

Payrolling: over duiding en verbinding

Leonard Verburg*

- * Prof. mr. L.G. Verburg is hoogleraar arbeidsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.
- 1 Notitie *Perspectief voor een sociaal en ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*, Stichting van de Arbeid, 11 april 2013, te raadplegen via www.stvda.nl, p. 26-27.
- 2 Beleidsregels Ontslagtaak UWV (versie september 2012), te raadplegen via www.werk.nl, p. 16-1 tot en met 16-5. De beleidsregels hanteren het uitgangspunt dat het door een opdrachtgever beëindigen van de payroll-opdracht het verval van de arbeidsplaats bij het payrollbedrijf oplevert. Voorts bepalen de beleidsregels kort gezegd dat de toepassing van het afspiegingsbeginsel zich dient te beperken tot de werknemers van het payrollbedrijf die werkzaam zijn bij de betreffende opdrachtgever, dat het payrollbedrijf op dit punt slechts een inspanningsplicht heeft en dat de ontslagbeschikking geen wederdienststredingsvoorwaarde behoort te bevatten.
- 3 Visie Stichting van de Arbeid ontwikkeling van payrolling, brief met bijlage aan Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 11 mei 2012 (kenmerk: S.A.12.028.36), te raadplegen via www.stvda.nl.
- 4 M.A. Kuyt-Fokkens, 'Payrolling: uitkomst of toch niet?', *NJB* 2006/24; E.M. Hoogeveen, 'De inlener en het werkgeverschap', *ArA* 2007/3, p. 4 e.v.;

De auteur behandelt de vraag op welke feitelijke constellaties payrolling betrekking heeft. Vervolgens komt aan de orde of payrolling valt binnen de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW. Daarna volgt een beschouwing over de vraag wie de werkgever is van de gepayrolde werknemer: het payrollbedrijf of de inlener.

1 Inleiding

Het in april 2013 tussen kabinet en sociale partners gesloten Sociaal Akkoord stelt dat de sociale partners van mening zijn dat er rond het uitbesteden of doorbesteden van het werkgeverschap door middel van payrollconstructies zich in toenemende mate vraagstukken voordoen die dringend om een oplossing vragen.¹ Zij zijn van oordeel dat in ieder geval moet worden besloten de bijzondere beleidsregels van UWV ten aanzien van payrollen te schrappen.² Het is in de visie van het akkoord in het belang van de betrokken werknemers maar ook van de inhurende en uitlenende bedrijven om volledige helderheid en transparantie te hebben ten aanzien van de essentiële elementen van de arbeidsrelatie, en met name wie de werkgever is van de gepayrolde werknemer. Voorkomen moet worden dat payrolling wordt benut voor ontduiking of ontwijking van al dan niet bij cao geregelde rechtspositionele regelingen en arbeidsvoorwaarden.

De aandacht voor 'payrolling' komt voor de geïnteresseerde jurist niet zomaar uit de lucht vallen

Deze aandacht voor 'payrolling' komt voor de geïnteresseerde jurist niet zomaar uit de lucht vallen. Sinds een paar jaar mag het relatief nieuwe businessmodel zich verheugen in de belangstelling van sociale partners, de juridische literatuur en, op aandragen van de praktijk, de rechtspraak. Op 11 mei 2012 liet de Stichting van de Arbeid haar verdeelde visie over de ontwikkelingen rond payrolling het licht zien, waarbij voor het eerst enige verhelderende woorden werden gewijd aan de vraag wat de markt in de armen van deze constructie drijft.³ De literatuur volgt het thema sinds 2006, dus vrijwel vanaf het begin, en worstelt met het onderwerp.⁴ Iets van deze worsteling herkent men bij de bestudering van de verschenen rechtspraak, hoewel de tot nog toe gepubliceerde lagere rechtspraak – zoals te verwachten valt – nauw verwant is met en leunt op de aan de rechter voorgelegde feitelijke casusposities.⁵ Ik heb niet de indruk dat de jurisprudentie een goed beeld geeft van de breedte van de payrollbranche. Ook de media laten zich niet onbetuigd, en al helemaal niet sinds op 21 maart 2013 de kantonrechter Enschede een wat obscure payrollconstructie terzijde stelde en de betrokken werknemers rechtstreeks bij de gemeente Enschede in dienst achtte.⁶ Deze uitkomst valt in de betreffende situatie op zich te billijken, maar

het uitvoerig gemotiveerde vonnis kiest een (in de literatuur verdedigde) route die naar mijn overtuiging niet strookt met de jurisprudentie van de Hoge Raad. Er is, kortom, aanleiding om bij payrollrolling stil te staan en te bezien of literatuur en lagere rechtspraak de materie in een juist daglicht stellen. Ik laat ter voorkoming van overdadig woordgebruik niet het hele speelveld de revue passeren. Ik concentreer mij op de punten waarop een nuancering of een (ferm) tegengeluid past. Ik behandel eerst de vraag op welke feitelijke constellaties payrollrolling betrekking heeft. Vervolgens komt aan de orde of payrollrolling valt binnen de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW. Daarna volgt een beschouwing over de vraag wie de werkgever is van de gepayrolde werknemer: het payrollbedrijf of de inlener.

Er is aanleiding om bij payrollrolling stil te staan en te bezien of literatuur en lagere rechtspraak de materie in een juist daglicht stellen. Ik concentreer mij op de punten waarop een nuancering of een (ferm) tegengeluid past

2 Wat is payrollrolling?

Payrollrolling in de hier besproken zin is een driehoeksrelatie tussen uitlener (het payrollbedrijf, de partij die het werkgeverschap aanvaardt), inlener (de partij die werft, selecteert en materieel tewerkstelt zonder zich formeel als werkgever jegens de werknemer te hebben verbonden) en de betrokken werknemer (in dienst bij het payrollbedrijf en door dit bedrijf ter beschikking gesteld van de inlener om arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de inlener).⁷ Payrollrolling is geen uitzending in eigenlijke zin, want het payrollbedrijf doet niet aan werving en selectie. De *fee*-structuur van een payrollarrangement valt in die zin goedkoper uit dan bij uitzending. In de definitie van de Arbeidsvoorwaardenregeling van 2012 van de Vereniging Payroll Ondernemingen (VPO) is de 'payrollovereenkomst' de arbeidsovereenkomst waarbij een werknemer door de payrollonderneming in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van deze onderneming ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze derde aan de payrollonderneming

verstrekke – in beginsel langdurige – opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. De overeenkomst komt tot stand na werving van de werknemer door de inlener. Een onderscheidend kenmerk is voorts het exclusieve karakter van het arrangement. De VPO Arbeidsvoorwaardenregeling stelt daarover dat de payrollonderneming niet gerechtigd is de werknemer ter beschikking te stellen van andere ondernemingen dan de onderneming van de derde, anders dan in geval van re-integratie wegens arbeidsongeschiktheid of het wegvallen van de opdracht bij de derde.

Sommige payrollconstructies hebben een duidelijke toegevoegde waarde, andere constructies zijn zo lek als een fietsband kan zijn

Is deze definitie helder? Voor de jurist waarschijnlijk wel, maar achter de definitie gaat een waaier van feitelijke constellaties schuil. Er zijn oneindig veel soorten payrollrolling. Het ontbreken van een standaard payrollarrangement is een logisch gevolg van het feit dat marktpartijen steeds eigen doelen dienen en de gekozen risicoverdeling de resultante is van onderhandeling tussen het payrollbedrijf en de inlener. We weten wat een fiets is en toch zijn er talloos veel verschillende fietsen. Zo is het ook bij payrollrolling. Sommige payrollconstructies hebben een duidelijke toegevoegde waarde, andere constructies zijn – om in de beeldspraak van de fiets te blijven – zo lek als een fietsband kan zijn. Ik geef een enkel voorbeeld. In de casus die voerde tot de uitspraak van de kantonrechter Enschede van 21 maart 2013 moet men met een vergrootglas zoeken naar de taken van het payrollbedrijf, een stichting die stelde actief te zijn op het gebied van het welzijnswerk. Deze stichting droeg geen enkel (werkgevers) risico. Dat vloeit mede voort uit het feit dat de stichting geen winstoogmerk had.⁸ Wie geen winst maakt, kan ook geen verlies absorberen. Alle werkgeverskosten kwamen dan ook voor rekening van de inlener. Waarom doet de gemeente Enschede dit? Wil men aan de gemeenteraad kunnen vertellen dat er fors is bezuinigd op het aantal ambtenaren? Ik geef een tweede voorbeeld dat wel een duidelijke toegevoegde waarde heeft. Het betreft een startend restaurant. Het door de eigenares geworven personeel laat zij op transparante

J.P.H. Zwemmer, 'Waarom de payrollonderneming geen (uitzend)werkgever is', *TRA* 2009/12; J.P.H. Zwemmer, 'De payrollonderneming, de inlener en het werkgeverschap in de (lagere) jurisprudentie', *TAP* 2010, p. 19-23; Y.A.E van Houte, 'Uitzending en payrollrolling: overeenkomst en verschil', *ArbeidsRecht* 2011/36; E.M. Hoogeven, 'Payrollrolling: uitholling werknemersbescherming of gat in de markt?', *ArbeidsRecht* 2012/6, met reactie van Groustra in *ArbeidsRecht* 2012/26 en naschrift van Hoogeven in *ArbeidsRecht* 2012/27; J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. UvA; Monografieën Sociaal Recht), Deventer: Kluwer 2012; M.S.A. Vegter, 'Het verbod op werktijdverkorting en de loonbetalingsverplichting bij payrollrolling', *ArbeidsRecht* 2012/56; H.C. Geugjes, 'Van draaideur naar harmonicadeur', *ArbeidsRecht* 2013/30; M.W.A.M. van Kempen, 'Over de zoektocht naar een eenduidige benadering van de rechtsbescherming van de payrollwerknemer', *TAP* 2013, p. 240-247.

⁵ Vgl. Ktr. Groningen 15 december 2009, ECLI: NL:RBGRO:2009: BL3954, *JAR* 2010/27; Ktr. Amsterdam 22 december 2009, *JAR* 2010/41; Hof Leeuwarden 23 maart 2010, ECLI:NL:GHLEE: 2010:BL9881, *JAR* 2010/107; Ktr. Sneek 19 januari 2011, ECLI:NL: RBLEE:2011:BP2742, *JAR* 2011/81; Ktr. Lelystad 8 februari 2012, ECLI:NL: RBZLY:2012:BV7759, *JAR* 2012/100; Hof Leeuwarden 3 april 2012, ECLI:NL: GHLEE:2012:BW0819, *JAR* 2012/133; Ktr. Rotterdam 3 augustus 2012, *B/JN* 132630; Ktr. Leeuwarden 12 oktober 2012, ECLI: NL:RBLEE:2012:BY0861, *JAR* 2012/284; Ktr. Rotterdam 21 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012: BZ4569, *JAR* 2013/46; Ktr. Enschede 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.



Foto: Marten Hoogstraat
(www.whiteframe.nl)
© Ars Aequi

wijze in dienst treden bij een groot payrollbedrijf. Dit bedrijf neemt het ontslagrisico en het loondoorbetalingsrisico bij arbeidsongeschiktheid op zich. Vooral het tweede risico vormt voor de eigenares van het restaurant een ondraaglijke last. Het payrollbedrijf betaalt het personeel van het restaurant per uur en de eigenares betaalt het payrollbedrijf zowel een bedrag ter hoogte van dit loon als een (stevige) opslag. Deze payrollconstructie maakt dat het personeel op basis van een dienstverband aan de slag kan, verschaft de ondernemer zekerheid en voorkomt dat dit soort kleine bedrijven hun heil zoeken in varianten op het thema van de zzp'er. Juist bij de vele kleine ondernemingen in ons land kan een payrollbedrijf fungeren als vangnet voor werkgeversrisico's (geheel of voor een afgesproken percentage) en zorgdragen voor professionalisering van allerhande HR-taken. Denk bij dit laatste aan verzuimbegeleiding, naleving van procedures rond functioneren en ontslag (zeker bij kleinere werkgevers soms een struikelblok), scholing en ontwikkeling, beleid ten aanzien van duur en omvang van contracten en regelgeving, kortom al hetgeen bij grote bedrijven bij de HR-afdeling aan taken is ondergebracht.

Bij intra-concern detachering denken wij aan een aparte personeels-bv waarvan de aandelen worden gehouden door een concernmaatschappij. Ook dit kan een vorm van payrolling zijn, zij het dat op aandeelhoudersniveau uiteindelijk uitlener en inlener onder één paraplu vallen. Draagt de concernholding de door de holding gehouden aandelen van de personeels-bv over aan een extern payrollbedrijf met behoud van de terbeschikkingstelling van de werknemers aan de concernwerkmaatschappijen en gaat men op deze voet ook met toekomstig aan te nemen personeel verder, dan is per de datum van de *closing* van de aandelentransactie een situatie ontstaan die u eenvoudig herkent als een gebruikelijke payrollconstructie.

Juist bij de vele kleine ondernemingen in ons land kan een payrollbedrijf fungeren als vangnet voor werkgeversrisico's en zorgdragen voor professionalisering van allerhande HR-taken

6 Ktr. Enschede 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108, *JAR* 2013/95.

7 Ik laat het salarisadministratiekantoor dat niet zelf als werkgever fungeert, buiten beschouwing.

8 Ik vermoed dat de payrollbranche het oordeel van de kantonrechter te Enschede van 21 maart 2013 uiteindelijk met gepast genoeg begroet. Voor ondernemers met winstoogmerk is het lastig concurreren tegen een stichting zonder winstoogmerk (tenzij de stichting een relatief hoog kostenniveau hanteert). Het moet dus aantrekkelijk zijn dat zo'n stichting uit de markt wordt geblazen.

Ik noem tot slot als payrollvariant de personeels-bv die men buiten de marktsector wel treft in de wereld van de gelieerde stichtingen en verenigingen. Bij dergelijke liaisons is geen sprake van een concern. Men wil via een centralisering van het werkgeverschap de wildgroei voorkomen die zou ontstaan als alle aparte 'clubs' zelf ten aanzien van de werkgeversrol het buskruit proberen uit te vinden. Concentratie van werkgeverschap heeft het voordeel dat men overzicht houdt over de (kwaliteit en kwantiteit van de) contracten.

De wetsgeschiedenis van artikel 7:690 BW toont een spagaat. In de tot nu toe over payrolling verschenen literatuur is deze spagaat on(der)belicht gebleven

3 Is artikel 7:690 BW op payrolling van toepassing?

Artikel 7:690 BW ('690') bevat de wettelijke definitie van de uitzendovereenkomst. Dat is de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever 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.

De wetsgeschiedenis van '690' (wetsvoorstel 25 263 dat voerde tot de op 1 januari 1999 in werking getreden Wet Flexibiliteit en zekerheid) toont een spagaat. In de tot nu toe over payrolling verschenen literatuur is deze spagaat on(der)belicht gebleven. Het advies van de Raad van State van 28 januari 1997 stelde dat de in '690' verwoorde definitie van de uitzendovereenkomst aanzienlijk ruimer was dan de in de praktijk en rechtsliteratuur gehanteerde definitie. Uit deze literatuur bleek dat er twee begrippen zijn die tegenover elkaar kunnen worden gesteld: uitlenen (een voortdurende arbeidsovereenkomst met de uitlener) en uitzenden (een arbeidsovereenkomst voor de duur van de uitzending). De Raad merkte op dat de voorgestelde omschrijving van de uitzendovereenkomst in '690' zo ruim was dat zowel uitzenden (in de gebruikelijke betekenis) als uitlenen eronder konden worden gerekend. De Raad was van mening dat uitlenen een rechtsfiguur is die een andere regeling vereist dan het ter beschikking stellen van arbeidskrachten op basis van tijdelijke arbeidscontracten. De Raad van

State deed de aanbeveling de in '690' ontworpen regeling te beperken tot de uitzendrelatie in enge zin en eventueel een afzonderlijke regeling te treffen voor de uitleenrelatie. Deze aanbeveling lijkt me verstandig en getuigt, mede gezien de huidige discussie over payrolling, van een vooruitziende blik. De betrokken ministers waren het in 1997 met het advies van de Raad van State evenwel niet eens. Niet alleen beoogden zij de in de praktijk voorkomende uitzendrelatie onder de voorgestelde definitie van de uitzendovereenkomst (als bedoeld in '690') 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 [...]. Zodanige terbeschikkingstelling kan ook uitlening omvatten, indien de betreffende uitlening aan de elementen van de definitie voldoet. Is dat het geval, dan is het bijzondere regiem van de uitzendovereenkomst, zoals neergelegd in artikel 691, op deze driehoeksarbeidsrelatie van toepassing. De voorgestelde afdeling geeft derhalve een uniforme regeling voor de vele onder verschillende benamingen in de praktijk voorkomende vormen van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, zoals: uitzenden, uitlenen, detacheren, of te werk stellen in het kader van een arbeidspool. [...] In de praktijk gaat het dus om uitzendbureaus, detacheerbedrijven, arbeidspools en andere organisaties, die er hun beroep of bedrijf van maken arbeidskrachten onder welke noemer dan ook tijdelijk aan derden ter beschikking te stellen.'⁹

De ministers stelden vervolgens dat op alle overige driehoeksrelaties, waarin werknemers in het kader van hun arbeidsovereenkomst tijdelijk bij derden te werk worden gesteld (bijvoorbeeld collegiale uitlening), en die niet voldoen aan de bijzondere criteria van de uitzendovereenkomst, de regeling van de arbeidsovereenkomst onverkort van toepassing is. Gelet op de ruime werkingssfeer van de voorgestelde definitie van de uitzendovereenkomst, meenden de ministers de aanbeveling van de Raad om de ontworpen regeling te beperken tot de uitzendrelatie in enge zin, niet te moeten volgen.¹⁰

Omtrent de gedachte dat de terbeschikkingstelling geschiedt in het kader van het beroep of bedrijf van de werkgever overwogen de ministers:

'Met andere woorden: terbeschikkingstelling moet doelstelling zijn van de beroeps of bedrijfsactiviteiten van de werkgever. Toepassing van de uitzendovereenkomst is aldus gekoppeld aan de allocatieve functie van de werkgever.'¹¹

Ik doel met de verwijzing naar een spagaat op het feit dat '690' twee heren moest dienen

Ik doel met de verwijzing naar een spagaat op het feit dat '690' aldus twee heren moest dienen. Aan de ene kant wilden de betrok-

9 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, B, p. 8/9.

10 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, B, p. 8/9.

11 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, B, p. 12.

ken ministers – om een einde te maken aan de indertijd bestaande twijfels over de aard van de rechtsverhouding tussen uitzender en uitgezondene – zoveel mogelijk allerhande driehoeksrelaties expliciet binnen het bereik van de arbeidsovereenkomst brengen (een arbeidsovereenkomst tussen uitzender en uitgezondene wel te verstaan) en een uniforme regeling treffen voor de vele onder verschillende benamingen in de praktijk voorkomende vormen van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Aan de andere kant wilde men de uitzendovereenkomst qua arbeidsrechtelijke bescherming een verlicht regime gunnen (neer te leggen in ‘691’) en moest men voorkomen dat als gevolg van de ruime interpretatie van het begrip uitzendovereenkomst bepaalde driehoeksrelaties onbedoeld toegang kregen tot de geneugten van ‘691’ (denk aan de uitgestelde werking van ‘668a lid 1’ en het uitzendbeding). De ministers overwogen daarom dat het bij ‘690’ gaat om de allocatieve functie en tijdelijke terbeschikkingstelling om er direct aan toe te voegen dat voor de ‘overige’ driehoeksrelaties waarin werknemers in het kader van hun arbeidsovereenkomst tijdelijk bij derden te werk worden gesteld de regeling van de arbeidsovereenkomst onverkort van toepassing zou zijn.

Wat is tijdelijk? En wat geldt als tijdelijk niet of niet meer of nooit echt tijdelijk was of bleek te zijn?

Los van het willen verzoenen van twee wat tegenstrijdige wensen speelt nog het volgende. De Raad van State waarschuwt voor het verschil tussen contracten voor onbepaalde tijd (met de uitlener) en contracten die praktisch gesproken steeds slechts voortduren voor de periode van de uitzending. De ministers reageren met een betoog over driehoeksrelaties en verdelen het schootsveld in twee parten (driehoeksrelaties die binnen het bereik van ‘690’ vallen en de categorie ‘overig’), maar deze twee parten lopen niet noodzakelijkerwijs synchroon met de tweedeling in het advies van de Raad van State. Steeds gaat het in de reactie van de ministers om werknemers die in het kader van hun arbeidsovereenkomst bij de uitlenende partij ‘tijdelijk’ bij derden te werk worden gesteld. Dat tijdelijke karakter leest men niet zo scherp in de aanbeveling van de Raad van State. Bovendien: wat is tijdelijk? En wat geldt als tijdelijk niet

of niet meer of nooit echt tijdelijk was of bleek te zijn? Is deze verwijzing naar tijdelijk een voorwaarde of slechts bedoeld als constatering van wat in de praktijk feitelijk speelde? Let wel, ‘690’ stelt niets over tijdelijkheid. Payrolling bestond nog niet, maar intra-concern detachering was al wel een bekende figuur. Als de tijdelijkheid van de terbeschikkingstelling bij een derde een voorwaarde is, wat doet intra-concern detachering dan in artikel 7:691 lid 6 BW? Bij intra-concern detachering is, evenals bij payrolling, in beginsel geen sprake van tijdelijkheid. Had de wetgever niet kunnen volstaan met de constatering dat deze vorm van detachering vanwege het ontbreken van een tijdelijk karakter niet binnen het bereik valt van de regeling van de uitzendovereenkomst in ‘690/691’? Zwemmer verklaart de uitsluiting van intra-concern detachering (in zijn visie geen door ‘690’ gedekte constructie) in artikel 7:691 lid 6 BW in zijn dissertatie aan de hand van de omstandigheid dat deze detachering destijds al een gangbare praktijk was.¹² Het feit dat het om een gangbare praktijk ging, kan men evenwel ook beschouwen als een reden om intra-concern detachering juist niet uit te zonderen. Dat uitzonderen is immers overbodig als deze vorm van detacheren, zoals Zwemmer meent, niet onder ‘690’ valt. De tekst van het zesde lid van ‘691’ brengt duidelijk tot uitdrukking dat intra-concern detachering een uitzendovereenkomst (in de zin van ‘690’) vormt (om welke reden het niet gewenste effect van de toegang tot de geneugten van ‘691’ aandacht vroeg). Met die tijdelijkheid ligt het allemaal dus niet zo helder.

Met de tijdelijkheid ligt het allemaal dus niet zo helder. Met de allocatieve functie ligt het evenmin zwart-wit

Met de allocatieve functie ligt het evenmin zwart-wit. Wie meent dat zonder werving en selectie geen sprake is van allocatie (in de zin van het bij elkaar brengen van vraag en aanbod), komt naar de huidige stand van de wetgeving en praktijk bedrogen uit. Op 1 januari 2004 trad de laatste volzin van artikel 7:658a lid 1 BW in werking. De werkgever is onder omstandigheden verplicht te bevorderen dat een arbeidsongeschikte werknemer onder behoud van zijn arbeidsovereenkomst met de werkgever passende arbeid gaat verrichten in het bedrijf van een derde partij. De werk-

12 J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. UvA; Monografieën Sociaal Recht), Deventer: Kluwer 2012, p. 274.

gever krijgt aldus een uitleenrol opgespeld (er is overigens slechts sprake van payrolling, indien de derde partij de werknemer zelf werft en selecteert; het zal wel vaak gaan om tijdelijke passende arbeid). Wij zien voorts de laatste jaren steeds meer gebeuren dat bij voorgenomen reorganisaties in het overleg met vakbonden de nadruk ligt op van-werk-naar-werk-trajecten. Wie deze vormen van allocatieve betrokkenheid (tijdens de rit c.q. aan het einde van de rit) buiten het bereik van '690' houdt, zal toch moeten aanvaarden dat de pluriforme werkelijkheid van nu het precieze oordeel over het bereik van '690' belast.

Ik ben van mening dat payrolling als concept zoveel lijkt op intra-concern detachering dat een redelijke wetstoepassing meebrengt dat voor payrolling moet gelden wat voor intra-concern detachering geldt

Hoe aldus te oordelen over de toepasselijkheid van '690' op payrolling? Ik ben van mening dat payrolling als concept zoveel lijkt op intra-concern detachering (vergelijk het hierboven genoemde voorbeeld van de verkoop van de aandelen in een intra-concern personeels-bv aan een payrollbedrijf) dat een redelijke wetstoepassing meebrengt dat voor payrolling moet gelden wat voor intra-concern detachering geldt. Een wetwijziging is niet nodig. De rechtspraak kan in mijn visie zelf via uitleg van de wettelijke regeling deze oplossing bewerkstelligen. Het voordeel van deze aanpak is bovendien dat de rechter rekening kan houden met de bijzondere omstandigheden van het voorgelegde arrangement (die kunnen toch nog weer in een andere richting wijzen). Daarmee is in feite het antwoord op de gestelde vraag gegeven. In mijn visie is artikel 7:690 BW van toepassing, maar zonder de geneugten van artikel 7:691 BW. Deze visie komt op hetzelfde neer als de gedachte dat tussen het payrollbedrijf en de werknemer onverkort artikel 7:610 BW van toepassing is.¹³

4 Een arbeidsovereenkomst, maar wie heeft zich verbonden?

In de hierboven geciteerde passage uit de wetsgeschiedenis van de Wet Flexibiliteit en zekerheid verwezen de ministers naar

'overige' niet door '690' gedekte driehoeksrelaties waarin werknemers in het kader van hun arbeidsovereenkomst tijdelijk bij derden te werk worden gesteld. In deze situaties is de regeling van de arbeidsovereenkomst onverkort van toepassing. Misschien vraagt u zich af: wie zijn dan wel de partijen bij die overeenkomst? Het antwoord luidt, meen ik, evident dat de ministers dachten aan een arbeidsovereenkomst tussen werknemer en uitlener en niet aan een arbeidsovereenkomst tussen werknemer en inlener. Wie de tekst leest en ziet dat de ministers collegiale inlening als voorbeeld op het netvlies hadden, zal geen twijfel koesteren. Bij de categorie 'overig' had de wetgever bovendien blijkens de wetsgeschiedenis een *driehoeksrelatie* op het oog. Indien het er voor zou moeten worden gehouden dat zonder de rugdekking van '690' de arbeidsovereenkomst geacht moet worden te zijn aangegaan tussen werknemer en inlener, dan valt de derde partij weg en resteert in beginsel een *tweehoeksrelatie*.

Zwemmer en Hoogeveen stellen zich op het standpunt dat '690' niet van toepassing is en dat dan via de jurisprudentie over de kwalificatie van de relatie (de leer van *Groen / Schoevers*¹⁴) sprake zal zijn van een arbeidsovereenkomst tussen inlener en werknemer.¹⁵ De kantonrechter te Enschede volgde in zijn reeds genoemde uitspraak van 21 maart 2013 deze redenering. Klopt dit betoog? Dat is niet het geval.

Ik voer u naar het arrest *Volvo/Braam* van de Hoge Raad uit 1992. De rechtbank had in die zaak aangenomen dat tijdens de aan het dienstverband tussen partijen voorafgaande uitzendperiode de rechtsverhouding tussen Braam en Volvo reeds kon worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad oordeelde dat de rechtbank niet had overwogen dat Volvo en Braam ten tijde van de uitzendperiode zich jegens elkaar hadden verbonden. Mocht de rechtbank hebben geoordeeld dat toen al een arbeidsovereenkomst was ontstaan, dan was zij van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan. Het zich jegens elkaar verbonden hebben, moet daadwerkelijk uit de feiten en omstandigheden volgen.¹⁶ In het *ABN AMRO/Malhi*-arrest van 5 april 2002 overwoog de Hoge Raad onder verwijzing naar *Volvo/Braam* dat beslissend is of partijen zich jegens elkaar hebben verbonden.¹⁷ De rechtbank had de *Groen/Schoevers*-criteria (wat hebben partijen beoogd en hoe hebben zij feitelijk uitvoering en aldus inhoud aan hun arbeidsverhouding gegeven) toegepast. De Hoge Raad overwoog dat het bij de

13 Ik laat buiten beschouwing dat goed denkbaar is dat een inlenende partij opdrachtnemers betreft via een netwerk van zzp'ers. '610' is dan in de bedoeling van partijen niet van toepassing. Deze figuur komt in de praktijk al voor. Zie mijn korte beschouwing over deze materie in L.G. Verburg, 'Social media en de arbeidsverhouding: over overvloed en (on)behagen', *ArbeidsRecht* 2012/33.

14 HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*).

15 J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. UvA; Monografieën Sociaal Recht), Deventer: Kluwer 2012, p. 139 e.v.; E.M. Hoogeveen, 'Payrolling: uitholling werknemersbescherming of gat in de markt?', *ArbeidsRecht* 2012/6.

16 HR 27 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0771, JAR 1992/148 en NJ 1993/273 (*Volvo/Braam*).

17 HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186, JAR 2002/100 en NJ 2003/124 (*ABN AMRO/Malhi*).

vraag naar het zich verbonden hebben niet gaat om dit criterium. De *Groen/Schoevers*-criteria spelen in situaties waarin de rechter is geroepen te oordelen over de kwalificatie van een op zichzelf vaststaande overeenkomst krachtens welke een van de partijen bij die overeenkomst werkzaamheden verricht voor de ander. Het oordeel van de Hoge Raad in *ABN AMRO/Malhi* is logisch. Het is wat vreemd de voorvraag van het zich al of niet verbonden hebben te beoordelen aan de hand van de wijze waarop aan de overeenkomst uitvoering is gegeven. Dat zou een kras staaltje van *jumping to conclusions* zijn. Men moet eerst vaststellen dat partijen een overeenkomst aangingen. Dan pas komen we toe aan de kwalificatie van deze overeenkomst.

Het arrest *Stichting Thuiszorg Rotterdam/ PGGM* van 13 juli 2007 gooit geen roet in dit eten.¹⁸ De Hoge Raad beoordeelde in dit arrest (geen payroll casus) niet de vraag wie met wie contracteerde. In cassatie ging het om de vraag of de tussen Thuiszorg Rotterdam en Knipscheer bestaande rechtsverhouding voldeed aan de criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Dat is een typische *Groen/Schoevers*-vraag. In cassatie betrof de door de Hoge Raad door te hakken knoop niet de vraag of tussen Thuiszorg Rotterdam en Knipscheer een rechtsverhouding bestond. Het station van de vraag of er tussen Thuiszorg Rotterdam en Knipscheer een rechtsverhouding bestond (in plaats van een managementovereenkomst tussen de stichting en de management-bv van Knipscheer, met Knipscheer als figurant), was bij het hof in feite en feitelijk reeds gepasseerd. De Hoge Raad refereert aan het bestaan van een *arbeidsovereenkomst* (arcering van mijn hand, LV) en niet aan het bestaan van een overeenkomst. Ook het slot van r.o. 3.4 moet men letterlijk lezen. De passage ‘of tussen partijen een arbeidsovereenkomst gold’ bedoelt te zeggen: ‘of tussen partijen een *arbeidsovereenkomst gold*’. Dus: of de overeenkomst tussen partijen een arbeidsovereenkomst was. Legt men de klemtoon op het tweede deel van het woord (‘overeenkomst’), dan leest de zin anders, maar dat is niet wat er staat. De tekst luistert met andere woorden nauw. Men kan overigens begrip hebben voor het oordeel van het hof dat in deze kwestie de stichting en Knipscheer rechtstreeks met elkaar contracteerden. Ik noem twee feitelijke bijzonderheden. In de eerste plaats bepaalden de statuten van de stichting dat de directeur (Knipscheer) een natuurlijk persoon is in dienst van de stichting (een bepaling van het

type: foutje, bedankt!). In de tweede plaats betaalde de stichting Knipscheer rechtstreeks en zonder btw (in plaats van op factuurbasis met btw aan de management-bv). Partijen hadden derhalve een papieren schijnwerkelijkheid bedacht, maar hadden deze om btw te ontlopen vanaf het begin af slechts als schone schijn naast zich neergelegd.

Terug naar payrolling. Ik verdedig dat als de inlener de werknemer juist niet betaalt (betalen doet het payrollbedrijf) en correct en transparant helder maakt hoe de contractuele relaties liggen (zoals dit ook behoort te gebeuren bij uitzending en intra-concern detachering, om twee niet geheel *innocent bystanders* te noemen), de werknemer – zoals reeds in *Volvo/Braam* bleek – van hele goede huize moet komen om met succes te kunnen stellen dat er sprake is van een dienstverband met de inlener. In de bewoordingen van *Volvo/Braam* volgt dit niet reeds uit de aan uitzending eigen feiten en omstandigheden.¹⁹ Voor payrolling ligt dat niet anders. De contractsvrijheid, waaronder de vrijheid te contracteren met wie men wil, is geen lichtvaardig op te vatten beginsel.²⁰

Ik verdedig dat als de inlener de werknemer juist niet betaalt en correct en transparant helder maakt hoe de contractuele relaties liggen, de werknemer van hele goede huize moet komen om met succes te kunnen stellen dat er sprake is van een dienstverband met de inlener

5 Ter afsluiting

Men dient bij een zo divers verschijnsel als payrolling op te passen dat de varianten zonder economische werkelijkheid – en dit zijn juist de zaken die tot nu toe de weg naar de rechter vonden – in het debat over nut en noodzaak van deze vorm van werkgever-schap de boventoon voeren. Wie meent dat afschaffing van payrolling de aangewezen koers vormt, gooit niet alleen de redelijkerwijs aanvaardbare vormen van payrolling als kind met het badwater weg, maar zal bovendien waarschijnlijk bemerken dat vervolgens in tal van situaties de tewerkgestelde geheel niet meer op basis van een arbeidsover-

¹⁸ HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, *JAR* 2007/231, *NJ* 2007/449 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/ PGGM*) m.nt. Verhulp. Zie ook L. van den Berg, ‘De management-overeenkomst volgens de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep’, *ArA* 2007/3, p. 36-60.

¹⁹ In soortgelijke zin HR 23 maart 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BV0637, *JAR* 2012/113 (*Bertrand/TMG*). Men ziet in deze casus de zwaarte van het gewicht van de bewijslast die op de ‘werknemer’ drukt die stelt dat de ander zich heeft verbonden.

²⁰ Het gaat om een grondrecht, althans om een civielrechtelijk beginsel van een waarde die met die van een grondrecht vergelijkbaar is. Zie *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6 III* 2010, nr. 59 en L.G. Verburg, ‘Grondrechten in het arbeidsrecht’, in: J.H. Gerards & C.H. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 89-90.

eenkomst werkzaam is. Uiteraard moet de payrollwereld transparant opereren. Het mag niet verbazen dat constructies waarbij werknemers niet of nauwelijks van de aanpak wisten, bij de rechter niet op clementie hoeven te rekenen. Natuurlijk past het dat bij een door een bedrijf gewenste overstap naar een payrollconstructie recht wordt gedaan aan de informatiebehoefte van het zittend personeel.²¹ Wie werkgever is en wil zijn, zal zich als goed werkgever (de notie van art. 7:611 BW) moeten gedragen. Het is begrijpelijk dat Hoofdstuk 16 van de Beleidsregels Ontslagtaak UWV (versie september 2012) in het Sociaal Akkoord van april 2013 op de korrel is genomen en ik kan me gezien de omstandigheden van dat geval heel wel vinden in de oplossing die ligt besloten in de uitspraak van de Rotterdamse kantonrechter van 21 december 2012.²² Uit deze uitspraak blijkt ook dat de rechter zonder nieuwe regelgeving wel raad weet met de materie.

Men dient bij een zo divers verschijnsel als payrolling op te passen dat de varianten zonder economische werkelijkheid in het debat over nut en noodzaak van deze vorm van werkgeverschap de boventoon voeren

Is de payrollconstructie alleen maar geduldig papier zonder enige inhoud van de zijde van het werkgeverschap van het payrollbedrijf, dan kan de rechtspraak mogelijk op grond van de bijzondere omstandigheden van zo'n geval tot de conclusie komen dat er een dienstverband is met de inlener zelf, maar

pas op: het zich verbonden hebben vloeit voort uit de payrollconstructie als zodanig; de werknemer zal de stevige *Volvo/Braam*-test en op het punt van de bewijslast de zware *Bertrand/TMG*-toets moeten doorstaan. Even belangrijk is dat payrolling zonder inhoud de vraag doet rijzen wat de inlener bewoog tot het aangaan van het arrangement. Het vertellen van een geforceerd verhaal aan aandeelhouders of gemeenteraad dat het personeelsbestand drastisch is teruggelopen? De focus op ondernemen? Risicospreiding? Ontduiking van normale ontslagregels? Ik vermoed dat de misbruikjurisprudentie voldoende soelaas biedt en deze laatste redenering naar gelang de omstandigheden van het geval uit de markt drukt.

Ik zie goede kansen voor een florerende payrollbranche, zorgvuldig gebruikmakend van expertise die vooral kleine ondernemingen niet in huis hebben, met een goed (verteld) verhaal naar de buitenwereld, ook over de toegevoegde waarde

Ik zie goede kansen voor een florerende payrollbranche, zorgvuldig gebruikmakend van expertise die vooral kleine ondernemingen niet in huis hebben, met een goed (verteld) verhaal naar de buitenwereld, ook over de toegevoegde waarde. Dit alles is in mijn visie van groot maatschappelijk belang, mede ingegeven door de zorg dat een ongenueanceerde benadering van payrolling wel eens tot gevolg kan hebben dat nog meer werkzame personen van arbeidsrechtelijke bescherming verstoken raken.

21 Ktr. Leeuwarden 12 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY0861, *JAR* 2012/284.

22 Ktr. Rotterdam 21 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BZ4569, *JAR* 2013/46.