

RECHTSPRAAK

Care 4 Care Human Resources B.V./Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten

Conclusie A-G in Care 4 Care-zaak: klassieke allocatiefunctie geen vereiste bij artikel 7:690 BW, wel bij artikel 7:691 BW.

(Cassatieberoep van AR 2014-0920.) Bij Care 4 Care Human Resources B.V. (hierna: C4C) werken ruim 55 mensen. C4C wordt door zorginstellingen ingeschakeld indien er volgens de Inspectie voor de Volksgezondheid problemen zijn in de instelling. C4C levert via haar medewerkers kennis en informatie aan de zorginstelling; de medewerkers bewerkstelligen veranderprocessen in de instellingen, maken lokale protocollen en lossen knelpunten in de bedrijfsvoering op. De medewerkers van C4C worden voor een langere periode - van drie maanden tot ongeveer een jaar, of zo lang als nodig is - bij de zorginstelling ingezet. De medewerkers van C4C zijn hoogopgeleide mensen. Tijdens het verrichten van de werkzaamheden houdt C4C op afstand de leiding en het toezicht over de medewerkers, via haar accountmanagers. De medewerkers van C4C hebben een vast salaris en een vast dienstverband. Tussen C4C en Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (hierna: StiPP) is in geschil of C4C valt onder het verplichtstellingsbesluit tot deelneming in StiPP. Het deelnemen in StiPP is verplicht gesteld voor uitzendkrachten die op basis van een uitzendovereenkomst werkzaam zijn voor een uitzendonderneming en onder een uitzendonderneming wordt door het verplichtstellingsbesluit verstaan de natuurlijke of rechtspersoon, die - kort gezegd - uitzendkrachten ter beschikking stelt van (uitzendt naar) opdrachtgevers, waarbij een koppeling wordt gemaakt met artikel 7:690 BW. Centrale vraag is derhalve of C4C is aan te merken als een werkgever bedoeld in artikel 7:690 BW. De kantonrechter oordeelde dat gezien de bijzondere terbeschikkingstelling van C4C niet geoordeeld kan worden dat sprake is van een allocatiefunctie die C4C uitoefent, noch dat de uitgezonden werknemers onder leiding en toezicht van een derde werken. Het hof oordeelde anders. Thans ligt de zaak voor bij de Hoge Raad. De advocaat-generaal (Van Peursem) concludeerde op 15 april 2016 in deze zaak.

De conclusie van de A-G luidt als volgt. De verschillende visies in literatuur en rechtspraak op de kwestie 'allocatiefunctie', zijn terug te voeren op het niet eenduidig hanteren van het begrip allocatiefunctie in de parlementaire geschiedenis. Dat wordt weer veroorzaakt doordat de wetgever twee elementen heeft willen verzoenen, die op gespannen voet met elkaar staan. De regeling van de uitzendovereenkomst in de Flexwet in 1999 beoogde aan de ene kant de

positie van flexwerkers (klassieke uitzendwerkers en andere in de markt op- en voorkomende bedrijfsmatige detachingsfiguren) in driehoeksarbeidsrelaties met terbeschikkingstellingsvormen te versterken door duidelijk te maken dat een uitzendovereenkomst ook een arbeidsovereenkomst is. Dat maakt begrijpelijk dat de bedoeling van de wetgever was om de grenzen voor dat soort relaties ruim te trekken, tot buiten die van het traditionele uitzendwezen (met klassieke allocatie van tijdelijke arbeid bij piekdrukke en ziekte/andere afwezigheid), zolang het maar ging om bedrijfs- of beroepsmatige terbeschikkingstelling met instructiegezag bij de inlener. Dat bracht de gewenste versterking in rechtspositie van gedetacheerden en arbeidspoolers en wat dies meer zij (payrolling is de A-G in de parlementaire geschiedenis van de Flexwet niet tegengekomen; dat fenomeen is aldus de A-G kennelijk pas later tot ontwikkeling gekomen). Het gaat bij de definitie van artikel 7:690 BW zodoende om een ruimer begrip allocatie op de arbeidsmarkt dan bij klassieke uitzending. Grens was consultancy zoals we dat kennen bij automatiseringsprojecten en dergelijke, dat viel erbuiten. Tot zover lijkt het beeld helder. Dat vertroebelt als men zich realiseert dat daarmee aan de andere kant wel een probleem werd gecreëerd, doordat niet de bedoeling lijkt te zijn geweest om de verminderde ontslagbescherming voor traditionele uitzendwerkers (gewenst voor de 'ziek en piek'-gevallen) op de golven van die ruimer getrokken grens voor zulke driehoeksarbeidsrelaties te laten meebewegen voor gedetacheerden enzovoort, waar geen sprake is van het klassieke bijeenbrengen van vraag en aanbod van zulke meestal tijdelijke arbeid. Daar begint het problematische hinken op twee gedachten in parlementaire geschiedenis, rechtspraak en literatuur volgens mij. Als men zich dit maar realiseert, wordt begrijpelijk waarom in de literatuur een niet altijd even inzichtelijk gemaakt onderscheid voorkomt soms tussen een allocatiefunctie voor omkadering van artikel 7:690 BW (ruime of misschien wel helemaal geen allocatiefunctie nodig) en de allocatiefunctie vereist voor artikel 7:691 BW, waarbij de zwakkere rechtspositie en verminderde ontslagbescherming wel door de beugel kan voor de 'piek en ziek'-gevallen, maar niet voor andere gedetacheerden enzovoort, die wel via de ruimere band van artikel 7:690 BW zijn 'binnengehaald'. Ook een bepaling als artikel 7:691 lid 6 BW is ingegeven door die gedachte. In dit denkkader lost veel van wat troebel schijnt volgens de A-G helder op. Volgens Van Peurseem komt A-G Wattel in zijn een dezer dagen te nemen conclusie in de meerbesproken parallelle zaak voor wat betreft de allocatiefunctiediscussie tot een overeenkomstige algemene analyse. Daarmee is de spagaat in de parlementaire geschiedenis tussen ruime en klassieke allocatie te begrijpen en niet meer dan een paradox. Omdat het verplichtstellingsbesluit verwijst naar artikel 7:690 BW en niet naar artikel 7:691 BW, is daarmee verwezen naar een ruim allocatiebegrip, althans niet naar een klassiek of traditioneel allocatiebegrip, zoals zou gelden bij verwijzing naar artikel 7:691 BW. Dat maakt duidelijk dat voor uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW geen traditioneel 'piek en ziek'-allocatiepatroon voorhanden behoeft te zijn. Terzijde merkt de A-G op dat dit criterium ook een bruikbaar onderscheidend handvat lijkt te bieden om grip te krijgen op lastig te vatten nieuwe fenomenen als payrolling. Er moet gelet op de wettelijke omschrijving van - heel kort samengevat - beroeps-/bedrijfsmatige terbeschikkingstelling van werknemers aan derden krachtens opdracht wel een vorm overblijven van allocatie op de

arbeidsmarkt in deze ruim opgevatte zin. Klassieke consultancy valt daarbuiten, omdat geen sprake is van terbeschikkingstelling van arbeid, maar van dienstverlening en dat geldt ook voor niet beroeps-/bedrijfsmatige (incidentele) uitlening. Maar de A-G denkt ook dat binnen dit denkkader bijvoorbeeld de meest vergaande vorm van payrollen buiten de uitzendovereenkomst van artikel 7:690 BW valt. Daarmee doelt hij op de variant waarbij de payroller in feite alle - oneerbiedig gezegd - 'personeelssores' overneemt van de 'inlener', waar geen allocatieve functie op de arbeidsmarkt in welke ruime zin dan ook meer valt te ontwaren, maar er sprake is van een formeel werkgeverschap van de payroller volgens de arbeidsvoorwaarden van de opdrachtgever/'inlener' (permanente overname van arbeidscontracten). De payrollwerkgever speelt dan geen enkele rol bij het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, zo zou men kunnen zeggen, maar slechts bij de formele en administratieve uitvoering van de overeenkomsten.

Met betrekking tot de cassatieklacht dat een allocatiefunctie wel is vereist, concludeert de A-G als volgt. Er is wel een ruime allocatiefunctie nodig, maar daaraan is in ons geval voldaan: C4C alloceert op de markt van vraag en aanbod van gespecialiseerd zorgpersoneel in een niet-incidentele vorm en dat is een detacheringsvorm die uitdrukkelijk is voorzien door de Flexwetgever destijds. In die zin is het niet onderscheidend taalgebruik van 'allocatiefunctie' sec, zoals gebezigd door het hof in r.o. 3.12 misschien minder gelukkig - omdat wel een allocatie in ruime zin moet kunnen worden gedetecteerd, zoals we hebben gezien. Wij moeten daarbij voor ogen houden dat het hof blijkens de bewoordingen van r.o. 3.12 met allocatiefunctie sec allocatiefunctie in ruime zin bedoelde, gelet op de 'ziek of piek'-kwalificatie die volgt op 'allocatiefunctie vervult', namelijk: 'in die zin dat, zoals C4C bepleit, art. 7:690 BW uitsluitend van toepassing is indien de werkgever zich met name bezig houdt met het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van tijdelijke ziekte zoals vervanging van werknemers tijdens ziekte of andere afwezigheid, het opvangen van piekuren of soortgelijke plotseling opkomende werkzaamheden.'

In de conclusie wordt ook nader ingegaan op het begrip 'leiding en toezicht'.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 15-04-2016

ECLI: ECLI:NL:PHR:2016:238

Zaaknummer: 15/00920

Wetsartikelen: 7:690 BW en 7:691 BW