



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Case note: Rb. Overijssel (Ktr. Almelo) (rolnummer 2127916\CV EXPL 13-3492, ECLI:NL:RBOVE:2014:1214: payrollovereenkomst is arbeidsovereenkomst met inlener; geen uitzendovereenkomst, want geen allocatiefunctie)

Zwemmer, J.P.H.

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H., (2014). Case note: Rb. Overijssel (Ktr. Almelo) (rolnummer 2127916\CV EXPL 13-3492, ECLI:NL:RBOVE:2014:1214: payrollovereenkomst is arbeidsovereenkomst met inlener; geen uitzendovereenkomst, want geen allocatiefunctie), No. 95, Mar 11, 2014. (Jurisprudentie Arbeidsrecht; Vol. 2014, No. 6).

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 2014/95 Rechtbank Overijssel, kantonrechter, zittingsplaats Almelo, 11-03-2014, 2127916\CV EXPL 13-3492, ECLI:NL:ROVE:2014:1214

Payrollovereenkomst is arbeidsovereenkomst met inlener, Geen uitzendovereenkomst, want geen allocatiefunctie

| | |
|------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Publicatie | JAR 2014 afl. 6 |
| Publicatiedatum | 14 april 2014 |
| College | Rechtbank Overijssel, kantonrechter, zittingsplaats Almelo |
| Uitspraakdatum | 11 maart 2014 |
| Rolnummer | 2127916\CV EXPL 13-3492 LJN ECLI:NL:ROVE:2014:1214 |
| Rechter(s) | mr. De Groot |
| Partijen | Opposant, h.o.d.n. MCM Innovation te (...), opposant, hierna ook wel MCMInnovation te noemen, gemachtigde: mr. A.E. Doornbos, advocaat te Zwolle, tegen geopposeerde te (...), geopposeerde, hierna ook wel “de werknemer” te noemen, gemachtigde: mr. R. Kroon, advocaat te Almelo. |
| Noot | mr. dr. J.P.H. Zwemmer |
| Trefwoorden | Payrollovereenkomst is arbeidsovereenkomst met inlener, Geen uitzendovereenkomst, want geen allocatiefunctie, |
| Regelgeving | BW Boek 7 - 610 BW Boek 7 - 690 BW Boek 7 - 691 |

» **Samenvatting**

Op 8 januari 2013 heeft de werknemer op het kantoor van MCMInnovation een als arbeidsovereenkomst fase A aangeduide overeenkomst getekend, een inschrijfformulier op briefpapier van MCMInnovation met onderaan de vermelding Stafflease Employment Benefit, een formulier Gedragsregels MCMInnovation en een formulier Variabele Beloning. In de arbeidsovereenkomst is vermeld dat deze is aangegaan met Stafflease BV, dat sprake is van een payrollovereenkomst en dat de werknemer tewerkgesteld zal worden bij MCMInnovation. Ook is een uitzendbeding opgenomen en is de CAO voor uitzendkrachten van toepassing verklaard. De werknemer heeft over januari en februari 2013 geen loon ontvangen. In kort geding heeft hij doorbetaling van loon gevorderd. De kantonrechter heeft MCMInnovation en Stafflease bij verstek hiertoe hoofdelijk veroordeeld. MCMInnovation stelt verzet in tegen dit vonnis.

De kantonrechter gaat eerst na of sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en inlener MCMInnovation. Op basis van literatuur, rechtspraak en wetsgeschiedenis concludeert de kantonrechter dat inderdaad sprake is van een dergelijke arbeidsovereenkomst. Stafflease heeft geen enkele andere rol vervuld dan het “op papier” zijn van werkgever. De werknemer heeft zelfs niemand van Stafflease gesproken of gezien. MCMInnovation heeft de werknemer geworven om in haar opdracht werkzaamheden te verrichten. De gekozen constructie lijkt geen enkel ander doel te hebben dan de ontslagwetgeving te omzeilen. Daarom moet door de papieren constructie worden heengekeken. De overeenkomst tussen partijen kan evenmin beschouwd worden als een rechtsgeldige uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW. Hiervoor is namelijk vereist dat de uitzendwerkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. In onderhavig geval is daarvan niet gebleken. Het moet er daarom voor worden gehouden dat de werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst bij MCMInnovation in dienst is getreden. Het feit dat MCMInnovation medio februari 2013 aan Stafflease zou hebben meegedeeld dat zij de arbeidsovereenkomst met de werknemer wilde beëindigen, heeft niet tot een einde van de overeenkomst geleid, aangezien geen sprake is van een rechtsgeldig overeengekomen uitzendovereenkomst. MCMInnovation moet het loon doorbetalen tot het dienstverband rechtsgeldig zal zijn geëindigd.

NB. Rechter toetsen elk payrollcontract inmiddels op zijn merites. Daarbij wordt nagegaan of sprake is van een arbeidsovereenkomst met de inlener («JAR» 2013/193 en in casu), van een arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf of van een overeenkomst sui generis («JAR» 2013/144 en «JAR» 2013/252). Zie over de allocatiefunctie ook «JAR» 2013/95.

» **Uitspraak**

1. De procedure

(...; red.)

2. De feiten

Bij tussenvonnis zijn reeds feiten vastgesteld. Omwille van de volledigheid en leesbaarheid stelt de kantonrechter de bij tussenvonnis vastgestelde feiten hier opnieuw vast, aangevuld met nadere feiten die, onder meer tijdens de comparitie, zijn komen vast te staan.

2.1. Op 8 januari 2013 heeft de werknemer op het kantoor van MCMInnovation een aantal stukken getekend, te weten:

- een als arbeidsovereenkomst fase A betitelde overeenkomst (productie 1 bij dagvaarding),
- een inschrijfformulier op briefpapier van MCMInnovation met onderaan de vermelding “Stafflease Employment Benefit” (productie 2 bij dagvaarding),
- een formulier Gedragsregels MCMInnovation op haar briefpapier (productie 3 bij dagvaarding) en
- een formulier Variabele Beloning project Oxxio B2B op briefpapier van MCMInnovation (productie 4 bij dagvaarding).

2.2. In de schriftelijke “Arbeidsovereenkomst Fase A” (productie 1 bij dagvaarding) staat onder meer het volgende opgenomen:

“Arbeidsovereenkomst Fase A

Partijen:

1. Stafflease BV, gevestigd te Oldenzaal [...] hierbij rechtsgeldig vertegenwoordigd door haar directeur de heer S., [...]

en

2. naam: de werknemer

[...]

Nader te noemen: werknemer of payrollkracht

Overwegende:

- a. Werkgever en werknemer met elkaar een arbeidsovereenkomst wensen aan te gaan ingaande
- b. De werkgever zal de medewerker aan een derde (de opdrachtgever van de werkgever) ter beschikking stellen onder wiens leiding en toezicht medewerker werkzaam zal zijn.

Komen overeen:

1. De payrollkracht wordt tewerkgesteld bij:

bedrijf: MCM Innovation

functie: adviseur

startdatum: 08-01-2013

2. [...]

3. *Beloningskeuze*

De werktijden, tarieven en eventuele onkostenvergoedingen voor de door werknemer verrichte werkzaamheden worden uitsluitend door de opdrachtgever en de werknemer in onderling overleg bepaald.

4. *Uitbetaling loon*

Werkgever en werknemer komen overeen dat het verschuldigde loon per maand zal worden uitbetaald. Werknemer verklaart door ondertekening van deze overeenkomst dat de keuze voor verloning via werkgever het beste aansluit bij de door werknemer flexibele arbeidsrelatie en dat hij/zij bekend een akkoord is met de beloningsstructuur van opdrachtgever.

5. *Duur van de overeenkomst*

Deze overeenkomst werd aangegaan voor maximaal 78 weken met gebruikmaking van het uitzendbeding.

6. *CAO voor Uitzendkrachten*

Op deze overeenkomst is van toepassing de meest recente CAO voor uitzendkrachten, waarvan werknemer hierbij expliciet verklaart daarvan kennis te hebben genomen.

7. Einde van rechtswege

Deze overeenkomst eindigt in elk geval van rechtswege zonder dat (schriftelijke) opzegging vereist is, op de laatste werkdag van fase A (als bedoeld in artikel 13 van de CAO), derhalve na 78 gewerkte weken voor werkgever, ook indien op dat moment de opdrachtgever (nog) niet heeft beëindigd.

8. Uitzending

Deze overeenkomst wordt aangegaan onder het beding dat de overeenkomst van rechtswege eindigt zonder dat opzegging vereist is doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer aan de opdrachtgever op verzoek van die opdrachtgever ten einde komt.

9. Uitsluiting loondoorbetalingsverplichting

De werkgever is alleen loon verschuldigd aan de werknemer voor de periode dat de werknemer ook daadwerkelijk arbeid heeft verricht voor de werkgever ten behoeve van een opdrachtgever. De uitsluiting van de loon door betalingsverplichting is vastgelegd in artikel 30 CAO waarna derhalve expliciet wordt verwezen.

10. Veiligheidsinstructies

Werknemer verklaart zich te houden aan de aanwijzingen en instructies, van zowel opdrachtgever als werkgever, op het gebied van veiligheid, gezondheid, welzijn en milieu. Voorts verklaart werknemer voor het vervullen van de opdrachten geëigend werkmateriaal en/of werkkleding te gebruiken indien dit in de bedrijfstak van opdrachtgever gebruikelijk is of de wens daartoe kenbaar wordt gemaakt.

11. Overige condities

a. Werknemer verklaart zich bekend met het feit dat uitsluitend werkgever en niet de opdrachtgever beloning is verschuldigd aan werknemer.

b. Werknemer verklaart de ondertekening van deze overeenkomst het Huisreglement van opdrachtgever ontvangen te hebben, met de inhoud hiervan bekend zijn en hiermee akkoord te gaan.

[...].”

2.3. De werknemer heeft voorafgaand aan en/of ten tijde van het aangaan van de overeenkomst nimmer contact gehad met (een medewerker van) Stafflease B.V. De werknemer heeft voorafgaand aan en ten tijde van het aangaan van de overeenkomst alleen contact gehad met een office manager van MCMInnovation.

2.4. MCMInnovation had door Stafflease op voorhand getekende arbeidsovereenkomsten klaar liggen. MCMInnovation kon deze overeenkomsten naar eigen inzicht laten tekenen door werknemers die zij wil “inlenen”.

2.5. Bij de uitvoering van zijn werkzaamheden heeft MCMInnovation aan de werknemer werkkleding (met opdruk van haar klant Oxxio), een auto en laptop ter beschikking gesteld.

2.6. De feitelijke beloning is overeengekomen in het formulier Variabele Beloning project Oxxio van MCMInnovation, dat is ondertekend door MCMInnovation en de werknemer (productie 4 bij dagvaarding). In dat formulier staat onder meer:

“[...] Iedere 27e van de maand vindt de uitbetaling plaats via Stafflease. [...]”

2.7. In het handelsregister van de KvK staan ingeschreven: de eenmanszaak met als handelsnaam MCMInnovation, eigenaar (opposant) en de besloten vennootschap MCMInnovation B.V., met als enig aandeelhouder/bestuurder X.

2.8. MCMInnovation heeft de werknemer voorafgaand aan of ten tijde van het sluiten van de overeenkomst geen duidelijkheid gegeven over haar rechtspersoonlijkheid.

2.9. De werknemer heeft over januari en februari 2013 geen loon ontvangen. Bij brief van 13 maart 2013 heeft hij opposant, h.o.d.n. MCMInnovation, tot betaling gesommeerd. Op 3 april 2013 heeft de gemachtigde van de werknemer Stafflease tot betaling gemaand. De heer S heeft namens Stafflease per e-mail van 15 april 2013 (productie 7 bij dagvaarding) geschreven :

“In reactie op uw brief van 3 april 2013. [...] kan ik u mededelen dat MCM bezig is om alle gegevens te verzamelen zodat wij inhoudelijk op uw brief kunnen reageren.

Op voorhand kan ik al wel aangeven dat de versies van uw cliënt en MCM ver uit elkaar liggen. MCM heeft uw cliënt op 14-02-2013 namelijk al per brief laten weten dat ze met onmiddellijke ingang geen gebruik van zijn diensten meer wensen te maken. Loondoorbetaling na 14-02 is dus blijkbaar niet aan de orde. [...]”

2.10. Vanaf medio februari 2013 heeft de werknemer geen werkzaamheden voor MCMInnovation verricht. MCMInnovation heeft op 14 februari 2013 de aan de werknemer ter beschikking gestelde auto, laptop en bedrijfskleding bij de werknemer opgehaald.

Bij schrijven van 30 mei 2013 heeft de werknemer zich jegens MCMInnovation beschikbaar gesteld voor het verrichten van arbeid (alinea 18 conclusie van repliek in oppositie).

2.11. Bij vonnis, in kort geding door de kantonrechter te Almelo gewezen op 13 mei 2013 tussen de werknemer als eiser en Stafflease B.V. en opposant als gedaagden, zijn Stafflease en opposant hoofdelijk veroordeeld aan de werknemer te betalen – kort samengevat – het brutoloon ten bedrage van € 1461,85 per maand vanaf januari 2013, alsmede de brandstofvergoeding over de maanden januari en februari 2013, één en ander vermeerderd met rente en kosten.

3. De verdere beoordeling

3.1. Nu het hier een verzetprocedure na een eerder in kort geding gewezen verstekvonnis betreft, dient de kantonrechter ook in de onderhavige procedure te beoordelen of het aannemelijk is dat de bij inleidende dagvaarding ingestelde vorderingen in een bodemprocedure zullen worden toegewezen.

3.2. Juridische entiteit MCMInnovation

3.2.1. Zoals bij tussenvonnis is overwogen dient, voordat de vraag kan worden beantwoord of de relatie tussen de werknemer en MCMInnovation als arbeidsovereenkomst dient te worden gekwalificeerd en MCMInnovation gehouden is het loon te betalen, eerst de vraag beantwoord te worden of de werknemer te werk is gesteld bij opposant, h.o.d.n. MCMInnovation, dan wel bij MCMInnovation B.V. Ter zake van die laatste vraag wordt als volgt overwogen.

Op het formulier “Inschrijving”, het formulier “Variabele Beloning” en het formulier “Gedragsregels MCM Innovation” staat telkens vermeld “MCM Innovation”, zonder de toevoeging “B.V.” Ook in de schriftelijke “Arbeidsovereenkomst Fase A” staat vermeld dat de werknemer te werk gesteld wordt bij MCMInnovation, zonder de toevoeging “B.V.”

Evenmin heeft MCMInnovation voorafgaand aan of ten tijde van het sluiten van de overeenkomst de werknemer verteld welke rechtspersoonlijkheid MCMInnovation bezat.

Onder de hiervoor genoemde omstandigheden, waarbij MCMInnovation op geen enkele wijze heeft laten weten dat gehandeld werd namens een besloten vennootschap en derhalve niet duidelijk is geweest over haar rechtspersoonlijkheid heeft de werknemer erop mogen vertrouwen dat hij te werk zou worden gesteld bij opposant, h.o.d.n. MCM Innovation. Het lag op de weg van MCMInnovation die met de werknemer onderhandelde over het sluiten van een arbeidsovereenkomst, duidelijkheid te verschaffen omtrent haar rechtspersoonlijkheid. Het ligt niet op de weg van een potentiële arbeidskracht daarnaar te vragen, zoals door opposant ter comparitie is betoogd.

Dat later, na het sluiten van de overeenkomst, een brief aan de werknemer is gezonden die is onderschreven met “MCM Innovation B.V.” maakt zulks niet anders.

3.2.2. Het dient er dan ook voor te worden gehouden dat opposant, h.o.d.n. MCM Innovation, ook hierna aan te duiden als “MCMInnovation”, het bedrijf was waarvoor de werknemer zijn werkzaamheden verrichtte. Voor zover opposant heeft gevorderd de werknemer alsnog in zijn oorspronkelijke vordering niet-ontvankelijk te verklaren dan wel deze af te wijzen omdat de werknemer niet bij opposant maar MCM Innovation B.V. te werk was gesteld en zich derhalve tot MCM Innovation B.V. had moeten richten, dient die vordering in oppositie te worden afgewezen.

3.3. Arbeidsovereenkomst met MCMInnovation?

3.3.1. Vervolgens dient de vraag beantwoord te worden hoe de relatie tussen de werknemer en opposant, h.o.d.n. MCMInnovation, dient te worden gekwalificeerd, in het bijzonder of er al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst. De werknemer heeft zijn stelling dat de relatie tussen hem en MCMInnovation als arbeidsovereenkomst dient te worden gekwalificeerd onder meer onderbouwd door verwijzing naar de schriftelijke arbeidsovereenkomst, het Inschrijfformulier, het formulier Gedragsregels en het formulier Variabele Beloning. Daarnaast heeft de werknemer zich beroepen op de feitelijke gang van zaken rondom het sluiten van de overeenkomst en het tekenen van genoemde formulieren, waarbij hij alleen met een Officemanager van MCMInnovation te maken heeft gehad en nimmer iemand van Stafflease B.V. heeft gezien of gesproken.

Voorts heeft de werknemer aangevoerd dat de arbeidsovereenkomst met Stafflease geen uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7: 690 BW kan zijn nu Stafflease geen allocatiefunctie vervult.

MCMInnovation heeft bestreden dat tussen de werknemer en haar een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen aangezien er, overeenkomstig de bedoeling van partijen, sprake is van een uitzendovereenkomst fase A tussen Stafflease en de werknemer, waarbij de werknemer aan MCMInnovation als inlener ter beschikking werd gesteld. Gelet op de schriftelijke overeenkomst tussen Stafflease en de werknemer kan er geen overeenkomst tussen MCMInnovation en de werknemer tot stand zijn gekomen.

3.3.2. Of er sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en MCMInnovation dient beoordeeld te worden aan de hand van de in artikel 7: 610 van het Burgerlijk Wetboek (BW) genoemde criteria. Daartoe dient uiteraard sprake te zijn van verbondenheid tussen partijen (zie prof. L. Verburg ‘Payrolling: over duiding en verbinding’, *Ars Aequi*, december 2013, pag. 907 e.v.). Een schriftelijke overeenkomst is daartoe evenwel niet vereist. Een arbeidsovereenkomst kan immers vormvrij tot stand komen, derhalve (ook) mondeling of blijken uit de verklaringen en gedragingen van partijen jegens elkander. Onder omstandigheden als genoemd in artikel 7: 610a BW kunnen feitelijke gedragingen tot een wettelijk vermoeden leiden. Nu de werknemer niet gedurende drie aaneengesloten maanden werkzaamheden voor MCMInnovation heeft verricht, is hiervan geen sprake.

3.3.3. De constructie die door MCMInnovation en Stafflease is gekozen, betreft een zogenoemde payrollovereenkomst, een niet in de wet geduide rechtsfiguur die zich in meerdere verschijningsvormen voordoet en in toenemende mate tot rechterlijke uitspraken leidt, in wetenschappelijke kringen volop in de belangstelling staat en onderwerp is bij de totstandkoming van het nieuwe, ophanden zijnde ontslagrecht. Gelet op de diversiteit in verschijningsvormen dient iedere zaak op haar eigen merites beoordeeld te worden. In de onderhavige zaak ligt niet de kwalificatie van de relatie tussen de werknemer en het payrollbedrijf, maar de relatie tussen de werknemer en de inlener ter beoordeling voor.

3.3.4. Stafflease heeft geen enkele andere rol vervuld dan het “op papier” zijn van werkgever. MCMInnovation heeft de werknemer geworven teneinde bij haar, in haar opdracht, werkzaamheden te verrichten. MCMInnovation heeft de werknemer de formulieren Inschrijving, Gedragsregels en Variabele Beloning, allen op briefpapier van MCMInnovation, overhandigd en/of ter tekening voorgelegd, de beloning vastgesteld en de werknemer, middels het formulier Variabele Beloning, medegedeeld dat het loon *via* Stafflease zal worden voldaan. De werknemer heeft nimmer iemand van Stafflease gesproken of gezien. MCMInnovation heeft de werknemer wel, tegelijkertijd met het ter hand stellen en ter tekening voorleggen van genoemde formulieren, de arbeidsovereenkomst met Stafflease laten tekenen. Daarmee heeft MCMInnovation op z'n zachts gezegd een onduidelijke en ondoorzichtige situatie gecreëerd waar het haar rol betreft. Daarvoor is hij jegens de werknemer verantwoordelijk.

3.3.5. De gekozen constructie lijkt dan ook geen enkel ander doel te hebben dan de werknemer de bescherming die de wet hem ter zake van ontslag biedt, te omzeilen, althans te beperken. Onder die omstandigheden kan de schriftelijke arbeidsovereenkomst tussen Stafflease en de werknemer niet aan het tot stand komen van een schriftelijke (arbeids-) overeenkomst in de weg staan. (Zie in dit verband ook mr. E.M. Hoogeveen in haar noot onder kantonrechter Enschede, 21 maart 2013, JAR 2013, 95). Hoogeveen wijst er terecht op dat de werknemer anders de hem toekomende bescherming zou ontberen en dat dat ook de reden is waarom de kwalificatie van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst niet ter vrije bepaling van partijen staat (Zie ook HR 10 oktober 2003, JAR 2003, 263, inzake Van der Male/Den Hoedt).

3.3.6. De omstandigheid dat de schriftelijk tussen Stafflease en de werknemer gesloten overeenkomst zich als uitzendovereenkomst presenteert maakt zulks, anders dan door MCMInnovation is betoogd, niet anders. Van een rechtsgeldige uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7: 690 BW is geen sprake. Derhalve kan MCMInnovation niet als ‘derde’ (inlener) in de zin van genoemd artikel worden aangemerkt.

Hoewel artikel 7: 690 BW de zogenoemde allocatiefunctie van een uitzendbureau niet als constitutief vereiste voor het tot stand komen van een uitzendovereenkomst stelt en payrolling derhalve naar de letter van dit artikel onder de uitzendovereenkomst gebracht zou kunnen worden, kan uit de wetsgeschiedenis (MvT, kamerstukken II, 1996/1997, 25263 nr. 3 pag. 33-34) worden afgeleid dat die allocatiefunctie, kort gezegd, het gericht bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, een belangrijk criterium is bij de beoordeling van de vraag of sprake is van het ter beschikking stellen “in het kader van de uitoefening van een beroep of bedrijf” in de zin van artikel 7: 690 BW.

Prof. L. Verburg (t.a.p.) heeft in dit kader, eveneens onder verwijzing naar de wetgeschiedenis, uiteengezet dat daaruit (ook) blijkt dat bij de invoering van artikel 7: 690 BW niet alleen beoogd werd de “klassieke uitzendovereenkomst” onder de definitie van genoemde bepaling te brengen, maar ook “alle andere driehoeksrelaties waarbij de werknemer door diens werkgever in de uitoefening van diens bedrijf of beroep aan een derde ter beschikking wordt gesteld [...]”, hetgeen ervoor zou pleiten ook de payrollovereenkomst daaronder te laten vallen. Hoezeer de wetsgeschiedenis ook over “andere driehoeksrelaties” spreekt, heeft de wetgever daar voor wat betreft aard noch inhoud enige invulling aan gegeven. Wat daar ook van zij, uit de mogelijk breder beoogde toepasselijkheid van artikel 7:690 BW kan niet de conclusie getrokken worden dat in die gevallen geen sprake zou hoeven te zijn van werkgevers die in het kader van de uitoefening van hun bedrijf of beroep een allocatiefunctie vervullen. De voorwaarde omtrent het vervullen van een allocatiefunctie komt in de wetgeschiedenis duidelijk naar voren, zoals overigens ook door prof. Verburg is onderkend.

Naar het oordeel van de kantonrechter mag, ondanks het gegeven dat de wetgever heeft beoogd ook andere driehoeksrelaties onder artikel 7: 690 BW te laten vallen, niet lichtvaardig aan het vereiste van het vervullen van een allocatiefunctie van de potentiële “uitzendwerkgever” voorbij worden gegaan. Derhalve kan ook om die reden de tussen Stafflease en de werknemer gesloten schriftelijke overeenkomst niet aan het aannemen van een (arbeids-)overeenkomst tussen MCMInnovation en de werknemer in de weg staan.

3.3.7. Op grond van de hiervoor in rechtsoverweging 3.3.4 opgesomde feiten en omstandigheden dient door de gekozen constructie heen gekeken te worden en dient geconcludeerd te worden dat er sprake is van verbondenheid tussen MCMInnovation en de werknemer en dient die verbondenheid ook als arbeidsovereenkomst te worden gekwalificeerd. Daartoe wordt als volgt overwogen.

De Hoge Raad heeft inzake het arrest Groen/Schroevers (HR 14 november 1997, NJ 1998/149) ter zake van de kwalificatie van de arbeidsrelatie tussen partijen het volgende toetsingskader gegeven:

“Wat tussen partijen heeft de gelden wordt bepaald door hetgeen hen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst behoort tot één van de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten. Daarbij is niet één enkel kenmerk beslissend maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden, in onderling verband worden gezien.”

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

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

3.3.8. Van een eenduidige partijbedoeling lijkt in deze zaak geen sprake te zijn. De bedoeling van MCMInnovation is blijkens de schriftelijke overeenkomst wel duidelijk. Hij heeft geen arbeidsovereenkomst met de werknemer willen sluiten. De werknemer heeft verklaard er van uitgegaan te zijn dat hij bij MCMInnovation zou gaan werken en met MCMInnovation een arbeidsovereenkomst sloot, althans die bedoeling gehad te hebben. Wat daar ook van zij, zoals hiervoor is overwogen dient door die, op papier gekozen, constructie heen gekeken te worden.

Uit de feitelijke invulling die partijen aan hun arbeidsrelatie hebben gegeven, te weten het verrichten van werkzaamheden door de werknemer in opdracht en ten behoeve van MCMInnovation en de loonbetalingsverplichting die MCMInnovation middels het formulier Variabele Beloning, door de toezegging dat het loon via Stafflease zal worden voldaan, op zich heeft genomen, dient geconcludeerd te worden dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen.

3.3.9. Nu het er voor moet worden gehouden dat de werknemer met ingang van 8 januari 2013 bij opposant, h.o.d.n. MCMInnovation op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst is getreden, is MCMInnovation gehouden het loon gedurende het dienstverband te voldoen.

De omvang van die loonbetalingsverplichting wordt hierna beoordeeld.

3.4. *Duur loondoorbetaling*

3.4.1. Bij verstekvonnis, in kort geding geweest, is de loonvordering toegewezen tot dat arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig zal zijn geëindigd. MCMInnovation stelt dat zij vanaf 14 februari 2013 geen loonbetalingsverplichting heeft omdat de werknemer met ingang van genoemde datum geen werkzaamheden meer voor haar heeft verricht omdat MCMInnovation op 14 februari 2013 aan Stafflease heeft laten weten geen gebruik meer te willen maken van de diensten van werknemer. Daardoor zou gelet op het uitzendbeding (artikel 8 van de schriftelijke arbeidsovereenkomst) de arbeidsovereenkomst zijn beëindigd.

3.4.2. Voor zover MCMInnovation stelt dat de arbeidsovereenkomst reeds per 14 februari 2013 is beëindigd omdat zij toen aan Stafflease heeft laten weten geen gebruik meer te willen maken van de diensten van de werknemer en de arbeidsovereenkomst derhalve op grond van het opgenomen uitzendbeding met onmiddellijke ingang is beëindigd, wordt het volgende overwogen. Allereerst heeft de werknemer betwist dat hij ervan op de hoogte is gesteld dat MCMInnovation aan Stafflease heeft laten weten geen gebruik meer te willen maken van de werkzaamheden van de werknemer. Wat er ook van zij, nu zoals hiervoor is overwogen, is komen vast te staan dat van een rechtsgeldige uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7: 690 BW geen sprake is, is ook het in de arbeidsovereenkomst opgenomen uitzendbeding (artikel 8 van de arbeidsovereenkomst) niet rechtsgeldig overeengekomen.

Ook indien de schriftelijke overeenkomst met Stafflease wel als een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW zou moeten worden gekwalificeerd, kan MCMInnovation aan het uitzendbeding van artikel 7:691 lid 2 BW, opgenomen in artikel 8 van de overeenkomst, geen rechten ontleen. Waar de wetsgeschiedenis met betrekking tot de toepasselijkheid van artikel 7:690 BW enige ruimte voor twijfel met betrekking tot de vereiste allocatiefunctie laat, is daarvan, als het gaat om toepasselijkheid van artikel 7: 691 lid 2 BW, geen sprake. Uit de wetsgeschiedenis blijkt eenduidig dat dit beding juist in de wet is opgenomen in verband met de optimale verwezenlijking van de allocatiefunctie van uitzendwerkgevers (kamerstukken II, 1996/97, 25 263, nr. 3; zie ook aantekening 2 onder h bij artikel 7: 691 BW in Tekst & Commentaar, Kluwer). Nu van het vervullen van enige allocatiefunctie geen sprake is geweest, kan MCMInnovation zich niet met vrucht beroepen op beëindiging van de arbeidsovereenkomst doordat zij Stafflease zou hebben laten weten geen gebruik meer te willen maken van de diensten van de werknemer. Ook het ophalen/innemen van de auto, laptop en/of bedrijfskleding maken geen einde aan de arbeidsovereenkomst.

Dat de arbeidsovereenkomst op enig ander moment, eerder dan door het verstrijken van de tijd waarvoor hij is aangegaan, te weten 78 weken, is beëindigd, is gesteld noch gebleken. Naar voorlopig oordeel is derhalve aannemelijk dat ook in een bodemprocedure MCMInnovation zal worden veroordeeld tot doorbetaling van het loon tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd.

Voor zover de werknemer heeft gesteld zijn werkzaamheden zelf medio februari 2013 te hebben opgeschort wegens wanbetaling door MCMInnovation zal die stelling worden gepasseerd. MCMInnovation heeft dat bestreden en de werknemer heeft zijn stelling niet (voldoende) onderbouwd.

3.4.3. Derhalve is het aannemelijk dat de loonvordering over de maanden januari t/m maart 2013, alsmede het loon, een bedrag van € 1.461,85 bruto per maand, vanaf 1 april 2013 tot de datum waarop de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd, worden toegewezen. Nu MCMInnovation bij verstekvonnis terecht tot betaling hiervan is veroordeeld, dient het verstekvonnis op dit onderdeel bekrachtigd te worden.

3.4.4. De verschuldigheid van de brandstofkosten heeft MCMInnovation, afgezien van het algemeen door haar gevoerde

verweer met betrekking tot het al dan niet bestaan van een verplichting tot betaling van loon, niet gemotiveerd bestreden. Derhalve is aannemelijk dat MCMInnovation in een bodemprocedure ook tot betaling van het bedrag van € 400,= ter zake van brandstofkosten zal worden veroordeeld. Ook op dit onderdeel dient het verstekvonnis bekrachtigd te worden.

3.4.5. MCMInnovation heeft gevorderd het verstekvonnis te vernietigen onder meer voor zover zij daarbij is veroordeeld tot betaling van een bonus van € 103,80 bruto. Die bonus had de werknemer wel in het lichaam van de inleidende dagvaarding (randnummer 22) aangekondigd te vorderen, doch niet in het petitum van de dagvaarding. Aangezien het petitum bepalend is, is MCMInnovation bij verstekvonnis überhaupt niet tot betaling van genoemd bedrag veroordeeld. Derhalve kan het verstekvonnis niet op dit onderdeel vernietigd worden. De vordering van MCMInnovation ter zake wordt derhalve afgewezen.

3.5. Conclusie

Hetgeen hiervoor is overwogen leidt er toe dat de vordering van MCMInnovation strekkende tot vernietiging van het vonnis in kort geding tussen partijen gewezen op 13 mei 2013 dient te worden afgewezen, en het vonnis zal worden bekrachtigd.

MCMInnovation zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de procedure.

Rechtdoende

Wijst de vordering van opposant h.o.d.n. MCMInnovation, strekkende tot vernietiging het vonnis, bij verstek in kort geding, tussen partijen onder zaaknummer 436366 CV EXPL 13-1632 op 13 mei 2013 gewezen, af en bekrachtigt voornoemd vonnis.

Veroordeelt opposant, h.o.d.n. MCMInnovation, in de kosten van de procedure aan de zijde van de werknemer begroot op € 400,= aan salaris gemachtigde

Verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

Wijst af hetgeen meer of anders is gevorderd.

» Noot

In 2013 is in de rechtspraak verschillende malen aan de orde geweest hoe payrolling arbeidsrechtelijk moet worden gekwalificeerd. Daarbij werd telkens geoordeeld dat de payrollwerknemer een arbeidsovereenkomst had met de opdrachtgever en niet met het payrollbedrijf (zie Ktr. Enschede 21 maart 2013, «JAR» 2013/95, Ktr. Almelo 13 mei 2013, «JAR» 2013/144, Rb. Den Haag 26 juni 2013, «JAR» 2013/193 en Ktr. Amsterdam 3 september 2013, «JAR» 2013/252). Ook in deze uitspraak wordt door de payrollconstructie heengekeken. Eerst overweegt de kantonrechter dat bij payrolling geen sprake is van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW en vervolgens oordeelt de kantonrechter dat uit de feitelijke invulling die partijen aan de arbeidsrelatie hebben gegeven, moet worden geconcludeerd dat een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever en niet met het payrollbedrijf tot stand is gekomen. De overwegingen van de kantonrechter sluiten aan bij die in de hiervoor genoemde uitspraken uit 2013 en wat ik in paragraaf 4.12 en 2.3.5 van mijn dissertatie ('Pluraliteit van werkgeverschap', Deventer: Kluwer 2012) heb betoogd ten aanzien van de kwalificatie van de werkgever bij payrolling.

De kantonrechter wijst enkele malen op een recent artikel van Verburg in *Ars Aequi* (zie L.G. Verburg, Payrolling: over duiding en verbinding, AA december 2013/12). In zijn artikel breekt Verburg een lans voor payrolling (vgl. ook M.W.A.M. van Kempen in TAP 2013/6). Hoewel Verburg onderkent dat uit de wetsgeschiedenis volgt dat het door de ter beschikking stellende werkgever vervullen van een allocatiefunctie op arbeidsmarkt een vereiste is voor het van toepassing zijn van de bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst, zou naar zijn mening een redelijke wetstoepassing moeten meebrengen dat het payrollbedrijf wordt gekwalificeerd als de werkgever op grond van artikel 7:690 BW. Verburg wijst in dat kader onder meer op de vragen die de Raad van State de regering in de jaren '90, voorafgaande aan de parlementaire behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid, stelde over het ruime bereik van de daarin opgenomen definitie van de uitzendovereenkomst. De aanleiding van deze vragen vormde het feit dat niet alleen het 'klassieke' kortdurende uitzenden hieronder zou gaan vallen, maar ook het meer bestendige in- en uitlenen van personeel door uitleen- of detacheerbedrijven. Het verschil tussen deze terbeschikkingstellingsvarianten bestond erin dat bij in- en uitlening een doorlopend arbeidscontract werd gesloten met de werknemer en bij uitzending alleen gedurende de termijn dat de uitzendkracht ter beschikking was gesteld aan een opdrachtgever een arbeidscontract bestond met het uitzendbureau. In die tijd was het onderscheid tussen uitzending en in- en uitlening echter reeds vervaagd omdat ook uitzendbureaus zich op langduriger vormen van terbeschikkingstelling waren gaan richten (zie hierover nader par. 4.10.1 van mijn dissertatie). Beoogd werd allebei deze terbeschikkingstellingsvarianten te laten vallen onder artikel 7:690 BW en dit was waarop de regering doelde in haar antwoord op de door Verburg aangehaalde vragen van de Raad van State over het ruimere bereik van deze definitie (zie hierover nader par. 4.5.2 van mijn dissertatie). Met de in artikel 7:690 BW opgenomen definitie werd niet beoogd in één moeite door alle mogelijke arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen van een juridische basis te voorzien. Ook in haar antwoord aan de Raad van State benadrukte de regering 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, 25 263 B, p. 12). Dat wil zeggen, het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van arbeid op de arbeidsmarkt. Bij payrolling ontbreekt deze allocatiefunctie waardoor, zoals de kantonrechter terecht overweegt, artikel 7:690 BW niet van toepassing is op de payrollconstructie.

Als payrolling niet kwalificeert als uitzending ex artikel 7:690 BW, kan volgens Verburg niet zomaar worden geoordeeld dat de payrollwerknemer een arbeidsovereenkomst heeft met de opdrachtgever. Onder verwijzing naar onder andere het arrest ABN AMRO/Malhi (HR 5 april 2002, «JAR» 2002/100) betoogt Verburg dat dan eerst moet worden vastgesteld of de opdrachtgever en de payrollwerknemer zich met elkaar in een overeenkomst hebben verbonden voordat kan worden toegekomen aan de vraag

of deze overeenkomst kan worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst. Bij payrolling wordt volgens Verburg niet toegekomen aan de kwalificatievraag omdat de payrollwerknemer geen schriftelijke overeenkomst sluit met de opdrachtgever. Dat is niet juist. Allereerst ziet Verburg over het hoofd dat bij payrolling, anders dan aan de orde was in het arrest ABN AMRO/Malhi, blijkens de wijze waarop de payrollovereenkomst tot stand komt en daaraan vervolgens uitvoering wordt gegeven, in werkelijkheid van meet af aan een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever wordt beoogd. De payrollconstructie wordt opgezet omdat de opdrachtgever niet de juridische werkgever wil zijn van 'zijn' werknemers en daarom geeft hij dit uit handen aan een payrollbedrijf. Het payrollbedrijf speelt geen zelfstandige en inhoudelijke rol bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Bij payrolling is dus niet de vraag 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 (zo ook E.M. Hoogeveen in ArbeidsRecht 2012/6). Ten tweede staat de omstandigheid, dat bij payrolling – een driehoeksverhouding - een schriftelijke overeenkomst tussen de werknemer en de opdrachtgever ontbreekt, er niet aan in de weg dat kan worden geoordeeld dat tussen hen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen (zie HR 13 juli 2007, «JAR» 2007/231 (STR/PGGM). Ook niet wanneer de werknemer goed geïnformeerd akkoord is gegaan met de payrollconstructie. A-G Timmerman verwoordt dit op treffende wijze in zijn conclusie voor het arrest STR/PGGM:

“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 zo'n 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 art. 7:610 BW van dwingend recht is. Om die definitie kunnen partijen niet zomaar heen wandelen.”

In lijn hiermee overweegt de kantonrechter dat een schriftelijke overeenkomst niet vereist is voor een bevestigend antwoord op de vraag of de payrollwerknemer en de opdrachtgever zich in een arbeidsovereenkomst met elkaar hebben verbonden. De arbeidsovereenkomst kan ook mondeling tot stand komen of blijken uit de verklaringen en gedragingen van partijen. Dat de werknemer een schriftelijke 'arbeidsovereenkomst' sluit met een payrollbedrijf staat er niet aan in de weg dat toch een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen met de opdrachtgever. Artikel 7:610 BW is – nog steeds – van dwingend recht.

mr. dr. J.P.H. Zwemmer,