

# 2 De uitzendovereenkomst

## 2.1 Achtergrond van de uitzendovereenkomst

Voorafgaand aan de inwerkingtreding van artikel 7:690 BW stond niet vast of de rechtsverhouding tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht als arbeidsovereenkomst kon worden gekwalificeerd. De uitzendkracht was immers feitelijk niet werkzaam bij het uitzendbureau maar bij en onder het feitelijke gezag van de opdrachtgever van het uitzendbureau. Het uitzendbureau betaalde alleen het loon aan de uitzendkracht. In die tijd werd onderscheid gemaakt tussen kortdurend uitzenden door uitzendbureaus (dat aan een vergunning was gebonden) en het meer bestendige in- en uitleenen van personeel door uitleen- of detacheerbedrijven. Het verschil tussen deze terbeschikkingstellingsvarianten bestond erin dat bij in- en uitleening een doorlopende arbeidsovereenkomst werd gesloten met de werknemer en bij uitzending alleen gedurende de termijn dat de uitzendkracht ter beschikking was gesteld aan een opdrachtgever een overeenkomst bestond met het uitzendbureau. In de jaren negentig vervaagde het onderscheid tussen uitzending en in- en uitleening echter omdat ook uitzendbureaus zich op langduriger vormen van terbeschikkingstelling waren gaan richten.<sup>1</sup> In arresten uit 1977, 1980 en 1988<sup>2</sup> kwalificeerde de Hoge Raad de rechtsverhouding tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau of uitleendan wel detacheerbedrijf als een arbeidsovereenkomst, omdat de uitzendkracht in die situaties op grond van de overeenkomst met het uitzendbureau of uitleen- dan wel detacheerbedrijf verplicht was de werkzaamheden bij opdrachtgevers van het uitzendbureau of uitleen- dan wel detacheerbedrijf te verrichten met inachtneming van de ‘aanwijzingen’ van die opdrachtgevers. Omdat het uitzendbureau of uitleen- dan wel detacheerbedrijf in deze situatie het werkgeversgezag delegerde aan de opdrachtgever waaraan de uitzendkracht ter beschikking werd gesteld, kon de

---

1 Zie hierover J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012, par. 4.10.1.

2 HR 14 oktober 1977, *NJ* 1978, 31, HR 23 mei 1980, *NJ* 1980, 633, m.nt. Stein, en HR 18 november 1988, *NJ* 1989, 344.

rechtsverhouding met de uitzendkracht naar het oordeel van de Hoge Raad voldoen aan de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW.

In 1999 werd in artikel 7:690 BW de uitzendovereenkomst wettelijk geduid als arbeidsovereenkomst tussen het uitzendbureau of uitleen- dan wel detacheerbedrijf en de uitzendkracht. Daarmee werd de route naar het werkgeverschap van het uitzendbureau of uitleen- dan wel detacheerbedrijf op de voet van gedelegeerd werkgeversgezag overbodig. De reden voor deze wetsduiding vormde het feit dat het werken voor en via uitzendbureaus en uitleen- dan wel detacheerbedrijven in de daaraan voorafgaande jaren sterk in omvang was toegenomen en de uitzendformule een belangrijke allocatiefunctie vervulde op de arbeidsmarkt.<sup>3</sup> Die allocatiefunctie impliceerde volgens de regering eveneens dat partijen bij de uitzendovereenkomst, anders dan in het geval van een gewone arbeidsovereenkomst, een zekere vrijheid dienden te hebben ter zake van het aangaan en verbreken van hun arbeidsrelatie. Met een dergelijk verlicht arbeidsrechtelijk regime zou recht worden gedaan aan de flexibiliteit die zo kenmerkend is voor uitzendarbeid en die inherent is aan de allocatieve functie van de uitzendwerkgever. De regering deelde hierover mee:

*‘Het bijzondere karakter van de uitzendovereenkomst is gelegen in het feit dat de allocatieve functie van de uitzendovereenkomst impliceert dat partijen een zekere vrijheid hebben terzake van het aangaan en verbreken van hun arbeidsrelatie. Het is derhalve verantwoord dat deze vrijheid groter is dan bij gewone dienstverbanden tussen twee partijen.’<sup>4</sup>*

Met de inwerkingtreding van de in artikel 7:690 BW opgenomen definitie van de uitzendovereenkomst kwam het onderscheid tussen kortdurend uitzenden door uitzendbureaus en het meer bestendige in- en uitlenen van personeel door uitleen- of detacheerbedrijven te vervallen. De regeling van de uitzendovereenkomst zou op beide terbeschikkingstellingsvarianten van toepassing zijn. De regering wees in dit verband op de toename van soms ook langer durende uitzendrelaties en de afschaffing van het vergunningstelsel.<sup>5</sup> Met de regeling van de uitzendovereenkomst in het BW werd dus een ruimer toepassingsbereik beoogd dan de op dat moment – eind jaren negentig – in de praktijk voorkomende klassieke uitzending door uitzendbureaus die zich richtten op terbeschikkingstelling bij ‘piek of ziek’. Ook bij de kwalificatie als uitzendwerkgever ex artikel 7:690 BW van uitleen- en detacheerbedrijven zou echter, zo benadrukte de regering verschillende malen, van doorslaggevende betekenis zijn dat zij daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt

3 *Kamerstukken II 1996-1997*, 25263, nr. 3, p. 9.

4 *Kamerstukken II 1996-1997*, 25263, nr. 3, p. 10. Zie ook *Kamerstukken II 1996-1997*, 25264, nr. 5, p. 12.

5 *Kamerstukken II 1996-1997*, 25263, nr. 3, p. 9. Zie ook *Kamerstukken II 1996-1997*, 25263, B, p. 8.

vervullen.<sup>6</sup> Deze allocatiefunctie werd echter niet met zo veel woorden opgenomen in de tekst van de definitie van artikel 7:690 BW. Het ontbreken van de allocatiefunctie in de definitie van artikel 7:690 BW zou later de inzet worden van polemieken in de juridische literatuur en procedures over het toepassingsbereik van de regeling van de uitzendovereenkomst en, in 2020, tot de regulering van payrolling in artikel 7:692 en 7:692a BW.

## 2.2 De vier elementen uit de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW

In artikel 7:690 BW wordt de uitzendovereenkomst gedefinieerd als

*‘de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde’.*

Binnen deze definitie onderscheid ik vier elementen:

1. er is een arbeidsovereenkomst tussen de (uitzend)werkgever en de (uitzend)werknemer;
2. de (uitzend)werknemer wordt in het kader van het beroep of bedrijf van de (uitzend)werkgever aan een derde ter beschikking gesteld voor het verrichten van arbeid;
3. de terbeschikkingstelling vindt plaats krachtens een opdrachtovereenkomst tussen de (uitzend)werkgever en de derde; en
4. de (uitzend)werknemer moet de arbeid verrichten onder toezicht en leiding van de derde.

---

6 *Kamerstukken II 1996-1997, 25263, nr. 3, p. 10 en p. 33, en nr. 6, p. 16.* Dit volgt ook uit het antwoord van de regering op kritische vragen die de Raad van State voorafgaande aan de parlementaire behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid stelde over het ruime bereik van de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW. De Raad van State vroeg zich af of het wel de bedoeling kon zijn dat niet alleen klassieke uitzending door uitzendbureaus, maar ook het meer bestendige in- en uitlenen van personeel door uitleen- of detacheerbedrijven onder deze definitie zou gaan vallen. De Raad van State meende dat bij uitlenen sprake was van een rechtsfiguur die een andere regeling vereiste dan het ter beschikking stellen van arbeidskrachten op basis van tijdelijke arbeidscontracten. Hij beval daarom aan de voorliggende regeling van de uitzendovereenkomst te beperken tot de uitzendrelatie *‘in enge zin’*. De regering ging hier echter niet in mee en bevestigde dat beide terbeschikkingstellingsvarianten zouden gaan vallen onder artikel 7:690 BW. De regering benadrukte daarbij echter dat het door de ter beschikking stellende werkgever vervullen van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt in alle gevallen vereist was voor *‘toepassing van de uitzendovereenkomst’* (zie *Kamerstukken II 1996-1997, 25263, B, p. 8-9 en 12*).

### 2.2.1 *Arbeidsovereenkomst tussen de (uitzend)werkgever en de (uitzend)werknemer*

De aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst van de (uitzend)werkgever met de werknemer vormt het startpunt in de definitie van artikel 7:690 BW. Ten aanzien van de juridische duiding van de uitzendrelatie deelde de regering mee dat deze als een arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt en ‘dit betekent dat op deze relatie de regeling van de arbeidsovereenkomst onverkort van toepassing is, behoudens voor zover anders bepaald’.<sup>7</sup> Later<sup>8</sup> voegde de regering daar nog aan toe dat de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW is gedefinieerd als een bijzondere arbeidsovereenkomst. Daarbij geldt ten aanzien van de elementen arbeid en gezag dat de werknemer in het kader van het beroep of bedrijf van de werkgever voor het verrichten van de bedongen arbeid aan een derde ter beschikking wordt gesteld waarbij de werknemer werkt onder toezicht en leiding van die derde. Bij twijfel over de vraag of sprake is van een uitzendovereenkomst moet, zo deelde de regering mee,

*‘het totale relevante feitencomplex aan de definitie van de uitzendovereenkomst getoetst (...) worden. Voldoen de feiten aan de in de definitie gegeven omstandigheden dan kan een eventueel door partijen gegeven andere juridische duiding van de overeenkomst niet verhinderen dat de betreffende overeenkomst toch als arbeidsovereenkomst in de vorm van een uitzendovereenkomst aangemerkt dient te worden.’<sup>9</sup>*

Bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW, en bij de beantwoording van de vraag óf daarbij een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen met de uitzendwerkgever, is dus op dezelfde wijze als bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst van doorslaggevende betekenis op welke wijze partijen feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de door hen gemaakte contractuele afspraken.<sup>10</sup> Dat betekent dus dat een schriftelijke arbeidsovereenkomst tussen de

7 *Kamerstukken II 1996-1997, 25263, nr. 3, p. 9-10.*

8 In een brief aan de Tweede Kamer van 7 oktober 1997. Zie S.W. Kuip & C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid, Parlementaire Geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 950.

9 Zie S.W. Kuip & C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid, Parlementaire Geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 950. Zie hierover tevens J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012, par. 4.5.1.

10 Zie o.a. HR 14 november 1997, *NJ 1998/149 (Groen/Schoevers)*, HR 10 oktober 2003, *NJ 2007/446 (Van der Male B.V./Den Hoedt)*, HR 14 april 2006, *NJ 2007/447 (Beurs-promovendi/UvA)*, HR 10 december 2004, *NJ 2005/239 (Diosynth B.V./Groot-van Veen)*, HR 15 december 2006, *NJ 2007/448 (Van Houdts/BBO International)*, HR 13 juli 2007, *NJ 2007/449 (STR/PGGM)*, HR 25 maart 2011, *NJ 2011/594, m.nt. Verhulp, JAR 2011/109, m.nt. Loonstra*, en *AR Updates 2011-0232, m.nt. Zwemmer* (‘De Gouden Kooi’) en HR 6 november 2020, *ECLI:NL:HR:2020:1746, JAR 2020/287, m.nt. Said (X/Gemeente Amsterdam)* en meer specifiek met betrekking tot de kwalificatie van de

uitzendwerkgever en de werknemer niet volstaat om sprake te doen zijn van een arbeidsovereenkomst tussen uitzendwerkgever en uitzendwerknemer en daarmee van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW. Ook op grond van artikel 7:690 BW is voor het juridische werkgeverschap van uitzendwerkgevers dus meer nodig dan een schriftelijke arbeidsovereenkomst. Is sprake van ‘een papieren’ constructie op basis waarvan het juridische werkgeverschap wordt weggecontracteerd naar een ‘papieren werkgever’ teneinde te ontkomen aan verplichtingen die zijn verbonden aan een (voortzetting van de) arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever (feitelijke werkgever), dan is naar het oordeel van de Hoge Raad geen sprake van een reële uitzendovereenkomst. In dat geval is geen arbeidsovereenkomst tot stand gekomen met een werkgever die hem ter beschikking stelt aan de opdrachtgever in het kader van een uitzendovereenkomst, maar is de werknemer in dienst getreden (of gebleven) bij de opdrachtgever.<sup>11</sup>

### **2.2.2 Ter beschikking stellen aan een derde voor het verrichten van arbeid in het kader van het beroep of bedrijf van de (uitzend) werkgever**

De uitzendwerkgever in de zin van artikel 7:690 BW moet zich in het kader van zijn beroep of bedrijf toeleggen op het ter beschikking stellen van werknemers aan derden. Dit betekent dat sprake is van een professionele op het (tijdelijk) uitzenden van werknemers gerichte organisatie en niet van incidenteel in voorkomende gevallen ter beschikking stellen van arbeidskrachten door werkgevers die in feite geheel andersoortige beroeps- of bedrijfsactiviteiten hebben.<sup>12</sup> Dat de uitzendwerkgever de werknemers in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ter beschikking stelt, werd door de wetgever gekoppeld aan de allocatiefunctie die de uitzendformule op de arbeidsmarkt vervulde. In de memorie van toelichting deelde de regering hierover het volgende mee:

*‘De terbeschikkingstelling moet geschieden in het kader van het beroep of het bedrijf van de werkgever. Dat betekent dat terbeschikkingstelling (een) doelstelling van de bedrijfs- of beroepsactiviteiten van de werkgever moet zijn; de toepasselijkheid van de uitzendovereenkomst is aldus gekoppeld aan de allocatieve functie van de werkgever.’<sup>13</sup>*

---

werkgever: HR 9 oktober 2015, *NJ* 2016/276, m.nt. Houweling, en *JAR* 2015/277, m.nt. De Jong (*Logidex*).

11 HR 21 februari 2020, *JAR* 2015/87, m.nt. Zwemmer (*Taxi Dorenbos*). Zie ook J.P.H. Zwemmer, ‘Doorlening, toezicht en leiding en de uitzendovereenkomst’, *ArbeidsRecht* 2018/2. In deze lijn past ook het arrest van het Hof van Justitie EU van 16 juli 2020, C-610/18, ECLI:EU:C:2020:565, *JAR* 2020/201 m.nt. Franssen en *RAR* 2020/145 (*AFMB Ltd. e.a./Sociale Verzekeringsbank*).

12 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25263, nr. 3, p. 10.

13 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25263, nr. 3, p. 33. In haar antwoord op vragen van de Raad van State over het toepassingsbereik van de regeling van de uitzendovereenkomst koppelde de regering deze allocatiefunctie nog explicieter aan de woorden ‘in het kader