

WERKGEVERSCHAP, MACHT EN HET HOF VAN JUSTITIE

*Matthijs van Schadewijk*¹

1. Inleiding

Het wetenschappelijk werk van Leonard kenmerkt zich goeddeels door het denken over macht en over machtsverhoudingen. Ook aan de lunchtafel op de faculteit in Nijmegen bracht Leonard het onderwerp geregeld ter sprake. Hij noemde tijdens die gesprekken *De Heerser* van Machiavelli een *must read* voor iedereen die beter wil begrijpen hoe de wereld in elkaar zit. In *De Heerser* beschrijft Machiavelli de verschillende manieren waarop een machthebber de macht kan krijgen én behouden. Machiavelli maakt daarbij een duidelijk onderscheid tussen de machthebber (de heerser) en degenen over wie macht wordt uitgeoefend (het volk). Als uitvloeisel van de verhouding tussen meester en knecht maakt het arbeidsrecht eenzelfde tweedeling, namelijk die tussen werkgever en werknemer. Het arbeidsrecht corrigeert vervolgens waar nodig de werkgeversmacht ten gunste van de werknemersbescherming. Volgens Machiavelli is de positie van machthebber geen vanzelfsprekend iets. Een machthebber moet hard werken om aan de macht te komen en – vooral – te blijven. Op dit punt loopt de vergelijking met het arbeidsrecht mank. De vraag wie binnen het arbeidsrecht de rol van machthebber (werkgever) bekleedt, kent van oudsher een vrij eenvoudig antwoord: de werkgever is degene met wie de werknemer de arbeidsovereenkomst heeft gesloten. Door de toename van arbeidsrechtelijke driehoeksrelaties – zoals uitzending, payroll en intraconcerndetachering – bestaat echter steeds vaker discussie over de identiteit van de werkgever. Leonard heeft altijd vurig betoogd dat in de zoektocht naar de werkgever in driehoeksrelaties de contractsvrijheid voorop staat: de identiteit van de

1 Mr. M.A.N. (Matthijs) van Schadewijk is promovendus aan de Radboud Universiteit te Nijmegen.

werkgever hangt in grote mate af van wat partijen daarover hebben afgesproken.² De vraag is echter of Leonards visie in lijn is met het Europese recht. In het op 16 juli 2020 gewezen arrest *AFMB*³ kiest het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ) voor een feitelijke invulling van het werkgeverschap op EU-niveau. Net als Machiavelli meent het HvJ dat men zich de status van machthebber niet zomaar kan toe-eigenen. In deze bijdrage bespreek ik de verhouding tussen het *AFMB*-arrest en Leonards visie op het werkgeversbegrip. Dwingt het HvJ Leonard tot andere gedachten?

In deze bijdrage staan de criteria voor het werkgeverschap centraal die het HvJ formuleert in het arrest *AFMB*. Die criteria (en het arrest) hebben betrekking op het werkgeversbegrip in de Coördinatieverordening inzake het toepasselijke socialezekerheidsrecht.⁴ De discussie die aan deze bijdrage ten grondslag ligt, heeft niettemin een breder bereik. Het HvJ formuleert in *AFMB* zijn overwegingen in algemene bewoordingen. Niet kan worden uitgesloten dat ook in andere Europese regelgeving, die rechten en plichten hecht aan de status van ‘werkgever’, het feitelijke werkgeversbegrip uit *AFMB* geldt.⁵ En ook als de criteria niet een-op-een doorwerken in andere Europese regelgeving, past het arrest in een bredere tendens waarin het HvJ niet de contractuele band maar feitelijke criteria bepalend acht bij de beoordeling van de vraag wie de werkgever is.⁶

-
- 2 L.G. Verburg, ‘Het werkgeversbegrip in concernverband: transparantie gezocht’, *ArbeidsRecht* 2001/5, p. 29-34; L.G. Verburg, ‘Concernwerkgeverschap’, in L. Timmerman e.a., *Concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 47-56; L.G. Verburg, ‘Concernwerkgeverschap’, in: J. van Drongelen & W.G.M. Plessen (red.), *Sociaal Recht: tussen behoud en vernieuwing. Liber amicorum voor Prof. dr. Antoine Jacobs*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 247-261; L.G. Verburg, ‘Payrolling: over duiding en verbinding’, *Ars Aequi* 2013, p. 907-914; L.G. Verburg, ‘De curator en het concern: arbeidsrechtelijke perspectieven’, in: E.J.R. Verwey, W. Schreurs & E.L. Zetteler (red.), *De Curator en het Concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 325-344; L.G. Verburg, ‘Platformarbeid in Nederland’, in: C.J.H. Jansen, B.A. Schuijling & I.V. Aronstein (red.), *Onderneming en digitalisering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 93-132 (§3).
 - 3 HvJ 16 juli 2020, C-610/18, *JAR* 2020/201, m.nt. E.J.A. Franssen, *BNB* 2020/13, m.nt. P. Kavelaars, *TRA* 2020/76, m.nt. M. Kullmann (*AFMB*).
 - 4 Verordening EG nr. 883/2004.
 - 5 Een bijdrage waarin ik nader inga op de analoge toepassing van het werkgeversbegrip uit *AFMB* op arbeidsrechtelijke richtlijnen verschijnt in een komend nummer van *European Labour Law Journal* (DOI: 10.1177/2031952521991159).
 - 6 Zie M.A.N. van Schadewijk, ‘Op zoek naar een visie op Europees werkgeverschap’, *TRA* 2018/47, p. 10-15.

2. Over het zich als werkgever en werknemer verbonden hebben

Voordat ik toekom aan een bespreking van het *AFMB*-arrest en de verhouding daarvan tot Leonards visie, sta ik kort stil bij die visie en de uitwerking daarvan in Nederland. Bij de zoektocht naar de werkgever onderscheidt Leonard twee vragen: 1) zijn partijen een overeenkomst met elkaar aangegaan en 2) zo ja, kwalificeert die overeenkomst als een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW. Leonard baseert deze tweetrapsraket op het algemeen vermogensrecht dat bepaalt dat tussen partijen slechts een overeenkomst kan ontstaan nadat zij overeenstemming hebben bereikt over het jegens elkaar verbinden.⁷ Uit de arresten *Volvo/Braam*⁸ en *ABN Amro/Malhi*⁹ leidt Leonard af dat deze maatstaf doorwerkt in het arbeidsrecht: pas als partijen zich jegens elkaar hebben verbonden, kan er tussen hen een overeenkomst ontstaan en komt men toe aan de (door de Hoge Raad recent in *X/Gemeente Amsterdam*¹⁰ opnieuw ingekleurde) vraag of die overeenkomst ook een *arbeidsovereenkomst* is.

Aan de hand van het vermogensrechtelijke verbindingscriterium beoogt Leonard dat duidelijke afspraken over de identiteit van de werkgever leiden tot het exclusieve werkgeverschap van de partij die het werkgeverschap beoogde. De vraag of partijen zich jegens elkaar hebben verbonden wordt ingevuld aan de hand van de welbekende *Haviltex*-maatstaf. Dit betekent, kort gezegd, dat de identiteit van de werkgever afhangt van wat partijen over en weer jegens elkaar hebben verklaard en wat zij daaruit redelijkerwijs hebben mogen afleiden.¹¹ Volgens Leonard is de partijbedoeling in driehoeksrelaties vanwege de tekst op papier en de wijze waarop daarover wordt gecommuniceerd meestal duidelijk: de uitlenende partij (uitzendbureau, payrollbedrijf, personeelsvennootschap) beoogt zich jegens de werknemer te verbinden, de inlenende partij beoogt dat niet. Dat de inlener vervolgens – conform de gemaakte afspraken – betrokken is bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst geeft de werknemer blijkens het arrest *Bertrand/TMG*¹² onvoldoende

7 Asser/Sieburgh 6-III 2018/119.

8 HR 27 november 1992, NJ 1993/273, m.nt. P.A. Stein (*Volvo/Braam*).

9 HR 5 mei 2002, NJ 2003/124, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss, JAR 2002/100, m.nt. E. Verhulp (*ABN Amro/Malhi*).

10 HR 6 november 2020, JAR 2020/287, m.nt. S. Said (*X/Gemeente Amsterdam*).

11 Femke Laagland gaat in deze bundel uitgebreid in op de betekenis van de *Haviltex*-maatstaf bij de beoordeling van de vraag wie de werkgever is.

12 HR 23 maart 2012, JAR 2012/113 (*Bertrand/TMG*).

reden om aan te nemen dat niet de uitlener, maar de inlener zich jegens hem heeft willen verbinden. Hij wijst voorts op verschillende bepalingen van het arbeidsrecht, zoals de ontslagregels voor payrolling, waaruit blijkt dat het Nederlandse recht driehoeksverhoudingen aanvaardt zonder dat dit leidt tot een dienstverband tussen de werknemer en de inlenende partij.¹³

Een blik op de gepubliceerde rechtspraak in Nederland leert dat Leonard het – in ieder geval voor wat betreft het resultaat – bij het juiste eind heeft. Hoewel de rechtspraak niet altijd (expliciet) het vermogensrechtelijke verbindingscriterium toepast,¹⁴ oordeelt zij redelijk consequent dat duidelijke communicatie omtrent het beoogde werkgeverschap van de uitlener leidt tot diens exclusieve werkgeverschap. Ook als de inlener permanent over de werknemer kan beschikken en met de tussenkomst van de uitlener geen allocatief doel is gemoeid, zet dit een duidelijke afspraak over de identiteit van de werkgever niet opzij.¹⁵ Andersluidende lagere rechtspraak¹⁶ ziet zich teruggeroepen door de wetgever, die sinds 1 januari 2020 niet alleen uitzendbureaus maar ook payrollbureaus, die door een ander geworven werknemers in dienst nemen om hen permanent en exclusief ter beschikking te stellen aan die ander, juridisch duidt als de werkgever.

Het voorgaande wil niet zeggen dat de keuze om het werkgeverschap juridisch uit te besteden absoluut is. Wanneer duidelijke afspraken over

13 Bijvoorbeeld Verburg a.w. (noot 2; *De Curator en het Concern* 2017), p. 326-330.

14 Zo toetst de lagere rechtspraak in een aantal gevallen direct aan de kwalificatievraag, zonder dat dit overigens tot een ander resultaat leidt.

15 Zie, voor wat betreft de Hoge Raad: HR 14 oktober 1977, NJ 1978/31; HR 23 mei 1980, NJ 1980/633, m.nt. P.A. Stein; HR 18 november 1988, NJ 1989/344; HR 28 september 1984, RvdW 1984/159, TVVS 1984/12, m.nt. M.G. Rood (*Verhoeven/Deli Beheer*); HR 3 januari 1986, TVVS 1986/12, m.nt. M.G. Rood (*RSD International/Van der Schot*); HR 1 december 2000, JAR 2001/12 (*Kenkhuis/Fugro*); HR 9 juni 2006, BNB 2006/285, m.nt. P. Kavelaars (*Rederij*); HR 24 december 2010, JAR 2011/21 (*Tavernier/Tennisvereniging Westzaam*); HR 1 mei 2020, BNB 2020/116, m.nt. J.P. Boer (*X/Staatssecretaris van Financiën*); vergelijk HR 4 november 2016, JAR 2016/286, m.nt. E. Knipschild, NJ 2017/370, m.nt. E. Verhulp, TRA 2017/8, m.nt. D.J. Buijs, PJ 2017/6 m.nt. B. Degelink, JIN 2017/1, m.nt. M.A.H.M. van der Velden & S.A. Tan (*Care4Care/StiPP*).

16 Zoals Ktr. Groningen 15 december 2009, JAR 2010/27; Ktr. Almelo 13 mei 2013, JAR 2013/144; Ktr. Amsterdam 3 september 2013, JAR 2013/252.

de identiteit van de werkgever ontbreken¹⁷ of er misbruik in het spel is (de driehoeksconstructie is opgetuigd met als doel specifieke regelgeving zoals de ketenregeling te omzeilen),¹⁸ rekent de rechtspraak de arbeidsovereenkomst toe aan de feitelijke werkgever. In dat geval kan van een inlener die werkgeverstrekken vertoont wel degelijk worden aangenomen dat niet (alleen) de uitlener maar (ook) hij zich jegens de werknemer heeft verbonden. Deze nuancering lijkt op het eerste gezicht onvereenbaar met Leonards visie, maar schijn bedriegt. Ook naar zijn mening komt vanwege de beschermingsgedachte onduidelijkheid over de identiteit van de werkgever voor rekening en risico van de feitelijke werkgever¹⁹ en dient de rechtspraak heen te prikken door misbruikconstructies die geen recht doen aan de economische werkelijkheid.²⁰

3. AFMB

3.1 Oordeel HvJ

Leonards visie op het werkgeversbegrip vindt dus steun in het Nederlandse recht. Maar geldt hetzelfde voor het Europese recht? In het arrest *AFMB* beantwoordt het HvJ deze vraag ontkennend. Het arrest draait als gezegd om de uitleg van het werkgeversbegrip in de Coördinatieverordening. Het Cypriotische payrollbedrijf *AFMB* nam Nederlandse

17 Hof Arnhem 27 juni 2006, *JAR* 2006/239, m.nt. R.M. Beltzer; Hof Amsterdam 26 augustus 2014, *JAR* 2014/238; Rb Haarlem 21 december 1982, *Prg.* 1983/1925; Ktr. Utrecht 11 september 1998, *Prg.* 1998/5062; Ktr. Utrecht 30 maart 1993, *Prg.* 1993/3985; Ktr. Amsterdam 4 november 1999, *JAR* 2000/32; Ktr. Amsterdam 10 oktober 2002, *JAR* 2002/266; Ktr. Leeuwarden 12 oktober 2012, *JAR* 2012/284, m.nt. J.P.H. Zwemmer; Ktr. Enschede 21 maart 2013, *JAR* 2013/95, m.nt. E.M. Hoogeveen; Rb Den Haag 26 juni 2013, *JAR* 2013/193, m.nt. J.P.H. Zwemmer; Rb Limburg 2 augustus 2016, *AR Updates* 2016-0899; Ktr. 's-Hertogenbosch 19 september 2019, *RAR* 2020/12.

18 HR 21 februari 2020, *JAR* 2020/87, m.nt. J.P.H. Zwemmer, *JIN* 2020/45, m.nt. D.J. Prins (*Taxi Dorenbos*); Hof Den Haag 29 december 2015, *RAR* 2016/52; Rb Maastricht 11 juni 1987, *Prg.* 1987/2785; Rb Zutphen 12 september 2002, *JAR* 2003/14; Ktr. Rotterdam 21 december 2012, *JAR* 2013/46; Ktr. Enschede 21 maart 2013, *JAR* 2013/95, m.nt. E.M. Hoogeveen; Ktr. Almelo 11 maart 2014, *JAR* 2014/95, m.nt. J.P.H. Zwemmer; Ktr. Assen 3 september 2015, *JAR* 2016/7; Ktr. Assen 19 december 2017, *JAR* 2018/27; Ktr. Amsterdam 19 januari 2018, *JAR* 2018/57. Van omzeiling van art. 7:610 BW als zodanig is (kennelijk) geen sprake. Een mogelijke verklaring biedt de inbedding van driehoeksrelaties in art. 7:610 BW door de art. 7:690 en 7:692 BW. Zie hierover meer uitgebreid §4.1 van de bijdrage van Femke Laagland.

19 Verburg a.w. (noot 2; *Arbeidsrecht* 2001/5), p. 29.

20 Verburg a.w. (noot 2; *Onderneming en digitalisering* 2019), p. 108-109.

vrachtwagenchauffeurs in dienst en stelde hen voor onbepaalde tijd ter beschikking aan Nederlandse inleners. De chauffeurs waren in Nederland geworven door de Nederlandse inlener of waren daar in dienst voordat ze de overstap maakten naar AFMB. Art. 13 lid 2 onder b Coördinatieverordening verwijst in deze situatie naar het socialezekerheidsrecht van de lidstaat waar de 'werkgever' is gevestigd. Vanwege de tussenkomst van AFMB lijkt dat Cyprus te zijn. Het HvJ oordeelt daarentegen dat door de contractuele relatie heen moet worden geprikt. De Coördinatieverordening laat het definiëren van de werkgever niet expliciet aan de lidstaten. In dat geval vereisen de eenvormige toepassing van het Unierecht en het gelijkheidsbeginsel dat aan het werkgeversbegrip in de Coördinatieverordening in de gehele EU een autonome en uniforme uitleg wordt gegeven. Het HvJ vervolgt dat een formele benadering van het werkgeverschap misbruik van de Coördinatieverordening in de hand zou werken. Wie de werkgever is, moet daarom worden bepaald op basis van wie het feitelijke gezag uitoefent, feitelijk de loonkosten draagt en feitelijk bevoegd is de werknemers te ontslaan. Concreet betekent dit dat de Nederlandse inlener voor de toepassing van de Coördinatieverordening als de werkgever moet worden beschouwd, met als gevolg dat de Coördinatieverordening naar het Nederlandse socialezekerheidsrecht verwijst.

3.2 *De betekenis van de partijbedoeling*

Tussen Leonards visie en die van het HvJ in *AFMB* springt één verschil direct in het oog. Anders dan Leonard start het HvJ niet vanuit de gedachte of partijen met elkaar hebben gecontracteerd. De overeenkomst tussen partijen en de daarin vervatte afspraken over de identiteit van de werkgever vormen slechts een 'aanwijzing' voor de werkgeversstatus van AFMB en doen dat slechts voor zover die afspraken de identiteit van de feitelijke werkgever reflecteren (rechtsoverweging 59 en 61). Als gevolg kwalificeren payrollbedrijven als AFMB, die alleen op papier de rol van werkgever vervullen, naar Europees recht niet als werkgever. De Nederlandse en Europese benadering van het werkgeverschap leiden dus niet altijd tot dezelfde uitkomst. Tegelijkertijd zijn de verschillen tussen beide benaderingen wellicht minder groot dan op het eerste gezicht lijkt. Ten eerste past de uitkomst in dit specifieke arrest in de Nederlandse benadering. AFMB was slechts tussengeschoven om de arbeidsverhoudingen van de chauffeurs onder het toepassingsbereik van het Cypriotische socialezekerheidsrecht te brengen. Een dergelijke constructie is te beschouwen als een poging tot omzeiling van specifieke regelgeving

(hier: de Coördinatieverordening), hetgeen zoals opgemerkt in paragraaf 2 ook in de Nederlandse rechtspraak (en in de visie van Leonard) een reden is om het werkgeverschap te verleggen naar de inlener.

Daarnaast laat het HvJ in *AFMB* veel ruimte voor een genuanceerde benadering. Het HvJ hanteert een holistische toets: de nationale rechter moet de werkgever identificeren aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Los van de opmerking dat aan de duiding op papier in principe geen waarde toekomt, concretiseert het HvJ niet hoe de nationale rechter de omstandigheden tegen elkaar moet afwegen in het geval dat niet alle omstandigheden naar dezelfde partij wijzen. In *AFMB* was dit niet aan de orde; vrijwel alle materiële werkgeversfuncties werden uitgeoefend door de Nederlandse inlener. Het arrest *AFMB* leert ons aldus niet wie naar Europees recht de werkgever is wanneer – zoals in veel driehoeksrelaties het geval is – zowel de uitlener als de inlener een deel van de materiële werkgeversfuncties voor zijn rekening neemt. Het aanmerken van beide entiteiten als werkgever is geen optie: het werkgeversbegrip uit *AFMB* is nadrukkelijk toegespitst op de vraag wie in een meerpartijenverhouding de ‘echte’ werkgever is. Hoewel niet kan worden uitgesloten dat het HvJ zich in een andere situatie desgevraagd concreter uit zou laten over de weging van omstandigheden, biedt het gebrek aan precisering in het arrest ruimte voor de gedachte dat, wanneer zowel inlener als uitlener voor het werkgeverschap in aanmerking komen, aan de ‘indicatie’ van het contract meer waarde toekomt dan het *AFMB*-arrest in eerste instantie doet vermoeden. In dit verband acht ik van belang dat het Europese recht geen *one way street* is die puur dient ter bescherming van de werknemer. Ondanks dat het HvJ het in *AFMB* niet zo benoemt, bezet de contractsvrijheid een belangrijke plaats in de Europese rechtsorde. Art. 16 Handvest van de grondrechten van de EU omvat onder meer de contractsvrijheid, waaronder de vrijheid om te contracteren met wie men wil.²¹ Daarnaast erkent de Europese arbeidswetgeving net als de Nederlandse de mogelijkheid om het werkgeverschap juridisch uit te besteden. De voornaamste voorbeelden zijn de Uitzendrichtlijn en de Detacheringsrichtlijn.²² Beide richtlijnen definiëren het werkgeversbegrip niet, maar geven een duidelijke indicatie dat de uitlener in principe de werkgever is. Deze benadering versterkt de

21 Toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten, 2007/C 303/02, p. 17; HvJ 22 januari 2013, C-283/11, *EHRC* 2013/90, m.nt C. Mak (*Sky Österreich*), r.o. 43.

22 Richtlijn 2008/104/EG; Richtlijn 96/71/EG, zoals gewijzigd door Richtlijn (EU) 2018/957.

gedachte dat, wanneer het gezag niet eenvoudig kan worden toegerekend aan één partij, een duidelijke partijafpraak alsnog doorslaggevend kan zijn. De algemene bewoordingen van het HvJ laten de nationale rechter in ieder geval ruimte om in die situatie aan te knopen bij de partijbedoeling.

Een specifieke vraag is hoe het werkgeversbegrip uit *AFMB* uitwerkt in concernverhoudingen. In concerns wordt het werkgeverschap geregeld uitbesteed aan een personeelsvennootschap, die de werknemer vervolgens permanent en exclusief tewerkstelt bij één werkmaatschappij. Met name ten aanzien van het werkgeverschap in concernverhoudingen pleitte Leonard vurig voor een terughoudende inmenging in de contractsvrijheid. Het aanmerken van alle concernvennootschappen als (mede)werkgever zou de balans te ver laten doorslaan richting de werknemersbescherming. Het Nederlandse recht biedt voldoende ruimte om rekening te houden met het concern, zonder de beginselen van rechtspersoonlijkheid en beperkte aansprakelijkheid volledig opzij te zetten. Ik vermoed dat Leonard zou zeggen dat men *AFMB* niet te ruim moet lezen en dat het HvJ niet zal doorpakken naar een soort concernwerkgeverschap. Dat ben ik met hem eens. Daarmee is echter niet de vraag beantwoord in hoeverre het Europese recht het toelaat dat Europese werkgeversverantwoordelijkheden contractueel worden uitbesteed aan een personeelsvennootschap. In dit verband is van belang dat zowel de Uitzendrichtlijn als de Detacheringsrichtlijn veel waarde hecht aan het tijdelijke karakter van een tewerkstelling. Zo oordeelde het HvJ in het recent gewezen arrest *KG* dat de Uitzendrichtlijn de lidstaten verplicht maatregelen te nemen om permanente uitzending tegen te gaan.²³ In het verlengde hiervan kan de permanente aard van een tewerkstelling worden beschouwd als een sterke indicatie in de richting van het werkgeverschap van de inlener. Bovendien maakt de omstandigheid dat de tewerkstelling plaatsvindt binnen een concern in de ogen van het HvJ geen verschil. Zo overwoog het HvJ in een arrest uit 2018 dat intraconcerndetachering voor wat betreft de Detacheringsrichtlijn juridisch gelijk-

23 HvJ 14 oktober 2020, C-681/18, *JAR* 2020/289, m.nt. E.M. Hoogeveen (*KG*). Verdedigbaar is dat het Nederlandse payrollregime, dat bij permanente tewerkstelling weliswaar het juridische werkgeverschap in stand laat maar bij het bepalen van de rechtspositie van de werknemer doet alsof deze in dienst is bij de inlener, aan deze verplichting voldoet. Vergelijk over deze materie F.G. Laagland & M.J. van Braak, 'Uitzending en tijdelijkheid: onlosmakelijk verbonden of niets gemeen?', *TRA* 2020/22, §3.2.

staat aan uitzending.²⁴ Ik betwijfel daarom of het HvJ bevattelijk is voor de organisatorische argumenten om het werkgeverschap in concernverband centraal te organiseren en reeds op die grond het werkgeverschap van de personeelsvereniging te accepteren. Dit wil echter niet zeggen dat een personeelsvereniging nooit de werkgever kan zijn in de zin van het *AFMB*-arrest. Juist binnen concernverhoudingen kan het lastig zijn om de ‘echte’ werkgever te ontdekken. Hoewel de permanente aard van de tewerkstelling een belangrijke indicatie is, is zij – gezien de holistische toets die het HvJ in *AFMB* hanteert – niet doorslaggevend.²⁵ In een concernverband gaat de inlener (anders dan bij payrollings vaak het geval is) meestal niet over het salaris van de werknemer en heeft hij evenmin iets te zeggen over diens ontslag. Bij een centraal georganiseerd personeelsbeleid berusten dergelijke personeelsbesluiten normaal gesproken bij de centrale werkgever of worden zij aangestuurd op concernniveau. Ik sluit daarom niet uit dat de organisatorische (machts)structuren binnen het concern er, in combinatie met een duidelijke partijafspraken, toch toe kunnen leiden dat de criteria uit *AFMB* de personeelsvereniging als de werkgever aanwijzen, zelfs bij permanente tewerkstelling.²⁶

3.3 *Verbinding versus kwalificatie*

Dat het HvJ niet start met denken vanuit de overeenkomst tussen partijen, leidt tot nog een tweede fundamenteel verschil van inzicht met Leonard. Het verschil betreft de volgorde van toetsing van de vraag of iemand werknemer is, en de vraag wie de werkgever is van die

24 HvJ 14 november 2018, C-18/17, *JV* 2019/34, m.nt. E. Scheers (*Danieli*). Zie ook HvJ 1 december 2020, C-815/18, ECLI:EU:C:2020:976 (*Federatie Nederlandse Vakbeweging*). Deze arresten steunen de heersende opvatting in Nederland dat ook het *Albron*-arrest (HvJ 21 oktober 2010, C-242/09, *NJ* 2010/576, m.nt. M.R. Mok, *JIN* 2010/858, m.nt. S.F.H. Jellinghaus, *TRA* 2011/9, m.nt. A.G. Veldman, *Ondernemingsrecht* 2011/7, m.nt. F.B.J. Grapperhaus) niet beperkt is tot concernverhoudingen.

25 Ook in *AFMB* was sprake van permanente tewerkstelling. Anders dan *AFMB* gaat *KG* niet over Europese regelgeving waarin het begrip ‘werkgever’ is opgenomen en daaraan bepaalde rechten zijn verbonden, maar om de sanctie die lidstaten verbinden aan het oneigenlijke gebruik van uitzendarbeid. Het feit dat lidstaten maatregelen moeten treffen om permanente uitzending tegen te gaan, wil dus niet zeggen dat de inlener van een permanent uitgezonden werknemer automatisch de ‘werkgever’ is in de zin van materiële Europese regelgeving zoals art. 13 Coördinatieverordening.

26 *Albron* gooit geen roet in dit eten. Dit arrest betrof niet de identiteit van de werkgever als zodanig maar de band tussen de werknemer en de onderneming van een inlener in de zin van de Richtlijn overgang van onderneming (2001/23/EG). Zie over de verhouding tussen de arresten *AFMB* en *Albron* nader §4.2 van mijn in noot 5 genoemde, nog te verschijnen bijdrage in *European Labour Law Journal*.

werknemer. Anders dan Leonard en de Nederlandse rechtspraak toetst het HvJ niet eerst welke partijen zich jegens elkaar hebben verbonden, alvorens te toetsen of die verhouding de werkende toegang tot het arbeidsrecht en daarmee de status van werknemer geeft. In zijn conclusie bij het arrest *AFMB* betoogt A-G Pikamäe zelfs dat beide vragen op hetzelfde neerkomen. Volgens de A-G is de wederpartij bij de arbeidsverhouding van een werknemer (in de zin van het bekende arrest *Lawrie-Blum*²⁷) automatisch werkgever.²⁸ Het HvJ geeft geen blijk van deze redenering en verwijst ook niet naar de betreffende passages uit de conclusie van de A-G. Dat kan betekenen dat het HvJ, anders dan de A-G, de werknemer- en werkgeverskwestie als twee verschillende vragen beschouwt. Maar wat is dan de Europese volgorde van behandeling? Het antwoord op die vraag vergt, zoals wel vaker het geval is bij het HvJ, *close reading*. Als gezegd, gaat het *AFMB*-arrest (en dat is volgens de A-G niet anders) over de vraag wie in een meerpartijenverhouding de ‘echte’ werkgever is. Het gaat als het ware om de vraag aan wie, in een situatie waarin meerdere partijen enig gezag over de werknemer uitoefenen, dat gezag overwegend kan worden toegerekend. Zo beschouwd, lijkt de volgorde van behandeling naar Europees recht te zijn dat men eerst aan de hand van *Lawrie-Blum* moet toetsen of een werkende werkt onder gezag en dus werknemer is, en dat men vervolgens moet toetsen aan wie dat gezag overwegend kan worden toegerekend en wie dus de werkgever is.²⁹ De volgorde van behandeling is daarmee andersom dan in de Nederlandse, vermogensrechtelijke benadering. Dit is niet verrassend. Anders dan in art. 7:610 BW vormt niet de arbeidsovereenkomst maar de status van ‘werknemer’ de toegangspoort tot het Europese arbeidsrecht. Vanuit dit perspectief is het logisch dat men eerst de werknemersvraag toetst en pas daarna toekomt aan de vraag (als daar discussie over bestaat) wie voor de toepassing van het Europese arbeidsrecht de werkgever is van die werknemer. De omgekeerde volgorde van behandeling leidt bovendien niet per definitie tot een andere uitkomst. Zoals in paragraaf 3.2 bleek, bestaat er ook in de benadering van het HvJ ruimte voor partijafspraken bij de invulling van het werkgeversbegrip.

27 HvJ 3 juli 1986, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284 (*Lawrie-Blum*).

28 Conclusie A-G P. Pikamäe van 26 november 2019, ECLI:EU:C:2019:1010, §42 en 43; in gelijke zin Kavelaars, *BNB* 2020/135, §4.

29 Onjuist acht ik daarom Hof Amsterdam 12 november 2019, *JAR* 2020/8, m.nt. M.A.N. van Schadewijk, *JOR* 2020/70, m.nt. D. Beunk. In deze faillissementsrechtelijke zaak paste het hof de criteria uit *Lawrie-Blum* een-op-een toe om te concluderen tot het bestaan van meerdere werkgevers.

De Europese volgorde van behandeling heeft mogelijk wel praktisch belang voor de eventuele regulering van platformarbeid. In de internationale literatuur wordt voorgesteld om afscheid te nemen van het onduidelijke, voor misbruik vatbare werknemersbegrip. In plaats daarvan zou uitsluitend moeten worden getoetst of het platform (of de klant) een specifieke werkgeversfunctie uitoefent. Aan het uitoefenen van die werkgeversfunctie worden vervolgens een of meerdere corresponderende werkgeversverplichtingen gekoppeld.³⁰ Een simpel voorbeeld: als het platform feitelijk de beloning van de platformarbeider bepaalt, zijn op de rechtsverhouding tussen het platform en de platformarbeider automatisch de arbeidsrechtelijke loonbepalingen van toepassing, ongeacht of die rechtsverhouding kwalificeert als een arbeidsovereenkomst. Leonard volgt deze denkrichting vermoedelijk niet³¹ en ziet zich gesteund door het *AFMB*-arrest. Daaruit blijkt immers dat een werkende naar Europees recht eerst werknemer moet zijn voordat men toekomt aan de vraag wie de werkgever is. De status van werknemer is (vooralsnog)³² een *conditio sine qua non* voor de toegang tot de bescherming die het Europese arbeidsrecht de platformarbeider biedt. Een nationale benadering die daaraan voorbijgaat door de hoedanigheid van het platform direct te toetsen aan een ruim werkgeversbegrip, gaat verder dan het Europese recht en loopt risico strijdig te zijn met art. 16 Handvest en de verkeersvrijheden van zowel het platform als de (zelfstandige) platformarbeider.

4. Afsluiting

Ten aanzien van het werkgeversbegrip lijken Leonard en het HvJ op een aantal wezenlijke punten van mening te verschillen. Ik vermoed niet dat Leonard dit problematisch vindt of dat het HvJ hem van opvatting doet veranderen. De verschillen zijn voornamelijk dogmatisch van aard en vloeien voort uit de verschillende invalshoeken (het al dan niet moeten

30 Bijvoorbeeld J. Prassl & M. Risak, 'Taskrabbit, and Co.: Platforms as Employers - Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork', *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2016, p. 619-652.

31 Vergelijk Verburg a.w. (noot 2; *Onderneming en digitalisering* 2019), p. 110-111.

32 De denkrichting van Prassl en Risak wordt geopperd als mogelijke oplossing voor de platformproblematiek door een denktank van het Europees Parlement: H. Hauben, H. Lenaerts & S. Kraatz, *Platform economy and precarious work: Mitigating risks*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Directorate-General for Internal Policies, PE. 652.721, juni 2020, p. 8. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage voert Eurocommissaris Nicolas Schmit gesprekken om de positie van platformarbeiders te verbeteren.

hebben van een overeenkomst) van het Nederlandse en het Europese arbeidsrecht. Wel illustreert het *AFMB*-arrest dat het werkgeversbegrip in beweging is. Het HvJ breidt in *AFMB* het machtsspel tussen Europa en de lidstaten verder uit. Het maakt duidelijk dat lidstaten niet alleen ten aanzien van het werknemersbegrip maar ook ten aanzien van het werkgeversbegrip rekening moeten houden met de eisen die het Europese recht stelt. Het werkgeversbegrip treedt daarmee uit de schaduw van het werknemersbegrip. Eenzelfde ontwikkeling blijkt uit het Eindrapport Regulering van Werk, waarin de Commissie-Borstlap eveneens een van Leonards visie afwijkende invulling van het werkgeversbegrip bepleit (uitbesteden van werkgeverschap koppelen aan een maximumtermijn en beperken tot uitzendbureaus met allocatiefunctie, met een uitzondering voor concerns).³³ Gezien deze ontwikkelingen is het de vraag hoe lang de huidige benadering van het werkgeverschap nog stand houdt. Als gevolg verwacht ik dat Leonard het laatste woord over het onderwerp nog niet heeft gezegd.³⁴ Dat is positief. Net als Machiavelli is typerend aan Leonards stijl dat hij de zaken uiteen en regelmatig op scherp zet en argumenten afweegt, om uiteindelijk zelfverzekerd stelling in te nemen. Een groot verschil met Machiavelli, die nadrukkelijk de kant van de machthebber kiest, is dat Leonard zich daarbij niet laat leiden door eenzijdige (partij)belangen maar denkt in de richting van een oplossing die leidt tot een betere balans in de relatie tussen werkgever en werknemer. Leonard is een complete wetenschapper. Het is te hopen dat hij zijn kennis nog lang met ons wil delen.

33 Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk, *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 2020, p. 42-44 en 72-76.

34 Na afronding van deze bijdrage kwam mij een conceptartikel (voor *TRA*) van Leonards hand over de economische werkelijkheid in driehoeksrelaties onder ogen. In zekere zin lijkt mijn verwachting dus nog voor het verschijnen van deze bundel werkelijkheid te worden.