



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### De payrollonderneming, de inlener en het werkgeverschap in de (lagere) jurisprudentie

Zwemmer, J.P.H.

**Publication date**

2010

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Zwemmer, J. P. H. (2010). De payrollonderneming, de inlener en het werkgeverschap in de (lagere) jurisprudentie. *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, 3(1), 19-23.

<http://opmaatarbeidsrecht.sdu.nl/opmaatarbeidsrecht/d/gen/SDU-TAPA-20100103>

**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.

# De payrollonderneming, de inlener en het werkgeverschap in de (lagere) jurisprudentie

MR. J.P.H. ZWEMMER

In haar bijdrage in de TAP special 'tien jaar flexwet' van december vorig jaar onderzocht Knipschild aan de hand van de jurisprudentie en de ontwikkelingen in de uitzendsector van de afgelopen tien jaar of de wettelijke regeling van de uitzendovereenkomst haar doel heeft bereikt. Daarbij kwam tevens de opkomst van payrolling aan de orde. Payrolling is een vorm van uitbesteding van het werkgeverschap die sinds enkele jaren steeds vaker wordt toegepast. Van het begrip payrolling bestaat geen wettelijke definitie. Doorgaans merken de inlener en de door hem aangezochte payrollonderneming de verhouding tussen de payrollonderneming en de werknemer aan als een uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW. Inmiddels hebben verschillende lagere rechters zich uitgesproken over het werkgeverschap en de werkgeversaansprakelijkheid bij payrolling. In deze bijdrage bespreek ik deze rechtspraak en de mogelijke gevolgen hiervan voor de payrollconstructie. Directe aanleiding hiervoor is het vonnis in kort geding van de kantonrechter te Groningen van 15 december 2009, waarin wordt geoordeeld dat de payrollwerknemer op grond van een arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 lid 1 BW in dienst is bij de inlener.

## De uitzendovereenkomst en payrolling

Volgens de Vereniging van Payroll-ondernemingen (VPO), een in 2006 opgerichte branchevereniging die de belangen van de bij haar aangesloten payrollondernemingen behartigt, zijn inmiddels 70.000 werknemers in dienst van een payrollonderneming en werkten in 2008 bijna twee van de drie payrollwerknemers in Nederland voor een VPO-lid. In art. 6 lid 6 van de 'CAO voor Medewerkers van Payroll Ondernemingen 2009-2010' (payroll-cao) kwamen de VPO en de werknemersorganisaties overeen dat de payrollovereenkomst van de payrollonderneming met de werknemer een uitzendovereenkomst is in de zin van art. 7:690 BW. Of payrolling uitzending is, staat echter niet ter vrije beoordeling van (cao-)partijen maar hangt uitsluitend af van de vraag of deze vorm van het ter beschikking stellen van werknemers past binnen de definitie van art. 7:690 BW. Met de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid in 1999 werd in art. 7:690 BW de uitzendovereenkomst geduid als arbeidsovereenkomst tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht. De reden voor deze wettelijke duiding van de uitzendovereenkomst vormde de behoefte in de praktijk aan duidelijkheid over de rechtspositie van de partijen bij de uitzendovereenkomst. De regering gaf gehoor aan deze behoefte uit de praktijk, omdat het werken voor en via uitzendbureaus in de daaraan voorafgaande jaren sterk in omvang was toegenomen, de uitzendsector een belangrijke allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervulde

en deze allocatiefunctie behouden diende te blijven.<sup>1</sup> Met de term allocatiefunctie bedoelde de regering het zich door de uitzendwerkgever richten op het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid.<sup>2</sup> Deze allocatiefunctie van de uitzendwerkgever dient volgens de regering te worden gelezen in de woorden 'in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf' in de definitie van de uitzendovereenkomst in art. 7:690 BW.<sup>3</sup> Bij payrolling wordt de werknemer echter niet door de payrollonderneming maar door de opdrachtgever van de payrollonderneming geworven en geselecteerd. De opdrachtgever zoekt daar dan een payrollonderneming bij die de werknemer vervolgens exclusief en permanent aan hem ter beschikking gaat stellen. De payrollonderneming vervult op de arbeidsmarkt dus niet de allocatiefunctie die de wetgever beoogde met de definitie van art. 7:690 BW. Met payrolling wordt invulling gegeven aan heel andere behoeften uit de praktijk. Deze komen erop neer dat werkgevers af willen van

<sup>1</sup> *Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9.*

<sup>2</sup> *Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10.*

<sup>3</sup> In de artikelsgewijze toelichting in de memorie van toelichting bij de Wet Flexibiliteit en Zekerheid deelde de regering mee dat de in art. 7:690 BW gestelde voorwaarde van terbeschikkingstelling in het kader van het beroep of bedrijf van de werkgever 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'. *Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 33.*

(i) aan het werkgeverschap verbonden (administratieve) verplichtingen, (ii) aansprakelijkheden en (iii) streven naar een zo flexibel mogelijke inzet van werknemers. Daarmee is payrollling anders dan uitzending een constructie die uitsluitend als doel heeft het werkgeverschap en de daaraan verbonden verplichtingen te omzeilen. Omdat de opdrachtgever zelf de door de payrollonderneming aan hem ter beschikking te stellen werknemers werft en selecteert, zijn de tarieven bij payrollling lager dan die welke door een uitzendbureau worden gerekend.<sup>4</sup> Nu van een allocatiefunctie van de payrollonderneming geen sprake is, meen ik dat payrollling geen uitzending is in de zin van art. 7:690 BW. De vraag is dan of het arbeidsrecht toestaat dat een inlener en een payrollonderneming samen afspreken dat de payrollonderneming de (uitzend)werkgever van de door de inlener geworven payrollwerknemer zal zijn, terwijl die werknemer exclusief en permanent voor die inlener werkzaam zal zijn. Ik heb deze vraag ontkennend beantwoord en betoogd dat de relatie tussen de payrollwerknemer en de inlener voldoet aan de elementen van art. 7:610 lid 1 BW en partijen vanaf het begin materieel een arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer met de inlener beogen.<sup>5</sup> Mijns inziens dient daarom een arbeidsovereenkomst tussen de payrollwerknemer en de inlener te worden aangemenen.<sup>6</sup> Ik meen dat in dat geval de payrollonderneming niet, naast de inlener, als (mede)werkgever van de payrollwerknemer kan worden aangemerkt. Ook wanneer zij een overeenkomst sluiten waarin zij afspreken dat de payrollonderneming de werkgever van de payrollwerknemer zal zijn, kan de relatie tussen de payrollonderneming en de payrollwerknemer niet als arbeidsovereenkomst worden aangemerkt omdat deze niet de elementen uit art. 7:610 lid 1 BW bevat.<sup>7</sup> De payrollwerknemer verricht arbeid onder het gezag van én voor de inlener. De payrollonderneming verricht 'slechts' op basis van de door haar met de payrollwerknemer en de inlener gesloten (opdracht)overeenkomsten aan het werkgeverschap van de inlener verbonden (administratieve) werkzaamheden en komt voor de inlener als 'ander' in de zin van art. 6:30 lid 1 BW de verplichting tot het betalen van loon (en eventueel een ontslagvergoeding)

4 Een bijkomend voordeel voor de inlener bij payrollling kan zijn dat, als gevolg van het inlenen van de werknemers via payrollling, een ondernemings- of bedrijfstak-cao niet meer van toepassing is, wat tot aanzienlijke kostenbesparingen kan leiden omdat de werkgever ten aanzien van de payrollwerknemers niet meer verplicht is af te dragen aan bedrijfssectorfondsen en bedrijfstakpensioenfondsen. Zie bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam (bestuursrechter) 30 juni 2005, LJN AT8725.

5 J.P.H. Zwemmer, 'Waarom de payrollonderneming geen (uitzend)werkgever kan zijn' *TRA* 2009, 2.

6 Zie ook: E.M. Hoogeveen, *ArA* 2007, 3, p. 24/25 en 35.

7 Zie: HR 10 oktober 2003, «*JAR*» 2003/263, *NJ* 2007, 446 (Van der Male B.V./Den Hoedt), waarin de Hoge Raad oordeelde dat wanneer de tussen partijen gesloten overeenkomst niet de elementen van art. 7:610 lid 1 BW bevat, geen sprake is van een arbeidsovereenkomst hoewel partijen de tussen hen gesloten overeenkomst wel zo hebben genoemd. Zie anders: E.M. Hoogeveen, *ArA* 2007, 3, p. 26, die naast de arbeidsovereenkomst tussen de payrollwerknemer en de inlener een '(lege) arbeidsovereenkomst' aanneemt tussen de payrollwerknemer en de payrollonderneming.

aan de payrollwerknemer na. Inmiddels hebben verschillende lagere rechters geoordeeld in zaken waarin sprake was van payrollling. In de eerste vier van de door mij in deze bijdrage besproken uitspraken beriep de payrollwerknemer zich niet op het werkgeverschap van de inlener maar ging het om verplichtingen van de payrollonderneming en/of de arbeidsrechtelijke consequenties van de payrollovereenkomst. In de vijfde en meest recente uitspraak beriep de payrollwerknemer zich wel direct op het bestaan van een arbeidsovereenkomst met de inlener.

### Kantonrechters te Almelo en Oost Gelre: de payrollonderneming komt als werkgever van de payrollwerknemer in situaties, waarin dit slecht zou uitpakken voor de payrollwerknemer, niet onder haar werkgeversverplichtingen uit met een beroep op haar beperkte, formele werkgeverschap<sup>8</sup>

In de uitspraken van de kantonrechter te Almelo van 27 juni 2008<sup>9</sup> en van de kantonrechter te Oost Gelre van 12 oktober 2009<sup>10</sup> verkeerde de inlener in slecht weer en zou honorering van de stelling van de payrollonderneming dat niet zij maar de inlener de 'echte' werkgever van de payrollwerknemer was tot een nadelige uitkomst voor de payrollwerknemer hebben geleid. Hoe de relatie tussen de payrollwerknemer en de inlener dient te worden geduid, kwam in deze uitspraken niet aan de orde. In de overwegingen in beide uitspraken speelt een belangrijke rol dat de door de payrollonderneming en de inlener gesloten overeenkomst of gekozen constructie niet in het nadeel van de werknemer mag uitpakken. In de Almelse zaak beëindigde de payrollonderneming de opdrachtovereenkomst met de wanbetalende inlener en stopte tegelijkertijd de loondoorbetaling aan de op dat moment arbeidsongeschikte payrollwerknemer. De payrollonderneming stopte deze betaling van loon op grond van een tussen haar en de inlener overeengekomen beding in de inleenovereenkomst. Op basis van dit beding was de inlener verplicht de payrollwerknemer na beëindiging van de inleenovereenkomst met de payrollonderneming in dienst te nemen. De inlener weigerde de payrollwerknemer echter in dienst te nemen en ging later zelfs failliet. In de door de payrollwerknemer tegen de payrollonderneming aangehangig gemaakte loonvorderingsprocedure stelt de payrollonderneming dat zij als payrollonderneming slechts de salarisadministratie en -betaling uit handen neemt van haar opdrachtgevers en in tegenstelling tot een uitzendorganisatie zelf geen werknemers werft. De kantonrechter overweegt dat de werknemer ondanks het beding uit de inleenovereenkomst toch in dienst is gebleven bij de payrollonderneming na de beëindiging van de inleenovereenkomst. Hij overweegt daarbij dat het in de inleenovereenkomst opgenomen beding in casu nadelig uitpakt voor de

8 Zie ook mijn commentaar van 30 november 2009 op deze twee uitspraken op [www.ar-updates.nl](http://www.ar-updates.nl).

9 Ktr. Almelo 27 juni 2008, «*JAR*» 2008/226.

10 Ktr. Oost Gelre 12 oktober 2009, «*JAR*» 2010/8, *AR* 2009-881.

werknemer en dat de payrollonderneming, gelet op de achtergrond van de art. 7:628 en 629 BW, niet via het beding in de inleenovereenkomst met de inlener onder de loondoorbetalingsverplichting aan de werknemer kan uitkomen.

De kantonrechter te Oost Gelre oordeelde op eenzelfde wijze in een aan hem door een payrollonderneming voorgelegd ontbindingsverzoek. In dit geval waren de payrollonderneming en de inlener overeengekomen dat de inlener de ontbindingsvergoeding van de payrollwerknemer zou betalen. Ook deze payrollonderneming stelt slechts de salarisadministratie en -betaling uit handen te nemen van haar opdrachtgevers en slechts 'op papier' de functie van werkgever te vervullen. Aan de payrollwerknemer zou volgens de payrollonderneming geen ontbindingsvergoeding moeten worden toegekend op grond van de slechte bedrijfseconomische omstandigheden bij de inlener. De kantonrechter te Oost Gelre wijst het ontbindingsverzoek van de payrollonderneming toe omdat zij afdoende heeft onderbouwd dat sprake is van de slechte bedrijfseconomische omstandigheden bij de inlener en de payrollwerknemer noch bij de inlener noch bij andere opdrachtgevers van de payrollonderneming passend (ander) werk kan worden aangeboden. Volgens de kantonrechter valt niet in te zien wat de payrollonderneming op dit punt nog had kunnen doen of toevoegen. De payrollwerknemer is naar het oordeel van de kantonrechter ook niet in een slechtere positie terechtgekomen met de door de inlener en de payrollonderneming gekozen constructie. Anders dan door de payrollonderneming betoogd, overweegt de kantonrechter echter dat voor de vraag of ruimte bestaat voor het toekennen van een ontbindingsvergoeding dient te worden gekeken naar de bedrijfseconomische omstandigheden van de payrollonderneming en niet naar die van de inlener. De payrollonderneming is immers, zo overweegt de kantonrechter, de formele werkgever. Dat de inlener de ontbindingsvergoeding niet zou kunnen betalen, doet daarbij niet ter zake en is nu eenmaal de consequentie van de door de payrollonderneming zelf ontwikkelde constructie, die – naar de kantonrechter aanneemt – is ingegeven door commerciële motieven.

### Kantonrechters te Amsterdam en Delft: de payrollonderneming wordt (uitzend)werkgever van de payrollwerknemer die voor het aangaan van de payrollovereenkomst in dienst was van de inlener

In de zaken die de aanleiding vormden voor de uitspraken van de kantonrechter te Amsterdam van 7 juli 2009<sup>11</sup> en van de kantonrechter te Delft van 12 november 2009<sup>12</sup> ging de werkgever de werknemers die voorheen bij hem in dienst waren, inlenen van een payrollonderneming. In de Amsterdamse zaak beriep de payrollwerknemer zich op het opvolgend werkgeverschap van de payrollonderneming. De payrollonderneming bestreed dat sprake was van

opvolgend werkgeverschap omdat de payrollwerknemer in het kader van zijn indiensttreding bij de payrollonderneming niet had meegedeeld dat hij voordien in dienst was geweest bij de inlener, terwijl hij daartoe wel verplicht was op grond van de toen geldende ABU-CAO. De kantonrechter stelt vast dat de werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW in dienst trad bij de payrollonderneming en op het moment van de indiensttreding van de payrollwerknemer bij de payrollonderneming de ABU-CAO van toepassing was omdat de eerste payroll-cao pas ging gelden in 2006. Vervolgens overweegt de kantonrechter dat de vraag of de payrollwerknemer had moeten melden dat hij voordien in dienst was geweest bij de inlener dient te worden beantwoord aan de hand van

Daarmee is payrolling anders dan uitzending een constructie die uitsluitend als doel heeft het werkgeverschap en de daaraan verbonden verplichtingen te omzeilen

art. 6 lid 4 van de destijds geldende ABU-CAO. Dit artikel bepaalde onder meer dat art. 7:668a lid 2 BW en art. 7:690 lid 5 BW niet van toepassing waren indien de uitzendonderneming de toepasselijkheid daarvan niet kon voorzien als gevolg van het bewust of anderszins verwijtbaar door de uitzendkracht verstrekken van onjuiste of onvolledige inlichtingen over zijn arbeidsverleden.<sup>13</sup> De kantonrechter overweegt dat de payrollonderneming geen beroep toekomt op deze bepaling uit de ABU-CAO, omdat zij uitdrukkelijker had moeten informeren naar het arbeidsverleden van de werknemer. Dit zou als gevolg hebben dat de payrollwerknemer voor onbepaalde tijd in dienst is bij de payrollonderneming.

In de Delftse zaak stelde de Stichting Overgangsregeling Vervroegd Uittreden voor het Horecabedrijf (SOHOR) zich op het standpunt dat een in een horecaonderneming werkzame payrollwerknemster als gevolg van de payrolling niet meer werkzaam was in de horecasector maar in de uitzendsector. Zij kon om die reden geen aanspraak meer maken op de bedrijfstakgebonden uittredingsuitkering. Nadat SOHOR het verzoek van de werknemster om de bedrijfstakgebonden uittredingsuitkering weigerde, had de werknemster samen met de horecaonderneming en de payrollonderneming haar overgang naar de payrollonderneming ongedaan gemaakt. De werknemster had in dat kader de nietigheid van het ontslag door de horecaonderneming ingeroepen en de horecaonderneming had op haar beurt de arbeidsovereenkomst hersteld door met terugwerkende kracht de loonbetaling aan werknemster op zich te nemen. Van belang in het kader van deze bijdrage is het voorlopig oordeel van de kantonrechter, dat er gelet op de door de werknemster ondertekende loonbelastingverklaring en het inschrijfformulier van de payrollonderneming

11 Ktr. Amsterdam 7 juli 2009, «JAR» 2009/290.

12 Ktr. Delft 12 november 2009, LJN BK7359.

13 In de thans geldende ABU-CAO 2009-2014 is deze bepaling opgenomen in art. 7 lid 4.

alsmede op de afspraken in het kader van de ongedaanmaking van de overgang van haar arbeidsovereenkomst naar de payrollonderneming, geen twijfel over kan bestaan dat de arbeidsovereenkomst van de werknemster met de horecaonderneming (in eerste instantie) was geëindigd en was voortgezet door de payrollonderneming. Uiteindelijk oordeelde de kantonrechter dat de werknemster als gevolg van de door haar ingeroepen nietigheid van haar ontslag bij de horecaonderneming toch aanspraak kon maken op de bedrijfstakgebonden uittredingsregeling.

### Kantonrechter te Groningen: de payrollwerknemer heeft een arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 lid 1 BW met de inlener

In alle hiervoor besproken uitspraken gingen de kantonrechters er in hun overwegingen van uit dat de betrokken payrollwerknemer een arbeidsovereenkomst had met de payrollonderneming en niet met de inlener. De kantonrechter te Amsterdam stelde zelfs expliciet vast dat sprake was van een uitzendovereenkomst. Aan de wijze waarop deze kantonrechters tot de door hen aangenomen arbeids- of uitzendovereenkomst van de payrollwerknemer met de payrollonderneming kwamen, wijdden zij echter geen woord. Dit gebrek aan motivering en in het verlengde daarvan het door deze kantonrechters aannemen van een arbeids- of uitzendovereenkomst met de payrollonderneming kan worden verklaard door de omstandigheid dat geen van de payrollwerknemers zich in deze zaken beriep op het bestaan van een arbeidsovereenkomst met de inlener. Anders lag dat in de meest recente zaak waarin de kantonrechter te Groningen op 15 december 2009<sup>14</sup> in kort geding oordeelde. In deze zaak schreef de payrollwerknemer zich in bij de payrollonderneming om bij de inlener redactiewerkzaamheden te gaan verrichten op basis van een tussen de inlener en de payrollonderneming gesloten overeenkomst van op-

op het rechtsvermoeden van art. 7:610a BW. De inlener stelt dat zijn relatie met de payrollwerknemer niet als een arbeidsovereenkomst kan worden geduid omdat sprake is van payrolling en de payrollonderneming het loon aan de payrollwerknemer uitbetaalde. Volgens de inlener hebben partijen nimmer een arbeidsovereenkomst beoogd, maar beoogde de payrollwerknemer een overeenkomst met de payrollonderneming. De kantonrechter overweegt dat sprake is van een overeenkomst waarbij tegen beloning arbeid wordt verricht en in casu dient te worden beoordeeld of sprake is van een opdracht- of een arbeidsovereenkomst. Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter is sprake van een arbeidsovereenkomst tussen de payrollwerknemer en de inlener, nu tussen hen een gezagsverhouding bestaat. De kantonrechter wijst daarbij op de door de inlener jaarlijks met de werknemer gevoerde beoordelingsgesprekken, de daaropvolgende salarisverhogingen en op het feit dat de werknemer zich in geval van ziekte (ook) ziek diende te melden bij de inlener. Ook aan de overige elementen van art. 7:610 lid 1 BW is naar het oordeel van de kantonrechter voldaan. De payrollwerknemer ontving, ook als hij minder of niet gewerkt had, loon op basis van minimaal 20 werkuren per week en ook bij ziekte en verlof werd het loon doorbetaald. De enkele omstandigheid, zo overweegt de kantonrechter ten slotte, dat de loonbetaling via een derde, de payrollonderneming, plaatsvond, kan daaraan vooralsnog niet afdoen. De kantonrechter te Groningen beantwoordt de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de payrollwerknemer en de inlener uitsluitend aan de hand van de elementen uit art. 7:610 lid 1 BW. Of de payrollwerknemer en de inlener eigenlijk een arbeidsovereenkomst beoogden komt niet aan de orde in de overwegingen van de kantonrechter. Datzelfde geldt voor de vraag of de verhouding tussen de payrollwerknemer en de payrollonderneming als een uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW zou kunnen worden gekwalificeerd. Hoewel ik mij goed kan vinden in het oordeel van de kantonrechter te Groningen, had hij mijns inziens ook deze twee aspecten moeten betrekken in zijn overwegingen. Zeker nu de kantonrechters in de hiervoor besproken andere vier uitspraken bijna voetstoots uitgingen van een arbeids- of uitzendovereenkomst met de payrollonderneming.

### Conclusie

Hoewel de overwegingen van de kantonrechters in de hiervoor besproken gepubliceerde uitspraken uiteenlopen, leidde de payrollconstructie in geen enkel geval tot een nadelige uitkomst voor de payrollwerknemer. Linksom of rechtsom of via een omweg redeneerden de rechters in deze uitspraken toe naar een oordeel ten gunste van de payrollwerknemer. In de uitspraken van de kantonrechters te Almelo en Oost Gelre had de payrollwerknemer in verband met de weinig rooskleurige situatie bij de inlener juist belang bij het door de kantonrechters aangenomen werkgeverschap van de payrollonderneming. In de Groningse uitspraak had de payrollwerknemer belang bij het door de kantonrechter aangenomen werkgeverschap van de inlener. Daarentegen

### Linksom of rechtsom of via een omweg redeneerden de rechters in deze uitspraken toe naar een oordeel ten gunste van de payrollwerknemer

dracht. Partijen kwamen overeen dat de payrollwerknemer wekelijks minimaal 20 uur bij de inlener in rekening mocht brengen – ook als hij minder of niet had gewerkt – en ook de meer dan 20 uur gewerkte uren konden bij de inlener in rekening worden gebracht. Op 27 augustus 2009 deelde de inlener de payrollwerknemer mee dat de ‘samenwerking’ vanwege ‘de huidige marktomstandigheden’ niet kon worden verlengd en deze per 1 oktober 2009 zou worden beëindigd. Op 1 oktober 2009 riep de payrollwerknemer de nietigheid van het ontslag in. In kort geding stelt de payrollwerknemer dat tussen hem en de inlener een arbeidsovereenkomst bestaat ex art. 7:610 lid 1 BW en vordert hij loondoorbetaling van de inlener. Hij beroept zich daarbij

14 Ktr. Groningen 15 december 2009 (431216/VV EXPL 09-153), AR 2009-986.

pakte in de uitspraken van de kantonrechters te Amsterdam en Delft het door de kantonrechters aangenomen (uitzend) werkgeverschap van de payrollonderneming niet in het voordeel van de payrollwerknemer uit. In deze uitspraken werd echter langs andere wegen het door de werknemer geleden nadeel als gevolg van het door de kantonrechters aangenomen (uitzend)werkgeverschap van de payrollonderneming weggenomen. Op grond van de rechtszekerheid acht ik de huidige situatie in de jurisprudentie, waarin de rechter van geval tot geval beoordeelt of sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de payrollwerknemer en de payrollonderneming dan wel tussen de payrollwerknemer en de inlener, onwenselijk. Dat de uitkomst van de beoordeling van de payrollconstructie in alle hiervoor besproken gepubliceerde payrolluitspraken uiteindelijk niet tot een nadelig(er) resultaat voor de payrollwerknemer leidde, doet daar niet aan af. Indien een verhouding tussen partijen voldoet aan de omschrijving van art. 7:610 lid 1 BW is sprake van een arbeidsovereenkomst. Dit artikel bevat een dwingendrechtelijke materiële definitie van wat onder een arbeidsovereenkomst in de zin van titel 10 Boek 7 BW wordt verstaan. Hoe partijen hun verhouding ook benoemen, indien zij feitelijk een arbeidsovereenkomst beogen en hun verhouding alle elementen uit art. 7:610 lid 1 BW bevat, is sprake van een arbeidsovereenkomst. De ratio hiervan is de bescherming van de werknemer als zwakkere partij tegenover de werkgever. Als aan partijen zelf de keuze zou worden gelaten hoe zij hun overeenkomst noemen, zou de werknemer ter verkrijging van de baan gedwongen kunnen worden afstand te doen van zijn arbeidsrechtelijke bescherming.

Als hiervoor en eerder door mij gesteld meen ik dat payrolling niet kan worden gekwalificeerd als uitzending in de zin van art. 7:690 BW omdat de payrollonderneming niet de in die bepaling beoogde allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervult. Nu de payrollwerknemer en de inlener vanaf het begin materieel een arbeidsovereenkomst met elkaar beogen en hun relatie alle elementen uit art. 7:610 lid 1 BW bevat, dient mijns inziens tussen hen een arbeidsovereenkomst te worden aangenomen. Daarbij kan mijns inziens de payrollonderneming niet naast de inlener als (mede) werkgever van de payrollwerknemer worden aangemerkt, omdat deze verhouding niet de elementen van art. 7:610 lid 1 BW bevat. De vraag is dan wat het gevolg zou zijn van de aanvaarding van het werkgeverschap van (uitsluitend) de inlener in de eerste vier in deze bijdrage besproken payrolluitspraken. Zou dit in één of meer van deze zaken tot een nadeliger uitkomst voor de payrollwerknemer hebben geleid? In de uitspraken van de kantonrechters te Amster-

dam en Delft niet. Ondanks het door de werkgevers in deze zaken gaan inlenen van hun personeel door middel van een payrollconstructie waren de werknemers dan gewoon in dienst gebleven bij de werkgever. Van het van toepassing zijn van de ABU-CAO in verband met het opvolgend werkgeverschap van de payrollonderneming was dan geen sprake geweest en de werknemster van de horecaonderneming had zonder dat de payrollconstructie terug had hoeven te worden gedraaid in aanmerking gekomen voor de bedrijfstakgebonden vervoegde uitredingsuitkering. Dat zou anders liggen in de uitspraken van de kantonrechters te Almelo en Oost Gelre. In die zaken verkeerde de inlener immers in slecht weer en had de payrollwerknemer juist belang bij het werkgeverschap van de payrollonderneming. In de Almelse zaak was de payrollwerknemer dan in dienst geweest van de wanbetalende en later insolvent geworden inlener en in de zaak van de kantonrechter Oost Gelre had de kantonrechter, indien de inlener – als werkgever van de payrollwerknemer – om ontbinding had verzocht, het ‘have wenig’-verweer van de inlener misschien wel gehonoreerd. Deze mogelijk negatieve uitkomst voor de payrollwerknemer doet echter niet af aan mijn op (de wetsgeschiedenis van) art. 7:690 BW en art. 7:610 lid 1 BW gebaseerde opvatting over het werkgeverschap van de inlener bij payrolling. Voorts wijs ik erop dat de payrollwerknemer in een dergelijk geval de payrollonderneming, op basis van de door haar met hem en de ‘inlener’ gesloten (opdracht)overeenkomsten, zou kunnen aanspreken op de betaling van loon of op de betaling van een ontslagvergoeding en de rechter deze omstandigheid zou kunnen laten meewegen bij de beoordeling van een ‘have wenig’-verweer van de inlener bij het ontslag van een payrollwerknemer.

Mij is niet bekend of hoger beroep is aangetekend tegen het vonnis van de kantonrechter te Groningen. Indien dit het geval is, zal het hof te Leeuwarden zich buigen over de juridische kwalificatie van deze payrollingconstructie. Ik hoop dat het hof zich dan tevens uitlaat over de verhouding van payrolling tot de uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW en over de betekenis van de bedoelingen van de partijen bij de juridische kwalificatie van payrolling.

#### Over de auteur

Mr. J.P.H. Zwemmer is promovendus bij het Hugo Sinzheimer Instituut van de Universiteit van Amsterdam en advocaat bij Boekel De Nerée.