



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Case note: Ktr. Leeuwarden (rolnummer 405382\CV EXPL 12-6973, LJN BY0861: payrolling, geen overgang naar payrollbedrijf zonder uitdrukkelijke instemming werknemer)

Zwemmer, J.P.H.

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H., (2012). Case note: Ktr. Leeuwarden (rolnummer 405382\CV EXPL 12-6973, LJN BY0861: payrolling, geen overgang naar payrollbedrijf zonder uitdrukkelijke instemming werknemer), No. 284, Oct 12, 2012. (Jurisprudentie Arbeidsrecht; Vol. 2012, No. 16).

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.

JAR 2012/284 Kantonrechter Leeuwarden, 12-10-2012, 405382\CV EXPL 12-6973, LJN BY0861

Payrolling, Geen overgang naar payrollbedrijf zonder uitdrukkelijke instemming werknemer

Publicatie	JAR 2012 afl.16
Publicatiedatum	12 november 2012
College	Kantonrechter Leeuwarden
Uitspraakdatum	12 oktober 2012
Rolnummer	405382\CV EXPL 12-6973 LJN BY0861
Rechter(s)	mr. Hoogslag
Partijen	R. Draaisma-Kramer te Stiens, eiseres, gemachtigde: mr. H.J.A. van Dijk, tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Mazzelshop Exploitatie BV te Leeuwarden, gedaagde, gemachtigden: de heer T. Velink, adviseur en mevrouw A. Borren, directeur.
Noot	mr. J.P.H. Zwemmer
Trefwoorden	Payrolling, Geen overgang naar payrollbedrijf zonder uitdrukkelijke instemming werknemer,
Regelgeving	BW Boek 7 - 610

» **Samenvatting**

De werknemster is op 17 november 1994 bij de werkgever in dienst getreden. In december 2005 is de werkgever met een payrollbedrijf overeengekomen dat het personeel bij dit bedrijf in dienst zou treden. Vanaf die tijd heeft het payrollbedrijf het salaris van de werknemster betaald. In april 2012 heeft de werkgever aan het payrollbedrijf laten weten geen personeel meer te zullen inhuren als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden. Het payrollbedrijf heeft vervolgens bij UWV WERKbedrijf een ontslagvergunning aangevraagd voor de werknemster en drie collega's. Het UWV heeft, in verband met de discussie over de vraag of het payrollbedrijf als werkgever te gelden heeft, de ontslagvergunning voor zover vereist verleend. De werknemster stelt dat zij niet bij het payrollbedrijf in dienst is gekomen. Zij vordert in kort geding betaling van loon door de werkgever.

De kantonrechter overweegt dat in de constructie die de werkgever eind 2005 heeft willen doorvoeren, het formele en het materiële werkgeverschap uit elkaar worden getrokken. De payrollonderneming is op papier de werkgever, maar het blijft de opdrachtgever/werkgever die het gezag uitoefent. Een dergelijke constructie kan voor de werknemer verwarrend werken. Ook kan de constructie voor de werknemer nadelig zijn, bijvoorbeeld doordat hij niet langer aanspraak kan maken op bepaalde (cao-)voorzieningen. Gelet op de verstreckende arbeidsrechtelijke consequenties van een dergelijke wisseling van werkgever dient een werkgever een werknemer hierover volledig te informeren en dient aan de wisseling een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van de werknemer ten grondslag te liggen. In onderhavig geval is er geen schriftelijke arbeidsovereenkomst tussen de werknemster en het payrollbedrijf opgesteld. De werknemster betwist dat zij mondeling met de wisseling heeft ingestemd. Het feit dat de werknemster loonbetaling door het payrollbedrijf heeft geaccepteerd en aan dit bedrijf ziekte- en vakantiedagen heeft doorgegeven, leidt er niet toe dat zij bij het bedrijf in dienst is gekomen. De kantonrechter gaat er vooralsnog van uit dat de werknemster bij de werkgever in dienst is gebleven. De loonvordering is daarom toewijsbaar.

NB. Het omgekeerde geldt ook, aldus Hof Leeuwarden in «JAR» 2010/107, namelijk dat een werknemer die bij een payrollbedrijf in dienst is getreden niet stilzwijgend bij de opdrachtgever in dienst komt. Sluit een werknemer een (schriftelijke) arbeidsovereenkomst met het door zijn

werkgever aangezochte payrollbedrijf, dan wordt hij geacht daar in dienst te zijn gekomen. Vgl. «JAR» 2012/133.

» **Uitspraak**
Procesverloop

(...; red.)

Motivering
De feiten

In deze procedure kan van de volgende vaststaande feiten worden uitgegaan.

2.1. Draaisma, geboren op 13 juni 1977, is op 17 november 1994 in dienst getreden bij Mazzelshop B.V., de rechtsvoorganger van Mazzelshop. Zij vervult thans de functie van verkoopster.

2.2. Mazzelshop B.V. heeft haar bedrijfsactiviteiten alsmede haar handelsnaam in december 2005 overgedragen aan Mazzelshop. Voorts is Mazzelshop B.V. met Mazzelshop en Apollo Personeelsdiensten B.V. overeengekomen dat het personeel in dienst zou treden bij Apollo Personeelsdiensten B.V.

2.3. Draaisma ontving vanaf de overname haar salaris van Apollo Personeelsdiensten B.V. Na het faillissement van Apollo Personeelsdiensten B.V. ontving Draaisma haar salaris van Apollo Payroll B.V. (zowel Apollo Personeelsdiensten B.V. als Apollo Payroll B.V. worden hierna aangeduid als Apollo).

2.4. Bij brief van 10 april 2012 heeft Mazzelshop aan Apollo te kennen gegeven dat zij als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden vanaf 1 september 2012 geen personeel meer zal inhuren van Apollo.

2.5. Apollo heeft vervolgens bij het UWVWERKbedrijf een ontslagvergunning gevraagd voor Draaisma en drie andere arbeidskrachten. UWVWERKbedrijf heeft bij beschikking van 25 juli 2012 aan Apollo toestemming verleend om de arbeidsovereenkomst met Draaisma op te zeggen. UWVWERKbedrijf heeft in verband met de discussie omtrent de vraag of Apollo als werkgever te gelden heeft, haar toestemming voor zover vereist verleend.

2.6. Apollo heeft bij brief van 27 juli 2012 aan Draaisma laten weten dat de arbeidsovereenkomst met ingang van 31 augustus 2012 zal worden beëindigd.

De vordering van Draaisma

3.1. Draaisma vordert:

A. tijdige en volledige betaling van haar loon na 1 september 2012 tot de dag waarop de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig eindigt;

B. in geval van niet tijdige loonbetaling verhoging van het loon c.s. conform de systematiek van artikel 7:625 BW;

C. een veroordeling van Mazzelshop in de kosten van deze procedure.

3.2. Draaisma heeft ter onderbouwing van haar vordering aangevoerd dat zij nimmer heeft ingestemd met het beëindigen van haar arbeidsovereenkomst met Mazzelshop. Zij heeft op advies van haar vakbond ook nimmer enig stuk ondertekend waaruit deze instemming zou kunnen blijken.

Het verweer van Mazzelshop

4.1. Mazzelshop betwist dat Draaisma kostwinner is. Zij wijst erop dat Draaisma per week maar 18 uur werkt en dat haar partner een volledig dienstverband heeft.

4.2. Mazzelshop stelt dat, hoewel er geen schriftelijke arbeidsovereenkomst is, vanaf december 2005 Apollo als werkgever te gelden heeft. Apollo heeft in goed overleg met de werknemers alle lopende arbeidsovereenkomsten van Mazzelshop overgenomen. Draaisma heeft nimmer geprotesteerd. Zij heeft de salarisbetalingen door Apollo geaccepteerd en ook gehandeld in de lijn van de procedures en richtlijnen van Apollo. Mazzelshop merkt hierbij op dat ziekmeldingen en verzoeken tot het opnemen van vrije dagen niet alleen met haar, maar ook

met Apollo zijn gecommuniceerd. Mazzelshop voert verder aan dat Draaisma zich pas na de ontslagaanvraag door Apollo op het standpunt heeft gesteld dat Mazzelshop werkgever is gebleven.

De beoordeling van het geschil

5.1. Het spoedeisende belang vloeit voort uit de aard van de vordering. De enkele omstandigheid dat Draaisma geen kostwinner zou zijn is onvoldoende om het oordeel te kunnen dragen dat Draaisma geen spoedeisend belang heeft bij het instellen van onderhavige vordering.

5.2. De kantonrechter stelt voorop dat de overwegingen, alsmede de te nemen beslissing overeenkomstig het karakter van deze procedure een voorlopig karakter dragen.

5.3. De vraag die in deze procedure moet worden beantwoord is de vraag of voldoende aannemelijk is dat in een bodemprocedure door de rechter zal worden geoordeeld dat Mazzelshop als werkgever van Draaisma te gelden heeft. De kantonrechter overweegt als volgt.

5.4. De vraag of de door Draaisma overgelegde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van 17 november 1994 al dan niet rechtsgeldig is, is een vraag die in deze procedure niet relevant is. Partijen zijn het er immers over eens dat Draaisma in ieder geval tot aan december 2005 in dienst was bij (de rechtsvoorganger van) Mazzelshop. Voorts staat vast dat Mazzelshop eind 2005 haar werknemers bij een payroll-onderneming wilde onderbrengen, in casu Apollo. De kantonrechter overweegt dat in de door Mazzelshop bedoelde constructie het formele en het materiële werkgeverschap uit elkaar worden getrokken. De payroll-onderneming is weliswaar op papier de werkgever, maar het blijft de opdrachtgever (de voormalig werkgever) die het gezag uitoefent. Een dergelijke constructie kan voor de werknemer verwarrend werken. Voorts kan deze constructie ook anderszins nadelig voor de werknemer uitvallen. Niet uitgesloten is dat de werknemer niet langer aanspraak kan maken op voor hem gunstige (cao)voorzieningen waarop hij op basis van de "oude" arbeidsovereenkomst wel recht had. Gelet op de verstrekende arbeidsrechtelijke consequenties die het eindigen van de arbeidsovereenkomst met de werkgever en het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst met een payroll-onderneming voor de werknemer kunnen hebben, ligt het op de weg van de werkgever om niet alleen de werknemer volledig te informeren over de gevolgen van het beëindigen van zijn dienstverband en het aangaan van een nieuw dienstverband, maar mag ook worden verwacht dat aan deze wisseling een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van de werknemer ten grondslag ligt.

5.5. In het onderhavige geval is er geen schriftelijke arbeidsovereenkomst tussen Draaisma en Apollo opgesteld. Volgens Mazzelshop is er enkel een mondelinge overeenkomst en was Draaisma akkoord met een dienstverband bij Apollo. Draaisma heeft deze stelling echter gemotiveerd weersproken stellende dat zij destijds heeft aangegeven dat zij niet bij Apollo in dienst wilde treden en dat zij op advies van haar vakbond ook nimmer enig stuk getekend heeft waaruit haar instemming zou kunnen blijken. De kantonrechter overweegt dat, gelet op het hiervoor overwogene, in deze situatie voorshands onvoldoende aannemelijk is dat in een bodemprocedure zal worden geoordeeld dat Draaisma op enig moment in dienst is getreden bij Apollo. De omstandigheden dat Draaisma vanaf 2006 loonbetaling van Apollo accepteerde en dat zij ook bij Apollo ziekte en vakantiedagen doorgaf leggen daarom onvoldoende gewicht in de schaal om in deze procedure anders te kunnen oordelen.

5.6. Het voorgaande brengt mee dat de vorderingen van Draaisma toewijsbaar zijn.

5.7. Mazzelshop zal als de (grotendeels) in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de proceskosten.

De proceskosten aan de zijde van Draaisma worden begroot op:

- exploitkosten €90,64
- overige kosten €11,=
- griffierecht €73,=
- salaris gemachtigde €400,= (2 punten x tarief €200,=)

totaal €574,64

Beslissing

De kantonrechter:

Rechtdoende in kort geding

veroordeelt Mazzelshop tot tijdige en volledige betaling van het loon van Draaisma na 1 september 2012 tot aan de dag waarop de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig eindigt;

veroordeelt Mazzelshop, in geval van niet tijdige loonbetaling, tot betaling van de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW over het te laat betaalde loon;

veroordeelt Mazzelshop in de kosten van deze procedure, tot op heden aan de zijde van Draaisma begroot op €574,64;

verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

» Noot

Aan het door de werknemer in dienst van de werkgever verrichten van de arbeid in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft gesloten met de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid verricht. Bij payrolling is dat anders en worden op grond van de payrollovereenkomst, zoals de kantonrechter overweegt, “het formele en het materiële werkgeverschap uit elkaar (...) getrokken.” Hoewel bij payrolling niet ter discussie staat dat de werknemer een werknemer is in de zin van Titel 10 Boek 7 BW, heeft het werkgeverschap van het payrollbedrijf ingrijpende gevolgen voor de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer. In verschillende bepalingen in Titel 10 Boek 7 BW is arbeidsrechtelijke bescherming gekoppeld aan het werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Deze arbeidsrechtelijke bescherming heeft niet het daarmee beoogde effect wanneer de werkgever op grond van de door partijen gemaakte contractuele afspraken een ander is dan degene in wiens onderneming de werknemer de arbeid verricht. Dit speelt onder meer bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de payrollwerknemer (zie hierover mijn noot bij «JAR» 2011/81 en mijn commentaar bij «JAR» 2012/133 op www.ar-updates.nl).

Een beroep door een payrollwerknemer op het bestaan van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever was eerder aan de orde bij de kantonrechter te Groningen en in hoger beroep bij het Hof Leeuwarden. De kantonrechter oordeelde in kort geding («JAR» 2010/27) dat een arbeidsovereenkomst bestond tussen de payrollwerknemer en de opdrachtgever omdat hun relatie de elementen arbeid, loon en gezag, uit de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW bevatte. De enkele omstandigheid dat de loonbetaling via een derde - het payrollbedrijf - plaatsvond, deed daaraan naar het oordeel van de kantonrechter niet af. Het Hof Leeuwarden («JAR» 2010/107) vernietigde het vonnis van de kantonrechter en oordeelde dat de enkele omstandigheid dat de payrollwerknemer een arbeidscontract had gesloten met het payrollbedrijf genoeg was om een arbeidsovereenkomst aan te nemen tussen de payrollwerknemer en het payrollbedrijf. Daaruit bleek naar het oordeel van het hof dat de payrollwerknemer had beoogd een arbeidsovereenkomst aan te gaan met het payrollbedrijf nu hij op basis van dat contract had kunnen weten welke rol het payrollbedrijf zichzelf had toegedacht en hoe aan die rol uitvoering zou worden gegeven.

In de onderhavige uitspraak oordeelt de kantonrechter dat de werknemer in dienst is gebleven bij de opdrachtgever hoewel de opdrachtgever in 2006 zijn hele personeelsbestand had overgedragen aan een payrollbedrijf. De kantonrechter overweegt dat geen arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen tussen de werknemer en het payrollbedrijf omdat de opdrachtgever haar niet volledig had geïnformeerd over de gevolgen van haar indiensttreding bij het payrollbedrijf. Gelet op de verstrekende arbeidsrechtelijke consequenties van haar indiensttreding bij het payrollbedrijf diende de opdrachtgever de werknemer naar het oordeel van de kantonrechter niet alleen volledig te informeren over de gevolgen hiervan, maar diende aan deze wisseling van werkgever ook een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van de werknemer ten grondslag te liggen. Onder meer omdat de werknemer nimmer een schriftelijke arbeidsovereenkomst sloot met het payrollbedrijf lag naar het oordeel van de kantonrechter geen duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van de werknemer ten grondslag aan haar indiensttreding bij het payrollbedrijf.

Mijns inziens mag bij de kwalificatie van de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW geen doorslaggevende betekenis worden toegekend aan de door het payrollbedrijf met de payrollwerknemer gesloten 'schriftelijke arbeidsovereenkomst'. Wanneer het werkgeverschap uitsluitend zou kunnen afhangen van formele aspecten, zoals een schriftelijke overeenkomst, kan de werknemer voor de keuze worden gesteld afstand te doen van arbeidsrechtelijke bescherming tegenover de 'echte' werkgever in het kader van het verkrijgen van de baan. Met het dwingendrechtelijke karakter van de definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 lid 1 BW wordt nu juist beoogd dit te voorkomen. Bovendien is als hiervoor gesteld in verschillende bepalingen uit Titel 10 Boek 7 BW arbeidsrechtelijke bescherming gekoppeld aan het werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht en hebben deze bepalingen niet het daarmee beoogde effect wanneer de werkgever op grond van een schriftelijke overeenkomst tussen partijen een ander is dan degene in wiens onderneming de werknemer de arbeid verricht. Mijns inziens zou het payrollbedrijf slechts als werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW kunnen worden gekwalificeerd wanneer uit de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering aan de arbeidsovereenkomst hebben gegeven, en aldus daaraan inhoud hebben gegeven, volgt dat werkelijk een arbeidsovereenkomst met de payroller werd beoogd (vgl. in dit kader o.a. HR 10 oktober 2003, «JAR» 2003/263 Van der Male/Den Hoedt en HR 13 juli 2007, «JAR» 2007/231 STR/PGGM). Dat zou betekenen dat de rol van het payrollbedrijf bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis moet hebben.

Bij de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling vormt de wens van de opdrachtgever het juridische en administratieve werkgeverschap uit handen te geven aan een payrollbedrijf de grond voor het arbeidscontract tussen de werknemer en het payrollbedrijf. Payrolling is geen uitzending of een andere nieuwe vorm van arbeid, maar komt in de plaats van de 'gewone' arbeidsovereenkomst met de eigenaar of exploitant van de onderneming (de ondernemer) waarin de werknemer de arbeid verricht. De werknemer wordt geworven en geselecteerd door deze ondernemer en exclusief en in beginsel langdurig aan hem ter beschikking gesteld op grond van een opdrachtovereenkomst met het payrollbedrijf. Het werkgeverschap van het payrollbedrijf heeft hierbij naar mijn mening onvoldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis om aan te kunnen nemen dat partijen in werkelijkheid een arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf hebben beoogd. Omdat wezen voor schijn gaat bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst zou dan een arbeidsovereenkomst tot stand komen (of blijven bestaan) met de ondernemer ondanks de door de werknemer met het payrollbedrijf gesloten schriftelijke arbeidsovereenkomst. De omstandigheid dat de werknemer volledig geïnformeerd akkoord is gegaan met de arbeidsrechtelijke gevolgen van de payrollconstructie zou hier niet tot een andere uitkomst mogen leiden omdat dit niet impliceert dat het werkgeverschap van het payrollbedrijf voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis heeft om aan te kunnen nemen dat partijen werkelijk een arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf hebben beoogd. Bovendien zal de werknemer in de praktijk vaak weinig andere keuze hebben dan in te stemmen met de (schriftelijke) arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf.

mr. J.P.H. Zwemmer,