



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

VAAN - VvA - Wab - Payrolling

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2018

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2018). VAAN - VvA - Wab - Payrolling. *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, 11(4), 7-13. Article 149.

https://opmaat.sdu.nl/book/SDU_SDU_GENERIC_g_SDU_TAP042018_51106/g_SDU_TAP042018_51106

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.

149. VAAN – VvA – Wab – Payrolling

MR. DR. J.P.H. (JOHAN) ZWEMMER

1. Inleiding tot de introductie van wetgeving ter regulering van payrolling in het BW en in de Waadi

De regering stelt voor in een nieuw in te voegen artikel 7:692 BW de volgende definitie op te nemen van de payrollovereenkomst:

“De payrollovereenkomst is de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen.”

Indien sprake is van een payrollovereenkomst is het zogenoemde verlichte ontslagregime bij uitzending op grond van artikel 7:691 BW niet van toepassing en geldt op grond van het voorgestelde artikel 7:692a BW een regime dat vergelijkbaar is met de op een gewone arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde regels. Op grond van het voorgestelde artikel 8a Waadi heeft de payrollwerknemer (en de intra-concern gedetacheerde werknemer¹) recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in een gelijke of gelijkwaardige functie in dienst van de uiteindelijke inlener dan wel (als die er niet zijn) als die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven waarin die uiteindelijke inlener actief is.

1.2 Achtergrond en doel wettelijke regeling

Met de voorgestelde wetgeving ter regulering van payrolling in het BW wordt beoogd het ‘ontzorgende’ karakter voor werkgevers van payrolling te behouden zonder dat daarop het verlichte ontslagregime bij uitzending als opge-

nomen in artikel 7:691 BW van toepassing is.² Met het voorgestelde artikel 8a Waadi wordt beoogd concurrentie op arbeidsvoorwaarden bij payrolling (en intra-concern detachering) te voorkomen. De regering ziet payrolling als een middel om kleine werkgevers te ontlasten in de administratieve verplichtingen die aan het werkgeverschap verbonden zijn.³ Over de keuze voor het opnemen van een definitie van de payrollovereenkomst als bijzondere arbeids-/uitzendovereenkomst in het BW merkt de regering op dat het wijzigen van de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW in die zin dat daarin zou worden opgenomen dat de ter beschikking stellende werkgever een zogenoemde actieve allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt, ertoe zou leiden dat de ‘ontzorgende functie’ die payrolling heeft – en die de regering wil behouden – niet langer kan worden vervuld, althans niet in zijn huidige vorm.⁴

Bij de voorgestelde definitie van de payrollovereenkomst (en het daaraan gekoppelde artikel 7:692a BW) hebben wij enkele algemene observaties en aanbevelingen die verband houden met het systeem van het arbeidsrecht als opgenomen in Titel 10, Boek 7 BW alsmede enkele observaties en aanbevelingen bij de voorgestelde tekst van artikel 7:692 BW.

2. De payrollovereenkomst als bijzondere arbeids-/uitzendovereenkomst in het BW getoetst

2.1 Inleiding

In het voorgestelde artikel 7:692 BW wordt de allocatiefunctie – en daarmee de onderneming van de werkgever – weggeschreven uit de definitie van de payrollovereenkomst als bijzondere arbeids-/uitzendovereenkomst. Daarmee

¹ Ook de door een zogenoemde personeels-BV intra-concern gedetacheerde werknemer gaat onder het bereik van de voorgestelde definitie van de payrollovereenkomst vallen. Op p. 51 (zie ook p. 112) van de cpt. MvT wordt hierover meegedeeld dat “het payrollingregime onverkort op personeelsmaatschappijen, die binnen de eigen groep uitzenden, van toepassing is.”

² Zie cpt. MvT Wab, p. 18.

³ Zie cpt. MvT Wab, p. 21 en 48. Het payrollbedrijf heeft de specialistische administratieve kennis in huis om bijvoorbeeld de cao verplichtingen die gelden bij de opdrachtgever goed toe te passen, te zorgen voor de juiste en tijdige loonbetaling en verantwoordelijk te zijn voor de re-integratieverplichtingen, ook de administratieve verplichtingen.

⁴ Zie cpt. MvT Wab, p. 47.

wordt in het Burgerlijk Wetboek een arbeidsovereenkomst geïntroduceerd waarin het element van de gezagsverhouding tussen de werkgever en de werknemer ontbreekt. Dit gezagslement onderscheidt de arbeidsovereenkomst van andere (bijzondere) overeenkomsten, zoals de overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW) en de overeenkomst van aanneming van werk (artikel 7:750 BW). Het in artikel 7:692 BW voorgestelde werkgeverschap van het payrollbedrijf (enkel) op basis van de door hem met de payrollwerknemer gesloten schriftelijke arbeidsovereenkomst en de met de opdrachtgever gemaakte afspraken is ons inziens niet verenigbaar met het systeem van Titel 10, Boek 7 BW. Bovendien zullen de ‘goede’ payrollbedrijven lijden onder de voorgestelde regulering van de payrollovereenkomst in artikel 7:692 en 7:692a BW omdat (i) de ‘kwaden’ de ruim voorhanden mazen in de voorgestelde definitie zullen opzoeken en (ii) ondernemers alternatieven zullen zoeken in nog niet gereguleerde driehoeksrelaties als contracting of ‘ZZP-constructies’.⁵ Hierna zetten wij uiteen dat de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW de rechter voldoende beoordelingsruimte geeft om een nieuwe werkgemersvorm en arbeidsovereenkomst als aan de orde bij payrolling als arbeidsovereenkomst aan te merken en daarbij kunnen criteria worden gehanteerd die zekerheid geven aan payrollbedrijven, hun opdrachtgevers en aan payrollwerknemers.⁶ In combinatie met een aanscherping van de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW én het voorgestelde artikel 8a Waadi wordt naar onze mening tegemoetgekomen aan de wens van de regering om de ontzorgende functie die payrolling heeft te behouden en concurrentie op arbeidsvoorwaarden te voorkomen.

2.2 De werkgever in Titel 10, Boek 7 BW

De werkgever en de werknemer dienen de in Titel 10, Boek 7 BW neergelegde regels en voorschriften als partijen bij de arbeidsovereenkomst jegens elkaar in acht te nemen. Aan het door de werknemer ‘in dienst’ – dat wil zeggen onder het gezag – van de werkgever verrichten van de arbeid ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de werkgever de eigenaar of exploitant is van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht en deze in die hoedanigheid de vruchten plukt van de door de werknemer verrichte arbeid. In deze situatie komt het economische resultaat van de door de werknemer verrichte arbeid voor rekening en risico van de werkgever. Dit economische risico brengt mee dat de werkgever gezag dient te hebben over de arbeid en de arbeid daarom in dienst van de werkgever dient te worden verricht. De gezagsverhouding kan daarmee worden aangemerkt als het tegenwicht van het voor risico en rekening van de werkgever komen van het economische resultaat van de door de werknemer verrichte

arbeid. Omdat de werkgever de door de werknemer in zijn onderneming verrichte arbeid te gelde maakt (‘vermarkt’) en de werkgever de rekening betaalt wanneer dit niet lukt (omdat het door hem aan de werknemer betaalde loon niet in verhouding staat tot de opbrengst van de arbeid) dient hij aanwijzingen te kunnen geven over de wijze waarop de arbeid wordt verricht. Op grond van dit economische risico van de werkgever als partij bij de arbeidsovereenkomst is het element “in dienst” wezenlijk voor de arbeidsovereenkomst. Daarin onderscheidt de arbeidsovereenkomst zich van de overeenkomst van aanneming van werk en van de overeenkomst van opdracht, waarbij het economische resultaat van de op basis van de overeenkomst verrichte werkzaamheden (ook) voor risico en rekening van de aannemer of opdrachtnemer kan komen. In veel bepalingen in Titel 10, Boek 7 BW en in arbeidswetgeving buiten het BW is de daarin neergelegde arbeidsrechtelijke bescherming gekoppeld aan het (civielrechtelijke) 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 niet dezelfde is of blijft als die eigenaar of exploitant van de onderneming. Wij noemen in dit kader bijvoorbeeld de verplichtingen van de werkgever op grond van artikel 7:611 BW (recht op tewerkstelling van de werknemer), de re-integratieverplichtingen van werkgever en werknemer bij arbeidsongeschiktheid op grond van artikel 7:658a BW en 7:660a BW, overgang van onderneming (artikel 7:662 e.v. BW) en de toepassing van de Wfw, de Wazo en de Wmco.

2.3 Het werkgeverschap van het uitzendbureau en artikel 7:690 BW

De invoering van artikel 7:690 BW, waarin de arbeidsovereenkomst (ex artikel 7:610 lid 1 BW) tussen de werknemer en het uitzendbureau wordt geduid als een uitzendovereenkomst indien wordt voldaan aan de elementen uit dit artikel, vormde geen breuk met dit stelsel. Binnen de uitzendovereenkomst is het gezagslement verdeeld over de rechtsverhouding van de werknemer met het uitzendbureau én diens feitelijke relatie met de derde(n) aan wie hij door het uitzendbureau ter beschikking wordt gesteld. Reeds in arresten uit 1977, 1980 en 1988⁷ oordeelde de Hoge Raad dat bij uitzending of detachering door uitzendbureaus of detacheerbedrijven sprake kon zijn van een arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau of detacheerbedrijf wanneer de arbeidskracht op grond van de door hem gemaakte afspraken met de uitzender of detacheerder verplicht was arbeid te verrichten onder het gezag van door het uitzendbureau of uitleenbedrijf aan te wijzen derden. In deze situatie werd de feitelijke gezagsverhouding door de uitzender of detacheerder aan de derden gedelegeerd, zo volgt uit deze arresten. Het uitzendbureau of het detacheerbedrijf trad voor zichzelf op bij de werving en selectie van de werknemer en de derde had geen beslissende inspraak

5 Zie in dit verband ook het advies van de Raad van State naar aanleiding van een initiatiefwetsvoorstel van drie oppositiepartijen met betrekking tot de regulering van payrolling (Kamerstukken II 2017/18, 34 837, 4).

6 Passages zijn (deels) ontleend aan de dissertatie van J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap, Deventer: Kluwer 2012 en diverse artikelen van zijn hand over dit onderwerp.

7 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.

bij welke werknemer door de uitzender of detacheerder bij hem werd tewerkgesteld. Het ging hier dus om uitzendbureaus of detacheerbedrijven die een actieve allocatiefunctie vervulden op de arbeidsmarkt en daarvan hun onderneming hadden gemaakt. Bij de totstandkoming van artikel 7:690 BW – dat is bedoeld als toegangspoort naar het verlichte ontslagregime van artikel 7:691 BW – is verschillende malen benadrukt dat dit met terbeschikkingstelling ‘in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever’ werd bedoeld het door de werkgever op actieve wijze bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid op de arbeidsmarkt.⁸ Deze allocatiefunctie is destijds, eind jaren ‘90, echter niet met zoveel woorden uitgeschreven in de tekst van artikel 7:690 BW.

In het Care4Care-arrest⁹ en in het Leerorkest-arrest¹⁰ heeft de Hoge Raad in weerwil van het bovenstaande, voornamelijk onder verwijzing naar de tekst van artikel 7:690 BW, geoordeeld dat in artikel 7:690 BW niet een beperkende allocatiefunctie moet worden gelezen. In het Care4Care-arrest heeft de Hoge Raad niet overwogen dat het feit dat het payrollbedrijf en de werknemer een schriftelijke arbeidsovereenkomst met elkaar aangaan, betekent dat daarmee vaststaat dat tussen hen een arbeidsovereenkomst (ex artikel 7:610 lid 1 BW) tot stand is gekomen (waarbij het payrollbedrijf dan op grond van artikel 7:690 BW kwalificeert als een werkgever die zijn werknemer ter beschikking stelt in het kader van een uitzendovereenkomst). Artikel 7:690 BW is namelijk, evenals artikel 7:610 BW, van dwingend recht.¹¹ Partijen kunnen niet contractueel afspreken dat bij payrolling sprake is van een arbeidsovereenkomst (ex artikel 7:610 lid 1 BW) met het payrollbedrijf en, in het verlengde daarvan, een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW.

2.4 Het werkgeverschap van het payrollbedrijf en het behoud van de ontzorgende functie van payrolling: onze aanbevelingen

Het bovenstaande neemt niet weg dat op grond van artikel 7:610 lid 1 BW sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst tussen het payrollbedrijf en de payrollwerknemer. De definitie van artikel 7:610 lid 1 BW geeft de rechter veel beoordelingsruimte om een nieuwe werkgeversvorm en arbeidsovereenkomst als aan de orde bij payrolling als arbeidsovereenkomst aan te merken. Dat gebeurde eind jaren ‘70 en begin jaren ‘80 bij de kwalificatie van toen nieuwe arbeidsrelaties als uitzending en detachering (zie de hiervoor aangehaalde arresten van de HR uit die jaren). Bovendien heeft de Hoge Raad sinds 1997 in een reeks arresten¹² bevestigd en in verschillende situaties uitgewerkt wanneer en op welke wijze de door partijen gemaakte contractuele afspraken een rol spelen bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. In de situatie waarin het payrollbedrijf bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst met de werknemer van meet¹³ af aan niet uitsluitend als ‘contractueel verlengstuk’ van de opdrachtgever fungeerde en deze overeenkomst niet uitsluitend dient ter omzeiling van aan de arbeidsovereenkomst verbonden juridische/financiële verplichtingen kan de rechter het payrollbedrijf aanmerken als werkgever van de payrollwerknemer.¹⁴ Daar heeft de rechter artikel 7:690 BW – of het voorgestelde 7:692 – niet voor nodig. Omdat payrolling in vele vormen en gedaanten voorkomt, is de rechter zo goed in staat wezen en schijn van elkaar te onderscheiden bij de kwalificatie van payrolling. Daar heeft de rechter geen definitie van de payrollovereenkomst voor nodig (gehad). De lagere rechtspraak met betrekking tot payrolling in de afgelopen jaren heeft reeds een zuiverende werking gehad op de payrollbranche omdat rechters hier in uiteenlopende situaties beoordeelden wanneer payrollconstructies wel en niet standhielden. Daarbij ging wel een versturende werking uit van de ondui-

8 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. B, p. 9 en 12, Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10 en 33 en Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 15-16. Zie over het bovenstaande nader de reeds aangehaalde dissertatie: Pluraliteit van werkgeverschap, Deventer: Kluwer 2012.

9 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (Care 4 Care Human Resources B.V./Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten ‘StiPP’).

10 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757.

11 HR 9 oktober 2015, NJ 2016/276 (Logidex).

12 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 in een arbeidsrechtelijke driehoeksrelatie: HR 9 oktober 2015, NJ 2016/276, m.nt. Houweling en JAR 2015/277, m.nt. De Jong (Logidex).

13 Hier is derhalve geen sprake van een situatie als aan de orde in het ABN AMRO/Malhi (HR 5 april 2002, NJ 2003, 124) omdat de werknemer hier als uitzendkracht bij de opdrachtgever binnenkwam en de uitzendkracht na verloop van tijd steeds meer als een eigen werknemer van de opdrachtgever werd behandeld/ingezet.

14 Zie in relatie met de kwalificatie van de payrollovereenkomst als arbeidsovereenkomst tussen het payrollbedrijf en de payrollwerknemer met name HR 10 oktober 2003, NJ 2007/446 (Van der Male B.V./Den Hoedt), HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449 (Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM) en HR 9 oktober 2015, NJ 2016/276 (Logidex).

delijkheid over de al dan niet vereiste aanwezigheid van een allocatiefunctie.¹⁵

Daarnaast zullen – zoals hierna aan de orde komt in onze observaties bij de tekst van het voorgestelde artikel 7:692 BW – de ‘goede’ payrollbedrijven lijden onder de voorgestelde regulering van de payrollovereenkomst in artikel 7:692 en 7:692a BW omdat (i) de ‘kwaden’ de ruim voorhanden mazen in de voorgestelde definitie zullen opzoeken en (ii) ondernemers alternatieven zullen zoeken in nog niet gereguleerde driehoeksrelaties als contracting of ‘ZZP-constructies’. Zie in dit verband ook het recente advies van de Raad van State naar aanleiding van een initiatiefwetsvoorstel van drie oppositiepartijen met betrekking tot de regulering van payrolling.¹⁶

Wanneer is nu sprake van een payrollovereenkomst waarbij het payrollbedrijf niet van meet af aan niet uitsluitend als (i) ‘contractueel verlengstuk’ van de opdrachtgever fungeert en (ii) deze overeenkomst niet uitsluitend dient ter omzeiling van aan de arbeidsovereenkomst verbonden juridische/financiële verplichtingen?

- Ten aanzien van het eerste element geldt naar onze mening op grond van de hiervoor aangehaalde jurisprudentie van Hoge Raad dat de rol van de contractuele werkgever bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis moet hebben, wil hij kunnen worden gekwalificeerd als de werkgever in de zin van Titel 10, Boek 7 BW. Daarvoor kan bijvoorbeeld worden gekeken naar de ondernemingsactiviteiten van de contractuele werkgever en naar op wiens initiatief de overeenkomst tussen de werknemer en de contractuele werkgever tot stand kwam. Bij payrolling zou kunnen worden aangenomen dat het werkgeverschap van het payrollbedrijf voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis heeft om hem te kwalificeren als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW van de payrollwerknemer wanneer het payrollbedrijf zorgdraagt voor, en knowhow te creëert op het gebied van, onder meer de

(tussentijdse) scholing van de payrollwerknemer, de herplaatsing en, in geval van arbeidsongeschiktheid, de re-integratie van de payrollwerknemer.

- Het tweede element manifesteert zich op dit moment met name in de verminderde ontslagbescherming van de payrollwerknemer als gevolg van de door de Hoge Raad in het Care4Care-arrest gesanctioneerde toepassing van het flexibele uitzendontslagrecht op payrolling, maar deze strekt zich ook uit tot (andere) voorschriften in Titel 10, Boek 7 BW en in publiekrechtelijke arbeidswetgeving waarin wordt aangesloten bij het civielrechtelijke werkgeversbegrip. Van spanning met het cao-recht is sprake omdat het payrollbedrijf slechts verplicht is de in een bedrijfstak of onderneming toepasselijke cao toe te passen op de onderdelen waar de ABU-cao – de uitzend-cao – hem daartoe verplicht. Daardoor kunnen payrollwerknemers geen beroep doen op de voor de feitelijke werkgever geldende bedrijfstak-cao en de daarin gemaakte afspraken die specifiek betrekking hebben op het werken in een onderneming als die van de feitelijke werkgever (zoals voorzieningen op het gebied van vakantiedagen, pensioen, kinderopvang en scholing). Payrollwerknemers verkeren hier dus in eenzelfde positie als uitzendkrachten, met dien verstande dat dit niet wordt gerechtvaardigd door het feit dat zij werkzaam zijn in de ‘eigen’ op allocatie van arbeidskrachten gerichte onderneming van de contractuele werkgever en een beroep op de inlenersbeloning voor hen veelal geen zin zal hebben. Aan deze aspecten wordt als hiervoor opgemerkt voor een aanzienlijk deel tegemoetgekomen met het voorgestelde artikel 8a Waadi, maar ook dan is de arbeidsrechtelijke positie van de payrollwerknemer op het gebied van arbeidsvoorwaarden nog steeds niet dezelfde als die welke hij had gehad wanneer hij direct in dienst zou zijn van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij werkzaam is. Wij noemden in dat kader reeds de verplichtingen van de werkgever op grond van artikel 7:611 BW (recht op tewerkstelling van de werknemer), de re-integratieverplichtingen van werkgever en werknemer bij arbeidsongeschiktheid op grond van artikel 7:658a BW en 7:660a BW, overgang van onderneming (artikel 7:662 e.v. BW) en de toepassing van de Wfw, de Wazo en de Wmco. Indien het payrollbedrijf voldoet aan de omschrijving die hiervoor bij het eerste element is gegeven – en dus zorgdraagt voor, en knowhow te creëert op het gebied van, onder meer de (tussentijdse) scholing van de payrollwerknemer, de herplaatsing en, in geval van arbeidsongeschiktheid, de re-integratie van de payrollwerknemer – hoeft dit laatste echter niet in de weg te staan aan de kwalificatie van het payrollbedrijf als werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW.

De voorgestelde complexe regeling van de payrollovereenkomst in artikel 7:692 en 7:692a zou overbodig zijn wanneer de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 in die zin wordt aangescherpt dat duidelijk is dat dit artikel – en daarmee het daaraan gekoppelde verlichte

15 Zie over de arbeidsrechtelijke kwalificatie van payrolling: Ktr. Groeningen 15 december 2009, JAR 2010/27, Hof Leeuwarden 23 maart 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL9881, JAR 2010/107, Ktr. Leeuwarden 12 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY0861, JAR 2012/284, Ktr. Rotterdam 21 december 2012, JAR 2013/46, 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:2014:23340, JAR 2014/123, Ktr. Amsterdam 4 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5783, JAR 2014/248, Rb. Limburg (ktr. Maastricht) 4 maart 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:1829, RAR 2015/81, 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, Rechtbank Limburg 2 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:6699, AR Updates 2016-0899, Ktr. Rotterdam 30 december 2016, AR Updates 2017-0021, Ktr. Assen 19 december 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4888, RAR 2018/48, Hof Amsterdam 12 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3723, JAR 2017/267, Ktr. Amsterdam 19 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:420, JAR 2018/57.

16 Kamerstukken II 2017/18, 34 837, nr. 4.

ontslagregime ex artikel 7:691 BW – uitsluitend van toepassing is op arbeidsrechtelijke driehoeks-relaties waarbij het beroep of bedrijf van de ter beschikking stellende werkgever is gericht op het op actieve wijze bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid op de arbeidsmarkt. Naar onze mening zou dan kunnen worden volstaan met de volgende aanscherping van de definitie van artikel 7:690 BW¹⁷:

“De uitzendovereenkomst is de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever, dat is gericht op het op actieve wijze bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid op de arbeidsmarkt, 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.”

Ook de Raad van State lijkt deze oplossing te verkiezen boven de voorgestelde regulering van payrolling in het BW. In zijn hiervoor aangehaalde advies deelt hij hierover mee dat een aanscherping van de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW *“beter inpasbaar [zal] zijn in het bestaande wettelijke stelsel en op minder praktische bezwaren [zal] stuiten*¹⁸.”

3. De voorgestelde definitie van de payrollovereenkomst in artikel 7:692 BW getoetst

3.1 Inleiding

Naast de in de vorige paragraaf genoemde observaties en aanbevelingen naar aanleiding van het voorgestelde artikel 7:692 (en 7:692a) BW in relatie tot het systeem van het arbeidsrecht als opgenomen in Titel 10, Boek 7 BW, hebben wij het volgende commentaar bij de voorgestelde tekst van artikel 7:692 BW.

3.2 De voorgestelde definitie in artikel 7:692 BW biedt een onvoldoende scherp en duidelijk criterium en benadeelt de uitzendsector

In het voorgestelde artikel 7:692 BW is de payrollovereenkomst gedefinieerd als de uitzendovereenkomst waarbij de overeenkomst van opdracht tussen uitzendwerkgever en de inlener op basis waarvan de werknemer ter beschikking wordt gesteld aan de inlener niet tot stand kwam in het kader van een door de uitzendwerkgever op de arbeidsmarkt verrichte actieve allocatiefunctie. Op deze uitzendovereenkomst is niet het verlichte ontslagregime van artikel 7:691 BW van toepassing, maar het met de gewone arbeids-

overeenkomst vergelijkbare regime van het voorgestelde artikel 7:692a BW.

Het onderscheid tussen de voorgestelde definitie van de payrollovereenkomst en de in artikel 7:690 BW opgenomen definitie van de uitzendovereenkomst zit nu in de woorden: *“waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand is gekomen in het kader van in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen.”*

Dit leidt er volgens de regering toe *“dat het lichter arbeidsrechtelijk regime behouden blijft voor uitzendwerkgevers, die immers een actieve rol vervullen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt (van in de regel werk van tijdelijke aard). Dit betekent dat als de uitzendwerkgever een actieve rol vervult in de werving van uitzendkrachten (bijvoorbeeld door middel van de mogelijkheid van inschrijving als werkzoekende) en actief inleners werft (al dan niet via internet), waarbij de intercedenten van de uitzendwerkgever de uitzendkrachten vervolgens (na actieve bemiddeling) ter beschikking stellen aan inleners, wel van het huidige uitzendregime gebruik kan worden gemaakt. In dat geval vervult de uitzendwerkgever namelijk zelf een actieve rol en niet de opdrachtgever met wie hij een overeenkomst heeft of een derde in opdracht van die opdrachtgever.”*¹⁹

Gelet hierop biedt de in de voorgestelde definitie van de payrollovereenkomst in artikel 7:692 BW opgenomen omschrijving onvoldoende scherp en duidelijkheid bij de afbakening van de payrollovereenkomst van de uitzendovereenkomst.²⁰ Payrollbedrijven vervullen met het door hen aangeboden juridische werkgeverschap immers ook een functie in het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Ten aanzien van het vereiste dat de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen merken wij op dat dit – gelet op het dwingendrechtelijke karakter van het voorgestelde artikel 7:692 BW geen rol zou mogen spelen bij het onderscheid tussen de uitzend- en de payrollovereenkomst. Hiermee zou namelijk aan het payrollbedrijf en diens opdrachtgever worden gelaten of sprake is van een uitzend- of payrollovereenkomst. Ook wanneer eenzijdige herplaatsing van de werknemer door het payrollbedrijf bij een andere opdrachtgever niet de bedoeling is, kan de opdrachtgever deze toestemming immers op papier geven aan het payrollbedrijf, maar kan het payrollbedrijf toezeggen – al dan niet in een side letter of ‘gentleman’s agreement’ – hiervan nooit gebruik maken. Zeker bij intracooncern detachering, dat ook onder het bereik van de voor-

17 Zie ook de bijdrage van J.P.H. Zwemmer, ‘Artikel 7:690 BW’ in F.Q. van de Pol e.a. (red.), Vijftig weeffouten in het BW, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

18 Kamerstukken II 2017/18, 34 837, nr. 4.

19 Cpt. MvT p. 49. Zie ook cpt. MvT Wab, p. 43

20 Dat de cpt. MvT Wab hierover meer duidelijk is, biedt geen zekerheid. Wij wijzen hierbij op het eerder genoemde Care4Care-arrest waarin de Hoge Raad op grond van de tekst van de wet en onder verwijzing naar een uit de context gehaalde passage uit de wetsgeschiedenis tot een geheel ander oordeel kwam over de uitleg van de wet dan wat een kleine twintig jaar eerder was beoogd door de wetgever (en sociale partners).

gestelde definitie in artikel 7:692 BW gaat vallen²¹, zal dit snel aan de orde kunnen zijn. Daarin wordt in deze specifieke situatie echter voorzien met artikel 7:691 lid 6 BW en lid 7 van het voorgestelde artikel 8a Waadi. (Onvoorzien) gevolg van het voorgestelde artikel 8a lid 7 voor intra-concern detachering kan onder andere zijn dat ook een binnen een internationaal concern naar Nederland (intra-concern) gedetacheerde buitenlandse expat vanaf dag één recht heeft op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers van de Nederlandse groepsmaatschappij werkzaam in een gelijke of gelijkwaardige functie. Daarmee zou de voorgestelde wetgeving kunnen leiden tot complicaties voor internationaal opererende concerns. De voorgestelde regeling zou hiermee ons inziens haar doel voorbij schieten. Wij volstaan hier voor nu met de vraag of de regering zich hiervan bewust is.

Een ander punt van kritiek bij de voorgestelde definitie in artikel 7:692 BW is dat per individuele arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer ter beschikking wordt gesteld van een derde om onder toezicht en leiding van de derde arbeid te verrichten moet worden vastgesteld of sprake is van een uitzend- of payrollovereenkomst. Daarmee wordt voorbijgegaan aan het feit dat een deel van de uitzendkrachten die door uitzendbureaus ter beschikking worden gesteld aan derden door deze derden zelf wordt aangebracht bij de uitzendbureaus. Deze ‘payrollwerknemers’ zijn in dienst van een uitzendbureau dat een actieve allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Toch zijn deze door de derde aangebrachte uitzendkrachten, payrollwerknemers op grond van het voorgestelde artikel 7:692 BW. Dit sluit niet aan bij de wijze waarop de regering de toepasselijkheid van het verlichte ontslagregime beschrijft in de hiervoor geciteerde passage uit de concept memorie van toelichting. Omdat deze ‘payrollwerknemers’ in dienst zijn van een uitzendwerkgever met een actieve allocatiefunctie op de arbeidsmarkt zou ook op hen het verlichte ontslagregime bij uitzending van toepassing moeten zijn.²² Ook voor hen betekent einde inleenopdracht niet automatisch einde arbeidsovereenkomst omdat zij in dienst zijn van een uitzendwerkgever die een actieve allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Met het voorgestelde artikel 7:692 BW wordt hieraan geen recht gedaan en wordt de uitzendsector

benadeeld. Daardoor komt de allocatiefunctie die uitzendwerkgevers vervullen op de arbeidsmarkt en die de aanleiding vormde voor het opnemen van een bijzondere regeling voor de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 en 7:691 BW onder druk te staan.

3.3 Het werkgeverschap van het payrollbedrijf en het behoud van de ontzorgende functie van payrolling: onze aanbevelingen

Gelet op de in paragraaf 1.4 hiervoor genoemde argumenten pleiten wij voor de daar door ons aanbevolen aanscherping van de in artikel 7:690 BW opgenomen definitie van de uitzendovereenkomst waarmee duidelijk wordt gemaakt dat de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW – en het daaraan gekoppelde verlichte ontslagregime ex artikel 7:691 BW – uitsluitend van toepassing is op arbeidsrechtelijke driehoeksrelaties waarbij het beroep of bedrijf van de ter beschikking stellende werkgever is gericht op het op actieve wijze bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid op de arbeidsmarkt. Daarmee wordt de nu voorgestelde complexe regeling van de payrollovereenkomst in artikel 7:692 en 7:692a BW overbodig en voorkomen dat de uitzendsector hiermee wordt benadeeld. Doordat binnen de door ons voorgestelde oplossing uitsluitend de formulering van het reeds bestaande artikel 7:690 BW wordt aangescherpt in lijn met de wetsgeschiedenis bij dit artikel – en in lijn met de wijze waarop de regering de toepasselijkheid van het verlichte ontslagregime beschrijft in de hiervoor geciteerde passage uit de concept memorie van toelichting – wordt het risico beperkt dat de ‘goede’ payrollbedrijven lijden onder een dergelijke regulering omdat de ‘kwaden’ de hiervoor beschreven mazen in de voorgestelde definitie zullen opzoeken en ondernemers alternatieven zullen zoeken in nog niet gereguleerde driehoeksrelaties als contracting of ‘ZZP-constructies’. Dat de door de regering voorgestelde definitie is gebaseerd op de in de Ontslagregeling opgenomen omschrijving van payrolling die op haar beurt weer is gebaseerd op de omschrijving van payrolling in de voormalige Beleidsregels ontslagtaak van het UWV betekent – anders dan de regering opmerkt²³ – niet dat deze omschrijving zich voor het doel van dit concept wetsvoorstel heeft bewezen als scherp en duidelijk criterium om uitzending – als omschreven in de concept memorie van toelichting (zie de hiervoor geciteerde passage) – te onderscheiden van payrolling. Daarbij wijzen wij er ook op dat de door het UWV gehanteerde omschrijving van payrolling alleen relevant is bij een verzoek om toestemming voor opzegging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een payrollwerknemer en deze (daardoor) tot nog toe in de praktijk van geringe betekenis is geweest/niet is ‘getest’. Dat laatste geldt eveneens voor de in de voormalige payroll-cao opgenomen omschrijving van payrolling nu in deze cao eveneens een verlicht ontslagregime was opgenomen in vergelijking met het op gewone werknemers van toepassing zijnde ontslagrecht.

21 Op p. 51 van de cpt. MvT Wab wordt meegedeeld dat “het payrollingregime onverkort op personeelsmaatschappijen, die binnen de eigen groep uitzenden, van toepassing is.” Wij sluiten niet uit dat ook andere vormen van intra-concern detachering dan door een personeels-BV onder het bereik van de voorgestelde definitie van de payrollovereenkomst zullen vallen. In de cpt. MvT Wab wordt dit niet met zoveel woorden bevestigd maar op p. 112 van de cpt. MvT Wab wordt in relatie met “uitzendovereenkomsten binnen een concern” wel opgemerkt dat het voorgestelde artikel 7:692a WB – en daarmee dus ook artikel 7:692 WB – zowel van toepassing is “op de payrollovereenkomst tussen verschillende ondernemingen, als binnen een onderneming.”

22 Daarbij zou door sociale partners bijvoorbeeld in de ABU-cao de afspraak kunnen worden gemaakt dat de omvang van de totale loonsom van deze door de opdrachtgever van de uitzendwerkgever zelf aangebrachte uitzendkrachten (al dan niet onder de noemer van doorlening of ‘back office payrolling’) minder dan 50% van het totale premieplichtig loon op jaarbasis van de uitzendwerkgever bedraagt.

23 Cpt. MvT Wab, p. 48/49.

Alvorens over te gaan tot het opnemen van het vereiste van een actieve allocatiefunctie in de definitie van artikel 7:690 BW zou in lijn met wat de Raad van State hierover opmerkt in zijn eerder genoemde advies – en om draagvlak te creëren – aan sociale partners in de uitzendsector de vraag kunnen worden voorgelegd om “*scherpte en duidelijkheid te bieden inzake het criterium van de ‘allocatieve functie’ en inzichtelijk te maken in welke situaties een dergelijke functie al dan niet aanwezig wordt geacht.*”²⁴ Gelet op het feit dat in 1996 voor sociale partners nog duidelijk²⁵ was wat onder de door uitzendwerkgevers op de arbeidsmarkt

vervulde allocatiefunctie moest worden volstaan – zie de STAR nota Flexibiliteit en zekerheid 1996 waarnaar ook in de concept memorie van toelichting bij het concept wetsvoorstel wordt verwezen – zou dit op korte termijn tot een voor alle partijen acceptabel criterium moeten kunnen leiden.

Over de auteur

Mr. dr. J.P.H. (Johan) Zwemmer

Advocaat te Amsterdam en universitair docent Arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

²⁴ Kamerstukken II 2017/18, 34 837, nr. 4.

²⁵ Zie hierover ook de bijdrage van J.P.H. Zwemmer, ‘Artikel 7:690 BW’ in F.Q. van de Pol e.a. (red.), Vijftig weeffouten in het BW, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.