

Op 15 april jl. heeft de Advocaat-Generaal G.R. B. van Peurseem advies uitgebracht (middels conclusie) over een tweetal belangrijke vragen met betrekking tot de verplichtstelling van StiPP.

1. Is voor het bestaan van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW vereist dat de werkgever een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervult en zo ja, wat houdt dat begrip in?
2. Op welke wijze dient het begrip "werken onder leiding en toezicht van de opdrachtgever" te worden geïnterpreteerd?

De Advocaat-Generaal (hierna A-G) komt aan de hand van de totstandkoming van de Flex-wetgeving, de rechtspraak en de literatuur tot de analyse dat er twee varianten zijn te onderscheiden als we het over de allocatiefunctie hebben: de *ruime* allocatiefunctie en de klassieke of *traditionele* allocatiefunctie. De A-G verwoordt dit als volgt:

*"In de ruime zin wordt met allocatiefunctie niet meer bedoeld dan dat de werkgever zich bedrijfs- en beroepsmatig bezighoudt met de terbeschikkingstelling van werknemers aan opdrachtgevers. In die betekenis is de allocatiefunctie wel terug te vinden in de onderscheidende elementen (a) t/m (d) uit artikel 7:690 BW. De andere betekenis wordt wel aangeduid als de "traditionele" allocatiefunctie en knoopt aan bij het klassieke uitzendbureau. Daar bij is sprake van het actief bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt (in de regel) werk van tijdelijke aard, ook wel aangeduid als het opvangen van "ziek of piek".*

De conclusie van de A-G is dat het ruime allocatiebegrip gehanteerd dient te worden bij uitvoering van de verplichtstelling van StiPP (artikel 7:690 BW). Dit houdt in dat een werkgever (al) onder de verplichtstelling valt als zij beroeps- of bedrijfsmatig werknemers ter beschikking stelt aan opdrachtgevers. Ter zake van de werkgever (detacheerder) in kwestie merkt de A-G op dat voldaan wordt aan de ruime allocatiefunctie omdat de werkgever alloceert op de markt van vraag en aanbod van gespecialiseerd zorgpersoneel (gedetacheerd) in een niet incidentele vorm.

Voor het leiding- en toezichtsvereiste zoekt de A-G aansluiting bij de uitleg van het gezagsvereiste van artikel 7:610 BW. Ook bij de "gewone werkgever" is in bepaalde situaties geen sprake van een instructiemogelijkheid, gezien de hoge mate van zelfstandigheid en de specialisatiegraad van de werknemers (bijvoorbeeld bij artsen). Er is dan echter wel sprake van een arbeidsrechtelijke gezagsverhouding. Dit geldt ook voor o.a. gedetacheerde werknemers. Een inlener kan ook leiding en toezicht uitoefenen als de inlener geen inhoudelijke kennis heeft van de werkzaamheden die gedetacheerden verrichten en/of geen eigen werknemers in dienst heeft die hetzelfde werk doen als die gedetacheerden verrichten. Het hangt van de aard van de opdracht van de inlener aan de werkgever en de daarover gemaakte afspraken tussen inlener en werkgever af of sprake is van leiding en toezicht. Dat het bij de werkgever in kwestie gaat om hoog gekwalificeerd personeel met kennis die bij de inleners niet aanwezig zouden zijn doet niet af aan de mogelijkheid van de opdrachtgever om gezag uit te oefenen. In casu was de conclusie van de A-G, met een verwijzing naar de mantelovereenkomst, dat het Hof voldoende heeft gemotiveerd dat sprake is van leiding en toezicht bij de opdrachtgever.

De conclusie van de A-G komt overeen met het aansluitproces van werkgevers bij StiPP. De uitspraak van de Hoge Raad zal StiPP te zijner tijd op de website publiceren.