

ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108

Instantie	Rechtbank Oost-Nederland
Datum uitspraak	21-03-2013
Datum publicatie	21-03-2013
Zaaknummer	429234 EJ VERZ 13-1065
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	Payrollovereenkomst: geen uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7: 690 BW; geen arbeidsovereenkomst ex 7: 610 BW met payrollondernemer; wel arbeidsovereenkomst met 'inlener'. Dat payrollonderneming loon betaalde doet daaraan niet af. De inlener betaalde dat feitelijk en was ook financieel verantwoordelijk voor alle andere kosten verband houdende met de 'arbeidsrelatie', inclusief de beëindiging daarvan. Op geen enkele wijze is door payrollonderneming invulling gegeven aan de elementen van een arbeidsovereenkomst. Payrollondernemer wordt niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek tot ontbinding ex artikel 7:685 BW omdat er geen arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7: 610 BW met de 'werknemer' is."
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JAR 2013, 95 met annotatie door E.M. Hoogeveen

Uitspraak

RECHTBANK OOST-NEDERLAND

Team kanton en handelsrecht

Zittingsplaats

Zaaknummer: 429234 EJ VERZ 13-1065

Beschikking van de kantonrechter d.d. 21 maart 2013 in de zaak van:

De stichting STICHTING DIENSTVERLENING WELZIJN ENSCHEDE
gevestigd en kantoorhoudende te Enschede
verzoekster, hierna te noemen SDWE
gemachtigde: mr. R.H.H.G. Kroeze, advocaat te Hengelo,

tegen

[Verweerder]

wonende te [plaats]

verweerder, hierna te noemen: werknemer

gemachtigde: mr. A.C. Doorn,

verbonden aan DAS Rechtsbijstand

1. De procedure:

Deze blijkt uit het navolgende:

1.1 SDWE heeft een verzoek ingediend, strekkende tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met werknemer als bedoeld in artikel 7: 685 BW van het Burgerlijk Wetboek (BW), door de griffie ontvangen op 8 februari 2013.

1.2 Werknemer heeft een verweerschrift ingediend, ontvangen door de griffie op 4 maart 2013.

1.3 Het verzoek is behandeld ter zitting van 8 maart 2013, waar namens SDWE zijn verschenen de heer [D], directeur en mevrouw [T], P&O functionaris, bijgestaan door mr. R.H.H.G. Kroeze en waar werknemer is verschenen, bijgestaan door mr. A.C. Doorn.

1.4 Het onderhavige verzoek is gelijktijdig behandeld met de door SDWE ingediende verzoeken tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met acht andere werknemers. Zoals ter zitting met alle partijen besproken, zal hetgeen door de (gemachtigde van) SDWE en door de (gemachtigden van) werknemers is aangevoerd, geacht worden in alle individuele zaken te zijn aangevoerd, behoudens voor zover het strikt individuele verweren betreft. In alle zaken wordt gelijktijdig een beschikking gegeven.

2. De feiten:

De navolgende feiten die enerzijds zijn gesteld en anderzijds niet, dan wel onvoldoende gemotiveerd zijn weersproken, worden als vaststaand aangenomen.

2.1 Werknemer, geboren op [1981], is op 12 december 2007 in dienst getreden van SDWE in de functie van trajectbegeleider. Werknemer is thans werkzaam op basis van een schriftelijke, als arbeidsovereenkomst betitelde overeenkomst. De overeenkomst is thans aangegaan voor onbepaalde tijd. Het salaris van werknemer bedroeg laatstelijk € 2.859,00 bruto per maand exclusief eindejaarsuitkering en vakantietoeslag. Op de tussen partijen gesloten schriftelijke overeenkomst is de CAO Welzijn en Maatschappelijke Dienstverlening (verder CAO Welzijn) van toepassing verklaard.

2.2 In de schriftelijke tussen partijen gesloten overeenkomst is onder meer het navolgende bepaald:

"Artikel 1

De werknemer treedt in dienst met ingang van 12 december 2007 in de functie van trajectbegeleider inburgering op de afdeling Andere doelgroepen/Workstep.

Artikel 2

De werknemer verricht zijn werkzaamheden: in/vanuit het bedrijf Arbeidsontwikkeling- & Plaatsing (AOP) van de DCW.....

[...]."

2.3 De gemeente Enschede (verder: de Gemeente) heeft SDWE destijds gevraagd een aantal werknemers in dienst te nemen en deze vervolgens bij de gemeente te detacheren. Die wens heeft ertoe geleid dat er een overeenkomst van detachering tot stand is gekomen tussen SDWE (in de overeenkomst aangeduid als de Stichting), het (gemeentelijke) bedrijf Arbeidsontwikkeling- & Plaatsing (AOP), onderdeel van de gemeente Enschede (in de detacheringsovereenkomst aangeduid als wederpartij) en werknemer (in de detacheringsovereenkomst aangeduid als medewerker).

In de overeenkomst is onder meer het navolgende opgenomen:

" Artikel 1

1. De Stichting detacheert de bij haar in dienst zijnde medewerker bij de wederpartij ten einde werkzaamheden te verrichten als trajectbegeleider inburgering voor 36 uren per week op de afdeling Andere Doelgroepen/Workstep, op basis van de arbeidsovereenkomst die tussen de Stichting en de medewerker is gesloten en welke als bijlage aan deze overeenkomst is gehecht.
2. De wederpartij aanvaardt de detachering
3. De medewerker stemt in met deze detachering
4. De instemming van partijen heeft plaats met inachtneming van het hierna volgende.

Artikel 2

1. De wederpartij voert over deze gedetacheerde het inhoudelijk werkgeversgezag uit, zoals dit voor de stichting ten opzichte van de medewerker uit zijn individuele arbeidsovereenkomsten voortvloeit. Het bestuur van de Stichting behoudt het formele werkgeversgezag. Ter zake van ontslag en disciplinaire maatregelen blijft het bestuur van de Stichting bevoegd, waarbij nauw overleg met de wederpartij plaats vindt.
2. Met inachtneming van het vorige lid is de wederpartij bevoegd algemene en bijzondere instructies aan de medewerker te geven

[...].

Artikel 3

1. Wederpartij is gehouden volgens haar eigen werkwijze tenminste één keer per jaar een functioneringsgesprek te voeren met de medewerker

[...]

5. Indien en voorzover de wederpartij naar aanleiding van de uitkomsten van gesprekken met de medewerker dan wel uit andere hoofde voornemens is rechtspositionele maatregelen te (doen) treffen jegens de medewerker, gebeurt dit niet dan nadat er tenminste een beoordelingsgesprek heeft plaatsgevonden.

6. Het voorgaande lid geldt uitzondering indien er tussen de wederpartij en medewerker sprake is van zogenaamde dringende redenen in de zin van het reguliere arbeidsrecht.

Doet een dergelijke situatie zich voor dan stelt wederpartij zich onverwijld in verbinding met de Stichting teneinde met respect voor de onderscheiden verantwoordelijkheden een gedragslijn te bepalen.

[...]

Artikel 5

De medewerker neemt gedurende de detachering geen deel aan vormen van overleg binnen de Stichting. De wederpartij kan in deze nadere beslissingen nemen.

Artikel 6

Tijdens de duur van deze overeenkomst blijft de Stichting gehouden tot betaling van salaris en overige vergoedingen aan de medewerker.

Aan de medewerker worden geen voordelen onthouden die het gevolg zijn van algemene wijzigingen van de op hem van toepassing zijnde rechtspositieregelingen.

Artikel 8

[...]

4. De wederpartij zal aan de Stichting alle kosten vergoeden die voor haar uit de (beëindiging van de) onderhavige arbeids- detachingsovereenkomst en het toepasselijke arbeidsrecht voortvloeien.

5. De Stichting is jegens wederpartij niet aansprakelijk voor eventuele schade in verband met een eventuele tussentijdse beëindiging van de detachering.

[...].

Artikel 13

1. Deze overeenkomst treedt in werking op [...] Voor de duur van de aanstelling van de werknemer bij de Stichting.

2. Deze overeenkomst kan voor het overige slechts in overleg tussen de Stichting en wederpartij worden beëindigd nadat de Stichting voor de werknemer een andere betrekking heeft gevonden dan wel een ontslagvergunning heeft verkregen.

3. De overeenkomst eindigt voorts ingaande het tijdstip van ontslag van de medewerker.

[..]"

2.4 In de statuten van SDWE van 19 november 1997 staat het volgende vermeld met betrekking tot haar doelstelling:

" Artikel 2

a. De stichting stelt zich ten doel een bijdrage te leveren aan het goed functioneren en de kwaliteitsverbetering van het welzijnswerk en van het sociaal cultureel werk in het bijzonder van zowel professionele als vrijwilligersorganisaties in Enschede.

b. De stichting verricht haar werkzaamheden met inachtneming van het autonome karakter en de statutair vastgelegde doelstellingen van degene met wie zij werkrelaties aangaat.

c. De stichting beoogt niet het maken van winst.

Artikel 3

De stichting tracht haar doel te bereiken door:

a. Het verlenen van financieel-administratieve en technische diensten alsmede dienstverlening op het gebied van personele administraties en het beheer;

b. Het inhoudelijk uitvoeren, coördineren en begeleiden van stedelijke projecten en kleinschalige initiatieven binnen de doelstellings sfeer van de stichting;

c. Het verlenen van huisvestingsmogelijkheden in de meest ruime zin van het woord;

d. Het verlenen van diensten ten behoeve van projectmanagement;

e. Het ontwikkelen en ten uitvoer brengen van kadervorming ten behoeve van bestuurders, beroepskrachten en vrijwilligers op het terrein van de administratieve, financiële en personele dienstverlening in aansluiting op in de praktijk gebleken behoeften;

f. Het voeren van een voorlichtingsbeleid ter zake van de hiervoor genoemde onderwerpen;

g. Het verrichten van andere, wettige werkzaamheden die passen in het raam van haar doelstelling."

2.5 Blijkens een uittreksel uit het register van de Kamer van Koophandel staat bij activiteiten van SDWE vermeld:

"SBI code: 889932- Brede welzijnsinstellingen

SBI-code: 78202- Uitleenbureaus Administratie. Het ter beschikking stellen van arbeidskrachten."

2.6 De detachering als hier aan de orde werd door de gemeente Enschede (verder: de Gemeente) gefinancierd uit het zogenoemde Participatiebudget ten behoeve van re-integratie van WWB-clënten (WWB :Wet Werk en Bijstand).

2.7 In 2010 heeft de Gemeente vanwege bezuinigingen in het Participatiebudget besloten om per 1 januari 2012 te stoppen met Worksteptrajecten. SDWE en de Gemeente hebben overleg gevoerd over de mogelijkheid om de medewerkers (op dat moment 25) elders te plaatsen of te laten afvloeien.

2.8 In september 2011 hebben SDWE, de Gemeente en de betrokken vakvereniging een Sociaal Plan opgesteld en ondertekend voor de werknemers van wie de arbeidsovereenkomst zou moeten eindigen. In diezelfde periode heeft de gemeente 11 van de 25 genoemde werknemers kunnen herplaatsen via Randstad Payroll Solutions.

2.9 Na de totstandkoming van het Sociaal Plan heeft SDWE op 2 december 2011 aan het UWV Werkbedrijf toestemming gevraagd de arbeidsovereenkomst met de resterende 14 medewerkers, waaronder werknemer, op te zeggen. Het verzoek is bij beschikking van

1 februari 2012 afgewezen.

2.10 Vervolgens heeft de Gemeente de detacheringsovereenkomsten bij brief van 25 juni 2012 gericht aan werknemer, opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van zes maanden, tegen 1 januari 2013.

In de brief staat voor zover van belang het volgende:

"Geachte de heer [verweerder],

Op 16 januari 2008 is de Gemeente Enschede met de Stichting Dienstverlening Welzijn Enschede (hierna: SDWE) en u een detacheringsovereenkomst aangegaan. Doel van deze detacheringsovereenkomst was om u via de SDWE (tijdelijk) bij de gemeente Enschede te detacheren.

Op 27 april jl. heeft de SDWE u een beëindigingsvoorstel gedaan om te komen tot de beëindiging van voornoemde detacheringsovereenkomst.[...].

Namens het College van Burgemeester en Wethouders van Enschede, zeg ik daarom voornoemde detacheringsovereenkomst d.d. 16 januari 2008 met u en de SDWE op per 1 januari 2013. Een gelijklopende opzegging wordt ook toegezonden aan de SDWE.

Motivering beëindiging detacheringsovereenkomst

In verband met de daling van het participatiebudget dient de gemeente Enschede te bezuinigen [...]. Als gevolg hiervan zijn de opdrachten aan de DCW in het kader van de WWB-reintegratie per 1 januari 2012 beëindigd.

Daarnaast heeft de Gemeenteraad op 13 december 2010 de nieuwe arbeidsmarktaanpak 'de werkgever op kop' vastgesteld. Uitgangspunt daarbij is dat de werkgever centraal staat. Vanuit die gedachte zijn alle opdrachten voor re-integratietrajecten gestopt.

Voor de DCW betekend dit dat zij per 1 januari 2012 de productgroep Trajectbegeleiding en Leerwerken heeft opgeheven en de ambtelijke medewerkers bovenformatief zijn geworden en/of elders worden herplaatst.

Het bovenstaande heeft tot gevolg dat de functie van trajectbegeleider, welke u op detacheringbasis bij ons vervulde, per 1 januari 2012 is komen te vervallen.

Wij kunnen u geen andere werkzaamheden aanbieden. De verwachting is ook niet dat er op korte of middellange termijn nog werk beschikbaar komt.[...]."

2.11 Daarop heeft SDWE bij wijze van voorlopige voorziening bij de (toenmalige) rechtbank Almelo in kort geding - kort gezegd - gevorderd de Gemeente te gebieden de detacheringsovereenkomsten na te komen totdat aan artikel 13 lid 2 van de detacheringsovereenkomsten is voldaan, dan wel bij een onherroepelijk geworden gerechtelijke of arbitrale uitspraak is komen vast te staan dat de Gemeente gerechtigd was de detacheringsovereenkomsten op 25 juni 2012 op te zeggen tegen 1 januari 2013. De Gemeente heeft in die procedure verweer gevoerd. De voorzieningenrechter van de (toenmalige) rechtbank Almelo heeft bij vonnis van 9 oktober 2012 de Gemeente veroordeeld tot nakoming van de met de werknemers gesloten detacheringsovereenkomsten tot uiterlijk 1 april 2013.

Noch SDWE, noch de Gemeente heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld. Evenmin is door één van hen een bodemprocedure gestart.

2.12 Werknemer is sinds 1 januari 2012 met behoud van salaris, vrijgesteld van werk. Werknemer heeft in het kader van (gewenste) herplaatsing ingeschreven gestaan bij Matchpoint, het mobiliteitscentrum van de gemeente Enschede.

2.13 Het Sociaal Plan heeft, nadat geteken is dat de vakbond niet met verlenging van de geldigheidsduur wilde instemmen, na 1 januari 2013 haar werking verloren.

2.14 In artikel 11.6 van de CAO Welzijn 2012-2013 is in het kader van de financiële aanspraken bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden de navolgende afvloeiingsregeling opgenomen:

"[.]

2. Bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden ontvangt de werknemer een ontslagvergoeding. Werknemers tot 50 jaar ontvangen een ontslagvergoeding van één-zesde maandsalaris per dienstjaar [...].

3. De werknemer ontvangt een aanvulling op de WW. Voor de berekening van de duur van de aanvulling wordt de volgende systematiek toegepast:

a. De totale duur van de aanvullingsperiode is gerelateerd aan de WW-duur van de werknemer en gemaximeerd op 38 maanden.

b. [...]

4. De hoogte van de aanvulling op de WW wordt als volgt vastgesteld:

- a. Gedurende 6 maanden ontvangt de werknemer een aanvulling tot 100% van het salaris.
- b. Gedurende 12 maanden ontvangt de werknemer een aanvulling tot 90% van het salaris.
- c. Daarna ontvangt de werknemer een aanvulling tot 80% van het salaris."

3. Het verzoek

SDWE verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer tegen een zo spoedig mogelijk moment, doch uiterlijk met ingang van 1 april 2013 te ontbinden, onder toekenning van een vergoeding conform de toepasselijke CAO Welzijn van € 2.347,500 bruto, naast een aanvulling op de WW-uitkering op basis van dezelfde CAO, inhoudende een aanvulling op een mogelijke WW uitkering gedurende zes maanden tot 100% van het maximum dagloon WW, de volgende 12 maanden een aanvulling tot 90% en vervolgens 6,7 maanden een aanvulling tot 80% van het maximumdagloon WW aan werknemer, met compensatie van kosten.

4. Het verweer

Werknemer heeft verweer gevoerd en primair verzocht de ontbinding af te wijzen, en subsidiair, in geval de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, deze te laten ingaan per 1 juni 2013, althans op een nader te bepalen datum gelegen na 1 april 2013, onder toekenning van een vergoeding aan werknemer ten bedrage van € 20.001,00 bruto. Meer subsidiair heeft werknemer verzocht een vergoeding toe te kennen overeenkomstig het bepaalde in artikel 6.3 en 6.4 van het sociaal plan, alsmede te bepalen dat werknemer de kosten voor loopbaancoaching en/of opleidingen gericht op het vergroten van de kansen op de arbeidsmarkt heeft gemaakt, voor zover tot aan de datum van indiensttreding bij een nieuwe werkgever tot een bedrag van € 4000,00 exclusief BTW kan declareren overeenkomstig het bepaalde in artikel 5 van het sociaal plan SDWE.

5. De beoordeling

5.1 Gesteld noch gebleken is dat het ontbindingsverzoek verband houdt met een situatie ter zake waarvan in de wet een opzegverbod is neergelegd.

5.2 Door partijen is de vraag opgeworpen hoe de aard van het bedrijf van SDWE dient te worden gekwalificeerd, payroll- of gemengd bedrijf.

Evenals partijen, is ook de kantonrechter van oordeel dat het bedrijf van SDWE niet geduid kan worden als uitzendbureau in de zin van artikel 7:690 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Hoewel artikel 7:690 BW de zogenoemde allocatiefunctie van een uitzendbureau niet als constitutief vereiste stelt voor het tot stand komen van een uitzendovereenkomst en derhalve payrolling naar de letter van de wet wel onder de uitzendovereenkomst gebracht kan worden, kan uit de wetsgeschiedenis (MvT, kamerstukken II, 1996/1997, 25 263 nr. 3 pag. 33-34) worden afgeleid dat die allocatiefunctie, kort gezegd het gericht bij elkaar brengen van vraag en aanbod met betrekking tot arbeid, 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'.

Nu SDWE niet als bedrijfsactiviteit beoogt gericht vraag en aanbod bij elkaar te brengen, doch enkel vooraf door de inlener, in dit geval de Gemeente, geworven en geselecteerde werknemers formeel in dienst neemt ten einde hen exclusief bij de Gemeente te detacheren, is van het vervullen van een allocatiefunctie en het uitzenden als bedoeld in artikel 7:690 BW geen sprake (Zie in vergelijkbare zin mr. E.M. Hoogeveen, De inlener en het werkgeverschap, Arbeidsrechtelijke annotaties, 2007/3, pag. 10 en mr. J.P.H. Zwemmer, De payrollonderneming, de inlener en het werkgeverschap in de (lagere) jurisprudentie, Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk, nr 1, februari 2010, pag 19 e.v.).

5.3 De uitzendovereenkomst wordt wel gekwalificeerd als een bijzondere arbeidsovereenkomst ten opzichte van de arbeidsovereenkomst als geregeld in artikel 7:610 BW. Anders dan de uitzendovereenkomst is de overeenkomst van payrolling niet in de wet geregeld. In rechtspraak en literatuur wordt onder payrolling onder meer verstaan, de variant zoals hier aan de orde, waarbij de payrollonderneming, vooraf door de inlener geworven en geselecteerde werknemers (formeel) in dienst neemt teneinde hen vervolgens op basis van een overeenkomst met de inlener en werknemer exclusief bij de inlener te detacheren. Er is aldus sprake van een driehoeksverhouding (zie onder meer mr. J.P.H. Zwemmer, Waarom payrollonderneming geen (uitzend)werkgever is, Tijdschrift voor Arbeidsrecht, 2009,12).

In de Beleidsregels Ontslagbesluit, hoofdstuk 16 inzake payrolling, wordt de volgende definitie gegeven:

"Payroll-overeenkomst : 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 (de opdrachtgever) om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte - in beginsel langdurige - opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. De payroll-overeenkomst komt tot stand na werving van de werknemer door de derde, niet door de werkgever. De werkgever vervult in redelijkheid de taken die hij van rechtswege als werkgever draagt en de dienstverlening van de werkgever richt zich in het bijzonder op betaling van het loon

en de daarmee samenhangende loonadministratie. De werkgever is niet gerechtigd de werknemer ter beschikking te stellen van andere ondernemingen dan de onderneming van de derde, anders dan in een geval van re-integratie wegens arbeidsongeschiktheid of wegvallen van de opdracht bij de derde."

5.4 In de onderhavige zaak is tussen partijen een payrollovereenkomst gesloten en is SDWE opgetreden als payrollondernemer, zoals hiervoor gedefinieerd. De Gemeente heeft werknemer geselecteerd en geworven, SDWE heeft werknemer door de Gemeente 'aangereikt' gekregen, SDWE heeft werknemer formeel in dienst genomen en werknemer vervolgens, zoals met de Gemeente is overeengekomen, exclusief aan de Gemeente uitgeleend. Werknemer heeft de arbeid enkel en alleen in opdracht en ten behoeve van de Gemeente verricht. De Gemeente heeft het bon niet rechtsreeks, maar aan SDWE betaald. SDWE heeft het loon vervolgens aan werknemer betaald. De door partijen opgeworpen vraag of er aan de zijde van SDWE al dan niet sprake is van een payrollonderneming sec of een gemengd bedrijf, kan voor de verdere beoordeling onbeantwoord blijven.

5.5 De vraag die vervolgens wel beantwoord dient te worden, is of de relatie tussen SDWE en werknemer in deze constructie als arbeidsovereenkomst in de zin van artikel

7: 610 BW kan worden geduid. Werknemer heeft aangevoerd dat de Gemeente materieel als werkgever dient te worden aangemerkt en in geval van afvloeiing wegens bedrijfseconomische omstandigheden primair binnen de Gemeente afgespiegeld had moeten worden.

5.6 De vraag of een overeenkomst als arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7: 610 BW kan worden geduid, staat niet ter vrije beoordeling van partijen. Zoals de Hoge Raad in het arrest Van der Male/Den Hoedt (HR 10 oktober 2003, JAR 2003, 263) heeft overwogen, kan een overeenkomst die niet de elementen van artikel 7: 610 BW bevat, niet enkel doordat partijen de overeenkomst als 'arbeidsovereenkomst' hebben geduid, tot de conclusie leiden dat van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7: 610 BW sprake is.

5.7 Met betrekking tot de vraag of een arbeidsverhouding al dan niet als arbeidsovereenkomst dient te worden geduid, leert het arrest van de Hoge Raad inzake Groen/Schroevers (HR 14 november 1997, NJ 1998, 149) dat 'wat tussen partijen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst behoort tot één van de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten. Daarbij is niet één enkel kenmerk beslissend maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden, in onderling verband worden gezien.'

In dezelfde zin oordeelde de Hoge Raad inzake de Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM (HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449) waarin hij heeft overwogen:

'Het hof is op grond van een samenstel van feiten en omstandigheden tot het oordeel gekomen dat tussen Thuiszorg Rotterdam en Knipscheer sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7: 610 BW. Het hof heeft derhalve niet slechts gelet op hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus inhoud hebben gegeven aan het overeengekomene [...].'

Daarmee heeft het hof, aldus de Hoge Raad, geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

5.8 Gelet op de in de rechtspraak ontwikkelde toetsingscriteria dient derhalve gekeken te worden naar hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond (de bedoeling van partijen) en de feitelijke invulling die partijen daaraan hebben gegeven. Het gaat daarbij om de beoordeling vanaf het moment waarop de overeenkomst is gesloten, derhalve vanaf de aanvang. Van een geruisloze overgang waarbij een arbeidsovereenkomst ontstaat of eindigt kan immers geen sprake zijn (Zie HR 5 april 2002, NJ 2003, 124 inzake ABN Amro/Mahli, en Hof Leeuwarden 23 maart 2010, JAR 2010, 107).

Werknemer en zijn collega's hebben betoogd dat zij weliswaar de als arbeidsovereenkomst betitelde overeenkomst hebben getekend, maar nimmer de bedoeling hebben gehad en ook niet hebben begrepen een (payroll)overeenkomst aan te gaan met de gevolgen die SDWE daar nu aan verbindt. Werknemer en zijn/haar collega's veronderstelden (feitelijk) bij de Gemeente in dienst te zijn getreden. Er lijkt dan ook geen sprake te zijn van een eenduidige partijbedoeling bij het aangaan van de driepartijenovereenkomst, als het gaat om de bedoeling van SDWE en de Gemeente enerzijds en werknemer anderzijds.

5.9 Wat daar ook van zij, uit de feitelijke invulling die partijen direct vanaf het sluiten van de overeenkomst daaraan hebben gegeven, kan niet geconcludeerd worden dat tussen werkgever enerzijds en werknemer anderzijds een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7: 610 BW tot stand is gekomen (Vgl. ook hof Leeuwarden 23 maart 2010, LJN BL9881 en JAR 2010, 107).

In dit kader acht de kantonrechter de volgende feiten en omstandigheden van doorslaggevend belang. De Gemeente heeft werknemer geselecteerd en geworven, vervolgens 'aangereikt' aan SDWE, die daarop met werknemer een als 'arbeidsovereenkomst' aangeduide overeenkomst heeft gesloten. Werknemer is exclusief ter beschikking van de Gemeente gesteld. Werknemer heeft vanaf de aanvang enkel en alleen voor de Gemeente gewerkt, de Gemeente gaf instructies, met de

Gemeente werden afspraken over vakantiedagen, te volgen opleidingen en wisselingen van werkplek binnen de Gemeente gemaakt. In het kader van de reorganisatie is werknemer ingeschreven bij Matchpoint, het herplaatsingsbureau van de Gemeente. Werknemer werd beoordeeld door de Gemeente aan de hand van hetzelfde beoordelingsstelsel als dat de Gemeente hanteert voor haar 'vaste' ambtenaren.

Van enige uitoefening van enig gezag door SDWE is geen sprake geweest. De wetgever heeft het 'uitbesteden' van het gezag alleen dan als uitzondering op de arbeidsovereenkomst toegestaan/ geregeld in geval er sprake is van een uitzendrelatie omdat daarbij tevens de allocatiefunctie wordt vervuld (Zie Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr 6, pag 16). Zoals hiervoor overwogen, is daarvan geen sprake.

5.10 Feitelijk heeft de arbeidsrelatie tussen SDWE en werknemer enkel en alleen bestaan uit het plaatsen van werknemer op de loonlijst van SDWE, zijnde een andere rechtspersoon dan de 'echte' werkgever, in dit geval de Gemeente. Op geen enkele wijze is gebleken dat de constructie niet enkel is gekozen teneinde de ontslagbescherming van werknemer te ontlopen (Vgl. mr. E.M. Hoogeveen, t.a.p., pag 25). De enkele omstandigheid dat het loon door de Gemeente via SDWE werd uitbetaald, maakt het vorenstaande niet anders. Materieel gezien is het loon afkomstig van de Gemeente. (Vgl. ook kantonrechter Groningen, 15 december 2009, AR 2009-986). Door de route van die geldstroom dient heen gekeken te worden, temeer nu de Gemeente blijkens het bepaalde in artikel 8 lid 4 van de detacheringsovereenkomst alle kosten, die voor SDWE uit de (beëindiging) van de arbeids- en detacheringsovereenkomst en het toepasselijke arbeidsrecht voortvloeien, aan SDWE zal vergoeden.

5.11 Nu van een arbeidsovereenkomst tussen partijen geen sprake is, dient SDWE in haar verzoek niet-ontvankelijk te worden verklaard. Aan het toetsen van de afspiegeling, die, naar in dit oordeel besloten ligt, binnen de setting van de Gemeente zal moeten plaatsvinden, wordt niet toegekomen (zie voor dit uitgangspunt bij afspiegeling in geval van payrolling ook kantonrechter Rotterdam 21 december 2012, zaaknummer 13915112 VZVERZ 12-8983).

5.12 Partijen hebben in de stukken en ter zitting onder meer gedebatteerd over de vraag of de Gemeente al dan niet als (materieel) werkgever van werknemer dient te worden beschouwd. Ook hebben partijen gedebatteerd over de vraag of, nu in het kader van de reorganisatie feitelijk een aantal functies bij de Gemeente vervalt, al dan niet binnen de setting van de Gemeente dient te worden afgespiegeld teneinde te bepalen welke werknemer voor ontslag dient te worden voorgedragen.

Die vragen impliceren tevens de vraag of van een arbeidsovereenkomst tussen werknemer en de SDWE sprake is. Die vraag is evenwel niet expliciet besproken, evenmin als de mogelijke gevolgen van het oordeel dat van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7: 610 BW tussen werknemer en SDWE geen sprake is (omdat de Gemeente als werkgever dient te worden aangemerkt). Teneinde ter zake van het uitspreken van de niet-ontvankelijkheid een verrassingsuitspraak te voorkomen, zal de kantonrechter partijen in de gelegenheid stellen zich over de hierboven weergegeven voorgenomen beslissing uit te laten.

5.13 Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

6. Beschikking

Stelt partijen in kennis van het voornemen SDWE in haar verzoek niet-ontvankelijk te verklaren.

Stelt partijen in de gelegenheid zich omtrent dit voornemen uit te laten en wel middels een schriftelijke reactie, in te dienen ter griffie van de sector kanton, locatie Enschede (rechtbank Oost-Nederland), uiterlijk op vrijdag 29 maart 2013.

Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

Aldus gegeven te Enschede door mr. E.W. de Groot, kantonrechter, en op 21 maart 2013 in het openbaar uitgesproken in aanwezigheid van de griffier.