

Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad concludeert tot verwerping cassatieberoep in Care4Care zaak

Allocatiefunctie ruim uitgelegd voor verplichtstelling StiPP

De Advocaat-Generaal (A-G) bij de Hoge Raad concludeert dat geen allocatiefunctie in “klassieke zin” vereist is om als uitzendonderneming aangemerkt te kunnen worden. Voor de beantwoording van de vraag of de pensioenregeling van StiPP van toepassing is, is het niet vereist dat de werkgever zich met name bezighoudt met het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van tijdelijke arbeid, zoals vervanging van werknemers tijdens ziekte of andere afwezigheid, het opvangen van piekuren of soortgelijke plotselinge opkomende werkzaamheden. Voldoende is dat de onderneming bedrijfsmatig aan derden medewerkers ter beschikking stelt om in de onderneming van de opdrachtgever werkzaamheden te verrichten.

Of leiding en toezicht door inlener wordt uitgeoefend, moet worden beoordeeld aan de hand van de relevante feiten en omstandigheden.

Waar gaat het precies over?

Care4Care (“C4C”) maakt haar bedrijf van het leveren van gekwalificeerd medisch specialistisch personeel aan opdrachtgevers, zijnde ziekenhuizen, zorginstellingen en thuiszorgorganisaties. Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (“StiPP”) is van mening dat C4C haar personeel bij het fonds dient aan te melden. C4C betwist dit en stelt zich op het standpunt dat zij geen allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervult en om die reden geen uitzendonderneming in de zin van artikel 7:690 BW is. Tevens is C4C van mening dat geen sprake is van uitzendovereenkomst, omdat leiding en toezicht niet door de inlener worden ingevuld.

Kantonrechter en hof oordelen verschillend

In eerste aanleg heeft de kantonrechter geoordeeld dat C4C niet als werkgever in de zin van artikel 7:690 BW kan worden beschouwd en dat zij niet onder de werkingssfeer van StiPP valt. Hierbij overwoog de kantonrechter dat de allocatiefunctie bij C4C ontbreekt en leiding en toezicht niet door de opdrachtgevers maar door C4C worden ingevuld.

Contact

Wilt u meer weten over de allocatiefunctie en de verplichtstelling van StiPP?

Neem dan contact op met Corine Hoekstra



Mr. C.A. (Corine) Hoekstra
Pensioenadvocaat
Corine.Hoekstra@veugelersadvocatuur.nl

Veugelers Advocatuur B.V.
Schiedamseweg 53A
3134 BB Vlaardingen
T: 010-232 70 60

www.veugelersadvocatuur.nl



StiPP heeft vervolgens hoger beroep ingesteld bij het hof en stelt dat het voor de toepassing van artikel 7:690 BW niet vereist is dat de werkgever een allocatiefunctie vervult. Volgens StiPP is het voldoende dat er sprake is van terbeschikkingstelling van arbeidskrachten in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever. Artikel 7:690 BW geldt volgens StiPP voor alle driehoeksverhoudingen. Op basis van deze uitleg stelt StiPP dat C4C wel een allocatiefunctie vervult. C4C brengt namelijk vraag en aanbod van medisch personeel bij elkaar en de terbeschikkingstelling ervan heeft een tijdelijk karakter.

Het hof heeft het oordeel van de kantonrechter vernietigd. Hierbij oordeelde het hof dat geen allocatiefunctie in de “klassieke” zin vereist is teneinde te kwalificeren als uitzendonderneming. Met andere woorden, het is niet vereist dat de werkgever zich met name bezighoudt met het bij *elkaar brengen van vraag en aanbod van tijdelijke arbeid zoals vervanging van werknemers tijdens ziekte of andere afwezigheid, het opvangen van piekuren of soortgelijke plotselinge opkomende werkzaamheden*. Daarnaast oordeelde het hof dat sprake is van leiding en toezicht door de opdrachtgevers en dat C4C valt onder de verplichtstelling van StiPP.

Allocatiefunctie, wat wordt daar mee bedoeld?

Het begrip ‘allocatiefunctie’ wordt veel genoemd als argument waarom een werkgever wel of niet verplicht zou zijn om aan te sluiten StiPP. Het is echter onduidelijk wat dit begrip inhoudt, nu de parlementaire geschiedenis hier niet eenduidig over is en de rechtspraak en literatuur verdeeld zijn. Ook staatssecretaris Klijnsma durfde geen uitspraken in dit kader te doen en verwees op 6 juli 2015 naar aanleiding van Kamervragen over dit onderwerp naar de reeds aanhangige zaak bij de Hoge Raad.

Op basis van een beoordeling van de wetgeving en parlementaire geschiedenis concludeert de A-G dat “men de regering hier niet kan betichten van voldoende scherp onderscheiden en dito hanteren van begrippen”. Uit het juridisch kader wordt volgens de A-G aldus onvoldoende duidelijk of de allocatiefunctie – het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van tijdelijke arbeid – daadwerkelijk een voorwaarde is teneinde te kwalificeren als uitzendonderneming.

Ruim of traditioneel allocatiebegrip?

De A-G overweegt dat onderscheid gemaakt moet worden tussen de allocatiefunctie voor omkadering van art. 7:690 BW (ruime of misschien wel helemaal geen allocatiefunctie nodig) en de allocatiefunctie vereist voor art. 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 etc., die wel via de ruimere band van art. 7:690 BW zijn “binnengehaald” (de “klassieke of traditionele allocatiefunctie”).

Omdat het verplichtstellingsbesluit van StiPP verwijst naar art. 7:690 BW en niet naar art. 7:691 BW, is daarmee verwezen naar een ruim allocatiebegrip, althans niet naar een klassiek of traditioneel allocatiebegrip, zoals zou gelden bij verwijzing naar art. 7:691 BW – aldus de A-G. Dat maakt duidelijk dat voor de uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW geen traditioneel “piek en ziek” allocatiepatroon vereist is.

Mogelijk geen allocatiefunctie bij klassieke consultancy en meest vergaande vorm van payrolling

De A-G sluit af met een relevante opmerking voor klassieke consultancy en payrolling. Hij geeft aan dat er wel enige vorm van allocatie in de ruime zin moet zijn, om te kunnen worden aangemerkt als uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW. Dat is volgens hem niet het geval bij klassieke consultancy, omdat geen sprake is van terbeschikkingstelling van arbeid, maar van dienstverlening. Dit geldt volgens de A-G eveneens voor niet beroeps-/bedrijfsmatige (incidentele) uitlening. Maar ook de meest vergaande vorm van payrolling valt volgens deze overweging buiten de uitzendovereenkomst van art. 7:690 BW. Hierbij wordt bedoeld op de situatie dat de payrollwerkgever geen enkele rol speelt bij het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, maar slecht bij de formele en administratieve uitvoering van de overeenkomsten.

Leiding en toezicht

Verder is in onderhavige cassatieberoep de vraag aan de orde of de gedetacheerde werknemers van C4C onder leiding en toezicht van C4C's opdrachtgevers werkzaam zijn als bedoeld in art. 7:690 BW. StiPP stelt dat voor het antwoord op de vraag onder wiens toezicht en leiding een werknemer werkzaam is, bepalend is wie de instructiebevoegdheid ten aanzien van de werkzaamheden heeft - de uitzender of de inlener - en niet degene die bepaalt of een werknemer zijn werkzaamheden goed vervult en wat het salaris is. C4C brengt hier tegenin dat haar opdrachtgevers ten aanzien van haar medewerkers weliswaar de instructiebevoegdheid hebben met betrekking tot de feitelijke dagelijkse gang van zaken maar juist geen zeggenschap hebben over de wijze waarop de door haar aan haar opdrachtgevers ter beschikking gestelde werknemers hun werkzaamheden uitvoeren.

De A-G overweegt dat de vraag of sprake is van leiding en toezicht afhangt van de feiten en omstandigheden. Bij uitzenden van hooggekwalificeerd personeel betekent dit niet dat nooit sprake kan zijn van leiding en toezicht, indien de werknemer zelfstandig – dus zonder instructies van de inlener – de werkzaamheden uitvoert. Immers, bij functies die met een hoge mate van zelfstandigheid worden uitgeoefend zal in “gewone” arbeidsrelaties de werkgever doorgaans evenmin vakinhoudelijk kunnen instrueren. Hierbij kan gedacht worden aan artsen en ander zorgpersoneel, maar ook advocaten en accountants in dienstverband. Naar de mening van de A-G zou het dan ongerijmd zijn om bij detachering van dergelijk personeel te willen eisen dat pas sprake zou zijn van leiding en toezicht indien de inlener wél deze instructiebevoegdheid zou hebben ten aanzien van de inhoud van het werk. Je kan immers niet meer bevoegdheden “overdragen” dan je zelf hebt, aldus de A-G.

Verplichtstelling StiPP

De door C4C tegen de uitspraak van het hof gerichte grieven slagen niet, naar de mening van de A-G. Hij concludeert dan ook tot verwerping van het cassatieberoep. Indien deze conclusie door de Hoge Raad wordt overgenomen, betekent dit dat het arrest van het hof in stand blijft. Op basis van de uitspraak van het hof is sprake van een uitzendonderneming, indien er een driehoeksverhouding is, waarbij vraag en aanbod bij elkaar gebracht worden. Indien hiervan sprake is, is de werkgever verplicht aangesloten bij StiPP.

Of sprake is van leiding en toezicht bij de inlener, dient alsnog van geval tot geval beoordeeld te worden. Voor de beoordeling of de onderneming onder de verplichtstelling van StiPP valt, verdient het dus aanbeveling om de afspraken in het kader van leiding en toezicht tussen werkgever en opdrachtgever zorgvuldig vast te leggen.