



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Payrolling

Zwemmer, J.P.H.

Publication date
2017

Published in
Flexibele arbeidsrelaties

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2017). Payrolling. In D. J. B. de Wolff, & E. Verhulp (Eds.), *Flexibele arbeidsrelaties* (2 ed., pp. 119-147). (Monografieën Sociaal Recht; Vol. 25). Wolters Kluwer.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Mr. D.J.B. de Wolff (red.)
Prof. mr. E. Verhulp (red.)

Mr. dr. L. van den Berg
Mr. E.C. van Fenema
Mr. Y.A.E. van Houte
Mr. dr. J.P.H. Zwemmer

Flexibele arbeidsrelaties

Tweede druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2017

HOOFDSTUK 5

Payrolling

Mr. dr. J.P.H. Zwemmer

5.1 Inleiding

Bij payrolling geeft de ondernemer het juridische en administratieve werkgeverschap uit handen aan een payrollbedrijf. In de meest gebruikelijke vorm werft en selecteert de ondernemer (de opdrachtgever) de werknemer, neemt een door de opdrachtgever aangezocht payrollbedrijf de werknemer vervolgens in dienst en stelt dit payrollbedrijf de werknemer exclusief en in beginsel langdurig ter beschikking aan de opdrachtgever. Ook komt het voor dat de opdrachtgever zijn gehele personeelsbestand aan een payrollbedrijf overdraagt waarna het payrollbedrijf dit personeel vervolgens exclusief en in beginsel langdurig aan de opdrachtgever ter beschikking stelt. Het payrollbedrijf betaalt het loon aan de werknemer, draagt belastingen en premies af en als de werknemer wordt ontslagen, is het payrollbedrijf een transitievergoeding en een eventuele billijke vergoeding verschuldigd aan de werknemer. Payrolling is niet gedefinieerd in het BW en impliceert ook niet in alle gevallen een driehoeksverhouding. Ook bedrijven die alleen de salarisadministratie en andere administratieve taken van de werkgever uit handen nemen, zonder zelf partij te worden bij de arbeidsovereenkomst, noemen zich wel payrollbedrijf.

De toelaatbaarheid van payrolling als nieuwe contractsvorm in het arbeidsrecht is al enige jaren onderwerp van debat. Op 11 mei 2012 kwam de Stichting van de Arbeid met een verdeeld advies over de ontwikkeling van payrolling.¹ De vakbonden stelden zich op het standpunt dat met payrolling arbeidsrechtelijke bescherming wordt omzeild en spreken van een "verdwintruc van goed werkgeverschap", terwijl payrolling volgens de werkgevers een vorm van dienstverlening is die belangrijk is voor een goed functionerende, flexibele arbeidsmarkt. Payrollbedrijven zelf stellen zich op het standpunt dat payrolling een vorm van uitzending is in de zin van art. 7:690 BW. Daarmee zou het payrollbedrijf op grond van art. 7:690 BW kwalificeren als de werkgever van de payrollwerknemer. De regering heeft tijdens de parlementaire behandeling van de regeling van de uitzendovereenkomst in het BW bevestigd dat deze regeling niet alleen van toepassing zou zijn op kortdurende uitzending door uitzendbureaus bij 'piek of ziek', maar ook op de op dat moment – eind jaren negentig – in de praktijk voorkomende langduriger in- en uitlening door uitleen- en detacheerbedrijven.² Ook bij de kwalificatie als uitzendwerkgever van zulke uitleen- en detacheerbedrijven zou, zo benadrukte de regering daarbij verschillende malen, van doorslaggevende betekenis zijn dat zij daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt

1 Zie www.stvda.nl.

2 *Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 10.*

vervullen.³ Deze allocatiefunctie omschreef de regering als het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid.⁴ In het *Care4Care*-arrest van 4 november 2016⁵ heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat op grond van art. 7:690 BW niet vereist is dat de bij de derde te verrichten arbeid tijdelijk is, noch dat daarin het vereiste van een allocatiefunctie moet worden gelezen.

Dat op grond van art. 7:690 BW niet vereist is dat de werkgever op actieve wijze een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt, betekent niet dat daarmee vaststaat dat bij payrolling telkens sprake is van een uitzendovereenkomst waarbij de werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst is van het payrollbedrijf. art. 7:690 BW is, evenals art. 7:610 BW, van dwingend recht.

In de eerste paragrafen van dit hoofdstuk⁶ wordt ingegaan op de arbeidsrechtelijke kwalificatie van payrolling en de gevolgen hiervoor van het *Care4Care*-arrest. Daarna wordt in par. 5.5 stilgestaan bij het debat tussen sociale partners over – en de visie van de regering op – de toelaatbaarheid van payrolling en op de arbeidsrechtelijke consequenties van het werkgeverschap van een payrollbedrijf. Vervolgens komen in par. 5.6 de sinds 2015 geldende bijzondere ontslagregels bij payrolling in de Ontslagregeling aan de orde. In par. 5.7 wordt ingegaan op de verplichtingen van de opdrachtgever jegens de payrollwerknemer wanneer wordt aangenomen dat de payrollwerknemer in dienst is van het payrollbedrijf. Tot slot wordt in par. 5.8 ingegaan op mogelijke voorwaarden voor het werkgeverschap van het payrollbedrijf bij payrolling en op een mogelijk ingrijpen door de wetgever naar aanleiding van het *Care4Care*-arrest.

5.2 De juridische kwalificatie van payrolling

Het is de vraag of een opdrachtgever en een payrollbedrijf kunnen afspreken dat het payrollbedrijf 'op papier' de werkgever is van de werknemer die door de opdrachtgever geworven en geselecteerd is en exclusief werkzaam is bij de opdrachtgever. Aan het door de werknemer in dienst van de werkgever verrichten van arbeid in de zin van art. 7:610 BW ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de werkgever de eigenaar of exploitant is van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. De werkgever en de werknemer zijn als partijen bij de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:610 BW gehouden de in die hoedanigheid voor hen geldende voorschriften in Titel 10 Boek 7 BW na te leven. In veel voorschriften in Titel 10 Boek 7 BW is de daarin neergelegde arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer gekoppeld aan de door de werknemer in de onderneming van de werkgever verrichte arbeid. Wanneer op grond van door partijen gemaakte afspraken de contractuele werkgever een ander is dan de eigenaar of exploitant van de onderneming

3 *Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 10 en p. 33, en 6, p. 16.*

4 *Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 9.*

5 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*Care 4 Care*).

6 Enkele paragrafen uit dit hoofdstuk vormen deels een bewerking van mijn bijdrage 'Het Care4Care-arrest en de olievlekwerking van artikel 7:690 BW', *Tijdschrift voor Ontslagrecht 2017/1* en mijn hoofdstuk 17, 'De uitzendkracht, de gedetacheerde en de payrollwerknemer' in: *Bijzondere arbeidsverhoudingen* (red.: Houweling/Van der Voet), Den Haag: Bju 2017.

(de feitelijke werkgever) waarin de werknemer de arbeid verricht, kan dit ten koste gaan van de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer.

5.2.1 De werkgever in art. 7:610 BW

Art. 7:610 BW is van dwingend recht. Wanneer de relatie tussen partijen voldoet aan de elementen uit de definitie van art. 7:610 BW – loon, arbeid, ondergeschiktheid – is tussen hen sprake van een arbeidsovereenkomst, ook als partijen zelf hun rechtsverhouding niet als een arbeidsovereenkomst betitelden. Omdat de wilsautonomie en de contractsvrijheid uit het algemene vermogens- en verbintenissenrecht niet verenigbaar zijn met de in Titel 10 Boek 7 BW beoogde bescherming van de werknemer als de sociaaleconomisch zwakkere wederpartij van de werkgever, spelen vormvereisten (zoals een schriftelijke overeenkomst) geen doorslaggevende rol bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Bij de totstandkoming van de wet op de arbeidsovereenkomst aan het begin van de twintigste eeuw lichtte de regering de noodzaak van het dwingendrechtelijke karakter van de definitie van de arbeidsovereenkomst toe aan de hand van het volgende vertaalde citaat uit *Le droit et les ouvriers* van Alfred de Courcy:

“gij kunt zooveel regels van aanvullend recht ten behoeve der arbeiders verzinnen als gij wilt; het zal u niets baten; de werkgever legt hun een contract voor, waarbij zij van hunne rechten afstand doen; wanneer zij hebben geteekend – en zij zullen altijd teekenen behalve in tijden van werkstaking – dan blijft er van al hunne rechten niets over”.⁷

Art. 7:610 BW heeft niet alleen dwingendrechtelijke werking bij de kwalificatie van een relatie of overeenkomst als arbeidsovereenkomst, maar bepaalt tevens wie als werknemer en werkgever de partijen zijn bij de arbeidsovereenkomst. In art. 7:610 BW wordt de arbeidsovereenkomst gedefinieerd als een tweepartijenovereenkomst waarbij de werkgever de partij is in wier dienst de werknemer de arbeid (persoonlijk) verricht. Aan het door de werknemer in dienst van de werkgever verrichten van de arbeid ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de werkgever de eigenaar of exploitant is van de onderneming, het bedrijf of de activiteit waarin de werknemer de arbeid verricht.⁸ Daarmee wordt tegemoetgekomen aan het (internationale) grondbeginsel⁹ dat arbeid geen handelswaar is en de ondernemer tegenover de in zijn dienst werkzame werknemers bepaalde verplichtingen in acht heeft te nemen.

Als gevolg van economische en maatschappelijke ontwikkelingen gedurende met name het laatste kwart van de afgelopen eeuw zijn de rol en de hoedanigheid van de werkgever en de werknemer als partijen bij de arbeidsovereenkomst echter ingrijpend gewijzigd.¹⁰ Het gestegen opleidingsniveau van werknemers en de uitbouw van de verzorgingsstaat na de

⁷ Zie A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, deel I, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 212. Het betreft een citaat van De Courcy uit *Le droit et les ouvriers*, Paris: F. Pichon 1886, p. 28.

⁸ Zie hierover nader par. 2.3.1 van mijn dissertatie, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012.

⁹ 'Labour is not a commodity' werd in artikel I onder a van de Verklaring van Philadelphia van 10 mei 1944 (waarin het handvest van de huidige Internationale Arbeidsorganisatie (ILO) is vastgesteld) opgenomen als één van de 'fundamental principles' van de ILO.

¹⁰ Zie P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, Preadvies NJV, Deventer: Tjeenk Willink 2001.

Tweede Wereldoorlog hebben ertoe bijgedragen dat de economische afhankelijkheid van werknemers is afgenomen, dat zij in toenemende mate zelfstandig en ook meer flexibel werkzaam zijn geworden en hun onderhandelingspositie tegenover de werkgever sterker is geworden. Ook de rol en de hoedanigheid van de werkgever als wederpartij van de werknemer bij de arbeidsovereenkomst is veranderd. In het begin van de twintigste eeuw had de factor kapitaal nog een duidelijk, herkenbaar gezicht, dat gemakkelijk geïdentificeerd kon worden met een persoon van vlees en bloed. Nu hebben werkgevers hun bedrijven en vermogen ondergebracht in rechtspersonen. Binnen die rechtspersonen kan sprake zijn van verschillende managementlagen die belast zijn met het bestuur van de afdelingen, divisies of bedrijfsonderdelen waarin de onderneming is opgedeeld. Als gevolg van concernvorming is de werknemer steeds vaker in dienst van een andere groepsmaatschappij dan die waarin de onderneming is ingebracht waarbij hij feitelijk werkzaam is, werkgevers besteden (neven) activiteiten uit en werknemers worden naar opdrachtgevers van de werkgever uitgezonden of gedetacheerd.¹¹ Hoewel werkgever en werknemer ook thans niet elkaars gelijken zijn op sociaaleconomisch niveau, hebben deze ontwikkelingen er wel aan bijgedragen dat binnen de arbeidsovereenkomst in steeds mindere mate sprake is van een 'persoonlijke' betrokkenheid bij of gezag van de werkgever over de door de werknemer verrichte arbeid. Daardoor zijn onder meer bij de kwalificatie van de juridische werkgever de door partijen gemaakte contractuele afspraken een belangrijkere rol gaan spelen.

5.2.2 *De bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst in het BW*

De enige arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding die – sinds 1999 – in Titel 10 Boek 7 BW is gereguleerd, is de uitzendovereenkomst. In art. 7:690 BW wordt deze 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.” In dit artikel wordt de uitzendwerkgever wettelijk geduid als de civielrechtelijke werkgever van de onder toezicht en leiding van zijn opdrachtgevers werkzame werknemers. Zoals art. 7:610 BW fungeert als toegangspoort voor de regeling van arbeidsovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW, vormt art. 7:690 BW de toegangspoort voor het in art. 7:691 BW – en sinds 1 juli 2015 ook in art. 7:668a lid 5 sub a BW – opgenomen verlichte ontslagregime voor de uitzendovereenkomst.¹²

Voorafgaand aan de inwerkingtreding van art. 7:690 BW werd onderscheid gemaakt tussen kortdurend uitzenden door uitzendbureaus (dat aan een vergunning was gebonden) en

¹¹ Zie hierover nader par. 2.3.3 van mijn dissertatie.

¹² Zie par. 4.12.1 en 4.13 van mijn dissertatie en HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*Care 4 Care*).

het meer bestendige in- en uitlenen van personeel door uitleen- of detacheerbedrijven.¹³ Het verschil tussen deze terbeschikkingstellingsvarianten bestond erin dat bij in- en uitlening een doorlopende arbeidsovereenkomst werd gesloten met de werknemer en dat 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 uitlening echter, omdat ook uitzendbureaus zich op langduriger vormen van terbeschikkingstelling waren gaan richten.¹⁴

Met de inwerkingtreding in 1999 van de in art. 7:690 BW opgenomen definitie van de uitzendovereenkomst kwam het onderscheid tussen het kortdurend uitzenden van personeel door uitzendbureaus en het meer bestendige in- en uitlenen van werknemers door uitleen- of detacheerbedrijven te vervallen. De regeling van de uitzendovereenkomst zou op al deze vormen van terbeschikkingstelling zien. De regering wees in dit verband op de toename van soms ook langer durende uitzendrelaties en de afschaffing van het vergunningstelsel.¹⁵ 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'. De regeling zou ook van toepassing zijn op andere organisaties, zoals uitleen- en detacheerbedrijven. Ook bij de kwalificatie als uitzendwerkgever ex art. 7:690 BW van zulke uitleen- en detacheerbedrijven zou echter, zo benadrukte de regering verschillende malen, van doorslaggevende betekenis zijn dat zij daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen.¹⁶ Deze allocatiefunctie werd echter niet met zoveel woorden opgenomen in de tekst van de definitie van art. 7:690 BW. Een verklaring hiervoor kan zijn dat ook deze uitleen- en detacheerbedrijven doorgaans op actieve wijze een allocatiefunctie vervulden op de arbeidsmarkt en daardoor de

13 In arresten uit 1977, 1980 en 1988 kwalificeerde de Hoge Raad de rechtsverhouding tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau of detacheerbedrijf als een arbeidsovereenkomst, omdat de uitzendkracht in die situaties op grond van de overeenkomst met het uitzendbureau of detacheerbedrijf verplicht was de werkzaamheden bij opdrachtgevers van het uitzendbureau of detacheerbedrijf te verrichten met inachtneming van de 'aanwijzingen' van die opdrachtgevers. Omdat het uitzendbureau of detacheerbedrijf in deze situatie het werkgeversgezag delegeerde aan de inlener, kon de rechtsverhouding met de uitzendkracht naar het oordeel van de Hoge Raad voldoen aan de definitie van art. 7:610 BW. Zie 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.

14 Zie hierover par. 4.10.1 van mijn dissertatie.

15 *Kamerstukken II 1996/97*, 25263, 3, p. 9. Zie ook *Kamerstukken II 1996/97*, 25263, B, p. 8.

16 *Kamerstukken II 1996/97*, 25263, 3, p. 10 en p. 33, en 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 art. 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 mee en bevestigde dat beide terbeschikkingstellingsvarianten zouden gaan vallen onder art. 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 1996/97*, 25263, B, p. 8-9 en 12).

aanwezigheid van een allocatiefunctie destijds een vanzelfsprekendheid vormde in relatie tot het beroepsmatig ter beschikking stellen van werknemers. Ingegeven door motieven als risicobeperking en de steeds zwaardere last die het werkgeverschap sindsdien is gaan vormen voor ondernemers, zijn, aangetrokken door de zekerheid van de juridische duiding van de werkgever in art. 7:690 BW en het hiermee gepaard gaande verlichte ontslagregime, driehoeksrelaties onder de noemer payrolling ontstaan. Deze zijn gericht op het door de ondernemer (of overheidsinstelling) uitbesteden van het werkgeverschap aan een partij die uitsluitend fungeert als juridisch en administratief werkgever van de bij de ondernemer werkzame werknemers. Hierbij is geen sprake van een in de wetsgeschiedenis bedoelde allocatiefunctie van de ter beschikking stellende werkgever.

5.2.3 De definitie van de uitzendovereenkomst in art. 7:690 BW

Binnen de definitie van art. 7:690 BW kunnen vier elementen worden onderscheiden: (i) er is een arbeidsovereenkomst tussen de ter beschikking stellende werkgever en de werknemer, (ii) de werknemer wordt in het kader van het beroep of bedrijf van de werkgever aan een derde ter beschikking gesteld voor het verrichten van arbeid, (iii) de terbeschikkingstelling vindt plaats krachtens een overeenkomst van opdracht tussen de (uitzend)werkgever en de derde, en (iv) de werknemer verricht de arbeid onder toezicht en leiding van de derde.

5.2.3.1 Ad (i) Arbeidsovereenkomst met uitzendwerkgever

De aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst van de (uitzend)werkgever met de werknemer vormt het startpunt in de definitie van art. 7:690 BW. Over 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.”¹⁷ Later voegde de regering daar nog aan toe dat de uitzendovereenkomst in art. 7:690 BW is gedefinieerd als een bijzondere arbeidsovereenkomst.¹⁸ 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.”¹⁹ Bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst ex art. 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

17 *Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 9-10.*

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

19 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 par. 4.5.1 van mijn dissertatie.

op welke wijze partijen feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de door hen gemaakte contractuele afspraken.²⁰

5.2.3.2 Ad (ii) Terbeschikkingstelling in kader van beroep of bedrijf uitzendwerkgever

De uitzendwerkgever in de zin van art. 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 organisatie die is gericht op het (tijdelijk) uitzenden van werknemers en niet van incidenteel ter beschikking stellen van arbeidskrachten door werkgevers die in feite geheel andersoortige beroeps- of bedrijfsactiviteiten hebben.²¹ 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. Daarbij werd gedoeld op werkgevers die zich bedrijfsmatig toelieden op het op actieve wijze bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid op de arbeidsmarkt. In de memorie van toelichting werd hierover het volgende medegedeeld:

“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.”²²

Allocatiefunctie betekent volgens de regering, het door de werkgever op actieve wijze bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid:

“Het werken voor en via uitzendbureaus is de afgelopen jaren sterk in omvang toegenomen. De uitzendformule vervult een belangrijke allocatiefunctie op de arbeidsmarkt t.w. het aldus bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid. Die functie moet behouden blijven. Tegelijkertijd is er in de praktijk behoefte aan grotere duidelijkheid gebleken voor wat betreft de rechtspositie van partijen betrokken bij de uitzendrelatie.

20 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 (*Beurspromovendi/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, m.nt. Verhulp (*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 meer specifiek met betrekking tot de kwalificatie van de werkgever: HR 9 oktober 2015, NJ 2016/276, m.nt. Houweling en JAR 2015/277, m.nt. De Jong (*Logidex*).

21 *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 3, p. 10.

22 *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 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 van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever in art. 7:690 BW. Zij deelde daarover mee: “Een ander element is dat de terbeschikkingstelling geschiedt in het kader van het beroep of bedrijf van de werkgever. Met andere woorden: terbeschikkingstelling moet doelstelling zijn van de beroeps of bedrijfsactiviteiten van de werkgever. Toepassing van de uitzendovereenkomst is aldus gekoppeld aan de allocatieve functie van de werkgever.” *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, B, p. 12.

Dat hangt samen met de vraag, of en wanneer er in geval van een uitzendrelatie sprake is van een arbeidsovereenkomst.”²³

Deze allocatiefunctie rechtvaardigt een verlicht ontslagregime bij uitzending:

“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 ter zake van het aangaan en verbreken van hun arbeidsrelatie.”²⁴

Vervolgens deelde de regering mee dat, hoewel met de regeling van de uitzendovereenkomst een ruimer toepassingsbereik werd beoogd dan de op dat moment in de praktijk voorkomende klassieke uitzending door uitzendbureaus die zich richten op terbeschikkingstelling bij ‘piek of ziek’, sprake dient te zijn van terbeschikkingstelling in het kader van zodanig beroep of bedrijf. Dat wil dus zeggen, door een uitzendwerkgever die op actieve wijze een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt:

“De voorgestelde regeling voor de uitzendovereenkomst heeft niet alleen betrekking op de thans in de praktijk voorkomende uitzendrelatie, maar omvat ook alle andere driehoeks-arbeidsrelaties, waarbij de werknemer in de uitoefening van het bedrijf of beroep van de werkgever aan een derde ter beschikking wordt gesteld, om onder leiding en toezicht van die derde arbeid te verrichten. Zodanige ter beschikkingstelling kan bijvoorbeeld ook uitlening omvatten, als die uitlening aan de elementen van de definitie voldoet. Is dat het geval, dan is het bijzondere regiem van de uitzendovereenkomst, zoals neergelegd in artikel 691 Boek 7 BW, op deze driehoeksarbeidsrelatie van toepassing. De voorgestelde regeling van de uitzendovereenkomst geeft derhalve een uniforme wettelijke regeling voor de vele onder verschillende benamingen in de praktijk voorkomende vormen van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, zoals: uitzenden, uitlenen, detacheren, of te werk stellen in het kader van een arbeidspool. Wel wijzen wij er nadrukkelijk op, dat de voorgestelde regeling beperkt is tot het ter beschikking stellen in het kader van zodanig beroep of bedrijf. In de praktijk gaat het dan dus alleen om organisaties zoals uitzendbureaus, detacheerbedrijven, arbeidspools en andere organisaties, die er hun beroep of bedrijf van maken arbeidskrachten onder welke noemer dan ook tijdelijk aan derden ter beschikking te stellen.”²⁵

En later nog duidelijker in de nota naar aanleiding van het verslag in antwoord op vragen van de VVD:

“De leden van de VVD-fractie vroegen wat precies wordt bedoeld met de beperking van de uitzendrelatie tot die uitleners die bij de uitoefening van hun beroep of bedrijf arbeidskrachten ter beschikking stellen aan derden; of een ingenieursbureau, dat enkele personeelsleden elders detachert, ook onder deze definitie valt, zo nee, waarom niet en zo ja, wat dit dan betekent voor de betreffende werknemers. De voorgestelde regeling van de uitzendovereenkomst geldt alleen voor die werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie

23 *Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 9.*

24 *Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 10.*

25 *Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 10.*

op de arbeidsmarkt vervullen. Het gaat daarbij om werkgevers (intermediairs) die er hun bedrijf of beroep van maken om vraag en aanbod van tijdelijke arbeid bij elkaar te brengen. Het gaat in de praktijk dan om uitzendbureaus, detacheerbedrijven en arbeidspools.²⁶

De uitzendwerkgever in de zin van art. 7:690 BW moet op basis van de wetsgeschiedenis dus op actieve wijze een allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt bij het door hem in het kader van zijn beroep of bedrijf ter beschikking stellen van werknemers aan opdrachtgevers. Nu de regeling van de uitzendovereenkomst beperkt was tot terbeschikkingstelling in het kader van zodanig beroep of bedrijf van de uitzendwerkgever, zou de regeling van de uitzendovereenkomst volgens de regering in de praktijk alleen van toepassing zijn op uitzenden, uitlenen, detacheren of tewerkstellen in het kader van een arbeidspool.²⁷

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid herhaalde de regering dat het verlichte ontslagregime bij uitzending is gekoppeld aan de allocatiefunctie van de uitzendwerkgever.²⁸ Zij formuleerde dit als volgt:

“De allocatieve functie op de arbeidsmarkt brengt mee dat partijen bij een uitzendovereenkomst meer vrijheid krijgen bij het aangaan en beëindigen van de arbeidsovereenkomst.”²⁹

Deze allocatiefunctie is destijds echter onbedoeld (zoals hiervoor en in par. 5.2.2 uiteengezet) niet opgenomen in de tekst van art. 7:690 BW. In de (lagere) rechtspraak van de afgelopen jaren werd om deze reden wisselend geoordeeld over betekenis van deze allocatiefunctie bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW. In de meeste gevallen werd onder verwijzing naar de hiervoor geciteerde wetsgeschiedenis geoordeeld dat het op de arbeidsmarkt vervullen van een allocatiefunctie door de werkgever een vereiste was voor het van toepassing zijn van de regeling van de uitzendovereenkomst.³⁰ In andere uitspraken werd echter geoordeeld dat een allocatiefunctie geen vereiste was op basis van het ontbreken van deze allocatiefunctie in de tekst van de wet. Daarbij werd soms ook verwezen naar de hiervoor aangehaalde mededeling van de regering dat met de regeling van de uitzendovereenkomst een ruimer toepassingsbereik werd beoogd dan

26 *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 6, p. 15-16.

27 *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 3, p. 10.

28 Overigens bleef de regeling van de uitzendovereenkomst, op enkele kleine wijzigingen na, ongewijzigd in de Wet werk en zekerheid. Zie J.P.H. Zwemmer, ‘Uitzenden, payrollling, schijnzelfstandigen en de Wet werk en zekerheid’, *ArbeidsRecht* 2014/60.

29 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 20. Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 29.

30 Zie Ktr. Enschede 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108, Ktr. Amsterdam 1 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6257, Ktr. Amsterdam 3 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6063, Ktr. Amsterdam 22 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6356, Ktr. Almelo 11 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1214, Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:670, Ktr. Assen 30 april 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2205, Hof Den Haag 29 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3820, Ktr. Assen 23 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:692 en Rb. Limburg 2 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:6699.

klassieke uitzending bij 'piek of ziek'.³¹ Ook in de literatuur liepen langs deze lijnen de visies uiteen.³²

5.2.3.3 Ad (iii) Terbeschikkingstelling krachtens opdrachtovereenkomst met inlener

De terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer geschiedt op basis van een overeenkomst van opdracht van de (uitzend)werkgever met de derde. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat in art. 7:690 BW werd opgenomen dat de terbeschikkingstelling op grond van een overeenkomst van opdracht moet geschieden om duidelijk te maken dat bijvoorbeeld aanneming van werk niet tot een uitzendovereenkomst kan leiden.³³ De overeenkomst van opdracht is evenals de arbeidsovereenkomst een in Boek 7 BW geregelde bijzondere overeenkomst. Op grond van art. 7:400 lid 1 BW mogen de in het kader van een opdrachtovereenkomst verrichte werkzaamheden niet bestaan uit het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het (doen) vervoeren van personen of zaken. In dat geval is sprake van een overeenkomst van aanneming van werk.³⁴ Uit de wetsgeschiedenis volgt dat voor de toepassing van art. 7:690 BW diensten die als pakket worden uitbesteed, zoals catering, beveiliging en schoonmaak, eveneens worden aangemerkt als verricht in het kader van een aangenomen werk waardoor hier geen sprake is van een uitzendovereenkomst.³⁵

5.2.3.4 Ad (iv) Onder toezicht en leiding van de derde

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid werd niet toegelicht wat moest worden verstaan onder het verrichten van arbeid onder toezicht en leiding van de derde. In de literatuur werd aangenomen dat toezicht en leiding op hetzelfde neerkomen als werkgeversgezag in de zin van art. 7:610 BW. In het hiervoor besproken *Care4Care*-arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de vraag of sprake is van toezicht en leiding als bedoeld in art. 7:690 BW aan de hand van dezelfde maatstaven moet worden beantwoord als die gelden voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding als bedoeld in art. 7:610 BW.³⁶ Beide begrippen dekken echter niet dezelfde lading. De gezagsverhouding op grond van art. 7:610 BW is gebaseerd op een rechtsverhouding tussen degene die de arbeid verricht en degene voor wie arbeid wordt verricht. De uitzendwerknemer verbindt zich niet met de opdrachtgever van de uitzendwerkgever bij wie hij de arbeid verricht. De woorden onder toezicht en leiding in art. 7:690 BW impliceren dat tussen de uitzendwerknemer en de opdrachtgever sprake is van een feitelijke gezagsverhouding zonder dat tussen hen een rechtsverhouding bestaat.

31 Zie Rb. Amsterdam 1 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN0820, Ktr. Amsterdam 4 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5783, Hof Amsterdam 9 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4616 en Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4547.

32 Zie voor een overzicht van de verschillende standpunten in de literatuur: *Praktijkboek Flexibele Arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer (losbl.), onderdeel I 5.2.5. en de noot van Knipschild onder JAR 2015/69.

33 *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 3, p. 33. Zie ook *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, B, p. 12.

34 Zie over het onderscheid tussen de overeenkomst van opdracht en die van aanneming van werk bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst, J.P.H. Zwemmer, 'Contracting en arbeidsrecht: over schijnconstructies, juridisch houdbare varianten en de gevolgen van de WAS en de WWZ', *TAP* 2015/118.

35 Zie par. 4.5.3 van mijn dissertatie.

36 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*Care4Care*).

De uitzendwerkgever heeft geen gezag over de feitelijke arbeid van de uitzendwerknemer. Wel heeft de uitzendwerknemer zich jegens de uitzendwerkgever verplicht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de opdrachtgevers van de uitzendwerkgever. Bij dat laatste kan gesproken worden van een contractuele gezagsverhouding. In eerdere arresten heeft de Hoge Raad geoordeeld dat zowel het feitelijke gezag over de door de werknemer verrichte arbeid als het contractueel bedingen van zeggenschap over de door de werknemer verrichte arbeid een gezagsverhouding kan impliceren in de zin van art. 7:610 BW.³⁷ Op grond daarvan kan worden gesteld dat binnen de uitzendovereenkomst de gezagsverhouding is verdeeld in een contractuele en een feitelijke gezagsverhouding met respectievelijk de uitzendwerkgever en de opdrachtgever(s) van de uitzendwerkgever, waarbij de rechtsverhouding tussen de uitzendwerkgever en de uitzendwerknemer in art. 7:690 BW juridisch is geduid als een arbeidsovereenkomst.

5.3 Het Care4Care-arrest: de Hoge Raad over art. 7:690 BW

In het *Care4Care*-arrest³⁸ oordeelt de Hoge Raad onder verwijzing naar de tekst van art. 7:690 BW en een deel van de hiervoor geciteerde wetsgeschiedenis dat op grond van art. 7:690 BW niet vereist is dat de bij de derde te verrichten arbeid tijdelijk is, noch dat daarin een beperkende allocatiefunctie moet worden gelezen. De Hoge Raad overweegt hierover als volgt:

“Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:690 BW kan niet worden afgeleid dat voor het aannemen van een uitzendovereenkomst andere vereisten gelden dan vermeld in deze bepaling. De tekst van art. 7:690 BW eist niet dat de bij de derde te verrichten arbeid tijdelijk is, noch impliceert deze een beperkende ‘allocatiefunctie’ als door het onderdeel wordt bepleit. Uit de toelichting op het artikel blijkt dat de wetgever heeft beoogd dat ook andere driehoeksrelaties dan de – kort gezegd – ‘klassieke uitzendrelatie’ onder de reikwijdte van de bepaling zouden vallen, mits aan de begripsomschrijving wordt voldaan (*Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 3, p. 9-10).”

De Hoge Raad wijst op de hiervoor in par. 2.3.2 geciteerde passage uit de memorie van toelichting bij de Wet flexibiliteit en zekerheid waarin de regering meedeelde dat ook andere driehoeksrelaties dan klassieke uitzending onder de reikwijdte van art. 7:690 BW zouden vallen. Daarbij laat de Hoge Raad echter onvermeld dat de regering in dit verband en ook later tijdens de parlementaire behandeling heeft benadrukt dat de regeling van de uitzendovereenkomst alleen zou gelden voor die werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen.³⁹ Bovendien lijkt de Hoge Raad zich niet te realiseren dat de door hem aangehaalde passage uit de wetsgeschiedenis moet worden geplaatst in de context van het op dat moment – eind jaren negentig – bestaande onderscheid tussen kortdurend uitzenden door uitzendbureaus met een vergunning en het

37 Zie par. 2.3.2 van mijn dissertatie.

38 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*Care4Care Human*). In een fiscale procedure over de premiesectorindeling van een payrollbedrijf dat geen allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervulde, kwam de Hoge Raad op diezelfde datum tot een zelfde oordeel onder verwijzing naar het *Care4Care*-arrest. Zie HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2496.

39 *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 3, p. 10 en *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 6, p. 16.

meer bestendige in- en uitlenen van werknemers door uitleen- en detacheerbedrijven (zie par. 2.2 hiervoor). Ook deze uitleen- en detacheerbedrijven vervulden doorgaans een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt.

Op grond van het *Care4Care*-arrest vormt het door de werkgever vervullen van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt dus geen constitutief vereiste (meer) bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW. Ook de uitzendwerkgever in de zin van art. 7:690 BW die geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt kan daarmee gebruikmaken van het in art. 7:691 BW neergelegde verlichte ontslagregime bij uitzending. art. 7:690 BW fungeert immers uitsluitend als toegangspoort naar het in art. 7:691 BW opgenomen verlichte ontslagregime bij uitzending.⁴⁰ Dit laatste wordt uitdrukkelijk bevestigd door de Hoge Raad in het *Care4Care*-arrest:

“De wetsgeschiedenis biedt geen aanknopingspunt voor de veronderstelling dat de wetgever in art. 7:691 BW aan het begrip ‘uitzendovereenkomst’ een andere betekenis heeft willen geven dan in art. 7:690 BW. Gelet op de plaatsing van beide artikelen in een afzonderlijke afdeling in de wet, waarbij art. 7:690 BW de begripsomschrijving en art. 7:691 BW enkele regels geeft, ligt zo’n andere betekenis ook niet voor de hand.”

De Hoge Raad lijkt er in zijn arrest desalniettemin rekening mee te houden dat zijn uitleg van art. 7:690 BW op gespannen voet staat met de bedoelingen van de wetgever en overweegt over ‘nieuwe driehoeksrelaties als payrolling’ het volgende in zijn arrest:

“Voor zover de toepassing van de regels van art. 7:691 BW in nieuwe driehoeksrelaties als payrolling zou leiden tot resultaten die zich niet laten verenigen met hetgeen de wetgever bij de regeling van de art. 7:690-7:691 BW voor ogen heeft gestaan, is het in de eerste plaats aan de wetgever om hier grenzen te stellen. Dat neemt niet weg dat de rechter bij de toepassing de mogelijkheid heeft de regels van art. 7:691 BW zo uit te leggen dat strijd met de ratio van die regels wordt voorkomen, dan wel dat hij een beroep op die regels naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan oordelen. In het onderhavige geval is een en ander echter niet aan de orde.”

Het oordeel van de Hoge Raad over het toepassingsbereik van de regeling van de uitzendovereenkomst is duidelijk, maar moeilijk te verenigen met de hiervoor in par. 2.3.2 geciteerde wetsgeschiedenis en de mededeling van de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid dat het verlichte ontslagregime bij uitzending is gekoppeld aan de allocatiefunctie van de uitzendwerkgever. De Hoge Raad had er op grond hiervan ook voor kunnen kiezen duidelijker stelling te nemen in plaats van te overwegen dat de wetgever in actie moet komen wanneer zijn – vooral op de tekst van art. 7:690 BW

⁴⁰ Sinds de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid is het verlichte ontslagregime bij de uitzendovereenkomst eveneens opgenomen in art. 7:668a lid 5 onderdeel a BW.

gebaseerde – oordeel niet tot het door de wetgever beoogde resultaat zou leiden.⁴¹ De duidelijke overwegingen van de Hoge Raad over de onderlinge verhouding van art. 7:690 en 7:691 BW maken dat de door de Hoge Raad genoemde mogelijkheid voor de rechter om art. 7:691 BW zo uit te leggen dat strijd met de ratio van die regels wordt voorkomen, dan wel dat hij een beroep op die regels naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan oordelen, in de praktijk geen betekenis zal hebben. Immers, als sprake is van een uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW, dan is naar het oordeel van de Hoge Raad het verlichte ontslagregime in art. 7:691 BW van toepassing. Daar zit weinig licht tussen.

5.4 Payrolling en het werkgeverschap na het Care4Care-arrest

De Vereniging Payroll Ondernemingen (VPO), de branchevereniging die de belangen van de aangesloten payrollondernemingen behartigt en die per 1 januari 2016 is opgegaan in de Algemene Bond Uitzendondernemingen (ABU), heeft zich op het standpunt gesteld dat payrolling een 'bijzondere vorm' is van de uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW.⁴² Op de website van de ABU wordt payrolling als volgt omschreven:

“Payrolling betreft een gespecialiseerde vorm van hr-dienstverlening, waarbij opdrachtgevers zelf verantwoordelijk zijn voor de werving, selectie en begeleiding van werknemers. Een payrollorganisatie stelt werknemers ter beschikking aan een opdrachtgever om onder diens leiding en toezicht te werken. Het doel van payrolling is dat de payrollonderneming het juridisch werkgeverschap zoveel mogelijk overneemt van de opdrachtgever. Hieronder

41 In zijn – op dit punt niet door de Hoge Raad gevolgd – conclusie voor het *Care4Care*-arrest (ECLI:NL:PHR:2016:238) onderscheidde A-G Van Peurseem twee soorten uitzendovereenkomsten en introduceerde hij in dat kader een zogenaemde traditionele of klassieke allocatiefunctie die zou inhouden: “het actief bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt van (in de regel) werk van tijdelijke aard, ook wel aangeduid als het opvangen van ‘ziek of piek.’” en een ruime allocatiefunctie die zou inhouden “dat de werkgever zich bedrijfs- of beroepsmatig bezighoudt met de terbeschikkingstelling van werknemers aan opdrachtgevers” (punt 3.8). Ook bij deze ruime allocatiefunctie moet volgens de A-G “wel een vorm overblijven van allocatie op de arbeidsmarkt in deze ruim opgevatte zin”. Dat zou volgens de A-G bijvoorbeeld niet aan de orde zijn wanneer sprake is van payrolling “waarbij de payroller in feite alle – oneerbiedig gezegd – ‘personeelssores’ overneemt van de ‘inlener’, waar geen allocatieve functie op de arbeidsmarkt in welke ruime zin dan ook meer valt te ontwaren, maar er sprake is van een formeel werkgeverschap van de payroller volgens de arbeidsvoorwaarden van de opdrachtgever/‘inlener’ (permanente overname van arbeidscontracten)” (punt 3.30). Bij deze vorm van payrolling zou volgens de A-G geen sprake zijn van uitzending ex art. 7:690 BW. In de woorden van de A-G: “De payrollwerkgever speelt dan geen enkele rol bij het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, zo zou men kunnen zeggen, maar slecht bij de formele en administratieve uitvoering van de overeenkomsten.”

42 Zie art. 8.1 van de voormalige VPO-arbeidsvoorwaardenregeling. De grote vakbonden stemden in het verleden, voordat zij in 2011 hun handen aftrokken van payrolling, driemaal in met een payroll-cao waarin werd opgenomen dat het payrollbedrijf voor de toepassing van Titel 10 Boek 7 BW fungeert als de werkgever van de payrollwerknemer. De VPO gaat ervan uit dat payrolling na het eindigen van de laatste payroll-cao op 1 januari 2012 als uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW valt onder de werkingssfeer van de bij tijd en wijle algemeen verbindend verklaarde CAO voor Uitzendkrachten (ABU-cao). Van 1 januari 2012 tot 1 januari 2016 gold voor leden van de VPO de verplichting de door de VPO opgestelde arbeidsvoorwaardenregeling toe te passen waarin de bepalingen uit de geëindigde payroll-cao waren opgenomen. Deze arbeidsvoorwaardenregeling was, met name op het gebied van ontslagbescherming, voor de werknemer gunstiger dan de ABU-cao. Anderzijds werd in deze arbeidsvoorwaardenregeling in het nadeel van de werknemer afgeweken van arbeidsrechtelijke voorschriften voor ‘gewone’ werknemers in Titel 10 Boek 7 BW.

vallen bijvoorbeeld administratieve en financiële verplichtingen die verbonden zijn aan bijvoorbeeld disfunctioneren, ziekte, arbeidsongeschiktheid en verlof.⁴³

Nu de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het vervullen van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt geen constitutief vereiste (meer) vormt bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW, zou ook bij payrolling sprake kunnen zijn van een uitzendovereenkomst.⁴⁴ In dat geval zijn ook bij payrolling het in art. 7:691 BW en art. 7:668a lid 5 sub a BW neergelegde verlichte ontslagregime bij uitzending en (in beginsel) de ABU-cao⁴⁵ van toepassing. De payrollwerknemer zou dan voor de toepassing van Titel 10 Boek 7 BW dus in dezelfde juridische positie verkeren als een uitzendkracht, zij het dat het payrollbedrijf – dat niet de door de wetgever bedoelde allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt – de werknemer bij het einde van de inleenopdracht niet ter beschikking zal (kunnen) stellen aan een andere opdrachtgever.

Het oordeel van de Hoge Raad, dat het door de werkgever vervullen van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt geen constitutief vereiste is bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst, impliceert niet dat daarmee vaststaat dat bij payrolling telkens een arbeidsovereenkomst tot stand komt tussen de werknemer en het payrollbedrijf. art. 7:690 BW is, evenals art. 7:610 BW, van dwingend recht. Dat het payrollbedrijf en de werknemer een schriftelijke arbeidsovereenkomst ondertekenen, impliceert niet dat daarmee tussen hen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen waarbij het payrollbedrijf op grond van art. 7:690 BW kwalificeert als een werkgever die zijn werknemer ter beschikking stelt in het kader van een uitzendovereenkomst.⁴⁶ Het dwingendrechtelijke karakter van art. 7:610 BW en art. 7:690 BW kan meebrengen dat een relatie of rechtsverhouding, voorbijgaand aan deze door partijen gemaakte contractuele afspraken, wordt gekwalificeerd als een arbeids- of uitzendovereenkomst (of juist niet). In een reeks arresten sinds 1997 heeft de Hoge Raad bevestigd en in verschillende situaties uitgewerkt dat wanneer de contractuele afspraken van meet af aan niet corresponderen met de feitelijke uitvoering, hier bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst doorheen moet worden gekeken.⁴⁷ ‘Wezen’ gaat dan voor ‘schijn’. Dat geldt ook bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst (zie par. 2.3.1 hiervoor). Op grond van deze arresten is van belang de wijze waarop partijen zich bij de uitvoering van de overeenkomst feitelijk tegenover elkaar hebben gedragen en of dit correspondeert met de wijze waarop zij hun (contractuele) verhouding (stellen te) hebben ingericht. Stemmen de door partijen gemaakte afspraken bij het aangaan van de overeenkomst niet overeen met de wijze waarop zij zich vervolgens bij de feitelijke

43 <https://www.abu.nl/themas/payrolling>

44 Zie HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757.

45 CAO voor Uitzendkrachten 2012-2017. Deze cao is door FNV Bondgenoten, CNV Dienstenbond, De Unie en LBV afgesloten met de Algemene Bond Uitzendondernemingen.

46 Vgl. HR 10 oktober 2003, NJ 2007/446 (*Van der Male B.V./Den Hoedt*).

47 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 (*Beurspromovendi/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, m.nt. Verhulp (*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 meer specifiek met betrekking tot de kwalificatie van de werkgever: HR 9 oktober 2015, NJ 2016/276, m.nt. Houweling en *JAR* 2015/277, m.nt. De Jong (*Logidex*).

uitvoering van de overeenkomst tegenover elkaar hebben gedragen, dan kan voorbijgaand aan de door partijen gemaakte contractuele afspraken worden geoordeeld dat geen sprake is van een uitzendovereenkomst. In mijn dissertatie heb ik onder verwijzing naar deze arresten van de Hoge Raad betoogd dat ook bij de kwalificatie van de werkgever in arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen alleen dan betekenis toekomt aan de door partijen gemaakte contractuele afspraken wanneer deze corresponderen met de wijze waarop hieraan vervolgens feitelijk uitvoering is gegeven.⁴⁸ Dat betekent dat de contractuele werkgever binnen de arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding naar mijn mening slechts als de werkgever kan worden gekwalificeerd wanneer deze een voldoende zelfstandige en inhoudelijke rol speelt bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Is dat niet het geval, en werd feitelijk van meet af aan een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever (feitelijke werkgever) beoogd, dan is de werknemer op grond van art. 7:610 BW in dienst bij de opdrachtgever. De omstandigheid dat in deze situatie een schriftelijke overeenkomst ontbreekt tussen de werknemer en de opdrachtgever staat er in verband met het dwingendrechtelijke karakter van art. 7:610 BW niet aan in de weg dat kan worden geoordeeld dat tussen hen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Dat is niet anders wanneer de werknemer goed geïnformeerd akkoord is gegaan met de payrollconstructie, zo volgt uit het arrest *Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*.⁴⁹ A-G Timmerman verwoordt dit aldus in zijn conclusie voor dit arrest:

“De betrokken partijen kunnen een constructie met tussenschakeling van een andere partij op papier hebben gezet die – alle omstandigheden in aanmerking nemend – niet in overeenstemming is met hetgeen zij werkelijk bedoelden af te spreken. In een dergelijk geval is niet de schriftelijke tekst waarin de betrokken rechtsverhoudingen zijn weergegeven, maar de bedoeling van partijen doorslaggevend. Hierbij speelt ook een rol dat de definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW van dwingend recht is. Om die definitie kunnen partijen niet zomaar heen wandelen.”

Het is de vraag of bij de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling een arbeidsovereenkomst tot stand komt tussen het payrollbedrijf en de werknemer en daarmee of sprake is van terbeschikkingstelling van een werknemer van het payrollbedrijf aan de opdrachtgever in de zin van art. 7:690 BW. Hoewel het payrollbedrijf geen allocatiefunctie hoeft te vervullen op de arbeidsmarkt, moet dit wel een voldoende zelfstandige rol spelen bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst van de werknemer. In dat verband kan worden geconstateerd dat bij payrolling het payrollbedrijf een overeenkomst van opdracht sluit met de opdrachtgever waarin wordt afgesproken dat het payrollbedrijf de door deze opdrachtgever geworven werknemer in dienst neemt en aan de opdrachtgever ter beschikking stelt. Zoals hiervoor gesteld, wordt met de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling de uitbesteding van de aan het werkgeverschap verbonden juridische en administratieve verplichtingen beoogd. De payrollconstructie wordt opgezet omdat de opdrachtgever – een onderneming of overheidsinstelling – niet de juridische en administratieve werkgever wil zijn van ‘zijn’ werknemers. Met dit doel sluit het payrollbedrijf een schriftelijke arbeidsovereenkomst met de door de opdrachtgever

⁴⁸ Zie par. 2.3.5 van mijn dissertatie.

⁴⁹ HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449, m.nt. Verhulp.

geworven en geselecteerde werknemer en is het payrollbedrijf verantwoordelijk voor de nakoming van de aan de arbeidsovereenkomst verbonden juridische en administratieve verplichtingen. Het payrollbedrijf fungeert dus zowel bij de totstandkoming als bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst met de werknemer uitsluitend als 'contractueel verlengstuk' van de opdrachtgever. Of gelet op deze bedoelingen van partijen kan worden aangenomen dat een arbeidsovereenkomst tot stand komt met het payrollbedrijf, en in het verlengde daarvan een uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW, valt te betwijfelen.⁵⁰ De werknemers staan weliswaar op de loonlijst bij het payrollbedrijf en werken onder het gezag van de opdrachtgever, maar dat neemt niet weg dat de payrollconstructie wordt opgezet omdat de opdrachtgever 'op papier' niet, maar feitelijk wel de werkgever wil zijn van 'zijn' werknemers. Omdat de werknemer en de opdrachtgever in werkelijkheid van meet af aan een arbeidsovereenkomst met elkaar beogen, zou hier niet onduidelijk zijn wanneer gedurende de looptijd van de overeenkomst de opdrachtgever het payrollbedrijf als werkgever is gaan vervangen – en zich als zodanig met de werknemer heeft verbonden.⁵¹

In de (lagere) rechtspraak van de afgelopen jaren over de arbeidsrechtelijke kwalificatie van payrolling is om deze reden geoordeeld dat door de payrollconstructie moet worden heengekeken bij de kwalificatie van de werkgever.⁵² De opdrachtgever werd dan, ondanks de door de werknemer met het payrollbedrijf gesloten schriftelijke arbeidsovereenkomst, gekwalificeerd als de werkgever ex art. 7:610 BW van de werknemer. In andere gevallen werd echter op basis van de door partijen gemaakte contractuele afspraken geoordeeld dat de werknemer een arbeids- of uitzendovereenkomst had met het payrollbedrijf.⁵³ In veel van deze uitspraken speelde bij de beoordeling van het werkgeverschap van het payrollbedrijf voor de rechter een rol dat het payrollbedrijf geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt.

5.5 Arbeidsrechtelijke consequenties bij aanvaarding van payrolling

Zoals hiervoor uiteengezet, brengt het oordeel van de Hoge Raad in het *Care4Care*-arrest dat het door de werkgever vervullen van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt geen constitutief vereiste (meer) is bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst, niet mee dat daarmee vaststaat dat bij payrolling telkens sprake is van een uitzendovereenkomst waarbij de werknemer in dienst is van het payrollbedrijf. Wanneer het payrollbedrijf zowel bij de totstandkoming als bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst met de payrollwerknemer

⁵⁰ Zie par. 4.12.3 van mijn dissertatie.

⁵¹ Vgl. HR 5 april 2002, NJ 2003, 124, m.nt. Heerma van Voss (*ABN AMRO/Malhi*).

⁵² Ktr. Groningen 15 december 2009, *JAR* 2010/27, Ktr. Leeuwarden 12 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY0861, *JAR* 2012/284, Ktr. Almelo 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108, *JAR* 2013/95, Ktr. Almelo 13 mei 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA1178, *JAR* 2013/144, Rb. Den Haag 26 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749, *JAR* 2013/193, Ktr. Amsterdam 3 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6063, *JAR* 2013/252, Ktr. Almelo 11 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1214, *JAR* 2014/95, Hof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2340, *JAR* 2014/123, Ktr. Assen 1 mei 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2205, *JAR* 2015/142, Hof Den Haag 29 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3820, *RAR* 2016/52, Ktr. Assen 23 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:692, *RAR* 2016/141 en Rb. Limburg 2 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:6699, *AR Updates* 2016-0899.

⁵³ Hof Leeuwarden 23 maart 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL9881, *JAR* 2010/107, Ktr. Rotterdam 21 december 2012, *JAR* 2013/46 en Ktr. Amsterdam 4 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5783, *JAR* 2014/248.

uitsluitend fungeert als 'contractueel verlengstuk' van de opdrachtgever, kan de rechter nog steeds door de payrollconstructie heen kijken en oordelen dat de werknemer in dienst is (gebleven) van de opdrachtgever. Wanneer echter de dienstverlening door het payrollbedrijf niet uitsluitend gericht is op het door de opdrachtgever uit handen geven van de aan het juridisch werkgeverschap verbonden verplichtingen, zou wel sprake kunnen zijn van een arbeidsovereenkomst tussen het payrollbedrijf en de werknemer en daarmee – in lijn met het *Care4Care*-arrest – van een uitzendovereenkomst.

In de memorie van toelichting bij de Wwz deelde de regering mee dat de opkomst van de payrollconstructie niet was voorzien bij de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid.⁵⁴ Voorts heeft de regering tot twee keer toe, onder verwijzing naar de afspraken in het Sociaal Akkoord van 11 april 2013, gesteld te willen voorkomen dat driehoeksrelaties, waaronder payrolling, oneigenlijk worden gebruikt. Arbeidsrelaties moesten in alle gevallen transparant worden gemaakt, zodat er geen misverstand zou bestaan over de positie van de werknemer. De ontslagregels bij payrolling werden op een zodanige manier aangepast dat de ontslagbescherming van payrollwerknemers gelijkwaardig zou zijn aan die van werknemers rechtstreeks in dienst bij de opdrachtgever.⁵⁵ Voorts werd tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz de motie-Hamer aangenomen, waarin de regering werd opgeroepen te zorgen voor gelijke behandeling bij de arbeidsvoorwaarden tussen payrollwerknemers en de eigen werknemers van de inlener.⁵⁶

In het Sociaal Akkoord (dat ten grondslag lag aan de Wwz) constateerden sociale partners en het kabinet dat zich rond het uitbesteden of doorbesteden van werkgeverschap in toenemende mate vraagstukken voordoen die dringend om een oplossing vragen en spraken zij af dat – onder andere – payrolling moest worden ingepast in de bestaande arbeidsrechtelijke ordening, zodat geheel transparant is of en, zo ja, onder welke voorwaarden, dit is toegestaan. Vanaf september 2013 is door sociale partners in een speciaal daarvoor geformeerde werkgroep gesproken over het al dan niet inpassen van payrolling in de bestaande arbeidsrechtelijke ordening. Dit heeft echter niet tot een unaniem advies geleid. In 2014 deelde de Minister van SZW nog mee dat hij het advies van de werkgroep af zou wachten onder de toevoeging dat hij, wanneer dit te lang zou duren, zelf zou bekijken hoe met payrolling moest worden omgegaan en hij dan mogelijk ook met maatregelen zou komen.⁵⁷ In een brief aan de Tweede Kamer van 21 april 2016 deelde de Minister van SZW echter mee af te zien van maatregelen met betrekking tot payrolling, omdat hiervoor te weinig draagvlak bestond binnen het kabinet en bij sociale partners.⁵⁸

In navolging van de hiervoor aangehaalde mededeling van de regering dat de ontslagbescherming van payrollwerknemers gelijkwaardig zou worden gemaakt aan die van werknemers rechtstreeks in dienst van de opdrachtgever, zijn hierover enkele regels opgenomen in de sinds 1 juli 2015 geldende Ontslagregeling (zie hierover par. 6 hierna). Deze ontslagregels zijn echter uitsluitend van toepassing bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst

54 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 9.

55 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 7/8 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 12.

56 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 43.

57 Zie *Handelingen II* 2013/14, nr. 54, item 9, p. 21 en 54. Dit mede naar aanleiding van de motie Hamer.

58 *Kamerstukken II* 2015/16, 29544, nr. 715.

(voor onbepaalde tijd) van de payrollwerknemer. Indien wordt aangenomen dat een arbeidsovereenkomst tot stand komt met het payrollbedrijf en daarmee – in lijn met het *Care4Care*-arrest – sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW en het daarbij horende verlichte ontslagregime, kunnen met de payrollwerknemer in beginsel gedurende vijfenhalf jaar flexibele arbeidsovereenkomsten worden gesloten.

Naar aanleiding van de overweging van de Hoge Raad in het *Care4Care*-arrest dat de wetgever in actie moet komen wanneer zijn oordeel in nieuwe driehoeksrelaties als payrolling zou leiden tot resultaten die niet verenigbaar zijn met wat de wetgever voor ogen heeft gestaan bij de regeling van de uitzendovereenkomst, zijn Kamervragen gesteld over de gevolgen van dit arrest.⁵⁹ Daarop antwoordde de Minister van SZW over het toepassingsbereik van het verlichte ontslagregime bij uitzending:

“Het lichter arbeidsrechtelijk regime op grond van art. 7:691 BW is, zoals ook uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid, bedoeld voor het zogenoemde traditionele uitzenden waarbij sprake is van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt voor het verrichten van in beginsel kortdurende tijdelijke werkzaamheden, zoals vervanging bij ziekte of zwangerschap of het opvangen van tijdelijke pieken in de productie. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat ook voor toepassing van art. 7:691 BW geen allocatiefunctie in voornoemde zin vereist is.”

Op de vraag aan de minister of hij de bezorgdheid van de Kamerleden deelde dat het *Care4Care*-arrest zou leiden tot meer onzekere arbeidscontracten en, zo ja, wat hij daaraan zou gaan doen, antwoordde de minister dat dit arrest voor werkgevers aanleiding kan zijn om nog meer gebruik te gaan maken van payrolling dan nu al het geval is. Een wetswijziging om de onwenselijke resultaten als gevolg van het oordeel van de Hoge Raad weg te nemen zou echter niet meer in zijn kabinetsperiode verwezenlijkt kunnen worden. Daarover zullen in een volgend regeerakkoord afspraken gemaakt moeten worden, aldus de minister.

De toepassing van het verlichte ontslagregime is echter niet het enige dat knelt bij payrolling. Doordat de contractuele werkgever bij payrolling een ander is dan de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid verricht, zou de in verschillende bepalingen in en buiten Titel 10 Boek 7 BW neergelegde arbeidsrechtelijke bescherming die is gekoppeld aan het werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht, hier niet het daarmee beoogde effect hebben. In dat kader kunnen onder andere worden genoemd de verplichtingen van de werkgever op grond van art. 7:611 BW (zoals het recht op tewerkstelling), de overgang van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen bij overgang van onderneming op grond van art. 7:663 BW en de toepassing van de Wet flexibel werken en de Wet arbeid en zorg. Payrolling heeft eveneens gevolgen voor de toepasselijkheid van (algemeen verbindend verklaarde) cao's. Het payrollbedrijf is slechts verplicht een cao toe te passen wanneer het zelf aan die cao is gebonden of wanneer zijn onderneming of activiteit onder de werkingssfeer valt van een algemeen verbindend verklaarde cao.

⁵⁹ *Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, 654. Zie ook de brief van de Minister van SZW aan de Tweede Kamer van 5 december 2016, *Kamerstukken II* 2016/17, 29544, nr. 761.

Daardoor zouden payrollwerknemers weliswaar recht hebben op in die cao opgenomen primaire arbeidsvoorwaarden (art. 8 Waadi en art. 19 ABU-cao), maar kunnen zij in beginsel geen beroep doen op in de cao gemaakte afspraken die specifiek betrekking hebben op het werken in een onderneming als die van de opdrachtgever (zoals voorzieningen op het gebied van kinderopvang en scholing) of op deelname aan een voor die opdrachtgever verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Ten aanzien van dat laatste kan in dit verband worden opgemerkt dat een pensioen bij StiPP⁶⁰ – waarom het te doen was in het *Care4Care*-arrest – dan een schrale troost zal zijn voor de payrollwerknemer.⁶¹

5.6 Payrolling en ontslagbescherming

Wanneer wordt aangenomen dat de werknemer in dienst is van het payrollbedrijf, is – in lijn met het *Care4Care*-arrest van de Hoge Raad van 4 november 2016 – sprake van een uitzendovereenkomst en verkeert de werknemer in dezelfde arbeidsrechtelijke positie als de uitzendwerknemer. Het verlichte ontslagregime is op grond van art. 7:691 BW en art. 7:668a lid 5 sub a BW van toepassing waardoor met de werknemer in beginsel gedurende een aaneengesloten periode van vijfeneenhalf jaar flexibele arbeidsovereenkomsten kunnen worden gesloten. Anders dan voor een echte uitzendkracht zal daarbij einde inleenopdracht voor de payrollwerknemer al snel einde arbeidsovereenkomst betekenen, omdat hij niet in dienst is van een uitzendwerkgever met een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt. De hierna besproken ontslagregels bij payrolling in de Ontslagregeling helpen de payrollwerknemer hier niet omdat deze uitsluitend van toepassing zijn bij de opzegging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd⁶² met een payrollwerknemer.⁶³

5.6.1 Ontslagregels payrollwerknemers in Ontslagregeling

In par. 7 van de Ontslagregeling zijn bijzondere regels opgenomen voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van de payrollwerknemer.⁶⁴ Met deze bijzondere regels wordt beoogd de ontslagbescherming van de payrollwerknemer niet te laten afwijken van de ontslagbescherming van een ‘gewone’ werknemer die rechtstreeks in dienst is of zou zijn geweest van de opdrachtgever. In art. 1 sub f Ontslagregeling wordt het payrollbedrijf gedefinieerd als:

“de werkgever, die op basis van een overeenkomst met een derde, welke niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt,

60 Het verplichtgestelde pensioenfonds in de uitzendbranche.

61 Dit is een DC-regeling en bijna alle pensioenen bij StiPP blijven onder de afkoopgrens. Omdat het afkopen van pensioen beleid is bij StiPP, hielden de uitkeringen van StiPP in de afgelopen jaren telkens voor meer dan 90% verband met de afkoop van pensioenen. Zie deze cijfers via <http://www.flexnieuws.nl/2016/12/06/wat-is-het-nut-van-stipp-pensioenfonds/>

62 En voor de tussentijdse opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die op de peildatum nog langer dan 26 weken duurt.

63 Zie over deze ontslagregels ook J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, par. 3.3.3-3.3.7. De volgende paragrafen vormen hiervan deels een bewerking.

64 Op grond van art. 17 Ontslagregeling gelden de bijzondere ontslagregels voor de beëindiging van arbeidsovereenkomsten van payrollwerknemers niet alleen voor payrollwerknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, maar ook voor payrollwerknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die op de peildatum nog langer dan 26 weken duurt.

een werknemer ter beschikking stelt om in opdracht en onder toezicht en leiding van die derde arbeid te verrichten, waarbij de werkgever die de werknemer ter beschikking stelt alleen met toestemming van die derde gerechtigd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen.”

Ontslag van de payrollwerknemer is aan de orde wanneer de opdrachtgever de inleenovereenkomst beëindigt. De betrokken werknemer kan dan niet meer bij die opdrachtgever worden tewerkgesteld, en is in feite boventallig geworden bij het payrollbedrijf. Wanneer de overeenkomst tussen het payrollbedrijf en de opdrachtgever wordt beëindigd, wordt op grond van art. 20 Ontslagregeling aan de hand van de omstandigheden bij de opdrachtgever bepaald of een redelijke grond ex art. 7:669 BW bestaat voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer.⁶⁵

5.6.2 *Bedrijfseconomische redenen en afspiegelingsbeginsel*

Voor de toepassing van de regels met betrekking tot een ontslag op grond van bedrijfseconomische omstandigheden wordt de payrollwerknemer in art. 20 sub a Ontslagregeling geacht in dienst te zijn van de opdrachtgever. Voorts wordt de opdrachtgever voor de toepassing van art. 7:671a lid 5 BW geacht de werkgever van de payrollwerknemer te zijn.⁶⁶ In dit artikel is bepaald dat eerst flexibele arbeidsrelaties moeten worden beëindigd alvorens de werkgever toestemming kan krijgen om de werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op te zeggen. Omdat een payrollwerknemer niet als een dergelijke flexibele arbeidskracht wordt beschouwd, komt de payrollwerknemer niet eerder voor ontslag in aanmerking dan een ‘gewone’ werknemer die wel in dienst is bij de opdrachtgever. Op grond van art. 20 Ontslagregeling neemt het UWV bij een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel ook de bij de opdrachtgever werkzame payrollwerknemers mee. Als binnen de functiecategorieën waar arbeidsplaatsen komen te vervallen zowel payrollwerknemers als werknemers in dienst van de opdrachtgever werkzaam zijn, kan toepassing van het afspiegelingsbeginsel dus meebrengen dat eigen werknemers van de opdrachtgever voor ontslag in aanmerking komen terwijl bij de opdrachtgever werkzame payrollwerknemers hun arbeidsplaats behouden.⁶⁷

Wanneer de opdrachtgever in het licht van een komende reorganisatie eerst de opdrachtovereenkomsten van alle payrollwerknemers beëindigt zodat op de peildatum van de reorganisatie geen payrollwerknemers bij hem werkzaam zijn, zal het UWV aan het payrollbedrijf geen toestemming verlenen voor opzegging van de arbeidsovereenkomst van deze payrollwerknemers. Het payrollbedrijf bevindt zich dan in de situatie dat het UWV geen toestemming verleent vanwege de onjuiste afspiegeling. De payrollwerknemer blijft dan weliswaar op de ‘payroll’ staan, maar is zijn werk kwijt. Een payrollwerknemer die zich geconfronteerd ziet met het beëindigen van de opdracht zal niet (zonder meer) wedertewerkstelling kunnen afdwingen bij de opdrachtgever op grond van art. 7:611 BW

⁶⁵ Art. 20 Ontslagregeling.

⁶⁶ Art. 20 sub b Ontslagregeling.

⁶⁷ Zie art. 17 sub c Ontslagregeling.

omdat deze zijn werkgever niet is.⁶⁸ Denkbaar is echter dat de rechter hier onder verwijzing naar de (uitgangspunten bij de) in de Ontslagregeling neergelegde ontslagbescherming van de payrollwerknemer wel genegen zal zijn tot toewijzing van een vordering tot wedertewerkstelling bij de opdrachtgever van het payrollbedrijf.⁶⁹ Dat sluit ook aan bij de wetsgeschiedenis van art. 7:611 BW, waarin is meegedeeld dat dit artikel “niet slechts ziet op de bedoelingen van partijen onderling, maar ook op voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen en ontwikkelingen.”⁷⁰

5.6.3 In de persoon van de payrollwerknemer gelegen redenen

Wanneer een overeenkomst tussen een payrollbedrijf en een opdrachtgever wordt beëindigd wegens in de persoon van de payrollwerknemer gelegen redenen, is het op grond van art. 7:671b lid 1 sub a BW de kantonrechter die zal moeten beoordelen of dit een redelijke grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst oplevert.⁷¹ Het payrollbedrijf moet dan aannemelijk maken dat het functioneren van de werknemer bij de opdrachtgever een redelijke grond voor ontslag is in de zin van art. 7:669 lid 3 sub c tot en met sub h BW impliceert en er geen mogelijkheid bestaat de payrollwerknemer, al dan niet met behulp van scholing, binnen een redelijke termijn te herplaatsen in een andere passende functie bij de opdrachtgever.

5.6.4 Gebruikmaking van hardheidsclausule in Ontslagregeling door payrollbedrijf

Wanneer de opdrachtgever zijn (financiële) verplichtingen jegens het payrollbedrijf niet nakomt, biedt art. 23 Ontslagregeling het payrollbedrijf de mogelijkheid de arbeidsovereenkomst met toestemming van het UWV te beëindigen, zonder dat sprake hoeft te zijn van een redelijke grond ex art. 7:669 BW (bij de opdrachtgever). Deze mogelijkheid bestaat wanneer de opdrachtgever gedurende een periode van ten minste drie maanden zijn financiële verplichtingen op grond van zijn overeenkomst met het payrollbedrijf niet nakomt jegens het payrollbedrijf en het payrollbedrijf in voldoende mate heeft getracht nakoming van de overeenkomst af te dwingen. Om te voorkomen dat dit voor de opdrachtgever (en het payrollbedrijf) een makkelijke route is om de payrollwerknemer zonder redelijke grond te ontslaan, moet het payrollbedrijf kunnen aantonen dat het zich heeft ingespannen om de opdrachtgever alsnog te bewegen om de financiële verplichtingen na te komen. De toelichting op art. 23 Ontslagregeling geeft daarbij als voorbeelden dat het payrollbedrijf inzage verschaft in de boekhouding en een bewijs levert van het inschakelen van een deurwaarder om de opdrachtgever te bewegen aan zijn verplichtingen te voldoen. De periode van drie maanden en de verplichting van het payrollbedrijf de niet-nakoming door de opdrachtgever aan te tonen moeten misbruik van deze ontslagroute voorkomen. Een door het UWV consequent stellen van de eis dat een deurwaarder is ingeschakeld zou

68 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2690. Zie over de beperkte betekenis van het goed werkgeverschap van art. 7:611 BW bij arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen paragraaf 4.8.1 van mijn dissertatie.

69 Zie hierover nader mijn commentaar bij Hof Arnhem-Leeuwarden 14 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2690 onder *AR Updates* 2015-0264.

70 *Kamerstukken II* 1993/94, 23438, nr. 3, p. 15.

71 Zie de toelichting bij art. 20 Ontslagregeling, *Stcrt.* 2015/12685.

misbruik in de vorm van het 'samenspannen' van payrollbedrijf en opdrachtgever om de payrollwerknemer zonder redelijke grond te ontslaan voorkomen. Het payrollbedrijf moet dan een executoriale titel hebben verkregen en de deurwaarder heeft dan niet kunnen executeren.

5.6.5 *Informatieverstrekking opdrachtgever aan payrollbedrijf*

Wanneer het payrollbedrijf na de beëindiging van de overeenkomst tussen het payrollbedrijf en de opdrachtgever om toestemming voor opzegging bij het UWV of ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter verzoekt, moet het payrollbedrijf aan de hand van de omstandigheden bij de opdrachtgever, of het functioneren van de werknemer bij de opdrachtgever aantonen dat een redelijke grond voor ontslag bestaat. Het payrollbedrijf zal bij het aannemelijk maken van de redelijke grond bij het UWV of de kantonrechter aangewezen zijn op de informatie die de opdrachtgever aan hem verstrekt over de daaraan ten grondslag liggende bedrijfseconomische of in de persoon van de payrollwerknemer gelegen redenen. Omdat voor de opdrachtgever geen wettelijke plicht bestaat deze informatie te verstrekken aan het payrollbedrijf, is het in het belang van het payrollbedrijf dat hierover in de overeenkomst met de opdrachtgever afspraken worden gemaakt. Op grond van art. 8 sub f Wbp is het de opdrachtgever, ook wanneer het gaat om persoonsgegevens, toegestaan deze informatie aan het payrollbedrijf te verstrekken.⁷² Het payrollbedrijf kan dan eveneens afspraken maken over andere met de beëindiging van de payrollovereenkomst verband houdende risico's, zoals een loondoorbetaling en wedertewerkstelling bij de opdrachtgever na de afwijzing van het verzoek om toestemming voor opzegging bij het UWV dan wel ontbinding door de kantonrechter of over een ten laste van het payrollbedrijf aan de payrollwerknemer toegekende billijke vergoeding in verband met ernstig verwijtbaar handelen jegens de payrollwerknemer door de opdrachtgever.

5.6.6 *De wederindiensttredingsvoorwaarde bij payrolling*

Als het UWV toestemming voor ontslag verleent, dan geldt hierbij op grond van art. 22 Ontslagregeling de wederindiensttredingsvoorwaarde van art. 7:681 lid 1 sub d BW (en art. 7:682 lid 4 BW, indien de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:671b lid 1 sub b BW wordt ontbonden). De opdrachtgever wordt dan geacht de werkgever van de payrollwerknemer te zijn. Dat betekent dat de opdrachtgever niet binnen 26 weken nadat het UWV toestemming voor ontslag heeft verleend⁷³ een werknemer in dienst mag nemen voor het verrichten van werk van gelijke aard, dan nadat hij de payrollwerknemer – al dan niet door tussenkomst van het payrollbedrijf – in de gelegenheid heeft gesteld deze werkzaamheden op de bij de opdrachtgever gebruikelijke voorwaarden te hervatten. Wordt daar niet aan voldaan, dan kan de payrollwerknemer de kantonrechter verzoeken de opzegging te vernietigen (art. 7:681 lid 1 sub d BW) dan wel om toekenning van een

72 Zie ook E.W. de Groot, 'Payrolling, gewijzigd Ontslagbesluit en de Wet werk en zekerheid, wat verandert er?', TRA 2015/36.

73 Of nadat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer ontbond wegens bedrijfseconomische redenen (art. 7:671b lid 1 sub b BW) nadat het UWV geen toestemming gaf en de werkgever vervolgens om ontbinding verzocht.

billijke vergoeding verzoeken ten laste van het payrollbedrijf.⁷⁴ Ook hier is het payrollbedrijf in grote mate afhankelijk van wat de opdrachtgever doet of nalaat. Ondanks de 'tanden' die aan de wederindienststredingsvoorwaarde bij payrolling zijn verbonden, wordt hiermee niet bereikt dat de payrollwerknemer bij niet-nakoming van deze voorwaarde zijn werkzaamheden bij de opdrachtgever kan hervatten wanneer de opdrachtgever weigert om de payrollwerknemer toe te laten tot de werkzaamheden. De payrollwerknemer zal dan wel op de 'payroll' staan van het payrollbedrijf, maar geen werk hebben. Wanneer wordt aangenomen dat de opdrachtgever niet als werkgever van de payrollwerknemer kwalificeert op grond van art. 7:610 BW, zou de payrollwerknemer als hiervoor gesteld niet (zonder meer) wedertewerkstelling kunnen afdwingen bij de opdrachtgever omdat deze zijn werkgever niet is. Zoals hiervoor is opgemerkt, acht ik echter niet uitgesloten dat de rechter hiertoe, onder verwijzing naar de (uitgangspunten bij de) in de Ontslagregeling neergelegde ontslagbescherming van de payrollwerknemer, sneller genegen zal zijn.

5.6.7 Kan een payrollbedrijf dat ook uitzendt gebruikmaken van de ontslagregels voor de uitzendwerkgever?

In art. 1 sub i Ontslagregeling wordt de uitzendwerkgever gedefinieerd als "de werkgever, die als doelstelling heeft om in het kader van beroep of bedrijf werknemers ter beschikking te stellen aan derden om onder hun leiding en toezicht werkzaam te zijn en zodoende vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bij elkaar te brengen en wiens premieplichtige loonsom op jaarbasis voor ten minste 50% wordt gerealiseerd in het kader van uitzendovereenkomsten als bedoeld in artikel 690 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek". De uitzendwerkgever moet dus een allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt. Dit is een voorwaarde waaraan een 'zuiver' payrollbedrijf niet kan voldoen. In de Ontslagregeling wordt echter geen aandacht besteed aan de positie van zogenoemde 'gemengde bedrijven'. Onder een gemengd bedrijf versta ik (in dit verband) een bedrijf waar payrolling een deelactiviteit is naast het uitzenden aan opdrachtgevers van door het bedrijf zelf geworven en geselecteerde uitzendkrachten. In een dergelijk gemengd bedrijf zijn dus zowel payrollwerknemers als uitzendkrachten in dienst. Bij het ontslag van een payrollwerknemer valt dit bedrijf zowel onder de definitie van uitzendwerkgever in art. 1 sub i Ontslagregeling als onder de definitie van payrollwerkgever in art. 1 sub f Ontslagregeling. Toch zijn in deze situatie uitsluitend de regels met betrekking tot het ontslag van de payrollwerknemer van toepassing omdat deze regels, zoals volgt uit de definitie van de payrollwerkgever in de Ontslagregeling, zien op de arbeidsovereenkomst tussen een werkgever en een werknemer die niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Doorslaggevend is dus dat de werkgever bij de totstandkoming van de betrokken arbeidsovereenkomst geen rol speelde bij de werving en selectie van de werknemer. Dat de werkgever ook kwalificeert als uitzendwerkgever in de zin van art. 1 sub i Ontslagregeling doet dan niet af aan het van toepassing zijn van de regels met betrekking tot het ontslag van de payrollwerknemer in de Ontslagregeling.

⁷⁴ Indien de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbond, kan de payrollwerknemer op grond van art. 7:682 lid 4 BW om herstel dan wel een billijke vergoeding verzoeken.

5.6.8 *Bedrijfsbeëindiging payrollbedrijf geen redelijke grond voor opzegging*

Een bedrijfsbeëindiging van het payrollbedrijf vormt geen redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer, zo wordt gemeld in de toelichting bij art. 23 Ontslagregeling. In de situatie waarin het payrollbedrijf zijn bedrijfsactiviteiten geheel of gedeeltelijk wil beëindigen, zullen de betrokken opdrachtgevers de payrollwerknemers alsnog in dienst moeten nemen of moet een ander payrollbedrijf de payrollwerknemers 'overnemen'. Indien dit niet mogelijk is (de opdrachtgever kan bijvoorbeeld niet gedwongen worden een payrollwerknemer in dienst te nemen), kan uitsluitend een rechtsgeldige opzegging worden gerealiseerd wanneer het payrollbedrijf faillieert zodat de curator de arbeidsovereenkomsten van de payrollwerknemers met toepassing van art. 40 Faillissementswet zonder toestemming van het UWV kan opzeggen.

5.7 **Werkgeversverplichtingen opdrachtgever jegens payrollwerknemer**

Ook wanneer zou worden aangenomen dat bij payrolling een arbeidsovereenkomst bestaat met het payrollbedrijf en niet met de opdrachtgever, wordt de opdrachtgever op basis van arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving aansprakelijk of verantwoordelijk gehouden voor de in deze wetgeving neergelegde voorschriften.⁷⁵

5.7.1 *Aansprakelijkheid opdrachtgever voor het aan de payrollwerknemer verschuldigde loon*

Indien arbeid wordt verricht in dienst van de werkgever ter uitvoering van een overeenkomst van opdracht, aanneming van werk of goederenvervoer over de weg, dan zijn op grond van art. 7:616a BW de werkgever en diens opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk voor de voldoening van het aan de werknemer verschuldigde loon. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid geldt ook voor alle arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waaronder payrolling⁷⁶ en de opdrachtgever kan zich slechts disculperen van zijn aansprakelijkheid wanneer hij in rechte aannemelijk maakt dat hem niet kan worden verweten dat het loon niet is voldaan aan de werknemer. Dat betekent dat de opdrachtgever van het payrollbedrijf door de payrollwerknemer hoofdelijk kan worden aangesproken tot betaling van het aan hem verschuldigde loon wanneer het payrollbedrijf dit niet (op tijd en/of volledig) betaalt.

5.7.2 *Aansprakelijkheid opdrachtgever jegens payrollwerknemer op grond van art. 7:658 BW*

In art. 7:658 lid 1 BW is de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werkomgeving van de werknemer opgenomen. Op grond van dit artikel is de werkgever verplicht "de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige te maatregelen treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade

⁷⁵ Zie hierover ook J.P.H. Zwemmer, 'Payrolling: wie is de werkgever en welke verplichtingen hebben het payrollbedrijf en de opdrachtgever jegens de werknemer?', *Verkeersrecht* 2013/68.

⁷⁶ Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34108, nr. 3, p. 21.

lijdt.” De werkgever is op grond van art. 7:658 lid 2 BW aansprakelijk voor de schade die de werknemer lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden wanneer hij niet heeft voldaan aan zijn zorgplicht ex art. 7:658 lid 1 BW. Toont de werkgever aan dat hij zijn zorgplicht is nagekomen, of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, is hij niet aansprakelijk. Hoewel de bewijslast van het hebben voldaan aan de zorgplicht op de werkgever ligt, dient de werknemer te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. In art. 7:658 lid 4 BW zijn de zorgplicht van de werkgever en de aansprakelijkheid van de werkgever voor de nakoming daarvan uit art. 7:658 lid 1 en 2 BW van overeenkomstige toepassing verklaard op degene die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft. Over wat moet worden verstaan onder arbeid laten verrichten in de uitoefening van beroep of bedrijf in de zin van art. 7:658 lid 4 BW, werd tijdens de parlementaire behandeling meegedeeld dat het moet gaan om werkzaamheden die de derde in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ook door eigen werknemers had kunnen laten verrichten.⁷⁷ Wanneer de schade van de werknemer geen direct verband houdt met de voor de werkgever verrichte werkzaamheden maar wel een relatie bestaat tussen deze schade en de werkzaamheden van de werknemer, wordt in enkele situaties de zorgplicht van de werkgever uitgebreid op grond van de in art. 7:611 BW neergelegde verplichting van de werkgever zich te gedragen als een goed werkgever. Zo dient de werkgever zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering tegen schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werk kan lijden als gevolg van een verkeersongeval waarbij hij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken is.⁷⁸ Heeft de werkgever geen behoorlijke verzekering afgesloten voor deze werkgerelateerde verkeersschade of heeft de werkgever de werknemer niet financieel in staat gesteld zelf een behoorlijke verzekering af te sluiten, dan is de werkgever aansprakelijk voor de schade die de werknemer lijdt als gevolg van het ongeval.

Bij payrolling zal doorgaans sprake zijn van het door de opdrachtgever in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf laten verrichten van arbeid door de payrollwerknemer. De payrollwerknemer is door de opdrachtgever zelf geworven en geselecteerd en wordt exclusief aan hem ter beschikking gesteld door een payrollbedrijf dat uitsluitend de aan het werkgeverschap verbonden financiële en administratieve verplichtingen op zich neemt. De opdrachtgever is dan naast het payrollbedrijf (hoofdelijk) aansprakelijk voor de schade die de payrollwerknemer lijdt in de uitoefening van de werkzaamheden als hij niet heeft voldaan aan de op grond van art. 7:658 lid 4 jo. lid 1 BW op hem rustende zorgplicht voor de veiligheid van de werkomgeving van de payrollwerknemer. De vraag is dan nog of de opdrachtgever eveneens aansprakelijk kan worden gehouden voor schade van de payrollwerknemer die geen direct verband houdt met de verrichte werkzaamheden maar daar wel aan gerelateerd is, zoals de hiervoor genoemde werkgerelateerde verkeersschade. Wanneer wordt aangenomen dat de payrollwerknemer een arbeidsovereenkomst heeft

⁷⁷ *Kamerstukken II 1998/99, 26257, nr. 7, p. 15.*

⁷⁸ HR 1 februari 2008, NJ 2009/330 en 331 (*Maasman/Akzo Nobel en Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*). Deze verzekeringsplicht geldt eveneens voor schade die de werknemer als fietser of voetganger in de uitoefening van zijn werk kan lijden als gevolg van een verkeersongeval waarbij een motorvoertuig is betrokken, of als fietser door een eenzijdig fietsongeval. Zie HR 12 december 2008, NJ 2009/332 (*Stichting Maatzorg/Van der Graaf*).

met het payrollbedrijf, zou uitsluitend op het payrollbedrijf de verplichting rusten zich jegens de payrollwerknemer als goed werkgever te gedragen. De Hoge Raad heeft echter bevestigd dat de opdrachtgever in strijd handelt met wat volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (zie art. 6:162 BW) wanneer hij er niet op toeziet dan wel ervoor zorgt dat ook de ingeleende werknemer behoorlijk verzekerd is voor werkgerelateerde verkeersschade.⁷⁹ Op grond van dit arrest zou de payrollwerknemer de opdrachtgever op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kunnen stellen voor werkgerelateerde verkeersschade wanneer de opdrachtgever er niet op heeft toegezien dat de payrollwerknemer hiervoor behoorlijk verzekerd was.

Overigens rust bij payrolling de risicoaansprakelijkheid ex art. 6:170 BW voor door een ondergeschikte aan een derde toegebrachte schade op de opdrachtgever, omdat deze wordt geacht zeggenschap te hebben over de gedraging waarin de fout van de ondergeschikte – in casu de payrollwerknemer – was gelegen.⁸⁰

5.7.3 *Verplichtingen opdrachtgever jegens payrollwerknemer op grond van publiek-rechtelijke arbeidswetgeving*

5.7.3.1 *Arbeidsomstandigheden-en Arbeidstijdenwet*

Op grond van art. 1 lid 1 sub a ten tweede van de Arbeidsomstandighedenwet en art. 1:1 lid 1 sub a ten tweede Arbeidstijdenwet wordt in geval van de terbeschikkingstelling van de werknemer niet de uitlener, maar de inlener van de werknemer als werkgever beschouwd voor de toepassing van deze wetgeving. Bij payrolling is de opdrachtgever dus verantwoordelijk voor de naleving van de in en op basis van deze wetgeving geldende voorschriften op het gebied van de arbeidsomstandigheden en arbeidstijden. Daardoor is de opdrachtgever dus verantwoordelijk voor de veiligheid, de gezondheid, het welzijn van de payrollwerknemer in verband met de arbeid en voor de arbeids- en rusttijden. Wanneer bijvoorbeeld voor bepaalde werkzaamheden beschermende werkkleding nodig is, moet de opdrachtgever die kleding dus verstrekken aan de payrollwerknemer.

5.7.3.2 *Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WMM)*

Op grond van art. 18b lid 3 WMM wordt bij uitzending of detachering de inlener of de opdrachtgever als werkgever beschouwd in het kader van de verplichting tot overlegging aan de Inspectie SZW van de in het tweede lid van dat artikel genoemde bescheiden op het gebied van het aan de werknemer betaalde loon, de betaalde vakantiebijslag en het aantal door de werknemer gewerkte uren. De opdrachtgever heeft op grond van art. 18b WMM de verplichting tot overlegging aan de Inspectie SZW van de hiervoor genoemde bescheiden.

⁷⁹ HR 9 juli 2010, JAR 2010/197 (*Licotec/Van der Hoeven*).

⁸⁰ Tijdens de parlementaire behandeling van het huidige art. 6:170 BW werd meegedeeld dat bij ondergeschikten in eerste instantie werd gedacht aan werknemers, maar ook aan ingeleende werknemers en aan personen die werkzaamheden verrichten op basis van een opdrachtvereenkomst waarbij de verhouding tussen partijen zodanig is dat van ondergeschiktheid kan worden gesproken. Zie *Kamerstukken II 1975/76, 7729*, nrs. 6-7, p. 169.

Ook bij payrolling is de opdrachtgever verplicht tot overlegging aan de Inspectie SZW van de in art. 18b lid 2 WMM genoemde bescheiden.

5.7.3.3 *Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi)*

De ruime definitiebepalingen van de Waadi sluiten niet uit dat de Waadi eveneens van toepassing zou kunnen zijn in de situatie waarin de detachering niet zou kunnen worden gekwalificeerd als uitzending ex art. 7:690 BW wegens het ontbreken van een allocatiefunctie bij de detacherende werkgever.⁸¹ Wanneer de gedetacheerde werknemer de arbeid verricht onder toezicht en leiding van de opdrachtgever, heeft hij op grond van de Waadi onder meer recht op hetzelfde loon als door de opdrachtgever wordt betaald aan eigen werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies.⁸² Wanneer geen (algemeen verbindend verklaarde) cao van toepassing is op de opdrachtgever zouden de gevolgen van het van toepassing zijn van de Waadi bij payrolling echter beperkt zijn wanneer alle bij de opdrachtgever werkzame werknemers (of alle werknemers in bepaalde functiecategorieën) een arbeidscontract hebben met een payrollbedrijf. In dat geval is immers geen sprake van werknemers (in gelijke of gelijkwaardige functies) in dienst van de opdrachtgever met wier arbeidsvoorwaarden de arbeidsvoorwaarden van de gedetacheerde werknemer moeten worden gelijkgesteld.

5.7.3.4 *Wet arbeid vreemdelingen (WAV)*

In art. 1 sub a WAV wordt de werkgever gedefinieerd als degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten. Omdat reeds het in opdracht of ten dienste van een ander verrichten van arbeid voldoende is om te kunnen spreken van het laten verrichten van arbeid in de zin van art. 1 WAV, kan bij payrolling tegelijkertijd sprake zijn van meer werkgevers wanneer de payrollwerknemer een derdelander is. Daardoor kwalificeren bij payrolling zowel het payrollbedrijf als de opdrachtgever als werkgever in de zin van de WAV en zijn zij beiden verantwoordelijk voor de naleving van de in de WAV neergelegde voorschriften. Wanneer een payrollbedrijf een derdelander ter beschikking stelt aan een opdrachtgever zonder dat voor deze derdelander de vereiste tewerkstellingsvergunning is verleend, kunnen zowel het payrollbedrijf als de opdrachtgever een boete verbeuren van € 8000 per derdelander. De opdrachtgever heeft een eigen verantwoordelijkheid als werkgever van de payrollwerknemer op grond van de WAV en kan niet aan de boete ontkomen door de schuld bij het payrollbedrijf te leggen. Daarnaast is de werkgever in de zin van de WAV – zowel de opdrachtgever als het payrollbedrijf dus – verplicht de derdelander een loon te betalen dat gelijkwaardig is aan wat vergelijkbare, in een legale arbeidsverhouding tewerkgestelde, werknemers zouden hebben ontvangen.⁸³ Bovendien legt de WAV verplichtingen op aan de opdrachtgever met betrekking tot de identificatieplicht. Op grond van art. 15 WAV dient het payrollbedrijf bij de aanvang van het werk door de derdelander een kopie van het identiteitsbewijs af te geven aan de opdrachtgever. De opdrachtgever moet deze kopie dan verifiëren na ontvangst en deze vijf

81 Zie hierover nader par. 4.6 van mijn dissertatie en par. 17.2.3 in: *Bijzondere arbeidsverhoudingen* (red.: Houweling/Van der Voet), Den Haag: Bju 2017, tweede druk.

82 Zie ook art. 19 van de huidige ABU-cao.

83 Art. 23 WAV. Zie hierover nader par. 3.3.1 van mijn dissertatie.

jaar bewaren, te rekenen vanaf het einde van het kalenderjaar waarin de werkzaamheden door de derdelander zijn geëindigd. Als de opdrachtgever deze regels overtreedt, kan hij een boete verbeuren van € 2250.⁸⁴ Deze regeling is echter niet goed toepasbaar bij payrolling, omdat hier de opdrachtgever de werknemer werft en selecteert. In de Algemene voorwaarden voor het verstrekken van opdrachten tot het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (versie augustus 2012)⁸⁵ is daarom opgenomen dat de opdrachtgever, op verzoek van het payrollbedrijf, de identiteit van de payrollwerknemer controleert en voorafgaand aan de werkzaamheden een kopie van een geldig legitimatiebewijs van de payrollwerknemer verstrekt aan het payrollbedrijf.

5.8 Slot

Bij payrolling verkeert de werknemer als gevolg van zijn arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf in een minder gunstige arbeidsrechtelijke positie dan wanneer hij gewoon in dienst was getreden (of gebleven) bij de opdrachtgever. Dat de opdrachtgever in een deel van de arbeidsrechtelijke wetgeving – op grond van het daarin gehanteerde materiële werkgeversbegrip – gehouden is de in die wetgeving neergelegde voorschriften na te komen, doet daar niet aan af. In de (lagere) rechtspraak wordt vooralsnog op uiteenlopende wijze geoordeeld over het werkgeverschap bij payrolling. Wanneer in deze rechtspraak werd uitgegaan van het werkgeverschap van het payrollbedrijf, keek de rechter soms wel en soms niet door de payrollconstructie heen bij de toepassing van de betrokken arbeidsrechtelijke wetgeving. In gevallen waarin de rechter oordeelde dat de werknemer ondanks de payrollconstructie in dienst was van de opdrachtgever werd vaak relevant geacht dat het payrollbedrijf geen allocatiefunctie vervulde op de arbeidsmarkt.

In het *Care4Care*-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat voor de toepassing van de regeling van de uitzendovereenkomst niet vereist is dat de ter beschikking stellende werkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Daarmee is niet gegeven dat bij payrolling telkens sprake is van een uitzendovereenkomst. art. 7:690 BW is, evenals art. 7:610 BW, van dwingend recht. Daar verandert het arrest van de Hoge Raad niets aan. Dat het payrollbedrijf en de werknemer een schriftelijke arbeidsovereenkomst met elkaar aangaan, impliceert niet dat daarmee vaststaat dat tussen hen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen en het payrollbedrijf voor de toepassing van art. 7:690 BW kwalificeert als een werkgever die zijn werknemer ter beschikking stelt. Het is de vraag of bij de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling een arbeidsovereenkomst tot stand komt tussen het payrollbedrijf en de werknemer en daarmee of sprake is van terbeschikkingstelling van een werknemer van het payrollbedrijf aan de opdrachtgever in de zin van art. 7:690 BW. Voor het werkgeverschap van het payrollbedrijf is meer vereist dan een ‘papieren’ constructie op basis waarvan het juridische werkgeverschap wordt weggecontracteerd naar een ‘papieren werkgever’ die bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst geen zelfstandige en inhoudelijke rol speelt. In mijn dissertatie heb ik betoogd dat de payrollsector zichzelf opnieuw zou moeten uitvinden om voor de toepassing van Titel 10 Boek 7 BW

⁸⁴ Beleidsregel boeteplegging Wet arbeid vreemdelingen 2016.

⁸⁵ Deze algemene voorwaarden zijn in samenwerking met vertegenwoordigers uit de publieke sector, de uitzendbranche en de payrollbranche tot stand gekomen.

als werkgever te kunnen worden gekwalificeerd.⁸⁶ Payrolling is nu geen alternatief voor uitzending, of een nieuwe vorm van arbeid, maar dient als alternatief voor de 'gewone' arbeidsovereenkomst van de werknemer met de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij werkzaam is. De payrollconstructie wordt opgezet omdat de ondernemer (of (overheids)instelling) niet de juridische en administratieve werkgever wil zijn van 'zijn' werknemers. Om als werkgever in de zin van art. 7:610 BW te worden aangemerkt, zal het payrollbedrijf een voldoende zelfstandige en inhoudelijke rol moeten spelen bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer. Van een dergelijke voldoende zelfstandige en inhoudelijke rol zou sprake kunnen zijn wanneer de focus van de dienstverlening door het payrollbedrijf niet uitsluitend is gericht op het fungeren als juridisch en administratief werkgever van de werknemers van derden. Waar het bij een overheidsinstelling of grote onderneming de vraag zal zijn waarom een payrollconstructie nodig is, zou daarvan in het midden- en kleinbedrijf wel zelfstandige inhoud en betekenis kunnen uitgaan. Dan zou het werkgeverschap van het payrollbedrijf ook van toegevoegde waarde zijn voor de werknemer. Dat zou bijvoorbeeld het geval zijn wanneer payrollbedrijven invulling gaan geven aan de rol van werkgever door zorg te dragen voor, en knowhow te creëren op het gebied van, onder meer de (tussentijdse) scholing, de herplaatsing en, in geval van arbeidsongeschiktheid, de re-integratie van de payrollwerknemer. In dat geval zou – in lijn met het *Care4Care*-arrest – sprake zijn van een uitzendovereenkomst en het daarbij horende verlichte ontslagregime van toepassing zijn. Daardoor kunnen met de werknemer in beginsel gedurende vijfentwintig jaar flexibele arbeidsovereenkomsten worden gesloten. Anders dan voor een echte uitzendkracht zal daarbij einde inleenopdracht al snel einde arbeidsovereenkomst betekenen omdat de werknemer niet in dienst is van een uitzendwerkgever met een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt.

Als de wetgever van oordeel is dat het verlichte ontslagregime bij uitzending niet van toepassing dient te zijn bij payrolling, maar meent dat de payrollwerknemer hier in dezelfde positie behoort te verkeren als een 'gewone' werknemer die rechtstreeks in dienst is of zou zijn geweest van de opdrachtgever, dient aan de definitie van de uitzendovereenkomst in art. 7:690 BW het vereiste te worden toegevoegd dat de (uitzend)werkgever op actieve wijze een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Naast de hiervoor in par. 2.3.2 besproken wetsgeschiedenis kan als argument voor een dergelijke wetswijziging worden aangevoerd dat in de Ontslagregeling de ontslagbescherming van de payrollwerknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wel is gelijkgetrokken met die van een gewone werknemer wegens het ontbreken van een allocatiefunctie bij het payrollbedrijf. Een dergelijke wetswijziging valt echter op de korte termijn niet te verwachten. In reactie op Kamervragen naar aanleiding van het *Care4Care*-arrest heeft de Minister van SZW weliswaar meegedeeld dat uit de wetsgeschiedenis volgt dat het oordeel van de Hoge Raad in het *Care4Care*-arrest niet aansluit bij wat destijds door de wetgever is beoogd, maar daar meteen aan toegevoegd dat een wetswijziging niet meer in zijn kabinetsperiode verwezenlijkt zou kunnen worden. Daarover zullen volgens de minister in een volgend regeerakkoord afspraken moeten worden gemaakt.

⁸⁶ Zie p. 347 van mijn dissertatie.