

Noot bij HR 2 december 2016, [ECLI:NL:HR:2016:2757](#)

Door: Daniel Maats

Allocatie niet vereist voor uitzendovereenkomst

De docent viool was gedurende ruim 5 jaren werkzaam voor Stichting Leerorkest. Feitelijk verrichtte hij al die jaren hetzelfde werk, hij gaf muziekles op scholen die door Leerorkest werden aangewezen. De eerste ruim 4 jaren werkte hij volgens Hof Amsterdam op basis van een uitzendovereenkomst met Tentoo en had hij dus geen arbeidsovereenkomst met Leerorkest. Dat Tentoo geen enkele vorm van allocatie had bedreven, kon de HR gemakkelijk opzij schuiven met verwijzing naar zijn arrest in de Care4Care-zaak (HR 4-11-2016, ECLI:NL:HR:2016:2356); allocatie is geen vereiste voor het bestaan van een uitzendovereenkomst op grond van art. 7:690 BW, zo weten wij sindsdien.

Verkapt beroep op opvolgend werkgeverschap gemist door hof

Maar het hof slaat de plank mis door onvoldoende aandacht te besteden aan de toepassing van de ketenregeling en/of de Ragetlie-regel door mogelijk opvolgend werkgeverschap. De docent viool had zich er, in eerste aanleg, uitdrukkelijk op beroepen dat Leerorkest opvolgend werkgever was van Tentoo. In hoger beroep zette hij een koerswijziging in en beriep hij zich op toepassing van de ragetlie-regel, omdat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met Leerorkest (ipv een uitzendovereenkomst met Tentoo) was opgevolgd door arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met Leerorkest. Het hof wees die stellingen af, op de grond dat de docent viool van 2007 t/m 2011 geen arbeidsovereenkomst met Leerorkest had, maar uitzendovereenkomsten met Tentoo. De overeenkomsten van daarna, die rechtstreeks met Leerorkest waren aangegaan, zouden volgens het hof omzetting op grond van de ketenregeling nooit ten deel vallen, omdat de 36 maanden termijn niet werd gehaald en minder dan 4 overeenkomsten elkaar waren opgevolgd. Het hof laat een oordeel of de als overeenkomst van opdracht betitelde overeenkomsten vanaf juni 2011 een arbeidsovereenkomst waren daarmee in het midden.

De docent viool klaagt terecht dat het hof daarbij iets over het hoofd heeft gezien. De feitelijke en juridische stellingen van de docent viool hadden voor het hof, volgens de A-G en de HR volgt dat advies, aanleiding moeten zijn om ook te onderzoeken of Leerorkest opvolgend werkgever was van Tentoo, zowel ten aanzien van de ketenregeling als ten aanzien van de Ragetlie-regel. Het hof had dus ambtshalve de gronden moeten aanvullen.

Artikel 7:667 lid 5 BW en artikel 7:668a lid 2 BW vergroten het toepassingsgebied van beide regelingen immers ook tot opvolgend werkgevers. Het hof had zich niet mogen beperken tot artikel 7:667 lid 4 BW en artikel 7:668a lid 1 BW en had dus maar de helft van het werk gedaan.

De HR overweegt expliciet dat bij opvolgend werkgevers ook arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd meetellen in de keten, terwijl dat bij een dienstverband met dezelfde werkgever niet het geval is (zie Kamerstukken II 1996-1997, 25 263, nr. 6, p. 11 en 41, en Kamerstukken I 1997-1998, 25 263, nr. 132d, p. 11). In beginsel had het hof ook rekening moeten houden met de uitzendovereenkomst die de docent viool eerst had met Tentoo.

De victorie is nog niet binnen

Alhoewel het lijkt alsof de docent viool de overwinning binnen heeft, is dat nog niet het geval. De HR heeft alleen deze slag aan hem toegekend. Om daadwerkelijk te kunnen zegevieren, moet de docent viool nog op twee punten gelijk krijgen.

Het Hof Den Haag moet eerst beoordelen of de overeenkomsten van opdracht die vanaf 2011 rechtstreeks tussen de docent viool en Leerorkest zijn gesloten, in feite arbeidsovereenkomsten waren. Vervolgens moet beoordeeld worden of Leerorkest is aan te merken als opvolgend werkgever van Tentoo.

Het lijkt er sterk op dat als de eerste hobbel genomen wordt, de docent viool ook de hobbel van het opvolgend werkgeverschap kan nemen. De ktr. had in eerste aanleg al geoordeeld dat sprake was van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, het hof heeft zich niet gewaagd aan een oordeel daarover.

Of de docent viool er uiteindelijk veel mee opschiet, is de vraag. Ook al had de ktr. aangenomen dat de docent viool in dienst was bij Leerorkest, toestemming van het UWV voor opzegging was niet nodig. De uitzondering in het BBA voor docerend personeel was namelijk van toepassing. Het lijkt erop dat de docent viool niet meer te winnen heeft dan een paar maanden loon over de opzegtermijn. Als de diensttijd bij Tentoo wordt meegerekend, had Leerorkest immers een langere opzegtermijn moeten hanteren.

Wijziging invulling begrip ‘opvolgend werkgever’

Sinds de invoering van de WWZ met ingang van 1 juli 2015 is de invulling van het begrip ‘opvolgend werkgever’ gewijzigd. Tot dan was sprake van opvolgend werkgeverschap:

“indien enerzijds de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, en anderzijds tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.”

De HR sloot bij het bepalen van deze maatstaf in het arrest Van Tuinen/Taxicentrale Wolters (HR 11 mei 2012, JAR 2012/150) aan bij de doctrine die in 1986 was ontwikkeld voor het beoordelen van de geldigheid van een proeftijdbeding (HR 24-10-1986, LJN AC9537). De wetgever heeft het zodanige banden-criterium volledig losgelaten, zodat dat niet meer van invloed is in het WWZ-tijdperk. Dat is tot uitdrukking gebracht door toevoeging van de tekst: “ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer.” Deze zaak speelde in het pré-WWZ tijdperk. Door de WWZ zal sneller sprake zijn van opvolgend werkgeverschap.

Interessant is ten slotte de overweging van A-G Rank-Berenschot (2.14) dat gezien de ratio, het zodanige banden-criterium er niet aan in de weg hoeft te staan om opvolgend werkgeverschap aan te nemen als een inlener een arbeidsovereenkomst aangaat met een uitzendkracht voor dezelfde werkzaamheden. Deze redenering volgend zou dat immers betekenen dat inleners in beginsel als opvolgend werkgever aangemerkt kunnen worden als zij een uitzendkracht in dienst nemen voor hetzelfde werk, ook onder het oude recht.

Daniël Maats

Arbeidsrechtadvocaat bij Bruggink & Van der Velden Advocaten Belastingadviseurs

<https://bit.ly/Maats-DBA>

www.arbeidsrecht.tips