

122

Rechtbank Assen (Kantonrechter)
1 mei 2015, nr. 3974458 \ VV EXPL 15-31
ECLI:NL:RBNNE:2015:2205
(mr. Smits)
Noot A.M.W. van Vlodrop

Ketenregeling. Uitzendovereenkomst. Allocatiefunctie. Bepaalde tijd. Payrolling.

Werknemer treedt in dienst van uitzendbureau om ketenregeling te omzeilen. Nu allocatiefunctie ontbreekt en feitelijke situatie niet is veranderd, wordt door deze constructie heen gekeken. Vierde arbeidsovereenkomst is voor onbepaalde tijd.

[BW art. 7:668a, 7:690]

Werknemer is op 5 september 2011 als oproeptaxichauffeur bij Taxi Dorenbos in dienst getreden voor de duur van zes maanden. De overeenkomst eindigde op 5 maart 2012. Op deze arbeidsovereenkomst was de CAO voor Taxivervoer van toepassing. Op 6 maart 2012 en op 6 maart 2013 is de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd verlengd. De laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is aangegaan tot 4 september 2014. Op 8 augustus 2014 heeft werknemer op het kantoor van Taxi Dorenbos een 'Aanmeldformulier medewerker en contract' van Talent4Taxi (hierna: T4T) ondertekend. In dit contract wordt werknemer aangeduid als payrollmedewerker. In de arbeidsovereenkomst is voorts vermeld dat de arbeidsovereenkomst een uitzendovereenkomst is als bedoeld in art. 7:690 BW. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO voor Uitzendkrachten ABU van toepassing verklaard. Medio februari 2015 heeft werknemer van de personeelsmanager van Taxi Dorenbos meege-deeld gekregen dat Taxi Dorenbos werknemer na 5 maart 2015 niet meer zou inzetten als chauffeur. Werknemer stelt zich op het standpunt dat Taxi Dorenbos door de gekozen constructie, waarbij Taxi Dorenbos na drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd werknemer heeft laten werken voor T4T, in strijd heeft gehandeld met de strekking van art. 7:668a BW. Hij stelt dat de overeenkomst die met T4T tot stand is gekomen leidt tot het ontstaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen hem en Taxi Dorenbos. Taxi Dorenbos betwist de stellingen van werknemer. De kantonrechter oordeelt als volgt. Allereerst is van belang of de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en T4T een geldige uitzendovereenkomst is als bedoeld in art. 7:690 BW. Geoordeeld wordt dat dat niet het geval is. In zijn arrest van 3 februari 2015 («JAR» 2015/69; ECLI:NL:GHARL:2015:670) heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, verwijzend naar de wetsgeschiedenis, geoordeeld dat voor de toepasselijkheid van art. 7:690 BW wel vereist is dat de uitzendende werkgever daadwerkelijk een allocatiefunctie vervult. In dit geval heeft T4T geen enkele allocatieve functie vervuld of willen vervullen. Daarbij weegt de kantonrechter mee dat, zoals ter zitting is gebleken, de aanbesteding van Openbaar Vervoer en Doelgroepenvervoer Zuidoost-Drenthe bij Taxi

Dorenbos per 4 december 2014 is verlengd c.q. aan Taxi Dorenbos is gegund. Taxi Dorenbos kon werknemer vanaf 4 maart 2015 dus nog steeds goed gebruiken. Waarom zij niettemin medio februari 2015 heeft laten weten dat de werkzaamheden van werknemer zouden eindigen, heeft zij niet kunnen uitleggen.

De vraag rijst vervolgens of, en zo ja welke overeenkomst dan wel tussen T4T en werknemer tot stand is gekomen. De bewoordingen in de overeenkomst geven in ieder geval voor werknemer aanleiding tot te veel onduidelijkheid. Er wordt gesproken over arbeidsovereenkomst, uitzendovereenkomst, detacheren, uitzenden, payroll en payrollmedewerker. Daarbij heeft ook Taxi Dorenbos onduidelijkheid laten voortbestaan over het einde van de arbeidsovereenkomst. Zij heeft, zoals ter zitting is erkend, tegen werknemer gezegd dat "we na die zes maanden wel zouden zien" of woorden van die strekking. Ook uit de arbeidsovereenkomst met T4T blijkt dat niet. Voor werknemer kon niet duidelijk zijn dat de overeenkomst met T4T hoe dan ook op 4 maart 2015 zou eindigen.

Werknemer heeft in dit verband ter zitting verklaard dat hij totaal verbouwereerd was dat zijn werkzaamheden voor Taxi Dorenbos zouden eindigen. Het is dan ook de vraag of werknemer een juiste voorstelling van zaken had toen hij het Aanmeldformulier en de arbeidsovereenkomst met T4T ondertekende. Om deze redenen is het voorhands tevens de vraag of de overeenkomst tussen T4T en werknemer bij de bodemrechter stand zal houden. Duidelijk is dat werknemer na 4 september 2014 – en zonder ook maar een dag onderbreking – bij Taxi Dorenbos is blijven werken op dezelfde voet als daarvoor. In de constructie die Taxi Dorenbos heeft willen doorvoeren worden het formele en het materiële werkgeverschap uit elkaar getrokken. T4T is enkel op papier de werkgever geworden. De arbeidsrelatie tussen T4T en werknemer bestond enkel en alleen uit het plaatsen van werknemer op de loonlijst van T4T; materieel gezien is het loon afkomstig van Taxi Dorenbos. Feitelijk is er niets veranderd tussen werknemer en Taxi Dorenbos. Voldoende aannemelijk is geworden dat de constructie enkel is gekozen om de ketenregeling van art. 7:668a BW te ontlopen. Waar bovendien T4T geen allocatiefunctie vervulde, is de overeenkomst tussen T4T en werknemer inhoudsloos geweest. Geoordeeld wordt dat door deze constructie moet worden heen gekeken. Daarmee is voorhands voldoende aannemelijk geworden dat de bodemrechter tot het oordeel zal komen dat de vierde arbeidsovereenkomst in deze reeks moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen Taxi Dorenbos en werknemer. Volgt toewijzing van de vorderingen van werknemer.

[eiser],

hierna te noemen: [eiser],

wonende te [woonplaats], [adres],

eisende partij,

gemachtigde: mr. J.J.L.M. Johannink,

toevoeging: [toevoegingsnummer],

tegen

De besloten vennootschap Taxi- en Bergingsbedrijf Dorenbos B.V.,

hierna te noemen: Taxi Dorenbos,

gevestigd te 9407 TC Assen, Aziëweg 23,

gedaagde partij,

gemachtigde: mr. R.F.A. Verkerk.

Kantonrechter:

1 De procedure

1.1. [eiser] vordert dat voorzieningenrechter bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad en op de minuut:

I. Taxi Dorenbos zal bevelen om, op straffe van een dwangsom van € 500,- per dag en een deel van de dag, [eiser] toe te laten tot de werkzaamheden als taxichauffeur met een werkweek

van minimaal 34,24 uren, met een bijbehorende vergoeding van minimaal € 14,34 bruto per uur, exclusief vakantietoeslag, overeenkomstig de cao Taxivervoer;

II. Taxi Dorenbos zal veroordelen om aan [eiser] over de periode vanaf 5 maart 2015 een vergoeding te betalen van € 1964,01 bruto, nog te vermeerderen met 8% vakantietoeslag, voor elke periode van vier weken vanaf 5 maart 2015;

III. Taxi Dorenbos zal veroordelen om aan [eiser] de wettelijke verpagingsrente te vergoeden over de vergoeding aangegeven onder II, te berekenen vanaf 2 april 2015;

IV. Taxi Dorenbos zal veroordelen om aan [eiser] te vergoeden de wettelijke verhoging over hetgeen hij terzake het gevorderde onder II. aan [eiser] verschuldigd is, daarbij de wettelijke verhoging te bepalen op 25 % en voorts Taxi Dorenbos zal veroordelen om de wettelijke rente over de genoemde verhoging te vergoeden, te berekenen vanaf 2 april 2015;

V. Taxi Dorenbos zal veroordelen in de kosten van deze procedure.

1.2. Nadat de zaak ter terechtzitting van 16 april 2015 is behandeld, van welke behandeling aantekeningen zijn gemaakt, is vonnis nader bepaald op vandaag.

1.3. De inhoud van alle stukken geldt als hier herhaald.

2 De feiten

2.1. De kantonrechter gaat in het kader van dit kort geding uit van de volgende feiten.

2.2. [eiser], geboren op [geboortedatum] 1962, is op 5 september 2011 als oproep taxichauffeur bij Taxi Dorenbos in dienst getreden voor de duur van zes maanden. De overeenkomst eindigde op 5 maart 2012. Op deze arbeidsovereenkomst was de CAO voor Taxivervoer van toepassing.

2.3. Deze arbeidsovereenkomst is op 6 maart 2012 voor bepaalde tijd verlengd en eindigde op 5 maart 2013. Ook op deze arbeidsovereenkomst, waarbij [eiser] in functie is als oproep taxichauffeur, was de CAO voor Taxivervoer van toepassing.

2.4. Op 6 maart 2013 is de arbeidsovereenkomst opnieuw verlengd en wel tot

4 september 2014. Ook op deze arbeidsovereenkomst is de CAO voor Taxivervoer van toepassing en is [eiser] in dienst als oproep taxichauffeur.

2.5. Op 8 augustus 2014 heeft [eiser] op het kantoor van Taxi Dorenbos een "Aanmeldformulier medewerker en contract" van Talent4Taxi (hierna te noemen: T4T) ondertekend, welk formulier noodzakelijk is om de medewerker in te voeren in de database van T4T en een arbeidsovereenkomst op te stellen. Dit formulier is door Taxi Dorenbos zelf geprint. In dit formulier is [eiser] aangeduid als payrollmedewerker.

In dit formulier is onder meer het volgende opgenomen:

"(...) Met de ondertekening van dit formulier verklaar ik als payrollmedewerker, dat:

(...)

(...)

ik mij ervan bewust ben dat er pas een arbeidsovereenkomst met Talent4Taxie Diensten tot stand komt, als ik de nog te ontvangen arbeidsovereenkomst heb ondertekend en deze in het bezit is van Talent4Taxi Diensten.

(...)"

Bij het gesprek, het invullen van het formulier en het ondertekenen daarvan is geen medewerker van T4T aanwezig geweest. [eiser] was ook niet als werkzoekende ingeschreven bij T4T.

2.6. Aan [eiser] is door T4T een "Uitzendbevestiging", gedateerd 28 augustus 2014, toegestuurd. [eiser] is vervolgens een schriftelijke "arbeidsovereenkomst fase B", ingaande 5 september 2014, aangegaan met PSC Backoffices Services 201 B.V., met als handelsnaam T4T te Hilversum, in de functie van taxi-

chauffeur. T4T is gevestigd in Eindhoven. Deze overeenkomst eindigde op 4 december 2014. In de bijlage bij de 'uitzendbevestiging' van 28 augustus 2014 is vermeld dat als opdrachtgever geldt Taxi Dorenbos. In de arbeidsovereenkomst is voorts vermeld dat de arbeidsovereenkomst een uitzendovereenkomst is als bedoeld in artikel 7:690 BW.

Als kenmerk van de overeenkomst is onder 3.1. vermeld dat het een detacheringsovereenkomst fase B betreft, zoals omschreven in artikel 13 lid 2 van de CAO en dat het uitzendbeding op deze overeenkomst niet van toepassing is. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO voor Uitzendkrachten ABU van toepassing verklaard.

In deze arbeidsovereenkomst fase B is in artikel 3.3 'einde van de overeenkomst', het volgende opgenomen:

"Deze overeenkomst (...) eindigt van rechtswege (...)

a. a) De dag voordat je zou instromen in fase C volgens de CAO b) (...)"

2.7. T4T heeft in de persoon van [medewerker T4T], medewerker Frontoffice, [eiser] op

28 november 2014 per e-mail het volgende bericht:

" (...) Volgens onze gegevens is de einddatum van je arbeidsovereenkomst 4 december 2014.

In je arbeidsovereenkomst is opgenomen dat de overeenkomst automatisch met 3 kalendermaanden verlengd kan worden.

Bij deze wil ik graag bevestigen dat we je arbeidsovereenkomst hebben verlengd, de nieuwe einddatum is 4 maart 2015. (...)"

2.8. Medio februari 2015 heeft [eiser] van de personeelsmanager van Taxi Dorenbos meegedeeld gekregen dat Taxi Dorenbos [eiser] na 5 maart 2015 niet meer zou inzetten als chauffeur. Op 23 februari 2015 heeft de gemachtigde van [eiser] Taxi Dorenbos aangeschreven en daarbij - samengevat weergegeven - het volgende bericht. [eiser] stemt er niet mee in dat er met ingang van 5 maart 2015 geen gebruik meer wordt gemaakt van zijn diensten. Door de gekozen constructie, waarbij Taxi Dorenbos na drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, [eiser] heeft laten werken voor T4T, heeft Taxi Dorenbos in strijd gehandeld met de strekking van artikel 7:668a BW. [eiser] stelt zich op het standpunt dat de overeenkomst die met T4T tot stand is gekomen leidt tot het ontstaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen [eiser] en Taxi Dorenbos. [eiser] is bereid zijn werkzaamheden ten behoeve van Taxi Dorenbos ook na 5 maart 2015 voort te zetten.

2.9. In reactie heeft [medewerker Taxi Dorenbos] (Hoofd P&O van Taxi Dorenbos) bij e-mail van

25 februari 2015 de gemachtigde van [eiser] - samengevat weergegeven - bevestigd dat na drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan [eiser] is aangegeven dat Taxi Dorenbos hem geen contract voor onbepaalde tijd aan kon bieden, maar dat hij via T4T nog een half jaar zou kunnen worden ingeleend. [eiser] is daarmee akkoord gegaan. Hij heeft in de periode vanaf 5 september 2014 zijn salaris en salarisspecificaties via T4T ontvangen. De gemachtigde wordt door verwezen naar PSC Backoffices Services 201 B.V. (onder de naam T4T) aangezien zij de juridisch werkgever van [eiser] is.

3 De grondslag van de vordering en het verweer

3.1. [eiser] stelt dat tussen hem en Taxi Dorenbos een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand gekomen is per 5 september 2014. In ieder geval heeft Taxi Dorenbos de verplichting om [eiser] een dergelijke overeenkomst aan te bieden, althans dat Taxi Dorenbos de verplichting heeft om [eiser] weder te werk te stellen tegen het op grond van de CAO voor [eiser] geldende tarief, zulks met een omvang van 4,28 dagen per week met een achturige werkdag. [eiser] stelt dat de door Taxi

Dorenbos gekozen constructie is gericht op het omzeilen van de gevolgen van de ketenregeling ex artikel 7:668a BW.

[eiser] stelt dat Taxi Dorenbos hem geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan wilde bieden, maar dat zij wel van zijn diensten gebruik wilde blijven maken. Daartoe heeft Taxi Dorenbos bewerkstelligd dat [eiser] in dienst werd genomen door PSC Backoffices Services 201 B.V., met als handelsnaam T4T. [eiser] heeft nog nooit enig contact gehad met een medewerker van T4T. [eiser] had geen andere keuze dan in te stemmen het contract. [eiser] heeft verder gewezen op verschillende begrippen die door elkaar worden gebruikt in de het contractformulier en de arbeidsovereenkomst; enerzijds wordt gesproken van een arbeidsovereenkomst en uitzendovereenkomst, anderzijds van een detacheringsovereenkomst. Daarnaast wordt [eiser] enerzijds aangeduid als uitzendkracht en anderzijds als payrollmedewerker. [eiser] wijst er verder op dat er niet gesproken kan worden van enige allocatieve activiteit van de zijde van T4T met betrekking tot [eiser]. Bij [eiser] bestaat de indruk dat alles door Taxi Dorenbos is geregeld. Hij heeft ook met medewerking van Taxi Dorenbos het aanmeldformulier op het kantoor van Taxi Dorenbos ingevuld. Voorts stelt [eiser] dat Taxi Dorenbos meerdere keren T4T inschakelt om personeel "over te hevelen". In dit verband wordt gewezen op producties met betrekking tot een collega van [eiser], dhr. [collega van eiser]. [eiser] wijst ter onderbouwing van zijn stellingen op jurisprudentie.

3.2. Taxi Dorenbos betwist de stellingen van [eiser]. Daartoe voert zij aan dat Taxi Dorenbos voorafgaand aan het aflopen van het laatste arbeidscontract uitgebreid met [eiser] heeft besproken dat wegens bedrijfseconomische redenen een contract voor onbepaalde tijd niet tot de mogelijkheden behoorde. In dit verband is gewezen op het werk dat [eiser] voor Taxi Dorenbos verricht dat voor 80 % bestaat uit werk voortvloeiende uit de aanbesteding van het taxivervoer, te weten Openbaar Vervoer en Doelgroepenvervoer Zuidoost-Drenthe. Dit contract liep medio december 2014 af. Nadien is deze aanbesteding verlengd, maar dat wist Taxi Dorenbos op dat moment niet. Om aan de wens van [eiser] tegemoet te komen, is de mogelijkheid besproken om tijdelijk aan het werk te gaan via PSC Backoffices Services 201 B.V., met als handelsnaam T4T, een payrollorganisatie. Betwist wordt dat Taxi Dorenbos de uitzendovereenkomst met [eiser] regelde, de overeenkomst is immers niet door Taxi Dorenbos, maar door T4T opgesteld. Bovendien is het in een payroll situatie niet noodzakelijk dat [eiser] daarvoor contact heeft met iemand van T4T. [eiser] heeft de loonstroken en de jaaropgave van T4T ontvangen. Ook onjuist is dat [eiser] geen andere keus had dan in te stemmen met de aangeboden uitzendovereenkomst. Het feit dat [eiser] geen werkbriefjes hoefde in te leveren en volgens het werkrooster van Taxi Dorenbos diende te werken maakt niet dat niet van een uitzendrelatie kan worden gesproken. Ook wordt betwist dat [eiser] in opdracht van Taxi Dorenbos heeft gewerkt. Verder was het [eiser] volkomen duidelijk dat hij na 5 maart 2015 niet meer door Taxi Dorenbos zou worden ingezet. Taxi Dorenbos voert aan dat in dit geval legitiem gebruik is gemaakt van de mogelijkheid van een uitzendbureau en dat [eiser] ervan op de hoogte was dat T4T is een gecertificeerd detachingsbedrijf is. Taxi Dorenbos wijst er op dat [eiser] genoegzaam bekend was dat tussen partijen sprake was van een inleensituatie en dat deze situatie maximaal voor zes maanden zou gelden. Taxi Dorenbos bestrijdt de conclusie van [eiser] dat zij in strijd heeft gehandeld met de strekking van artikel 7:668a BW en dat zij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onredelijk heeft gehandeld. De cassussen van door [eiser] in de dagvaarding aangehaalde uitspraken verschillen met de onderhavige casus. Met betrekking tot

de producties die in het geding zijn gebracht met betrekking tot dhr. [collega van eiser] is opgemerkt, dat niet gesproken kan worden van een vergelijkbare situatie met [eiser].

Samengevat komt Taxi Dorenbos tot de conclusie dat zij exact is nagekomen hetgeen zij met [eiser] heeft afgesproken, dat artikel 7:668a BW niet van toepassing is en dat er geen vast dienstverband is ontstaan. Verzocht wordt de gevorderde voorzieningen af te wijzen, met veroordeling van [eiser] in de kosten van dit geding.

4 De beoordeling

4.1. Het spoedeisend belang wordt gelet op het aard van deze vordering aanwezig geacht en is overigens ook niet weersproken.

4.2. De kantonrechter overweegt dat voor toewijzing van een vordering zoals door [eiser] gevorderd, het in hoge mate aannemelijk moet zijn dat een gelijkkluidende vordering in een te voeren bodemprocedure zal worden toegewezen. Er dient derhalve beoordeeld te worden of al dan niet aannemelijk is geworden dat de bodemrechter tot het oordeel zal komen dat door [eiser] terecht een beroep op de ketenregeling van art. 7:668a BW is gedaan.

4.3. Daartoe zal de kantonrechter eerst onderzoeken of de arbeidsovereenkomst tussen [eiser] en T4T een geldige uitzendovereenkomst is als bedoeld in art. 7:690 BW. Dat T4T een erkende uitzendorganisatie is, is door [eiser] niet weersproken. [eiser] was echter niet bij T4T ingeschreven als werkzoekende en is ook niet door T4T geworven. Het aanmeldformulier voor T4T is door Taxi Dorenbos geprint, door haar voor [eiser] ingevuld en met [eiser] besproken. [eiser] heeft toen, en ook daarna niemand van T4T gesproken of ontmoet. Taxi Dorenbos heeft in het gesprek aangegeven dat [eiser] via T4T nog zes maanden bij Taxi Dorenbos kon werken; uit artikel 3.3 van de arbeidsovereenkomst fase B met T4T blijkt (zie punt 2.6 van de feiten) dat deze van rechtswege eindigt "De dag voordat je zou instromen in fase C volgens de CAO". Dat kwam neer op 26 weken ofwel zes maanden. Behalve dat T4T bij de werving geen enkele allocatieve functie heeft vervuld, volgt hieruit dat zij ook niet de geringste intentie heeft gehad om deze te vervullen. Precies aan het einde van de periode dat zij [eiser] zou uitlenen aan Taxi Dorenbos, eindigt haar arbeidsovereenkomst met [eiser]. De kantonrechter concludeert dat T4T inzake [eiser] geen enkele allocatieve functie heeft vervuld.

4.4. Hoewel art. 7:690 BW de allocatiefunctie van een uitzendbureau niet als constitutief vereiste stelt voor het tot stand komen van een uitzendovereenkomst, kan uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid dat die allocatiefunctie een belangrijk criterium is bij de beoordeling of sprake is van ter beschikking stellen "in het kader van de uitoefening van een beroep of bedrijf". In zijn arrest van 3 februari 2015 (JAR 2015, 69; ECLI:NL:GHARL:2015:670) heeft het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, verwijzend naar de wetsgeschiedenis, geoordeeld dat voor de toepasselijkheid van art. 7:690 BW wel vereist is dat de uitzendende werkgever daadwerkelijk (cursief ktr.) een allocatiefunctie vervult. In dit geval heeft T4T geen enkele allocatieve functie vervuld of willen vervullen. Daarbij weegt de kantonrechter mee dat, zoals ter zitting is gebleken, de aanbesteding van Openbaar Vervoer en Doelgroepenvervoer Zuidoost-Drenthe bij Taxi Dorenbos per 4 december 2014 is verlengd c.q. aan Taxi Dorenbos is gegund. Taxi Dorenbos kon [eiser] vanaf 4 maart 2015 dus nog steeds goed gebruiken. Waarom zij niettemin medio februari 2015 heeft laten weten dat de werkzaamheden van [eiser] zouden eindigen, heeft zij niet kunnen uitleggen. Op grond van het voorgaande is de kantonrechter

voorshands van oordeel dat geen geldige uitzendovereenkomst tot stand gekomen tussen [eiser] en T4T.

4.5. De vraag rijst vervolgens of, en zo ja welke overeenkomst dan wel tussen T4T en [eiser] tot stand is gekomen. De bewoordingen in de overeenkomst geven in ieder geval naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter voor [eiser] aanleiding tot te veel onduidelijkheid. Er wordt gesproken over arbeidsovereenkomst, uitzendovereenkomst, detacheren, uitzenden, payroll en payrollmedewerker. Voor [eiser] is daarmee niet duidelijk geworden waar hij aan toe was. Daarbij heeft ook Taxi Dorenbos onduidelijkheid laten voortbestaan over het einde van de arbeidsovereenkomst. Zij heeft, zoals ter zitting is erkend, tegen [eiser] gezegd dat 'we na die zes maanden wel zouden zien' of woorden van die strekking. Voor [eiser] was dus niet duidelijk dat het na zes maanden hoe dan ook afgelopen zou zijn. Ook uit de arbeidsovereenkomst met T4T blijkt dat niet. Artikel 3,3 van de arbeidsovereenkomst regelt de beëindiging van rechtswege maar noemt geen datum. Ook daaruit kon voor [eiser] dus niet duidelijk zijn dat de overeenkomst met T4T hoe dan ook op 4 maart 2015 zou eindigen. [eiser] heeft in dit verband ter zitting verklaard dat hij totaal verbouwereerd was dat zijn werkzaamheden voor Taxi Dorenbos zouden eindigen. Het is dan ook de vraag of [eiser] een juiste voorstelling van zaken had toen hij het Aanmeldformulier en de arbeidsovereenkomst met T4T ondertekende. Om deze redenen is het voorshands tevens de vraag of de overeenkomst tussen T4T en [eiser] bij de bodemrechter stand zal houden.

4.6. Duidelijk is dat [eiser] na 4 september 2014 - en zonder ook maar een dag onderbreking - bij Taxi Dorenbos is blijven werken op dezelfde voet als daarvoor. De kantonrechter overweegt dat in de constructie die Taxi Dorenbos heeft willen doorvoeren het formele en het materiële werkgeverschap uit elkaar worden getrokken. T4T is echter enkel op papier de werkgever geworden. De arbeidsrelatie tussen T4T en [eiser] bestond enkel en alleen uit het plaatsen van [eiser] op de loonlijst van T4T; materieel gezien is het loon afkomstig van Taxi Dorenbos. Feitelijk is er niets veranderd tussen [eiser] en Taxi Dorenbos. Daaruit volgt dat Taxi Dorenbos feitelijk de arbeidsrelatie met [eiser] wilde voortzetten na 4 september 2014. Voorshands is met het voorgaande voldoende aannemelijk geworden dat de constructie enkel is gekozen om de ketenregeling van art. 7:668a BW te ontlopen. Dat het alternatief zou zijn dat Taxi Dorenbos en [eiser] op 4 september 2014 afscheid van elkaar hadden moeten nemen, doet hieraan niet af. Taxi Dorenbos heeft na 4 september 2014 willen profiteren van de inzet en ervaring van [eiser], maar de uit de wet voortvloeiende rechten aan deze willen onthouden. Waar bovendien T4T geen allocatiefunctie vervulde, is de overeenkomst tussen T4T en [eiser] inhoudsloos geweest. De kantonrechter komt dan ook tot het voorlopige oordeel dat door deze constructie heen moet worden gekeken. Daarmee is voorshands voldoende aannemelijk geworden dat de bodemrechter tot het oordeel zal komen dat de vierde arbeidsovereenkomst in deze reeks moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen Taxi Dorenbos en [eiser].

4.7. Het voorgaande leidt tot toewijzing van de vorderingen van [eiser]. Inhoudelijk zijn deze vorderingen door Taxi Dorenbos niet weersproken. De kantonrechter ziet aanleiding de gevorderde dwangsommen te maximaleren zoals is bepaald in de beslissing.

4.8. Taxi Dorenbos wordt in het ongelijk gesteld. Zij zal in de kosten van deze procedure worden veroordeeld zoals hierna in de beslissing is vermeld.

5 De beslissing

De kantonrechter recht doende als voorzieningenrechter:

1. veroordeelt Taxi Dorenbos om, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 500,- per dag en een deel van de dag, met een maximum aan te verbeuren dwangsommen van € 25.000,-, [eiser] toe te laten tot de werkzaamheden als taxichauffeur met een werkweek van minimaal 34,24 uren, met een bijbehorende vergoeding van minimaal € 14,34 bruto per uur, exclusief vakantietoeslag, overeenkomstig de CAO Taxivervoer;
2. veroordeelt Taxi Dorenbos om aan [eiser] over de periode vanaf 5 maart 2015 een vergoeding te betalen van € 1964,01 bruto, nog te vermeerderen met 8% vakantietoeslag, voor elke periode van vier weken vanaf 5 maart 2015;
3. veroordeelt Taxi Dorenbos om aan [eiser] de wettelijke vertragingsrente te vergoeden over de vergoeding aangegeven onder 2. van deze beslissing, te berekenen vanaf 2 april 2015;
4. veroordeelt Taxi Dorenbos om aan [eiser] te vergoeden de wettelijke verhoging over hetgeen zij ter zake van het gevorderde onder 2. van deze beslissing aan [eiser] verschuldigd is, daarbij de wettelijke verhoging te bepalen op maximaal 25 % en veroordeelt Taxi Dorenbos om de wettelijke rente over de genoemde verhoging te vergoeden, te berekenen vanaf 2 april 2015;
5. veroordeelt Taxi Dorenbos tot betaling van de proceskosten, tot deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 94,19 aan dagvaardingskosten, € 78,- aan vast recht en € 300,- aan salaris gemachtigde;
6. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;
7. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Sinds 1 januari 2015 is het Ontslagbesluit gewijzigd en is 'payrolling' daarin als juridisch construct erkend. Met de wijziging van het Ontslagbesluit per 1 januari 2015 heeft een payrollwerknemer dezelfde ontslagbescherming gekregen als werknemers die op reguliere basis bij een werkgever in dienst zijn. Zo worden de omstandigheden bij de opdrachtgever bepalend bij de beoordeling van het ontslag. De payrollwerkgever zal bij een ontslagaanvraag moeten aantonen dat zijn opdrachtgever goede redenen heeft voor de beëindiging van de payrollovereenkomst. De payrollconstructie kan als gevolg hiervan niet meer (althans, minder makkelijk, zo is het idee) gebruikt worden om aan ontslagbescherming van een werknemer te ontkomen.

Eén van de bijzondere aspecten van de wijziging van het Ontslagbesluit is dat de wetgever nu niet alleen een definitie geeft van de begrippen 'payrollwerkgever' en 'payrollwerknemer', maar ook de relatie tussen deze partijen kwalificeert. Uit de toelichting bij de wijziging van het Ontslagbesluit blijkt immers duidelijk dat de wetgever de relatie tussen een payrollwerkgever en een payrollwerknemer aanmerkt als een 'arbeidsovereenkomst'. De formele werkgever (de payrollwerkgever) is volgens de toelichting ook de juridische werkgever.¹ Hierover was in de rechtspraak nogal eens discussie: een relatief groot aantal rechters kwam tot de conclusie dat de 'inlener/opdrachtgever' moest worden gekwalificeerd als werkgever, en niet de payrollonderneming (ongeacht of de payrollonderneming een arbeidsovereenkomst met de werknemer had gesloten). Hiervan kon bijvoorbeeld sprake zijn als aan de

¹ Zie toelichting bij min.reg. van 17 november 2014, *Start*, 2014, 33286.

werknemer onvoldoende duidelijk was gemaakt dat hij in dienst zou treden bij een payrollonderneming, of als de 'inlener/opdrachtgever' op grond van art. 7:610 lid 1 BW als werkgever werd aangemerkt. Ook in het geval de payrollconstructie als schijnconstructie was opgezet, keken rechters nogal eens 'door de constructie heen'.

In de onderhavige uitspraak gaat de Kantonrechter te Assen eveneens voorbij aan de precieze aard van de overeenkomst tussen de 'uitlener' T4T en de (payroll?)werknemer. De kantonrechter is van mening dat (te) onduidelijk was hoe deze relatie zou moeten worden gekwalificeerd, en dat (in ieder geval) de werknemer niet wist waar hij aan toe was. De kantonrechter leidt uit de feiten en omstandigheden (voorshands) twee dingen af: (1) het is maar de vraag of de overeenkomst tussen T4T en de werknemer bij de bodemrechter stand houdt, en (2) het is voldoende aannemelijk dat de bodemrechter tot het oordeel komt dat de vierde arbeidsovereenkomst in de reeks er één is tussen 'inlener/opdrachtgever' Taxi Dorenbos en de werknemer.

De overwegingen van de kantonrechter zijn interessant. Zo acht de kantonrechter de onduidelijkheid over de aard van de overeenkomst tussen T4T en de werknemer mede ingegeven door het gebruik van diverse begrippen: 'arbeidsovereenkomst', 'uitzenden' en 'payrolling' worden door elkaar gebruikt. Maar sluiten die termen elkaar wel uit? Immers, zowel bij uitzending als bij payrolling sluit de 'uitlener' een arbeidsovereenkomst met de werknemer. En zowel uitzending als payrolling betreft een situatie waarbij de 'uitlener' de werknemer aan een 'inlener/opdrachtgever' ter beschikking stelt. Het is aldus, gelet op de tekst van art. 7:690 BW, heel goed mogelijk dat een payrollconstructie *tevens* kwalificeert als uitzending.² En hoewel het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in zijn door de kantonrechter aangehaalde arrest van 3 februari 2015 heeft geoordeeld dat voor de toepasselijkheid van art. 7:690 BW vereist is dat de 'uitlener' een allocatieve functie vervult,³ staat daar tegenover dat het Gerechtshof Amsterdam op 28 oktober 2014 juist oordeelde dat dit *niet* vereist is.⁴

Ervan uitgaande dat een payrollconstructie tevens kan kwalificeren als uitzending, en in ogenschouw nemende dat de relatie tussen een payrollwerkgever en payrollwerknemer wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, zou mijns inziens gelden dat tussen de 'inlener/opdrachtgever' en de (payroll)werknemer geen arbeidsovereenkomst kan ontstaan. Immers, daarvoor zal een contractovername of iets dergelijks moeten plaatsvinden: de rechtszekerheid verzet zich tegen een 'geruisloze' vervanging van de inleenovereenkomst door een arbeidsovereenkomst.⁵

Als een payrollconstructie kwalificeert als uitzending, geldt vervolgens ook dat het 'door de constructie heen kijken' niet meer aan de orde kan zijn. Het zal er dan ook niet toe doen dat, zoals de kantonrechter in deze zaak overweegt, bedoeld is het formele en materiële werkgeverschap 'uit elkaar te trekken'. Het feit dat een partij als T4T alleen op papier werkgever is, is immers inherent aan (en de kern van) de payrollconstructie. Sterker, in de toelichting op de wijziging van het Ontslagbesluit wordt zelfs uitdrukkelijk onderkend dat de rol van de payrollwerkgever zeer

bepert is, en vooral bestaat uit de verplichting tot loonbetaling. Niettemin wordt de payrollwerkgever wel als juridisch werkgever aangemerkt – en blijft de 'inlener/opdrachtgever' aldus in beginsel buiten schot.

Biedt de payrollconstructie – ervan uitgaande dat de werknemer zich daadwerkelijk realiseert dat hij bij een payrollonderneming in dienst treedt – dan een 'oplossing' voor de ketenregeling, zoals in de onderhavige zaak lijkt te zijn bedoeld? Dit lijkt mij iets te eenvoudig gedacht. Ik zou menen dat het leerstuk van 'opvolgend werkgeverschap' hier een stokje voor steekt. Immers, de ketenregeling heeft niet alleen betrekking op opeenvolgende arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen, maar ook tussen partijen die "ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn". Daarvan lijkt mij bij payrolling – te meer nu de payrollonderneming geen allocatiefunctie vervult, maar de (payroll)werknemer min of meer 'kant en klaar' krijgt aangeleverd – vrijwel automatisch sprake te zijn (zeker nu sinds 1 juli 2015 niet meer vereist is dat de opvolgende werkgever, dus de payrollwerkgever, inzicht heeft in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer).

Feit is wel dat de werknemer in dat geval geacht wordt een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te hebben met de payrollwerkgever – en niet met de 'inlener/opdrachtgever'. En hoewel met de wijziging van het Ontslagbesluit bedoeld is de payrollwerknemer dezelfde ontslagbescherming te bieden als werknemers die op reguliere basis bij een werkgever in dienst zijn, zal de payrollwerknemer in de regel niet erg gebaat zijn bij deze constructie (denk bijvoorbeeld aan secundaire arbeidsvoorwaarden, doorgroeimogelijkheden, etc.). Het is voor de positie van payrollwerknemers waarschijnlijk dan ook goed als het kabinet erin slaagt zijn voornemen uit te voeren en de arbeidsvoorwaarden van payrollwerknemers en 'vaste werknemers' gelijk te trekken.

Is de onderhavige uitspraak van de Kantonrechter Assen nu dan onbegrijpelijk? Wat mij betreft niet. Het lijkt mij alleszins voor de hand te liggen dat de werknemer inderdaad niet zal hebben geweten waar hij nu precies voor tekende, en dat het dus maar de vraag is of hij welbewust bij T4T in dienst is getreden. Ik denk echter dat de gebruikte terminologie daarin amper een rol zal hebben gespeeld; het lijkt mij veeleer dat de door Dorenbosch gewekte schijn van voortzetting van de arbeidsovereenkomst debet is aan de ontstane onduidelijkheid. Als de werknemer zich evenwel had gerealiseerd dat hij bij een payrollwerkgever in dienst trad, meen ik dat de uitkomst van de zaak – ongeacht de wijze waarop partijen uitvoering gaven aan de overeenkomsten – anders zou kunnen (of moeten) zijn. Er is echter nog veel onduidelijkheid over de status van payrolling – en zeker in relatie tot de uitzendovereenkomst. Mede in dat licht bezien acht ik het zeer begrijpelijk dat de kantonrechter in de onderhavige zaak door de payrollconstructie heen kijkt en kiest voor een (voorlopige) oplossing die de werknemer de meeste bescherming biedt. Of het dogmatisch ook juist is, valt echter te betwijfelen.

A.M.W. van Vloderp
Bird & Bird LLP

2 Zie ook Grapperhaus, *T&C Arbeidsrecht 2014*, Burgerlijk Wetboek Boek 7, Titel 10, Afd. 11, aant. 5.

3 «JAR» 2015/69.

4 «JAR» 2015/106.

5 Zie HR 5 april 2002, «JAR» 2002/100 (ABN AMRO/Malhi).