

Thijssen Pensioen

i n f o r m a t i e

Gerechtshof Amsterdam 13 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5367

De werkgever van consultants die bij een derde worden tewerkgesteld vallen zoals blijkt uit de navolgende overwegingen onder de werkingssfeer van StiPP:

- Overweging 2.2.1: het betreft een werkgever/dienstverlener in de pensioensector die consultants in dienst heeft, zonder uitzendbeding als bedoeld in art. 7:691, lid 2 BW in de arbeidsovereenkomst;
- Overweging 2.2: de werkgever stelt zich op het standpunt dat de consultants feitelijk werkzaam zijn bij opdrachtgevers van de werkgever, maar omdat in de arbeidsovereenkomst geen uitzendbeding is opgenomen, omdat niet de opdrachtgevers, maar de werkgever leiding geeft en toezicht houdt op de werkzaamheden en omdat de werkgever geen allocatiefunctie vervult, zou de werkgever niet onder de werkingssfeer van het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds voor uitzendkrachten (StiPP) vallen;
- Overweging 2.3: de werkgever stelt zich in hoger beroep op het standpunt dat:
- geen sprake is van een gezagsverhouding tussen de opdrachtgevers en de consultants en dat daarom geen sprake is van uitzendovereenkomsten tussen de werkgever en de consultants;
- geen sprake is van uitzendovereenkomsten met de werkgever omdat geen uitzendbeding is opgenomen.
- Overweging 2.4: omdat het standpunt, blijkend uit de overwegingen hiervoor, dat de werkgever niet onder de werkingssfeer van StiPP zou vallen in een later stadium van de procedure was prijsgegeven, oordeelde het hof dat de werkgever onder de werkingssfeer van StiPP viel (het hof kwam daardoor aan inhoudelijke beoordeling niet meer toe);
- Overwegingen 2.5 tot en met 2.7: omdat de verweren tegen de premievordering van StiPP, inhoudend dat deze verder teruggingen in de tijd dan bij andere aansluitingen (beroep op gelijkheidsbeginsel) en onvoldoende bepaald waren niet voldoende waren onderbouwd, werd de premievordering van StiPP toegewezen.

Thijssen Pensioen

i n f o r m a t i e

Gerechtshof Amsterdam 13 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5367

Annotatie: uit de definitie van het begrip uitzendovereenkomst in art. 7:690 BW volgt dat bij de uitzendovereenkomst de gezagsverhouding bestaat tussen werkgever en werknemer, maar dat de opdrachtgever "leiding en toezicht" uitoefent. De gezagsverhouding bij de uitzendovereenkomst houdt voor de werknemer de verplichting in dat hij leiding en toezicht van de opdrachtgever van de werkgever duldt. "Leiding en toezicht" is echter niet synoniem aan de gezagsverhouding (zoals blijkt uit de definitie van de uitzendovereenkomst in art. 7:690 BW). Het standpunt dat gezien het ontbreken van een uitzendbeding in de arbeidsovereenkomst van de consultants en het ontbreken van een gezagsverhouding tussen de opdrachtgever van de werkgever en diens werknemer geen sprake van een uitzendovereenkomst zou zijn, lijkt daarom kansloos. Voldoende is immers dat de opdrachtgever leiding heeft en toezicht uitoefent. Ook het argument dat de werkgever geen allocatiefunctie (het bijeen brengen van aanbod en vraag naar tijdelijke arbeid) vervulde, zou geen kans van slagen hebben gehad. In HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, overweging 3.4.2 (onder verwijzing naar Kamerstukken II, 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 9-10) werd immers geoordeeld dat het vervullen van een allocatiefunctie geen vereiste is voor het bestaan van een uitzendovereenkomst. Het eventueel in te nemen standpunt dat de opdrachtgevers vanwege een gebrek aan kennis en kunde geen leiding en toezicht over de werkzaamheden van de consultants zouden hebben kunnen uitoefenen vanwege de specialistische aard van de door de consultants bij de opdrachtgever verrichte werkzaamheden, zou waarschijnlijk ook niet zijn geslaagd. Uit overweging 3.5 van het arrest van de Hoge Raad van 4 november 2016 volgt dat de vraag of de opdrachtgever "leiding en toezicht" uitoefent dient te worden beantwoord aan de hand van de maatstaven die gelden voor beantwoording van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding. Daarom was (blijkens de verwijzing naar overweging 3.3 in overweging 3.5) zelfs voldaan aan het criterium dat de opdrachtgever leiding en toezicht uitoefende, onder de feitelijke omstandigheid dat de werkgever accountmanagers in dienst had die zijn werknemers bij de opdrachtgever begeleidden bij hun daar uitgevoerde werkzaamheden. Doordat de Hoge Raad oordeelde dat voor het bestaan van een uitzendovereenkomst niet is vereist dat de werkgever een allocatiefunctie vervult en omdat het vereiste voor het bestaan van een uitzendovereenkomst dat de opdrachtgever leiding en toezicht uitoefent materieel zeer beperkt is, valt de werkingssfeer van StiPP relatief ruim uit. In het arrest van de Hoge Raad van 4 november 2016 kwam in overweging 3.4.3 ook "payrolling" aan de orde. De Hoge Raad beantwoordde de vraag of payrolling met uitzending gelijk moet worden gesteld niet, omdat deze vraag in eerste instantie door de wetgever zou moeten beantwoord. Wel gaf de Hoge Raad aan dat de rechter de payrollovereenkomst onder omstandigheden onder de uitzendovereenkomst zou kunnen brengen om strijd met de ratio van de wettelijke regeling voor de uitzendovereenkomst te voorkomen. De Hoge Raad gaf echter ook aan dat indien dergelijke toepassing tot "onaanvaardbare" gevolgen zou leiden, toepassing van de wettelijke regeling voor de uitzendovereenkomst bij payrolling achterwege kan blijven. Overigens werd in HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2496 voor de sectorindeling voor de premieheffing van werknemersverzekeringen een payrollwerkgever bij de sector uitzending ingedeeld met verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van dezelfde datum over de werkingssfeer van StiPP ("onaanvaardbaarheid" van de gevolgen voor de werkgever kwam in die zaak niet aan de orde).