twee uitspraken is dat het initiatief van de werkgeverswisseling van de werkgever kwam. In beide zaken was een arbeidsovereenkomst opgesteld door de nieuwe werkgever, die (nog) niet door de werknemer was ondertekend. In een later stadium beroept de werknemer zich alsnog op het bestaan van een arbeidsovereenkomst met de nieuwe werkgever. Het verschil met het arrest

97 C.J.H. Jansen, Het ontstaan van een arbeidsovereenkomst: de Hoge Raad op het scherp van de snede, ArA 2002/2, p. 38-48 en M. Holtzer, De toepassing van de Wet overgang ondernemingen in concernverband, Ondernemingsrecht 2007/7, p. 272-277.

98 Rb. Utrecht 13 oktober 1998, JAR 1998/248 (Van Oeveren/Albracht) en Rb. Amsterdam 10 oktober 2002, JAR 2002/16 (Whick/TIP).

ABN Amro/Malhi is dat in deze zaken het tijdstip van de feitelijke overdracht *vaststond*. Ook was een arbeidsovereenkomst opgesteld door de feitelijke werkgever en stemden de opvolgende werkgevers in met contractsovername. Dat deze arbeidsovereenkomst door de werknemer niet was ondertekend, was niet van belang, nu in beide zaken werd aangenomen dat ook bij de werknemer instemming bestond over de overname. Zoals ik hiervoor aangaf komt de contractsovername tot stand op het moment dat de werknemer zijn medewerking verleent.⁹⁹ Voorts betaalde de inlener/materiële werkgever salaris en lag bij hem de gezagsverhouding. Met andere woorden: alle werkgeversaspecten lagen in één hand, het tijdstip van de contractsovername stond vast en de formele werkgever, de verkrijgende werkgever en de werknemer stemden (impliciet) in met de overname. Van een daadwerkelijke geruisloze stilzwijgende overgang is geen sprake.¹⁰⁰

5 Conclusie

Een ondernemer zal in het algemeen kiezen voor het inlenen van personeel in plaats van het in dienst nemen van de arbeidskracht, indien hij wil voorkomen werkgever te worden. Uit het arrest Thuiszorg Rotterdam/PGGM blijkt dat een papieren inleenconstructie geen garantie biedt. De Hoge Raad maakt een onderscheid tussen de vraag hoe de verhouding tussen partijen moet worden gekwalificeerd en de situatie waarin de aanvankelijke partijbedoeling in de loop der tijd is gewijzigd. De vraag of tussen de ter beschikking gestelde arbeidskracht en de opdrachtgever een arbeidsovereenkomst bestaat, wordt beantwoord aan de hand van de Groen/Schoevers-criteria. De initiële partijbedoeling wordt ingekleurd door de uitvoering; aan de hand van de feitelijke uitvoering dient de partijbedoeling te worden vastgesteld.

Indien de oorspronkelijke partijbedoeling vaststaat en de feiten in de loop der tijd zijn gewijzigd, verzet de rechtszekerheid zich volgens de Hoge Raad tegen een geruisloze overgang. Als vaststaat dat aanvankelijk werkzaamheden zijn verricht krachtens een inleenverhouding, wordt de inlener in een

99 Tenzij de medewerking bij voorbaat is verleend: het tijdstip van totstandkoming is in dat geval het moment dat de overdragende en overnemende partij de werknemer schriftelijk kennis geven van de overneming.

100 Ook in concernverhoudingen is stilzwijgende overname zeldzaam. Een aantal voorbeelden waarin vervanging niet werd aangenomen: HR 28 september 1984, RvdW 1984, 159 (Verhoeven/Deli-Beheer); HR 3 januari 1986, nr. 12.561 (RSD International/Van der Schot, zie voor een behandeling van deze niet-gepubliceerde uitspraak: M.G. Rood, TVVS 1986, p. 96-97), Hof Den Haag 2 mei 1975, NJ 1976, 566 (Kalmbach/Cyanamid); Ktg. Helmond 12 juni 1998, JAR 1999/47 (Vendex/X); Rb. Arnhem 29 oktober 1982, NJ 1982, 619 (Heidemij); Ktg. Utrecht 29 december 2004, JAR 2004/92 (Van Driel/CCL Label).

later stadium niet snel als werkgever aangemerkt. Vereist is dat partijen zich jegens elkaar hebben verbonden, welke vraag wordt beoordeeld aan de hand van de wilstrouwensleer van artikel 3:33-3:35 BW. Het tijdstip van gebondenheid moet bovendien aanwijsbaar zijn.

Ten aanzien van de managementovereenkomst hangt het af van de feitelijke uitvoering of de directeur/enig aandeelhouder en de opdrachtgever – in weerwil van de op schrift gestelde overeenkomst – een arbeidsovereenkomst hebben gesloten. Indien aan de hand van alle feiten en omstandigheden een arbeidsovereenkomst moet worden aangenomen, geldt deze arbeidsovereenkomst vanaf het begin.

In klassieke uitzendverhoudingen zal de inlener naar mijn mening niet snel als werkgever zijn aan te merken. De uitzendverhouding wordt in het algemeen op papier gezet. Indien de drie betrokken partijen vervolgens uitvoering geven aan de driehoeksrelatie als een uitzendverhouding, is de uitzendverhouding het uitgangspunt. Het ontstaan van een arbeidsrelatie in een later stadium vereist een aanwijsbaar moment waarop partijen zich jegens elkaar hebben verbonden.

De inlener in payrollconstructies zal in mijn optiek vaak toch als werkgever hebben te gelden. De werknemer kan zich beroepen op de daadwerkelijke (achterliggende) bedoeling van partijen, waarbij hij erop vertrouwde een arbeidsrelatie met de ‘inlener’ te hebben.

Indien *vaststaat* dat aanvankelijk werkzaamheden werden verricht krachtens een inleenverhouding, kan de inlener niet stilzwijgend veranderen in de werkgever, ongeacht van welke driehoeksverhouding sprake is. Vervanging van de werkgever impliceert een contractovername en daarvoor is een schriftelijke overeenkomst vereist. Wel is mogelijk dat een arbeidsovereenkomst met de voormalig inlener ontstaat naast de reeds bestaande overeenkomst. Vereist is mijns inziens dat alle aspecten van het werkgeverschap zijn overgegaan en het tijdstip van de overgang duidelijk aanwijsbaar is. Ten slotte zal de werknemer worden beschermd indien verzwaring bestaat over de vraag wie als werkgever heeft te gelden.