

Uitzenden, payrolling, schijnzelfstandigen en de Wet werk en zekerheid

ArbeidsRecht 2014/60

In de memorie van toelichting bij de Wet werk en zekerheid (WWZ) wordt medegedeeld dat het kabinet en sociale partners willen voorkomen dat driehoeksrelaties, waaronder payrolling, oneigenlijk worden gebruikt. Gewezen wordt op de in het Sociaal Akkoord van 11 april 2013² opgenomen afspraak dat relaties in alle gevallen transparant zullen worden gemaakt, zodat geen misverstand zal bestaan over de positie van de werknemer, en naar de afspraak dat de speciale ontslagregels die nu bij payrolling gelden, zullen worden aangepast. Uit wat in het Sociaal Akkoord en in de memorie van toelichting bij de WWZ wordt medegedeeld over payrolling zou kunnen worden afgeleid dat het kabinet en sociale partners een plaats zien voor de payrollconstructie binnen de bestaande arbeidsrechtelijke ordening als maar duidelijk is voor de werknemer dat het payrollbedrijf zijn werkgever is en wanneer zijn ontslagbescherming gelijkwaardig is aan die van de werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij de opdrachtgever. Hiertegen zijn bezwaren aan te voeren.

1. Driehoeksverhoudingen

In deze bijdrage start ik met een bespreking van de gevolgen van de WWZ voor de enige in Titel 10 Boek 7 BW gereguleerde driehoeksverhouding, de uitzendovereenkomst, en een beschrijving van de maatregelen van de regering ten aanzien van die andere nieuwe flexibele 'werknemer', de zzp'er. Daarna bespreek ik de visie van het kabinet en sociale partners op het gebruik van de payrollconstructie en analyseer ik de problemen die spelen bij de juridische kwalificatie van deze contractuele driehoeksverhouding op de voet van artikel 7:610 BW en artikel 7:690 BW. Ten slotte ga ik in op de vraag of payrolling, gelet op de daarbij door het kabinet en sociale partners gestelde voorwaarden, zou kunnen (en moeten) worden ingepast in de bestaande arbeidsrechtelijke ordening.

2. Flex minder flex, vast nog even vast

De regering acht het noodzakelijk dat onvrijwillig langdurig verblijf in de flexibele schil zo veel mogelijk wordt teruggedrongen, in het bijzonder waar dit wordt veroorzaakt door oneigenlijk gebruik van flexcontracten. Door oneigenlijk gebruik van flexconstructies kunnen collectieve afspraken en

het arbeidsrecht worden ondergraven en kan het draagvlak onder de werknemersverzekeringen worden uitgehoud.³ Met de in de WWZ opgenomen maatregelen die betrekking hebben op flexibele arbeidsovereenkomsten wordt beoogd de balans tussen vast en flexibel werk te herstellen door de doorstroom van flexibele naar vaste contracten te bevorderen. Vaste contracten worden echter niet minder vast in de WWZ. Integendeel, het ontslagrecht wordt meer rigide omdat straks sprake zal zijn van een limitatieve opsomming van redelijke gronden voor ontslag en de werkgever de kantonrechter en/of het UWV (of de bij cao ingestelde ontslagcommissie) zal moeten overtuigen van het bestaan van één of meer van deze redelijke gronden voor ontslag. Tijdens de parlementaire behandeling van de WWZ heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) benadrukt dat de huidige praktijk waarbij de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ook kan ontbinden wanneer het onderliggende dossier van de werkgever niet geheel op orde is en dit dan vertaalt naar een hogere vergoeding naar billijkheid ten einde komt.⁴ Daarnaast kan de werknemer straks beroep en cassatie instellen tegen de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter en tegen de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst met toestemming van het UWV. Nu geen verlichting wordt aangebracht in de risico's en verplichtingen die thans op de werkgever rusten bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, acht ik aannemelijk dat ondernemers nog meer dan nu reeds het geval is hun toevlucht zullen zoeken in uitzend-, zzp- en payrollconstructies. De regering lijkt zich hiervan bewust te zijn geweest. In de memorie van toelichting bij de WWZ wordt medegedeeld dat alle vormen van oneigenlijk gebruik van flexibele arbeid moeten worden bestreden.⁵ Gewezen wordt op een in aanvulling op het wetsvoorstel WWZ aan de Tweede Kamer verzonden 'Plan van aanpak schijnconstructies'⁶ dat met sociale partners verder zal worden uitgewerkt en naar de door de Staatssecretaris van Financiën aangekondigde maatregelen om misbruik van de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) aan te pakken.⁷ Voorts wordt tot twee keer toe onder verwijzing naar de afspraken in het Sociaal Akkoord medegedeeld dat moet worden "voorkomen dat driehoeksrelaties (uitzendarbeid, payrolling, contracting) oneigenlijk worden gebruikt" en relaties in alle gevallen transparant zullen worden gemaakt zodat er geen misverstand zal bestaan over de positie van de werknemer, en dat de ontslagregels bij payrolling op een zodanige manier worden aangepast dat de ontslagbescherming van payrollwerknemers gelijkwaardig is aan die van

1 Mr. dr. J.P.H. Zwemmer, universitair docent arbeidsrecht aan de UvA en advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

2 Zie www.stvda.nl.

3 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 10.

4 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 87.

5 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 11.

6 *Kamerstukken II* 2012/13, 17050, nr. 428.

7 *Kamerstukken II* 2012/13, 31311, nr. 91.

de werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij opdrachtgever.⁸

3. Maatregelen regering ten aanzien van de uitzendovereenkomst en zzp-constructies

De regeling van de uitzendovereenkomst blijft goeddeels ongewijzigd in de WWZ. Wat verandert, is dat in artikel 7:691 BW de mogelijkheid om bij cao ongelimiteerd af te kunnen wijken van de hierin genoemde periode van 26 weken – waarna de ketenregeling van artikel 7:668a BW van toepassing zal zijn en het uitzendbeding zijn kracht verliest – wordt beperkt tot een periode van ten hoogste 78 weken.⁹ Voorts kan in afwijking van artikel 7:628 BW bij cao worden afgesproken dat de uitzendwerknemer tot een periode van ten hoogste 78 weken geen recht heeft op een naar tijdruimte vastgesteld loon.¹⁰ Aan de andere kant wordt de tussenpoos van minder dan een jaar uit het huidige artikel 7:691 lid 4 BW teruggebracht naar ten hoogste zes maanden en kan hiervan niet meer bij cao worden afgeweken. Deze aanpassingen van artikel 7:691 BW sluiten aan bij de wijze waarop thans van dit artikel wordt afgeweken in (fase A) van de op dit moment algemeen verbindend verklaarde ABU-cao.¹¹ De regering achtte de langer bestaande inkomensonzekerheid, die als gevolg hiervan zou (blijven) bestaan bij uitzendwerknemers, toelaatbaar vanwege het bijzondere karakter van uitzendwerk. De allocatieve functie op de arbeidsmarkt brengt mee dat partijen bij een uitzendovereenkomst meer vrijheid krijgen bij het aangaan en beëindigen van de arbeidsovereenkomst, zo wordt medegedeeld in de memorie van toelichting.¹² Na voormelde periode van ten hoogste 78 weken is de ketenregeling van artikel 7:668a BW van toepassing. Bij uitzendovereenkomsten kan echter de periode van 24 maanden in het nieuwe artikel 7:668a lid 1 sub a BW bij cao worden verlengd tot ten hoogste 48 maanden en kan het aantal van drie contracten worden verhoogd naar ten hoogste zes. In de op dit moment algemeen verbindend verklaarde ABU-cao kunnen in deze periode (fase B) nu nog maximaal acht arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden gesloten met de uitzendwerknemer. Dit betekent, op grond van het overgangsrecht bij artikel 7:668a (nieuw) BW,¹³ dat op 1 juli 2016 een op dat moment in fase B lopend zevende of achtste contract van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is geworden met het uitzendbureau. Een ander punt van aandacht is dat na de inwerkingtreding van de WWZ, op grond van artikel 7:668a lid 6 (nieuw) BW (en artikel 7:691 lid 8 sub b (nieuw) BW,) bij cao nog steeds ongelimiteerd kan worden afgeweken van het opvolgend werkgeverschap. Vakbonden zullen er alert op moeten zijn dat prudent met deze afwijkingsmo-

gelijkheid wordt omgegaan.¹⁴ Anders zou de werknemer die op basis van contracten voor bepaalde tijd afwisselend in dienst is bij verschillende uitzendwerkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid als elkaars opvolger moeten worden aangemerkt, tegen de bedoeling van de wetgever in toch nog langdurig of permanent verstoken blijven van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

In navolging van het in de memorie van toelichting bij de WWZ genoemde 'Plan van aanpak schijnconstructies' met nadere maatregelen tegen uitbuiting en schijnzelfstandigheid in zzp-constructies, heeft de Minister van SZW op 4 juli 2014 het wetsvoorstel Wet aanpak schijnconstructies voor advies naar de Raad van State gezonden. Het wetsvoorstel voorziet onder meer in een uitbreiding van de ketenaansprakelijkheid; niet alleen de werkgever, maar ook de opdrachtgever wordt aansprakelijk voor het betalen van het cao-loon aan een werknemer,¹⁵ en maatregelen waarmee wordt bevorderd dat de werknemer niet alleen op papier maar ook feitelijk het minimumloon ontvangt. Naar verwachting wordt het wetsvoorstel dit najaar ingediend bij de Tweede Kamer. Voorts is op 22 september 2014 het wetsvoorstel Wet invoering Beschikking geen loonheffingen ingediend bij de Tweede Kamer.¹⁶ Dit wetsvoorstel voorziet in de vervanging van de huidige VAR door de Beschikking geen loonheffing (BGL). Met de invoering van de BGL wordt zowel de opdrachtgever als de opdrachtnemer verantwoordelijk voor de beoordeling van de vraag of feitelijk sprake is van een dienstbetrekking. In dat geval moet de opdrachtgever loonbelasting en premies afdragen. Doel hiervan is het terugdringen van schijnzelfstandigheid bij zzp'ers.

4. Visie kabinet en sociale partners op payrolling

Wat payrolling betreft, is het tot nu toe gebleven bij de hiervoor aangehaalde woorden van de regering in de memorie van toelichting bij de WWZ. In het Sociaal Akkoord is wel specifiek ingegaan op oplossingen voor de bij payrolling bestaande knelpunten. Opgemerkt wordt dat naast de vragen die met name aan vakbondszijde bestaan over de legitimiteit van onder meer het uitbesteden van het werkgeverschap door middel van payrollconstructies in relatie tot de gebrekkige rechtsbescherming van de betrokken werknemers, het in ieder geval de gezamenlijke wens is van de sociale partners om te bevorderen dat duidelijkheid bestaat over de wederzijdse rechten en plichten en te komen tot een heldere inkadering van het toenemend aantal driehoeksrelaties in de bestaande arbeidsrechtelijke ordening.¹⁷ Medegedeeld wordt dat moet worden voorkomen dat onder meer de payrollconstructie vooral wordt benut voor ontduiking of ontwijking van al dan niet bij cao geregelde rechtsposi-

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

9 Zie artikel 7:691 lid 8 sub a (nieuw) BW.

10 Zie artikel 7:691 lid 7 jo. lid 8 sub a (nieuw) BW.

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

12 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 20.

13 Artikel XXIIe lid 1 WWZ.

14 Zie Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 105.

15 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5161 en mijn commentaar bij deze uitspraak onder AR Updates 2013-560 op www.ar-updates.nl.

16 Kamerstukken II 2014/15, 34036.

17 Sociaal Akkoord 11 april 2013, p. 26-27.

tionele regelingen en arbeidsvoorwaarden. Afsproken is dat de bijzondere beleidsregels¹⁸ van het UWV ten aanzien van payrolling worden geschrapt en het kabinet en sociale partners stellen in het Sociaal Akkoord voor in het BW "de verplichting van een schriftelijke arbeidsovereenkomst op te nemen voor situaties van payrolling waarbij de overeenkomst de essentialia van de arbeidsovereenkomst dient te bevatten". Het niet verstrekken van een dergelijke schriftelijke overeenkomst zou dan tot gevolg behoren te hebben dat een arbeidsovereenkomst met de inlener wordt aangenomen in plaats van met het payrollbedrijf. Omdat de overige vraagstukken met betrekking tot driehoeksrelaties om een uitgebreidere inventarisatie van problemen en mogelijke oplossingsrichtingen vragen, hebben het kabinet en sociale partners in het Sociaal Akkoord afgesproken dat op korte termijn in het kader van de Stichting van de Arbeid een werkgroep zou worden geformeerd – "met betrokkenheid van de relevante decentrale partijen" – die de opdracht zou krijgen te inventariseren hoe driehoeksrelaties zich op de Nederlandse arbeidsmarkt ontwikkelen, wat daarbij de ervaringen van werknemers en werkgevers zijn, en hoe kan worden bevorderd dat sprake is van duurzame arbeidsrelaties met perspectief die voorzien in gerechtvaardigde behoeften en belangen van werknemers en werkgevers. Over de gewenste oplossingen zou vóór 1 oktober 2013 advies moeten worden uitgebracht. Van een advies is het echter tot op heden niet gekomen.¹⁹

5. Payrolling als uitkomst voor ondernemers (en de overheid) om verlost te zijn van het juridisch werkgeverschap

In de op dit moment meest gebruikelijke vorm van payrolling werft en selecteert de ondernemer (de opdrachtgever) de werknemer, neemt het payrollbedrijf de werknemer in dienst en stelt het payrollbedrijf de werknemer vervolgens exclusief en in beginsel langdurig ter beschikking aan die opdrachtgever. Ook komt voor dat de opdrachtgever zijn gehele personeelsbestand aan een payrollbedrijf overdraagt en het payrollbedrijf dit personeel vervolgens aan hem ter beschikking gaat stellen. Het payrollbedrijf fungeert dus als 'papierwerkgever' en speelt bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst geen zelfstandige en inhoudelijke rol. In de afgelopen jaren is het aantal payrollwerknemers stormachtig gegroeid. Op dit moment zijn er ongeveer 200.000. Ondernemers maken gebruik van payrolling omdat zij af willen van de aan het werkgeverschap verbonden juridische en administratieve verplichtingen en omdat zij streven naar een flexibeler werknemersbestand. Ook de (semi-)overheid maakt gebruik van payrolling.²⁰ Voor overheidsorganisaties vormt, naast flexibiliteit, het

eigenrisicodragerschap voor de WW een belangrijke reden om personeel op basis van een arbeidsovereenkomst met een payrollbedrijf tewerk te stellen.²¹

Payrolling is niet wettelijk gedefinieerd. De Vereniging Payroll Ondernemingen (VPO), de branchevereniging die de belangen van de aangesloten payrollondernemingen behartigt, stelt zich op het standpunt dat payrolling een "bijzondere vorm" van de arbeidsovereenkomst is in de zin van artikel 7:690 BW.²² Dat zou betekenen dat de payrollwerknemer voor de toepassing van Titel 10 Boek 7 BW in dezelfde juridische positie verkeert als de uitzendkracht. Met de in het kader van de Wet flexibiliteit en zekerheid (Wfz) in artikel 7:690 BW opgenomen definitie van de uitzendovereenkomst werd echter niet beoogd tegemoet te komen aan de wens van ondernemers (en de overheid) de aan het juridisch werkgeverschap verbonden verplichtingen uit te kunnen besteden aan een derde. De grond voor het opnemen van deze definitie vormde de allocatiefunctie die uitzendbureaus waren gaan vervullen op de arbeidsmarkt. Dat wil zeggen, het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van (tijdelijke) arbeid op de arbeidsmarkt. Artikel 7:690 BW fungeert als toegangspoort voor het in afdeling 11 van Titel 10 Boek 7 BW opgenomen verlichte arbeidsrechtelijke regime waarmee recht wordt gedaan aan de flexibiliteit die zo kenmerkend is voor uitzendarbeid en die inherent is aan de allocatiefunctie van de uitzendwerkgever.

6. De kwalificatie van de werkgever bij payrolling op grond van artikel 7:690 en 7:610 BW

De definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 lid 1 BW is van dwingend recht. Ook als partijen een arbeidsrelatie niet als een arbeidsovereenkomst betitelen, kan deze worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst wanneer de arbeidsrelatie voldoet aan de definitie van artikel 7:610 BW. Vormvereisten, zoals een schriftelijke overeenkomst, spelen geen doorslaggevende rol bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.²³ In artikel 7:610 BW wordt de werkgever geduid als de partij in wier dienst de werknemer de arbeid verricht. Aan het door de werknemer in dienst van de werkgever verrichten van de arbeid ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de werkgever de eigenaar of exploitant is van de onderneming, het bedrijf of de activiteit waarin de werknemer de arbeid verricht.²⁴ Daarmee wordt

18 Zie Beleidsregels ontslagtaak UWV, hoofdstuk 16, versie september 2012 (www.werk.nl).

19 Eerder, op 11 mei 2012, kwam de STAR met een verdeeld advies over de ontwikkeling van payrolling. Zie www.stvda.nl.

20 Eind 2011 constateerde onderzoeksbureau Ecorys dat 18% van de payrollwerknemers werkzaam is bij de overheid: Ecorys, J. de Wit en P. Donker van Heel, Payrollkrachten, Een onderzoek naar de kenmerken van payrollkrachten, Rotterdam 6 december 2011.

21 Bij het Rijk wordt hieraan sinds kort wel paal en perk gesteld. Op 15 april 2014 is de 'Circulaire afbouw van de inhuurvorm payrolling bij de sector Rijk' gepubliceerd (Circulaire van 1 april 2014, *Stcrt.* 2014, 10082). Hierin wordt meegedeeld dat de inhuur van werknemers via payrolling bij het Rijk per uiterlijk 1 mei 2016 volledig moet zijn afgebouwd. Ter toelichting wordt medegedeeld dat deze circulaire aansluit aan bij het uitgangspunt van het kabinet dat structureel werk zoveel mogelijk structureel moet worden ingevuld via een passende arbeidsrelatie.

22 Zie artikel 8.1 van de VPO-arbeidsvoorwaardenregeling (www.vpo.nu).

23 Zie hierover nader par. 2.3 van mijn dissertatie – Pluraliteit van werkgeverschap, Deventer: Kluwer 2012 – en de daar aangehaalde literatuur.

24 Zie hierover nader par. 2.3.1 van mijn dissertatie.

tegemootgekomen aan het (internationale) grondbeginsel²⁵ dat arbeid geen handelswaar is en de ondernemer tegenover de in zijn dienst werkzame werknemers bepaalde verplichtingen in acht heeft te nemen. Wanneer sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW wordt het uitzendbureau wettelijk geduid als de werkgever van de aan de opdrachtgever/inlener ter beschikking gestelde uitzendwerknemer. Daardoor heeft de opdrachtgever van het uitzendbureau de zekerheid dat hij niet op grond van artikel 7:610 BW als werkgever van de in zijn onderneming werkzame uitzendkracht wordt gekwalificeerd. De grond voor het opnemen van een wettelijke definitie van de uitzendovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW vormde als hiervoor gesteld de allocatiefunctie die uitzendbureaus vervullen op de arbeidsmarkt. Hoewel de allocatiefunctie niet is opgenomen in de tekst van artikel 7:690 BW, heeft de regering bij de parlementaire behandeling van de regeling van de uitzendovereenkomst verschillende malen op eenduidige wijze medegedeeld en benadrukt dat deze regeling alleen geldt voor werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen.²⁶

In mijn dissertatie heb ik, onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis en de plaats van artikel 7:690 BW in Titel 10 Boek 7 BW, betoogd en onderbouwd dat bij de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling geen sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.²⁷ Hoewel met de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW een ruimer toepassingsbereik werd beoogd dan de op dat moment – eind jaren '90 – in de praktijk voorkomende traditionele uitzending door uitzendbureaus die zich richtten op terbeschikkingstelling bij 'piek of ziek', heeft de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Wfz verschillende malen benadrukt dat doorslaggevend is dat de werkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt en deze in alle gevallen vereist zou zijn voor het van toepassing zijn van de regeling van de uitzendovereenkomst.²⁸

Met de in artikel 7:690 BW opgenomen definitie werd dus niet beoogd ook arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen, waarbij geen sprake was van een allocatiefunctie, van een juridische basis te voorzien.²⁹ Omdat bij de totstandkoming van artikel 7:690 BW op eenduidige wijze werd toegelicht wat de aanleiding was voor de regeling van de uitzendovereenkomst en welk toepassingsbereik met deze regeling is beoogd³⁰, moet artikel 7:690 BW in lijn hiermee worden toegepast.³¹ Op grond hiervan heb ik betoogd dat de allocatiefunctie moet worden 'gelezen' in de definitie van artikel 7:690 BW.³²

Als het payrollbedrijf wegens het ontbreken van een allocatiefunctie niet op grond van artikel 7:690 BW kwalificeert als de werkgever van de werknemer, is de vraag of het payrollbedrijf dan op grond van artikel 7:610 BW kan worden aangemerkt als de werkgever van de payrollwerknemer. In mijn dissertatie heb ik betoogd dat bij de kwalificatie van de werkgever in arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen, waarbij geen sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW, op eenzelfde wijze als bij de beantwoording van de vraag óf tussen partijen sprake is van een arbeidsovereenkomst, alleen dan betekenis toekomt aan de door partijen gemaakte contractuele afspraken wanneer deze corresponderen met de wijze waarop hieraan vervolgens feitelijk uitvoering is gegeven.³³ Hoewel werkgever en werknemer als partijen vrij zijn in de keuze met wie zij een overeenkomst aangaan, brengt het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 BW mijns inziens mee 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 ex artikel 7:610 BW.³⁴ Mijns inziens is dat niet het geval bij de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling. Hierbij wordt de uitbesteding de aan het werkgeverschap verbonden juridische en administratieve verplichtingen én het bewerkstelligen van een flexibelere arbeidsverhouding met de werknemer beoogd. De payrollconstructie wordt opgezet omdat de op-

25 "Labour is not a commodity" werd in artikel 1 onder a van de Verklaring van Philadelphia van 10 mei 1944 (waarin het handvest van de huidige Internationale Arbeidsorganisatie (ILO) is vastgesteld) opgenomen als één van de "fundamental principles" van de ILO.

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

27 Zie par. 4.12.1 van mijn dissertatie.

28 *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 3, p. 10 en nr. 6, p. 16. Dit volgt ook uit het antwoord van de regering op kritische vragen die de Raad van State voorafgaande aan de parlementaire behandeling van de Wfz stelde over het ruime bereik van de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW. De Raad van State vroeg zich af of het wel de bedoeling kon zijn dat niet alleen traditionele uitzending door uitzendbureaus, maar ook het meer bestendige in- en uitlenen van personeel door uitleen- of detacheerbedrijven onder deze definitie zou gaan vallen. Het verschil tussen deze terbeschikkingstellingsvarianten bestond er destijds in 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 (eind jaren 90 was het onderscheid tussen uitzending en in- en uitlening echter reeds vervaagd omdat ook uitzendbureaus zich op langduriger vormen van terbeschikkingstelling waren gaan richten). De regering bevestigde dat allebei deze terbeschikkingstellingsvarianten zouden gaan vallen onder artikel 7:690 BW. De regering benadrukte daarbij echter dat het door de terbeschikking stellende werkgever vervullen van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt in alle gevallen vereist was voor "toepassing van de uitzendovereenkomst" (zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25263 B, p. 8-9 en 12).

29 Zie anders Y.A.E. van Houte, Uitzending en payrolling: overeenkomst en verschil, *ArbeidsRecht* 2011/36.

30 Zie over de rol die de toelichting op een wetsbepaling speelt bij de uitleg van deze bepaling o.a. F.T. Groenewegen, Wetsinterpretatie en rechtsvorming: een rechtstheoretisch onderzoek naar wetsinterpretatie en rechtsvorming door de rechter in het bestuursrecht en het privaatrecht (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Bju 2006 en J.W.A. Fleuren, Wetshistorische interpretatie en 'de bedoeling van de wetgever', in: *De staat van wetgeving* (liber amicorum C.A.J.M. Kortmann), Deventer: Kluwer 2009, p. 153-174.

31 Zo ook: Ktr. Enschede 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108; Ktr. Amsterdam 1 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6257; Ktr. Amsterdam 3 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6063; Ktr. Almelo 11 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1214; en Ktr. Amsterdam 22 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6356. Zie anders Rb. Amsterdam 1 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN0820; en Ktr. Amsterdam 4 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5783. In een arrest van de Belastingkamer van de Hoge Raad van 17 juni 2011 (*BNB* 2011/235) werd in een procedure over de sectorindeling voor de premieheffing werknemersverzekeringen in het kader van de Wet financiering sociale verzekeringen geoordeeld dat intracconcern detachering (door een personeels-BV) kon worden gekwalificeerd als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW.

32 Zie par. 4.5.2, 4.9 en 4.12.1 van mijn dissertatie.

33 Zie par. 2.3.5 van mijn dissertatie.

34 Zie p. 30-31 van mijn dissertatie.

drachtgever 'op papier' niet, maar feitelijk wel de werkgever wil zijn van 'zijn' werknemers. Het payrollbedrijf fungeert dus zowel bij de totstandkoming als bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst met de payrollwerknemer uitsluitend als 'contractueel verlengstuk' van de opdrachtgever. Omdat de payrollwerknemer en de opdrachtgever in werkelijkheid van meet af aan een arbeidsovereenkomst met elkaar beogen, is hier 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.³⁵ Van een 'geruisloze vervanging' van de ene door de andere partij als werkgever bij de arbeidsovereenkomst, waarbij voor geen van de partijen duidelijk zou zijn op welk tijdstip deze zich zou hebben voltrokken, is bij payrolling dus geen sprake.³⁶ De omstandigheid dat bij payrolling een schriftelijke overeenkomst ontbreekt tussen de werknemer en de opdrachtgever staat er in verband met het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 BW niet aan in de weg dat kan worden geoordeeld dat tussen hen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, ook niet wanneer de werknemer goed geïnformeerd akkoord is gegaan met de payrollconstructie.³⁷

In de lagere rechtspraak wordt op uiteenlopende wijze geoordeeld over payrolling. Daarbij wordt tot nog toe in de meeste gevallen geoordeeld dat door de payrollconstructie moet worden heengekeken bij de kwalificatie van de werkgever.³⁸ De opdrachtgever is dan, ondanks het door de werknemer met het payrollbedrijf gesloten arbeidscontract, als werkgever ex artikel 7:610 BW aansprakelijk (gebleven) voor de nakoming van uit de arbeidsovereenkomsten van de betrokken payrollwerknemers voortvloeiende verplichtingen. In andere gevallen wordt echter op basis van de door partijen gemaakte contractuele afspraken geoordeeld dat de werknemer een arbeids- of uitzendovereenkomst heeft met het payrollbedrijf.³⁹

7. Het Ministerie van SZW en het UWV over payrolling

In de memorie van toelichting bij de WWZ wordt medege-deeld dat de opkomst van de payrollconstructie niet was voorzien bij de invoering van de Wfz.⁴⁰ Bij payrolling is, zo stelt de Minister van SZW, een werknemer "in dienst bij een payrollbedrijf en verricht hij of zij exclusief structureel werk bij één inlener door wie hij in de regel ook wordt geworven (de feitelijke werkgever)". In de afgelopen jaren hebben ook de voorgangers van de huidige Minister van SZW zich uitgelaten over payrolling. In 2010 deelde toenmalig Minister van SZW Donner naar aanleiding van Kamervragen over de toelaatbaarheid van payrolling mee, dat de payrollconstructie naar zijn mening onder het bereik van artikel 7:690 BW kon worden gebracht omdat naar de letter van de wet niet als vereiste wordt gesteld dat sprake is van een allocatieve functie. De minister benadrukte echter dat het bij een geschil over de kwalificatie van een payrollovereenkomst aan de rechter is om te beoordelen of een payrollovereenkomst kan worden gekwalificeerd als een uitzendovereenkomst.⁴¹ De opvolger van Donner, Kamp, herhaalde dit in zijn brief aan de Tweede Kamer van 30 mei 2011⁴² naar aanleiding van kritische vragen van het Kamerlid Hamer (PvdA) over de groei van payrolling. Uit deze uitlatingen van voormalige Ministers van SZW blijkt dat zij menen dat het payrollbedrijf op grond van artikel 7:690 BW kwalificeert als de werkgever van de werknemer en de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling dus gewoon past binnen de bestaande arbeidsrechtelijke ordening. Deze uitlatingen van ministers ná de inwerkingtreding van artikel 7:690 BW spelen echter geen rol bij de wijze waarop artikel 7:690 BW door de rechter moet worden uitgelegd en bij de beantwoording van de vraag of de payrollconstructie als (een bijzondere vorm van de) uitzendovereenkomst moet worden gekwalificeerd. In zijn arrest van 19 december 2011⁴³ overweegt de Hoge Raad immers dat aan de beantwoording door de minister van Kamervragen over de uitleg van een wettelijke bepaling, nadat deze bepaling kracht van wet heeft verkregen, voor de uitleg van deze bepaling echter geen bijzondere betekenis toekomt "aangezien deze uitlating van de minister geen onderdeel heeft uitgemaakt van de totstandkomingsgeschiedenis van de wet".

Het UWV gaat ervan uit dat bij payrolling sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen het payrollbedrijf en de payrollwerknemer en heeft met ingang van 1 december 2009 een nieuw hoofdstuk (16) 'Payrolling' toegevoegd aan zijn Beleidsregels ontslagtaak UWV.⁴⁴ Kort gezegd vormt op grond van deze beleidsregels de enkele opzegging door de opdrachtgever van de payrollovereenkomst met het pay-

35 Zie ook E.M. Hooegeven, Payrolling: uitholling werknemersbescherming of gat in de markt?, *ArbeidsRecht* 2012/6.
 36 Anders dan aan de orde was in het arrest *ABN AMRO/Malhi* (HR 5 april 2002, NJ 2003/124).
 37 HR 13 juli 2007, NJ 2007/449 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*). Zie anders L.G. Verburg, Payrolling: over duiding en verbinding, AA december 2013/12 en M.W.A.M. van Kempen, Over de zoektocht naar een eenduidige benadering van de rechtsbescherming van de payrollwerknemer, *TAP* 2013/6.
 38 Ktr. Groningen 15 december 2009, *JAR* 2010/27; Ktr. Leeuwarden 21 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY0861; Ktr. Almelo 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ510; Ktr. Almelo 13 mei 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA1178; Rb. Den Haag 26 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749; Ktr. Amsterdam 3 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6063; Ktr. Almelo 11 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1214; en Hof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2340.
 39 Hof Leeuwarden 23 maart 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL9881; Ktr. Rotterdam 21 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BZ1299; Ktr. Amsterdam 13 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3887 (in deze uitspraak werd niet geoordeeld dat de sprake was van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever, onder andere omdat niet vaststond dat het uitsluitend de opdrachtgever was die de werving en selectie van de werknemer verzorgde); en Ktr. Amsterdam 4 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5783.

40 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 9.
 41 *Aanhangsel Handelingen II* 2009/10, nr. 2006.
 42 *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, nr. 2713.
 43 HR 19 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412 (r.o. 3.6.3).
 44 Besluit beleidsregels ontslagtaak 2010, *Stcrt.* 2010, 19010. Dit besluit is met ingang van 1 september 2012 vervangen door het Besluit beleidsregels ontslagtaak 2012, *Stcrt.* 2012, 16614.

rollbedrijf een bedrijfseconomische reden voor het ontslag van de payrollwerknemer door het payrollbedrijf. Om in aanmerking te komen voor een ontslagvergunning hoeft het payrollbedrijf slechts aannemelijk te maken dat de opdrachtgever de opdracht heeft beëindigd.⁴⁵ Hoewel het kabinet en sociale partners in het Sociaal Akkoord afspraken dat "in ieder geval nu reeds moet worden besloten de bijzondere beleidsregels van het UWV ten aanzien van payrolling te schrappen", is dat nog niet gebeurd. Indien het UWV erbij blijft dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen het payrollbedrijf en de payrollwerknemer, zal voordat daartoe wordt overgegaan, moeten worden nagedacht over wat na de afschaffing van deze beleidsregels moet gebeuren in de situatie waarin de opdrachtgever de payrollovereenkomst opzegt zonder dat hij daarvoor een redelijke grond heeft, bijvoorbeeld omdat de opdrachtgever volhardt in de beëindiging van de tewerkstelling van een payrollwerknemer die op grond van het afspiegelingsbeginsel niet in aanmerking komt voor ontslag (of omdat een door de opdrachtgever gesteld disfunctioneren van de payrollwerknemer niet kan worden onderbouwd). Het UWV kan in deze situatie niets ondernemen tegen de opdrachtgever wanneer alle bij de opdrachtgever werkzame werknemers worden ingeleend via een payrollbedrijf.⁴⁶ Weliswaar kan het UWV in deze situaties weigeren een ontslagvergunning te verlenen aan het payrollbedrijf, maar de payrollwerknemer is als gevolg van de opzegging van de payrollovereenkomst door de opdrachtgever wel zijn werk kwijt. Als het payrollbedrijf uitsluitend fungeert als juridisch en administratief werkgever van de bij hem op de payroll staande werknemers, en dus niet beschikt over herplaatsings- of omscholingsmogelijkheden voor de payrollwerknemer, zal het ook in de situatie waarin de opdrachtgever zonder goede reden overgaat tot een beëindiging van de payrollovereenkomst vroeg of laat moeten komen tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer met het payrollbedrijf.

8. Payrolling inpassen in de bestaande arbeidsrechtelijke ordening of is het slechts een symptoom van een dieperliggende kwaal?

Als gezegd praten sociale partners sinds september 2013 in een vanuit de STAR geformeerde werkgroep over onder andere het inpassen van payrolling in de bestaande arbeidsrechtelijke ordening. De kans dat dit nu wel tot een unaniem advies leidt lijkt klein wanneer de payrollbranche vast blijft houden aan het huidige bedrijfsmodel. De Minister van SZW heeft medegedeeld het advies af te wachten maar daaraan toegevoegd dat hij, wanneer dit te lang duurt, zelf zal bekijken hoe met payrolling moet worden omgegaan en hij dan mogelijk ook met maatregelen zal komen.⁴⁷ De minister zal zich daarbij rekenschap moeten geven van het feit dat het huidige bedrijfsmodel bij payrolling tot bloei heeft kunnen komen omdat ondernemers het arbeidsrecht een te zware last vinden en zij de aan het juridische werkgeverschap verbonden verplichtingen niet meer willen dragen. In payrolling hebben zij een manier gevonden om dit tegen een vaste prijs weg te contracteren. Als steeds meer werkgevers het juridisch werkgeverschap uitbesteden, ondanks de extra kosten en het risico op gerechtelijke procedures en sociale onrust, dan moet wellicht worden nagedacht over het arbeidsrecht zelf, of het huidige pakket van regels en voorschriften nog wel te dragen is voor ondernemers, in plaats van over het inpassen van payrolling in de bestaande arbeidsrechtelijke ordening. De door het kabinet en sociale partners voorgestelde verplichting van een schriftelijke arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf, zou betekenen dat wordt geaccepteerd dat het huidige scala aan verplichtingen dat in de wet wordt verbonden aan het werkgeverschap kan worden 'weggecontracteerd' naar een verder activiteitenloze derde. Dat zou neerkomen op een erkenning van de kwaal – het juridisch werkgeverschap is voor ondernemers een te zware verplichting geworden – maar in plaats van deze kwaal proberen te verhelpen, het symptoom hiervan – payrolling – te wettigen. Dat is niet alleen de wereld op zijn kop, maar tevens in strijd met de dwingendrechtelijke kwalificatie van de arbeids- en uitzendovereenkomst op grond van artikel 7:610 en artikel 7:690 BW en de daaraan ten grondslag liggende beginselen en uitgangspunten. De werknemer zou dan als sociaal-economisch zwakkere partij bij de arbeidsovereenkomst gedwongen kunnen worden met één pennenstreek afstand te doen van het werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid verricht. Door deze opsplitsing van het contractuele en het feitelijke werkgeverschap verkeert de werknemer in een slechtere arbeidsrechtelijke positie.

Dat wordt niet opgelost door de beleidsregels van het UWV ten aanzien van payrolling bij het verlenen van ontslagvergunningen te schrappen. Ten eerste omdat daarvoor wel

45 Zie over deze beleidsregels nader p. 69-70 van mijn dissertatie.

46 In de memorie van toelichting wordt inzake de toestemming voor opzegging wegens bedrijfseconomische redenen (artikel 7:671a (nieuw) BW) opgemerkt, dat de verplichting van de werkgever om eerst andere arbeidsrelaties, o.a. met ingeleende personen, te beëindigen (artikel 7:671a lid 5 sub c (nieuw) BW) geldt, tenzij bij ministeriële regeling anders is bepaald. Vervolgens wordt medegedeeld dat bij ministeriële regeling zal worden voorzien in een uitzondering voor werknemers die via een payrollbedrijf werkzaam zijn bij de desbetreffende werkgever. De opdrachtgever zou dan op grond van een dergelijke ministeriële regeling geen toestemming voor ontslag van eigen werknemers krijgen wanneer hij in de afspiegeling niet ook de bij hem werkzame payrollwerknemers betreft. *Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 44, 46 en 48 en nr. 7, p. 68 en 92 en Handelingen II 2013/14, nr. 54, item 9, p. 21.* Zie ook *Kamerstukken II 2014/15, 33988, nr. 11, p. 7.* Ook voor de toepassing van de wederindiensttreedingsvoorwaarde zou de payrollwerknemer dan in deze ministeriële regeling gelijk worden gesteld aan een (voormalige) eigen werknemer van de opdrachtgever. Zie *Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 8, p. 19.*

47 Zie *Handelingen II 2013/14, nr. 54, item 9, p. 21 en 54.* Dit naar aanleiding van de motie van het Kamerlid Hamer (*Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 43*).

eerst sprake moet zijn van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met het payrollbedrijf. Als wordt aangenomen dat payrolling kwalificeert als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW, kunnen ook na de inwerkingtreding van de WWZ nog 5,5 jaar flexibele arbeidsovereenkomsten worden gesloten met de payrollwerknemer. Ten tweede omdat de geringe ontslagbescherming van de payrollwerknemer niet het enige is dat knelt bij payrolling. Doordat de contractuele werkgever bij payrolling een ander is dan de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid verricht, zou de in verschillende bepalingen in en buiten Titel 10 Boek 7 BW neergelegde arbeidsrechtelijke bescherming die is gekoppeld aan het civielrechtelijke werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht hier niet het daarmee beoogde effect hebben. Ik noem in dat kader de verplichtingen van de werkgever op grond van artikel 7:611 BW, de reïntegratieverplichtingen van werkgever en werknemer bij arbeidsongeschiktheid op grond van artikel 7:658a BW en artikel 7:660a BW, de overgang van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen bij overgang van onderneming op grond van artikel 7:663 BW, de bijzondere opzegverboden van artikel 7:670 BW en de toepassing van de Wet aanpassing arbeidsduur, de Wet arbeid en zorg en de Wet melding collectief ontslag. Dat geldt ook voor de toepasselijkheid van (algemeen verbindend verklaarde) cao's. Payrollwerknemers kunnen in beginsel geen beroep doen op de voor de opdrachtgever geldende bedrijfstak-cao en de daarin gemaakte afspraken die specifiek betrekking hebben op het werken in een onderneming als die van de opdrachtgever (zoals voorzieningen op het gebied van pensioen, kinderopvang en scholing). De arbeidsrechtelijke positie van de payrollwerknemer zou dan dezelfde zijn als die van in de onderneming werkzame uitzendkrachten, zij het dat zij niet contractueel in dienst zijn van een werkgever met een 'eigen' op allocatie van arbeidskrachten gerichte onderneming. Wanneer alle bij de opdrachtgever werkzame werknemers in dienst zijn op basis van een payrollconstructie zal een beroep op de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs voor hen veelal geen zin hebben.⁴⁸

Om payrolling te kunnen inpassen in de bestaande arbeidsrechtelijke ordening moet het werkgeverschap van het payrollbedrijf naar mijn mening in ieder geval meer zijn dan een 'papieren' constructie. Payrollbedrijven voorzien thans voornamelijk in de behoefte van ondernemers (en overheid) aan het uitbesteden of 'wegcontracteren' van het juridisch werkgeverschap aan een 'papieren werkgever' die bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst geen zelfstandige en inhoudelijke rol speelt. Hoewel de payrollwerknemer krachtens een arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf werkzaam is bij de opdrachtgever, verkeert hij als gevolg van zijn arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf als 'papieren werkgever' in een minder gunstige arbeidsrechtelijke positie dan wanneer hij in

dienst zou zijn getreden (of gebleven) bij de opdrachtgever. Als de payrollwerknemer zich hiervan bij het aangaan van de overeenkomst met het payrollbedrijf al bewust is geweest, zal hij doorgaans geen andere keuze hebben gehad dan in te stemmen met de payrollconstructie. Ik heb hiervoor betoogd dat deze vorm van payrolling niet kan en ook niet zou behoren te worden ingepast in de bestaande arbeidsrechtelijke ordening. Dat zou anders zijn wanneer de payrollbranche zichzelf opnieuw uitvindt en payrolling een vorm van dienstverlening wordt waarbij de focus niet uitsluitend gericht is op het door de ondernemer uit handen geven van de aan het juridisch werkgeverschap verbonden verplichtingen. Kan men zich bij een overheidsdienst of een grote onderneming afvragen waarom een payrollconstructie nodig is, in het midden- en kleinbedrijf kan payrolling van toegevoegde waarde zijn voor zowel de ondernemer als de werknemer. Dat zou het geval zijn wanneer payrollbedrijven zorg gaan dragen voor, en knowhow gaan ontwikkelen op het gebied van, onder meer de (tussentijdse) scholing van de payrollwerknemer, de herplaatsing van de payrollwerknemer (bijvoorbeeld in de vorm van arbeidspools) en, in geval van arbeidsongeschiktheid, de reïntegratie van de payrollwerknemer.⁴⁹ Daarmee zou ook het probleem van de ontslagbescherming van de payrollwerknemer kunnen worden opgelost. Indien een opdrachtgever de payrollovereenkomst met een dergelijk payrollbedrijf zou beëindigen, zou de kans van de werknemer op herplaatsing bij een nieuwe opdrachtgever (of indiensttreding bij een nieuwe werkgever) immers aanzienlijk groter zijn en zou beëindiging payrollovereenkomst – anders dan nu – niet ook einde arbeidsovereenkomst hoeven te betekenen.

48 Zie p. 343-345 van mijn dissertatie.

49 Zie p. 347 van mijn dissertatie.