

68 Payrolling:

wie is de werkgever en welke verplichtingen hebben het payrollbedrijf en de opdrachtgever jegens de werknemer?

Mr. dr. J.P.H. Zwemmer *

Payrolling is een betrekkelijk nieuwe vorm van dienstverlening, waarbij de ondernemer het juridische werkgeverschap uit handen geeft aan een payrollbedrijf. In de thans meest gebruikelijke vorm 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 de 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 betaalt het loon aan de werknemer, draagt belastingen en premies af en als de werknemer wordt ontslagen, zal het payrollbedrijf een eventuele ontslagvergoeding betalen aan de werknemer. Payrolling is niet wettelijk gedefinieerd. In mijn dissertatie 'Pluraliteit van werkgeverschap', waarop ik op 28 november 2012 ben gepromoveerd aan de Universiteit van Amsterdam, heb ik aan de hand van arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving kanttekeningen geplaatst bij de toelaatbaarheid van payrolling als nieuwe vorm van werkgeverschap. Naar aanleiding hiervan vroeg de redactie van Verkeersrecht mij om een update van de juridische stand van zaken op het gebied van payrolling, waarbij eveneens aandacht wordt besteed aan de aansprakelijkheid van de partijen bij de payrollovereenkomst.

Inleiding

De toelaatbaarheid van payrolling als nieuwe contractsvorm in het arbeidsrecht is al enige jaren onderwerp van debat. Tijdens de behandeling van de begroting van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op 11 en 13 december 2012 kwam vanuit een deel van de Tweede Kamer scherpe kritiek op payrolling. Payrolling houdt ook sociale partners verdeeld. Op 11 mei 2012 kwam de Stichting van de Arbeid met een verdeeld advies over de ontwikkeling van payrolling. De vakbonden stelden zich op het standpunt dat met payrolling arbeidsrechtelijke bescherming wordt omzeild en spreken van een "verdwintruc van goed werkgeverschap", terwijl payrolling volgens de werkgevers een vorm van dienstverlening is die belangrijk is voor een goed functionerende flexibele arbeidsmarkt. In het op 11 april 2013 gesloten sociaal akkoord constateren sociale partners en het kabinet dat zich rond het uitbesteden of doorbesteden van werkgeverschap in toenemende mate vraagstukken voordoen die dringend om een oplossing vragen en spreken zij af dat – onder andere – payrolling moet worden ingepast in de bestaande arbeidsrechtelijke ordening, zodat geheel transparant is of en zo ja onder welke voorwaarden dit is toegestaan.

Het is de vraag of de bij payrolling bestaande arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding tussen de opdrachtgever, het payrollbedrijf en de werknemer verenigbaar is met het arbeidsrecht. In de dwingendrechtelijke definitie van artikel 7:610 BW wordt de werkgever als partij bij de arbeidsovereenkomst geduid als de partij in wier dienst de werknemer de arbeid verricht. Aan dit 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 waarin de werknemer de arbeid verricht. In verschillende situaties sluit dit uitgangspunt niet meer aan bij de realiteit. De werkgever is vaak een rechtspersoon en deze rechtspersoon is of blijft in veel gevallen niet dezelfde als de rechtspersoon van waaruit de onderneming wordt geëxploiteerd waarin de werknemer de arbeid verricht. Bij payrolling is dat het gevolg van de door partijen gemaakte contractuele afspraken; de werknemer sluit een arbeidscontract met het payrollbedrijf, terwijl hij exclusief werkzaam is in de onderneming van de opdrachtgever. Payrolling heeft consequenties voor de arbeidsrechtelijke

* Advocaat te Amsterdam en universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.



Payrolling is niet wettelijk gedefinieerd.



④

Het payrollbedrijf is volgens de VPO de civielrechtelijke werkgever van de payrollwerknemer.

positie van de werknemer. In verschillende bepalingen in het Burgerlijk Wetboek (BW) is arbeidsrechtelijke bescherming gekoppeld aan het werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Deze arbeidsrechtelijke bescherming heeft niet het daarmee beoogde effect wanneer de werknemer een arbeidscontract sluit met een payrollbedrijf, maar feitelijk werkzaam is in de onderneming van de opdrachtgever.

Wanneer sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW bepaalt het arbeidsovereenkomstenrecht dat de werknemer in dienst is van het uitzendbureau en niet van de opdrachtgever van het uitzendbureau. Artikel 7:690 BW vormt de toegangspoort voor het in artikel 7:691 BW opgenomen verlichte ontslagregime bij uitzending, waarmee recht wordt gedaan aan de flexibiliteit die zo kenmerkend is voor uitzendarbeid en die inherent is aan de allocatieve functie van de uitzendwerkgever. Daar staat tegenover dat in bijzondere arbeidswetgeving in en buiten het BW wordt gewaarborgd dat het ontbreken van een contractuele band tussen de opdrachtgever en de uitzendkracht er niet toe leidt dat de uitzendkracht op andere terreinen een minder gunstige arbeidsrechtelijke positie heeft dan een gewone werknemer. Als de werknemer anders dan op grond van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW feitelijk werkzaam is in de onderneming van een ander dan de partij waarmee hij een arbeidscontract sloot, zal aan de hand van artikel 7:610 BW moeten worden vastgesteld wie de civielrechtelijke werkgever is. Bij payrollrolling is het de vraag of het payrollbedrijf kan worden aangemerkt als de werkgever ex artikel 7:690 of 7:610 BW. Deze vraag is inmiddels uitvoerig aan de orde geweest in de juridische literatuur en ook in de (lagere) rechtspraak is hierover verschillende malen geoordeeld.

De kwalificatie van de werkgever bij payrollrolling

In 2006 werd de eerste ‘CAO voor Medewerkers van Payroll Ondernemingen’ (payroll-cao) afgesloten tussen de Vereniging Payroll Ondernemingen (VPO) en FNV Bondgenoten, CNV Dienstenbond en De Unie. In maart 2011 zegden de vakbonden de payroll-cao op en deelden mee niet (verder) te willen onderhandelen over een nieuwe payroll-cao. Daardoor eindigde de laatste payroll-cao op 1 januari 2012. In de payroll-cao namen de VPO en de vakbonden op dat de payrollovereenkomst een “bijzondere vorm” is van de uitzendovereenkomst en definieerden zij payrollrolling als volgt:

“payroll-overeenkomst: 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 – in beginsel langdurige – opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. De payroll-overeenkomst komt tot stand na werving van de werknemer

door de derde, niet door de werkgever. De werkgever vervult in redelijkheid de taken die hij van rechtswege als werkgever draagt en de dienstverlening van de ter beschikking stellende werkgever richt zich in het bijzonder op betaling van het loon en de daarmee samenhangende loonadministratie. De werkgever is niet gerechtigd 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 wegvallen van de opdracht bij de derde.”

De VPO (en haar leden) gaan ervan uit dat payrollrolling een bijzondere vorm is van de in artikel 7:690 BW gedefinieerde uitzendovereenkomst en dat daarmee vaststaat dat het payrollbedrijf de civielrechtelijke werkgever is van de payrollwerknemer.¹⁾ Artikel 7:690 BW is echter, evenals artikel 7:610 BW, dwingend recht en of payrollrolling kan worden gekwalificeerd als een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW staat niet ter vrije bepaling van de VPO (en haar leden). De payrollovereenkomst moet daarvoor voldoen aan de elementen uit de definitie van artikel 7:690 BW. Uitzending is iets geheel anders dan payrollrolling. Uitzendbureaus voorzien in de behoefte van ondernemers die tijdelijk, bij ‘piek of ziek’, arbeidskrachten nodig hebben. Ook kan men een uitzendbureau inschakelen voor de werving en selectie van vast personeel, waarbij de uitzendperiode als langere ‘proeftijd’ kan worden benut. Uitzendbureaus zijn ondernemingen die zich richten op het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid en die dus een allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt. Een payrollbedrijf levert geen tijdelijke arbeidskrachten en de opdrachtgever werft en selecteert hier zelf geschikt personeel dat later op de loonlijst van het payrollbedrijf komt. Mijns inziens kan payrollrolling niet worden gekwalificeerd als een vorm van uitzending in de zin van artikel 7:690 BW.²⁾ Hoewel payrollrolling naar de letter van de wet past binnen de in dit artikel opgenomen definitie, volgt uit de eenduidige wijze waarop in de wetsgeschiedenis werd toegelicht wat de aanleiding was voor de regeling van de uitzendovereenkomst en welk toepassingsbereik met deze regeling werd beoogd, dat de werknemer in het kader van een door de werkgever op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie ter beschikking moet zijn gesteld aan de opdrachtgever.³⁾ De vraag is dan of het payrollbedrijf, wanneer artikel 7:690 BW niet van toepassing is, op grond van artikel 7:610 BW kan worden aangemerkt als de civielrechtelijke werkgever van de werknemer. De omstandigheid dat het payrollbedrijf een schriftelijke arbeidsovereenkomst heeft gesloten met de werknemer is daarvoor naar mijn mening niet voldoende.

Op grond van de dwingendrechtelijke definitie van artikel 7:610 BW is sprake van een arbeidsovereenkomst tussen partijen wanneer “de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.” Voldoet de relatie tussen partijen aan deze definitie, dan is tussen hen sprake van een arbeidsovereenkomst, of zij dat nu willen of niet. De partij die op grond van deze defi-

1. Zie artikel 8.1 van de VPO-arbeidsvoorwaardenregeling (en artikel 6 lid 6 van de op 1 januari 2012 geëindigde payroll-cao). Zo ook E.M. Hoogeveen, Payrolling: uitholling werknemersbescherming of gat in de markt?, *ArbeidsRecht* 2012/6 en Y.A.E. van Houte, Uitzending en payrollrolling: overeenkomst en verschil, *ArbeidsRecht* 2011/8/9.

2. J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012, p. 136-138.

3. Zie Kamerstukken II 1996/1997, 25 263 nr. 3, p. 10, 33 en nr. 6, p. 16.

nitie heeft te gelden als de werkgever is verplicht de voorschriften uit Titel 10 Boek 7 BW in acht te nemen jegens de werknemer. De definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW is van dwingend recht omdat op dit gebied de wilsautonomie en de contractsvrijheid uit het algemene vermogens- en verbintenissenrecht niet verenigbaar zijn met de in Titel 10 Boek 7 BW beoogde bescherming van de werknemer als de sociaal-economisch zwakkere wederpartij van de werkgever. Wanneer het bestaan van een arbeidsovereenkomst zou afhangen van formele aspecten, zoals een schriftelijke overeenkomst, zou de werknemer immers voor de keuze kunnen worden gesteld (contractueel) afstand te doen van arbeidsrechtelijke bescherming. De door partijen gemaakte schriftelijke afspraken kunnen wel een rol spelen bij de beoordeling van de vraag of tussen hen al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar dat is alleen aan de orde wanneer deze schriftelijke afspraken overeenstemmen met wat partijen in werkelijkheid beoogden bij het aangaan van de overeenkomst, mede gelet op de wijze waarop hieraan vervolgens feitelijk uitvoering is gegeven.⁴⁾ Stemmen de door partijen gemaakte schriftelijke afspraken bij het aangaan van de overeenkomst niet overeen met de wijze waarop hieraan vervolgens feitelijk uitvoering is gegeven, dan spelen de door partijen gemaakte contractuele afspraken geen rol bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 BW.

In mijn dissertatie heb ik betoogd dat bij payrolling de opdrachtgever en niet het payrollbedrijf zou moeten worden gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 BW wanneer het payrollbedrijf noch bij totstandkoming, noch bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst een zelfstandige en inhoudelijke rol speelt.⁵⁾ Ik wees daarbij onder meer op de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Van der Male/Den Hoedt van 10 oktober 2003⁶⁾ waarin de Hoge Raad oordeelde dat ook wanneer partijen op papier een arbeidsovereenkomst met elkaar sluiten, zoals het payrollbedrijf en de werknemer doen bij payrolling, de wijze waarop zij hieraan vervolgens feitelijk uitvoering hebben gegeven, moet corresponderen met deze contractuele afspraken wil tussen hen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst. Ik meen dat de wens van de opdrachtgever om enkel het juridische werkgeverschap uit handen te geven aan een payrollbedrijf onvoldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis geeft aan het werkgeverschap van het payrollbedrijf om het payrollbedrijf te kunnen kwalificeren als de werkgever ex artikel 7:610 BW van de payrollwerknemer. Mijns inziens impliceert de payrollovereenkomst dan alleen maar dat het payrollbedrijf voor de opdrachtgever, als "ander" in de zin van artikel 6:30 BW, de financiële en administratieve verplichtingen nakomt die de opdrachtgever heeft jegens de bij hem in dienst zijnde werknemers. Daarbij gaat het met name om de verloning van de werknemers. Omdat de betaling van het loon aan de werknemer niet een 'persoonlijke' verplichting van de werkgever is, verzet de inhoud of strekking van artikel 7:610 BW zich naar mijn mening niet tegen de uitbesteding van de loonbetaling aan een derde door de werkgever.

Het werkgeverschap bij payrolling in de (lagere) rechtspraak

In de (lagere) rechtspraak is in situaties waarin sprake was van payrolling, maar waarin niet een beroep werd gedaan op het werkgeverschap van de opdrachtgever, onder verwijzing naar het door de werknemer met het payrollbedrijf gesloten arbeidscontract vrij eenvoudig aangenomen dat de werknemer in dienst was van het payrollbedrijf. Het ging dan om situaties waarin de opdrachtgever in betalingsnood verkeerde en de payrollwerknemer het payrollbedrijf juist aansprak op verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst⁷⁾ of om de nadelige consequenties die voor de werknemer waren verbonden aan het hebben van een arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf.⁸⁾ In deze uitspraken gingen de kantonrechters er op basis van de gemaakte contractuele afspraken zonder nadere motivering van uit dat de betrokken payrollwerknemer een arbeidsovereenkomst had met het payrollbedrijf en niet met de opdrachtgever, maar redeneerden zij in vrijwel⁹⁾ alle uitspraken toe naar een oordeel ten gunste van de payrollwerknemer zodat de payrollconstructie niet tot nadelige gevolgen leidde voor de payrollwerknemer.

Een beroep van de payrollwerknemer op het bestaan van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever in plaats van met het payrollbedrijf is enkele malen aan de orde geweest in de rechtspraak. In de kort geding procedure waarin de kantonrechter te Groningen oordeelde op 15 december 2009¹⁰⁾ en het Hof Leeuwarden in hoger beroep op 23 maart 2010¹¹⁾ beriep de werknemer zich wel op het bestaan van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever. In eerste aanleg oordeelde de kantonrechter te Groningen dat een arbeidsovereenkomst bestond tussen de payrollwerknemer en de opdrachtgever omdat hun relatie de elementen arbeid, loon en gezag uit de definitie van artikel 7:610 BW bevatte. De opdrachtgever had zich op het standpunt gesteld dat zijn relatie met de payrollwerknemer niet als een arbeidsovereenkomst kon worden aangemerkt omdat sprake was van payrolling en de werknemer niet met de opdrachtgever, maar met het payrollbedrijf een arbeidsovereenkomst had beoogd. Naar het oordeel van de kantonrechter was sprake van een arbeidsovereenkomst tussen de payrollwerknemer en de opdrachtgever, omdat de payrollwerknemer de arbeid verrichtte onder het gezag van de opdrachtgever en ook aan het loonelement was voldaan. De enkele omstandigheid dat de loonbetaling via het payrollbedrijf plaatsvond, deed daar niet aan af. In hoger beroep was echter voor het Hof Leeuwarden de enkele omstandigheid dat de payrollwerknemer een schriftelijke overeenkomst had gesloten met het payrollbedrijf genoeg om een arbeidsovereenkomst aan te nemen tussen de payrollwerknemer en het payrollbedrijf. Hieruit bleek naar het oordeel van het hof dat de payrollwerknemer had beoogd een arbeidsovereenkomst aan te gaan met

De wijze van feitelijke uitvoering van een arbeidsovereenkomst moet corresponderen met de contractuele afspraken.

4. HR 14 november 1997, NJ 1998/149 en JAR 1997/263 (Groen/Schoevers).
5. J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012, p. 139-142.
6. HR 10 oktober 2003, NJ 2007/446 en JAR 2003/263.
7. Zie Ktr. Almelo 27 juni 2008, JAR 2008/226, Ktr. Oost Gelre 12 oktober 2009, JAR 2010/8 en Ktr. Amsterdam 22 december 2009, JAR 2010/41.
8. Ktr. Amsterdam 7 juli 2009, JAR 2009/290, Ktr. Delft 12 november 2009, LJN BK7359 en Ktr. Lelystad 8 februari 2012, JAR 2012/100, m.nt. Vegter.
9. Dit laatste was niet het geval in de uitspraak van de kantonrechter te Sneek van 19 januari 2011, JAR 2011/81 m.nt. Zwemmer, en in hoger beroep van het Hof Leeuwarden van 3 april 2012, JAR 2012/133. In deze procedure beriep de werknemer zich op de kennelijke onredelijkheid van de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst door het payrollbedrijf nadat de opdrachtgever de payrollovereenkomst van de werknemer had beëindigd. Deze uitspraken komen hierna nog aan de orde.
10. Ktr. Groningen 15 december 2009, JAR 2010/27.
11. Hof Leeuwarden 23 maart 2010, JAR 2010/107.

het payrollbedrijf, nu hij op basis van dat contract had kunnen weten welke rol het payrollbedrijf zichzelf had toegedacht en hoe aan die rol uitvoering zou worden gegeven. Bij het aannemen van een arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf kende het hof dus doorslaggevende betekenis toe aan de door het payrollbedrijf met de payrollwerknemer gesloten schriftelijke overeenkomst.

Ook de kantonrechter te Leeuwarden achtte in zijn uitspraak van 12 oktober 2012¹²⁾ het bestaan van een schriftelijke arbeidsovereenkomst van groot belang bij de beantwoording van de vraag of sprake was van arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf. In deze zaak oordeelde de kantonrechter dat een payrollwerknemer in dienst was gebleven bij de opdrachtgever hoewel de opdrachtgever in 2006 zijn hele personeelsbestand had overgedragen aan een payrollbedrijf. De kantonrechter overwoog dat bij payrolling “het formele en het materiële werkgeverschap uit elkaar worden getrokken” en het payrollbedrijf weliswaar op papier de werkgever is, maar de opdrachtgever het werkgeversgezag blijft uitoefenen. Gelet op de verstrekende arbeidsrechtelijke consequenties van zijn indienstreding bij het payrollbedrijf diende de opdrachtgever de werknemer naar het oordeel van de kantonrechter niet alleen volledig te informeren over de gevolgen hiervan, maar diende aan deze wisseling van werkgever ook een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van de werknemer ten grondslag te liggen. Omdat de werknemer nooit een schriftelijke arbeidsovereenkomst had gesloten met het payrollbedrijf, kon naar het oordeel van de kantonrechter niet worden aangenomen dat de werknemer op enig moment in dienst was getreden bij het payrollbedrijf. Daar deed naar het oordeel van de kantonrechter niet aan af dat de werknemer vanaf 2006 loonbetalingen van het payrollbedrijf accepteerde en zijn ziekte- en vakantiedagen doorgaf aan het payrollbedrijf. De uitspraak van de kantonrechter lijkt onderwerp van gesprek te zijn geweest in het overleg tussen sociale partners dat leidde tot het sociaal akkoord van 11 april 2013. In het sociaal akkoord wordt namelijk voorgesteld:

“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 schriftelijke overeenkomst behoort tot gevolg te hebben dat een arbeidsovereenkomst met de inleener wordt aangenomen, in plaats van met het payrollbedrijf.”

Uit de door mij gecursiveerde woorden leid ik af dat sociale partners en het kabinet beseffen dat óf sprake is van een arbeidsovereenkomst afhangt van het antwoord op de vraag of de relatie tussen partijen voldoet aan de dwingendrechtelijke definitie van artikel 7:610 BW. Toch is het mijns inziens niet verenigbaar met het systeem van Titel 10 Boek 7 BW om het bestaan van een arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf mede te laten afhangen van een door het payrollbedrijf met de werknemer gesloten schriftelijke arbeidsovereenkomst.

Hiervoor wees ik erop dat wanneer het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen partijen zou afhangen van formele aspecten, zoals een schriftelijke overeenkomst, de werknemer voor de keuze zou kunnen worden gesteld afstand te doen van arbeidsrechtelijke bescherming in het kader van het verkrijgen van de baan. Met het arbeidsrecht wordt nu juist beoogd dit te voorkomen. Uit het arrest Groen/Schoevers¹³⁾ en het hiervoor aangehaalde arrest Van der Male/Den Hoedt volgt dat door partijen gemaakte schriftelijke afspraken alleen dan een rol spelen bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst wanneer deze afspraken corresponderen met de wijze waarop partijen vervolgens feitelijk uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst. Bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst gaat wezen dus voor schijn. Dat betekent naar mijn mening dat de rechter, ook wanneer de werknemer een schriftelijke arbeidsovereenkomst sloot met het payrollbedrijf, door de payrollconstructie moet heen kijken bij de kwalificatie van de werkgever als het payrollbedrijf geen zelfstandige en inhoudelijke rol speelde bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst en deze dus in werkelijkheid niet kan zijn beoogd door de werknemer en het payrollbedrijf.

In een uitspraak van 21 maart 2013¹⁴⁾ oordeelt de kantonrechter te Almelo in lijn met wat ik betoog. De kantonrechter overweegt allereerst dat payrolling niet kan worden gekwalificeerd als een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW, omdat het payrollbedrijf geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Daardoor kan het payrollbedrijf niet op de voet van artikel 7:690 BW worden gekwalificeerd als de werkgever van de payrollwerknemer. Omdat geen sprake is van een uitzendovereenkomst, moet dan aan de hand van artikel 7:610 BW worden beoordeeld of een arbeidsovereenkomst bestaat tussen het payrollbedrijf en de payrollwerknemer. Daarbij overweegt de kantonrechter, onder verwijzing naar de hiervoor genoemde arresten van de Hoge Raad, dat de vraag of een overeenkomst kan worden geduid als arbeidsovereenkomst, niet ter vrije beoordeling staat van partijen, maar hierbij gekeken moet worden naar hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond en de feitelijke invulling die partijen daar vervolgens aan hebben gegeven. Uit de feitelijke invulling die het payrollbedrijf en de payrollwerknemer van meet af aan hadden gegeven aan de door hen gesloten overeenkomst kan naar het oordeel van de kantonrechter niet worden geconcludeerd dat tussen hen een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW tot stand is gekomen. De opdrachtgever wierf en selecteerde de werknemer en had vervolgens een payrollbedrijf aangezocht om als juridische werkgever van de werknemer te gaan fungeren. Hoewel het payrollbedrijf daarop een als ‘arbeidsovereenkomst’ aangeduide overeenkomst had gesloten met de payrollwerknemer, speelde het payrollbedrijf geen zelfstandige en inhoudelijke rol bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Feitelijk, zo overweegt de kantonrechter, kwam de payrollovereenkomst er uitsluitend op neer dat de payrollwerknemer op de loonlijst van een andere rechtspersoon

④ Doorslaggevende rol voor de gesloten schriftelijke over- eenkomst.



12. Ktr. Leeuwarden 12 oktober 2012, JAR 2012/284 m.nt. Zwemmer.
13. HR 14 november 1997, NJ 1998/149 en JAR 1997/263. Zie ook HR 13 juli 2007, NJ 2007/449 m.nt. Verhulp, JAR 2007/231 en RAR 2007/123 (Stichting Thuiszorg Rotterdam/ Stichting Pensioenfonds PGGM).
14. Ktr. Almelo 21 maart 2013, LJN BZ5108.

– het payrollbedrijf – dan de ‘echte’ werkgever – de opdrachtgever – werd geplaatst.

En wat als de opdrachtgever wordt gekwalificeerd als de werkgever van de payrollwerknemer?

Als de relatie tussen de payrollwerknemer en de opdrachtgever wordt gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst, betekent dit niet dat het payrollbedrijf daardoor automatisch bevrijd is van zijn verplichtingen jegens de payrollwerknemer. Naar mijn mening moet de door het payrollbedrijf met de payrollwerknemer gesloten ‘arbeidsovereenkomst’ in deze situatie worden beschouwd als een overeenkomst sui generis. De payrollwerknemer zou dan, nadat de opdrachtgever is gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 BW, op basis van de in deze overeenkomst met het payrollbedrijf gemaakte contractuele afspraken ook bij het payrollbedrijf nakoming kunnen blijven vorderen van uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. De in de overeenkomst van opdracht tussen het payrollbedrijf en de opdrachtgever gemaakte afspraak dat het payrollbedrijf de aan het juridische werkgeverschap verbonden financiële en administratieve verplichtingen van de opdrachtgever op zich neemt, kan worden gekwalificeerd als een derdenbeding ten behoeve van de payrollwerknemer.¹⁵ Mijns inziens verzet de inhoud of strekking van artikel 7:610 BW zich niet tegen nakoming door het payrollbedrijf van deze verplichtingen. De payrollwerknemer kan worden geacht het derdenbeding te hebben aanvaard op het moment dat hij de ‘arbeidsovereenkomst’ sluit met het payrollbedrijf. Vanaf dat moment is hij dan partij bij de overeenkomst van het payrollbedrijf met de opdrachtgever en kan hij op grond van artikel 6:253 lid 1 BW het payrollbedrijf (als belover in de opdrachtovereenkomst met de opdrachtgever) aanspreken tot nakoming van de aan het juridisch werkgeverschap verbonden financiële en administratieve verplichtingen. Omdat de opdrachtgever wordt gekwalificeerd als zijn werkgever ex artikel 7:610 BW, kan de werknemer uiteraard ook de opdrachtgever aanspreken op deze uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.

De arbeidsrechtelijke consequenties van payrolling

De VPO gaat ervan uit dat payrolling als bijzondere uitzendovereenkomst vanaf 1 januari 2012 valt onder de werkingsfeer van de bij tijd en wijle algemeen verbindend verklaarde ‘CAO voor Uitzendkrachten’ die door de hiervoor genoemde vakbonden is afgesloten met de Algemene Bond Uitzendondernemingen (ABU). Naar aanleiding hiervan heeft de VPO een arbeidsvoorwaardenregeling opgesteld waarin de bepalingen uit de geëindigde payroll-cao zijn opgenomen.¹⁶ De leden van de VPO zijn verplicht deze arbeidsvoorwaardenregeling toe te passen op hun werknemers.¹⁷ Enerzijds is de

VPO-arbeidsvoorwaardenregeling voor de werknemer gunstiger dan de ABU-cao, anderzijds wordt hierin op verschillende punten in zijn nadeel afgeweken van arbeidsrechtelijke voorschriften in Titel 10 Boek 7 BW. Zo kan met de payrollwerknemer in afwijking van artikel 7:628 BW worden afgesproken dat gedurende de eerste 52 weken slechts loon verschuldigd is over de periode(n) waarin daadwerkelijk arbeid is verricht.¹⁸ Voorts kunnen op grond van artikel 8.2 van de VPO-arbeidsvoorwaardenregeling in totaal acht – in plaats van de gebruikelijke in artikel 7:668a BW opgenomen drie – van rechtswege eindigende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden aangegaan.¹⁹ Pas wanneer een negende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt gesloten, geldt vanaf die dag de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd. In de situatie waarin werknemers die voor onbepaalde tijd in dienst zijn van een werkgever, instemmen met een beëindiging van deze arbeidsovereenkomst en deze werkzaamheden vervolgens gaan verrichten op basis van een arbeidscontract met een payrollbedrijf, is sprake van opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW. Ook van deze bepaling wordt in de VPO-arbeidsvoorwaardenregeling ten nadele van de werknemer afgeweken.²⁰

De payrollconstructie heeft tevens consequenties voor de positie van de werknemer bij de toepassing van arbeidsrechtelijke voorschriften die zijn gekoppeld aan het werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Daarbij doel ik bijvoorbeeld op de re-integratieverplichtingen van werkgever en werknemer bij arbeidsongeschiktheid op grond van artikel 7:658a BW en 7:660a BW, de bijzondere opzegverboden van artikel 7:670 BW en op de Wet aanpassing arbeidsduur, de Wet arbeid en zorg en de Wet melding collectief ontslag.²¹ Payrolling kan ook gevolgen hebben voor de werking van het cao-recht en daarmee voor het hele proces van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Het payrollbedrijf is namelijk slechts verplicht een cao toe te passen wanneer hij zelf aan de cao is gebonden of wanneer zijn onderneming of activiteit onder de werkingsfeer valt van een algemeen verbindend verklaarde cao. Wanneer de opdrachtgever gebonden is aan een (bedrijfstak-)cao, ofwel een onderneming exploiteert die valt onder de werkingsfeer van een algemeen verbindend verklaarde (bedrijfstak-)cao, is deze cao niet van toepassing op de in zijn onderneming werkzame payrollwerknemers, omdat zij in dienst zijn van de het payrollbedrijf. Daardoor komt aan deze werknemers in beginsel geen beroep toe op in deze (bedrijfstak-)cao gemaakte afspraken die specifiek betrekking hebben op het werken in een onderneming als die van de opdrachtgever. Zij kunnen dan bijvoorbeeld geen beroep doen op de voor die bedrijfstak geldende voorzieningen op het gebied van pensioenafspraken, kinderopvang en scholing. De arbeidsrechtelijke consequenties van de payrollconstructie zijn echter het meest ingrijpend wanneer het gaat om de positie van de payrollwerknemer bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

15. J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012, p. 148.
16. Verschillende payrollbedrijven hebben in 2012 hun VPO-lidmaatschap beëindigd en ondernemings-cao's afgesloten met weinig representatieve werknemersverenigingen. In 2012 werden ondernemings-cao's van de volgende payrollbedrijven aangemeld: Proxx Payroll Professionals B.V., Payned Payrolling B.V., Persoonality Payrolling B.V., Connexie Payroll & Loonadministratie, ActiPay Payroll B.V. en Zember B.V. Deze payrollbedrijven gaan ervan uit dat zij automatisch gedispenseerd zijn van het toepassen van de ABU-cao, ook als die algemeen verbindend wordt verklaard, omdat zij niet zouden vallen onder de werkingsfeer van de ABU-cao.
17. Het niet naleven van deze verplichting vormt een grond voor opzegging van het lidmaatschap van de VPO wegens het niet voldoen aan de vereisten daarvan. Of daarmee wordt bewerkstelligd dat VPO-leden de arbeidsvoorwaardenregeling onverkort zullen toepassen valt te betwijfelen. Zo meldt VPO-lid Payroll Select op haar website (<http://www.payrolselect.nl>): “Of u het beste kunt kiezen voor de ABU CAO met of zonder de aanvullingen op basis van de VPO Arbeidsvoorwaardenregeling, is met name afhankelijk van de motivatie waarom u besluit te gaan payrollen. Kiest u voor flexibiliteit, binding of wilt u juist payrollen omdat u de werkzaamheden wilt outsourcen?” Daarmee lijkt wat de VPO beoogde met de VPO-arbeidsvoorwaardenregeling in de praktijk vrij gemakkelijk opzij te kunnen worden gezet.
18. Artikel 8.4 van de VPO-arbeidsvoorwaardenregeling. Op grond van artikel 7:628 lid 7 BW kan bij cao worden afgeweken van het in artikel 7:628 BW bepaalde inzake het recht op het naar tijdruimte vastgestelde loon.
19. Op grond van artikel 7:668a lid 5 BW kan bij cao van dit artikel worden afgeweken ten nadele van de werknemer.
20. Artikel 8.3 jo. 10.5 van de VPO-arbeidsvoorwaardenregeling. Zie nader over de wijze waarop in de VPO-arbeidsvoorwaardenregeling ten nadele van de werknemer wordt afgeweken van de gewone regels uit Titel 10 Boek 7 BW: *Praktijkboek Flexibele Arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer (losbl.), onderdeel K (payrolling) 40.
21. Zie hierover nader J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012, paragraaf 3.4.2, 3.4.3 en 3.4.5.

De positie van de payrollwerknemer bij de beëindiging van de payrollovereenkomst

Als ervan uit wordt gegaan dat de werknemer in dienst is van het payrollbedrijf, moet het payrollbedrijf de in het BW en het Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) en het Ontslagbesluit neergelegde voorschriften in acht nemen in geval van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de werknemer. Het payrollbedrijf moet de toestemming van het UWV hebben voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst en als het payrollbedrijf de arbeidsovereenkomst via de kantonrechter wil ontbinden, kan de kantonrechter op grond van artikel 7:685 lid 8 BW een ontslagvergoeding toekennen aan de werknemer. In hoofdstuk 16 van de Beleidsregels ontslagtaak UWV (beleidsregels) heeft het UWV vastgelegd hoe een verzoek om een ontslagvergunning voor een payrollwerknemer wordt beoordeeld.²³⁾ In de beleidsregels wordt de enkele opzegging door de opdrachtgever van de inleenovereenkomst met het payrollbedrijf aangemerkt als een bedrijfseconomische reden voor ontslag. Het payrollbedrijf hoeft hier slechts aannemelijk te maken dat de opdrachtgever de opdracht heeft beëindigd. Of de opdrachtgever van het payrollbedrijf daarvoor een gegronde reden had, is niet relevant. In mijn dissertatie constateerde ik dat aan het verkrijgen van toestemming van het UWV voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst van een payrollwerknemer veel minder voorwaarden zijn verbonden dan aan het verkrijgen van een ontslagvergunning voor een gewone werknemer, dat wil zeggen, een werknemer die een arbeidsovereenkomst heeft met de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij werkzaam is.²³⁾ Deze gewone werknemer komt alleen in aanmerking voor ontslag wanneer het afspiegingsbeginsel²⁴⁾ op juiste wijze is toegepast en bovendien zal de werkgever de reden voor het ontslag inhoudelijk voldoende moeten onderbouwen bij het UWV. Bij payrolling doet de werknemer in feite afstand van de ontslagbescherming die hij ontleent aan deze voorschriften op het moment dat hij een arbeidscontract sluit met het payrollbedrijf. Omdat het payrollbedrijf slechts op papier fungeert als de werkgever van de bij de opdrachtgever werkzame werknemer, ontbreekt mijns inziens een rechtvaardiging voor een geringere ontslagbescherming bij payrolling.²⁵⁾

Ook de kantonrechter te Rotterdam oordeelde in zijn uitspraak van 21 december 2012²⁶⁾ dat het rechtskarakter van de payrollconstructie niet rechtvaardigt dat de ontslagbescherming van de werknemer op grond van het BBA minder betekenis heeft bij payrolling. Gelet op het doel van het BBA – de bescherming van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland, waarbij vooral met het hierin neergelegde preventieve ontslagtoezicht wordt beoogd sociaal ongerechtvaardigd ontslag te voorkomen – moet, zo overweegt de kantonrechter, bij de toepassing van het Ontslagbesluit door de payrollconstructie worden heengekeken. Daarom acht de kantonrechter de beleidsregels bij payrolling in strijd met de strekking van het BBA.²⁷⁾

Deze visie wordt thans ook door sociale partners en het kabinet gedeeld. In het sociaal akkoord van 11 april 2013 spraken zij af dat de beleidsregels zullen worden afgeschaft. In dat kader vraag ik mij echter wel af wat na de afschaffing van deze beleidsregels zou moeten gebeuren in de situatie waarin de opdrachtgever volhardt in de beëindiging van de inleenovereenkomst van de payrollwerknemer die op grond van het afspiegingsbeginsel niet in aanmerking komt voor ontslag. Hierover heeft het UWV immers niets te zeggen. Hoewel het payrollbedrijf dan geen ontslagvergunning zou krijgen, is de payrollwerknemer wel zijn werk kwijt. De payrollwerknemer zou zich dan op het standpunt kunnen stellen dat de opdrachtgever en niet het payrollbedrijf als zijn werkgever ex artikel 7:610 BW moet worden gekwalificeerd en op die grond wedertewerkstelling kunnen vorderen. Of de werknemer hiermee succes heeft, is echter ongewis en de kans dat de rechter de opdrachtgever kwalificeert als de werkgever zal mijns inziens kleiner worden naarmate het payrollbedrijf naast de opdrachtgever een grotere zelfstandige en inhoudelijke rol speelde bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst. In dat laatste geval zal uiteindelijk toch een ontslagvergunning moeten worden toegekend aan het payrollbedrijf. In dat geval staat voor de payrollwerknemer dan alleen nog de weg open een schadevergoeding ex artikel 7:681 BW te vorderen op grond van de kennelijke onredelijkheid van de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst door het payrollbedrijf.

In een dergelijke procedure overwogen de kantonrechter te Sneek op 19 januari 2011²⁸⁾ en in hoger beroep het Hof Leeuwarden op 3 april 2012²⁹⁾, in navolging van de hiervoor besproken beleidsregels van het UWV, dat de enkele opzegging van de inleenovereenkomst door de opdrachtgever voor het payrollbedrijf een bedrijfseconomische grond voor het ontslag van de payrollwerknemer opleverde. De kantonrechter en het hof keken hier uitsluitend naar wat het payrollbedrijf als werkgever had nagelaten en had kunnen doen na de opzegging van de inleenovereenkomst door de opdrachtgever. Wanneer de opzegging van de inleenopdracht door de opdrachtgever van het payrollbedrijf niet wordt getoetst bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag en altijd rekening wordt gehouden met de beperkte herplaatsingsmogelijkheden van het payrollbedrijf, zal het ontslag van een payrollwerknemer niet snel kennelijk onredelijk kunnen zijn. Een dergelijke beperkte toetsing staat op gespannen voet met jurisprudentie van de Hoge Raad op het gebied van de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag.³⁰⁾ Uit deze jurisprudentie volgt dat de rechter bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag alle door de werknemer aangevoerde en door hem als juist bevonden omstandigheden tezamen en in onderling verband beschouwd in aanmerking moet nemen.³¹⁾ Omdat het payrollbedrijf slechts de financiële en administratieve verplichtingen verzorgt die aan het werkgeverschap zijn verbonden, zou dan bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag niet slechts relevant



Rechtvaardiging voor een geringere ontslagbescherming ontbreekt.



22. Besluit beleidsregels ontslagtaak 2012, Stcrt. 2012, 16614.
23. J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012, p. 70.
24. Op grond van het in artikel 4:2 lid 1 van het Ontslagbesluit opgenomen afspiegingsbeginsel wordt bepaald welke werknemer voor ontslag in aanmerking komt in geval van een ontslag om bedrijfseconomische redenen. Het afspiegingsbeginsel wordt toegepast per categorie uitwisselbare functies van de bedrijfsvestiging op basis van de leeftijdsopbouw binnen de desbetreffende categorie uitwisselbare functies. Het personeel van de categorie uitwisselbare functies wordt ingedeeld in vijf leeftijdsgroepen, te weten van 15 tot 25 jaar, van 25 tot 35 jaar, van 35 tot 45 jaar, van 45 tot 55 jaar en van 55 jaar en ouder. Vervolgens komen binnen elke leeftijdsgroep de werknemers met de kortstlopende arbeidsovereenkomsten als eerste voor ontslag in aanmerking.
25. Zie hierover ook J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012 p. 347.
26. Ktr. Rotterdam 21 december 2012, JAR 2013/46 en JIN 2013/3 m.nt. Zwemmer.
27. In een eerdere procedure waarin dit payrollbedrijf om ontbinding verzocht van de arbeidsovereenkomst van een andere arbeidsongeschikte werknemer die (voorheen) bij deze opdrachtgever werkte, oordeelde de Kantonrechter te Rotterdam overigens nog dat hoofdstuk 16 van de beleidsregels “wel enige reflexwerking” had en werd de arbeidsovereenkomst van de werknemer ontbonden (Ktr. Rotterdam 3 augustus 2012, AR Updates 2013/26). Vijf maanden later lijkt de Rotterdamse kantonrechter hierover dus heel anders te zijn gaan denken.
28. Ktr. Sneek 19 januari 2011, JAR 2011/81, m.nt. Zwemmer.
29. Hof Leeuwarden 3 april 2012, JAR 2012/133.
30. J.P.H. Zwemmer, Ontslag payrollwerknemer nooit kennelijk onredelijk?, AR Updates Commentaar 2012/319, www.ar-updates.nl.
31. HR 27 februari 1998, NJ 1998/765 en HR 24 december 2010, JAR 2011/20.

moeten zijn wat het payrollbedrijf als werkgever heeft nagelaten en had kunnen doen, maar ook of de opdrachtgever een goede reden had voor het beëindigen van de inleenovereenkomst.

Pluraliteit van werkgeverschap en aansprakelijkheid bij payrolling

Ook wanneer zou worden aangenomen dat bij payrolling een arbeidsovereenkomst bestaat met het payrollbedrijf en niet met de opdrachtgever, wordt de opdrachtgever op basis van arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving aansprakelijk of verantwoordelijk gehouden voor de in deze wetgeving neergelegde voorschriften.

Aansprakelijkheid van de opdrachtgever als niet is voldaan aan de zorgplicht voor de veiligheid van de werkomgeving van de payrollwerknemer

In artikel 7:658 lid 1 BW is de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werkomgeving van de werknemer opgenomen. Op grond van dit artikel is de werkgever verplicht “de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige te maatregelen treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.” De werkgever is op grond van artikel 7:658 lid 2 BW aansprakelijk voor de schade die de werknemer lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden wanneer hij niet heeft voldaan aan zijn zorgplicht ex artikel 7:658 lid 1 BW. Toont de werkgever aan dat hij zijn zorgplicht is nagekomen, of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, is hij niet aansprakelijk. Hoewel de bewijslast van het hebben voldaan aan de zorgplicht op de werkgever ligt, dient de werknemer te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. De wijze waarop de werkgever invulling moet geven aan zijn zorgplicht hangt telkens af van de specifieke feitelijke omstandigheden.

In artikel 7:658 lid 4 BW zijn de zorgplicht van de werkgever en de aansprakelijkheid van de werkgever voor de nakoming daarvan uit artikel 7:658 lid 1 en 2 BW van overeenkomstige toepassing verklaard op degene die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft. Bij de invoering van artikel 7:658 lid 4 BW deelde de regering mee dat het hier vooral ging om “uitzendarbeid, uitlening en aanneming van werk, waarbij tussen de werknemer en de inlener of opdrachtgever geen overeenkomst bestaat” en om de situatie waarin “tussen degene die de arbeid verricht en degene voor wie hij de arbeid verricht wel een overeenkomst is gesloten, zij het geen

arbeidsovereenkomst.”³²⁾ De regering achtte deze uitbreiding van de zorgplicht gewenst omdat de vrijheid van degene die een bedrijf uitoefent de arbeid te laten verrichten door eigen werknemers of ingeleende personen naar haar mening niet van invloed behoorde te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt bij het verrichten van de arbeid. Over wat moet worden verstaan onder arbeid laten verrichten in de uitoefening van beroep of bedrijf in de zin van artikel 7:658 lid 4 BW, werd tijdens de parlementaire behandeling meegedeeld dat het moet gaan om werkzaamheden die de derde in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ook door eigen werknemers had kunnen laten verrichten.³³⁾ De werkzaamheden moeten dus behoren tot, dan wel verband houden met de activiteiten die gewoonlijk binnen het beroep of bedrijf van de derde worden verricht.³⁴⁾ Wanneer de schade van de werknemer geen direct verband houdt met de voor de werkgever verrichte werkzaamheden maar wel een relatie bestaat tussen deze schade en de werkzaamheden van de werknemer, wordt in enkele situaties de zorgplicht van de werkgever uitgebreid op grond van de in artikel 7:611 BW neergelegde verplichting van de werkgever zich te gedragen als een goed werkgever. Zo heeft de Hoge Raad op 1 februari 2008³⁵⁾ geoordeeld dat een werkgever als goed werkgever verplicht is te zorgen voor een behoorlijke verzekering tegen schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werk kan lijden als gevolg van een verkeersongeval waarbij hij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken is. De gedachte achter deze uitbreiding van de zorgplicht van de werkgever is dat deze nauwelijks zeggenschap heeft over hetgeen tijdens verkeersdeelname van de werknemer gebeurt en dit niet onder de zorgplicht van de werkgever ex artikel 7:658 BW zal vallen. In zijn arrest van 12 december 2008³⁶⁾ oordeelde de Hoge Raad dat deze verzekeringsplicht eveneens geldt voor schade die de werknemer als fietser of voetganger in de uitoefening van zijn werk kan lijden als gevolg van een verkeersongeval waarbij een motorvoertuig is betrokken, of als fietser door een eenzijdig fietsongeval. Heeft de werkgever geen behoorlijke verzekering afgesloten voor deze werkgerelateerde verkeersschade of heeft de werkgever de werknemer niet financieel in staat gesteld zelf een behoorlijke verzekering af te sluiten, dan is de werkgever aansprakelijk voor de schade die de werknemer lijdt als gevolg van het ongeval.³⁷⁾

Bij payrolling zal doorgaans sprake zijn van het door de opdrachtgever in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf laten verrichten van arbeid door de payrollwerknemer. De payrollwerknemer is door de opdrachtgever zelf geworven en geselecteerd en wordt exclusief aan hem ter beschikking gesteld door een payrollbedrijf dat uitsluitend de aan het werkgeverschap verbonden financiële en administratieve verplichtingen op zich neemt. De opdrachtgever is dan naast het payrollbedrijf (hoofdelijk) aansprakelijk voor de schade die de payrollwerknemer lijdt in de uitoefening van de werkzaamheden als hij niet heeft voldaan aan de op grond van artikel 7:658 lid 4 jo. lid 1 BW op hem



De wijze van invulling van de zorgplicht door de werkgever hangt af van de specifieke feitelijke omstandigheden.



32. Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr. 14, p. 6.
33. Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 7, p. 15.
34. In mijn dissertatie ga ik nader in op wat moet worden verstaan onder ‘in de uitoefening van het beroep of bedrijf verrichte arbeid in de zin van artikel 7:658 lid 4 BW’. J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012, p. 105-108.
35. HR 1 februari 2008, NJ 2009/330 en 331 en VR 2008/57 en 56 (Maasman/Akzo Nobel en Kooiker/Taxicentrale Nijverdal).
36. HR 12 december 2008, NJ 2009/332 en VR 2009/50 (Stichting Maatzorg/Van der Graaf). Zie over dit arrest en over de hiervoor aangehaalde arresten (Maasman/Akzo en Kooiker/Taxi Nijverdal) ook M. van den Steenhoven, Waar eindigt de verantwoordelijkheid van de werkgever voor (verkeers)ongevallen van zijn werknemers?, VR 2009 nr. 5 p. 133-139, N. Frenk en F.R. Salomons, De verplichte verkeersverzekering ten behoeve van werknemers: wat te vorderen van wie en bij welke rechter?, VR 2009 nr. 5 p. 139-142 en J. Sap, De bijzondere verhouding tussen art. 7:658 en art. 7:611 BW, VR 2011/92.
37. Zie over de implicaties van de tot het goed werkgeverschap behorende verplichting van de werkgever zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering N. Frenk, Arbeidsongevallen en creeping legislation: de verzekeringsmarkt als motor voor rechtsontwikkeling, VR 2011/93.



Niet afsluiten van een behoorlijke verzekering ten behoeve van een ingeleende werknemer is in strijd met wat volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.



rustende zorgplicht voor de veiligheid van de werkomgeving van de payrollwerknemer. Kan de opdrachtgever eveneens aansprakelijk worden gehouden voor schade van de payrollwerknemer die geen direct verband houdt met de verrichte werkzaamheden maar daar wel aan gerelateerd is, zoals de hiervoor genoemde werkgerelateerde verkeersschade? Wanneer wordt aangenomen dat de payrollwerknemer een arbeidsovereenkomst heeft met het payrollbedrijf, zou uitsluitend op het payrollbedrijf – als de werkgever ex artikel 7:610 BW – de verplichting rusten zich jegens de payrollwerknemer als goed werkgever te gedragen. In zijn arrest van 9 juli 2010³⁸⁾ bevestigde de Hoge Raad echter dat de opdrachtgever in strijd handelt met wat volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (zie art. 6:162 BW) wanneer hij er niet op toeziet dan wel ervoor zorgt dat ook de ingeleende werknemer behoorlijk verzekerd is voor werkgerelateerde verkeersschade. Op grond van dit arrest zou de payrollwerknemer de opdrachtgever op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kunnen stellen voor werkgerelateerde verkeersschade wanneer de opdrachtgever er niet op heeft toegezien dat de payrollwerknemer hiervoor behoorlijk verzekerd was.

Overigens rust bij payrollrolling de risicoaansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW voor door een ondergeschikte aan een derde toegebrachte schade op de opdrachtgever, omdat deze wordt geacht zeggenschap te hebben over de gedraging waarin de fout van de ondergeschikte – in casu de payrollwerknemer – was gelegen.³⁹⁾

Aansprakelijkheid van de opdrachtgever voor de voldoening van het toepasselijke minimumloon aan de payrollwerknemer

Indien payrollrolling – zoals de VPO en haar leden stellen – zou worden gekwalificeerd als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW, is de opdrachtgever op grond van artikel 7:692 BW naast het payrollbedrijf aansprakelijk jegens de werknemer voor de voldoening van het toepasselijke minimumloon en de toepasselijke minimumvakantiebijslag op grond van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WMM) wanneer de opdrachtgever de werknemer heeft betrokken van een payrollbedrijf dat niet gecertificeerd is. De opdrachtgever die de werknemer inleent van een bij het Register Normering Arbeid van de Stichting Normering Arbeid (SNA) geregistreerd en door het Nederlands Normalisatie-instituut (NEN) gecertificeerd uitzendbureau, is op grond van artikel 7:692 BW gevrijwaard van deze aansprakelijkheid.

Aansprakelijkheid van de opdrachtgever voor nakoming van werkgeversverplichtingen op grond van publiek-rechtelijke arbeidswetgeving

Op basis van de definitiebepalingen in de Arbeidsomstandigheden- en Arbeidstijdenwet wordt in geval van de ter beschikkingstelling van de werknemer niet de uitlener, maar de inlener van de werknemer als werkgever beschouwd.⁴⁰⁾ Bij payrollrolling is de opdrachtgever dus verantwoordelijk voor

de naleving van de in en op basis van deze wetgeving geldende voorschriften op het gebied van de arbeidsomstandigheden en arbeidstijden. Wanneer de payrollwerknemer een derdelander is in de zin van de Wet arbeid vreemdelingen (WAV), worden de opdrachtgever en het payrollbedrijf beide als werkgever beschouwd voor de toepassing van de WAV. In de WAV wordt de werkgever gedefinieerd als degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten.⁴¹⁾ Omdat reeds het in opdracht of ten dienste van een ander verrichten van arbeid voldoende is om te kunnen spreken van het laten verrichten van arbeid in de zin van de WAV, zijn bij payrollrolling zowel het payrollbedrijf als de opdrachtgever verantwoordelijk voor de naleving van de in de WAV neergelegde voorschriften. Wanneer een payrollbedrijf een derdelander ter beschikking stelt aan een opdrachtgever zonder dat voor deze derdelander de vereiste tewerkstellingsvergunning is verleend, kunnen zowel het payrollbedrijf als de opdrachtgever een boete verbeuren van € 12.000 per derdelander. De opdrachtgever heeft een eigen verantwoordelijkheid als werkgever van de payrollwerknemer voor de toepassing van de WAV en kan niet aan de boete ontkomen door de schuld bij het payrollbedrijf te leggen. Daarnaast is de werkgever in de zin van de WAV – zowel de opdrachtgever als het payrollbedrijf dus – verplicht de derdelander een loon te betalen dat gelijkwaardig is aan wat vergelijkbare, in een legale arbeidsverhouding tewerkgestelde, werknemers zouden hebben ontvangen.⁴²⁾ In dit kader wijs ik er tevens op dat op grond van artikel 18b lid 3 WMM bij payrollrolling ook de opdrachtgever als werkgever wordt beschouwd in het kader van de verplichting tot overlegging aan de Inspectie SZW van de in artikel 18b lid 2 WMM genoemde bescheiden inzake het aan de werknemer – of die nu derdelander is of niet – betaalde loon, de betaalde vakantiebijslag en het aantal door de werknemer gewerkte uren. Ten slotte legt artikel 15 WAV verplichtingen op aan de opdrachtgever met betrekking tot de identificatieplicht. Op grond van dit artikel dient het payrollbedrijf bij de aanvang van het werk door de derdelander een kopie van het identiteitsbewijs af te geven aan de opdrachtgever. De opdrachtgever moet deze kopie dan verifiëren na ontvangst en deze vijf jaar bewaren, te rekenen vanaf het einde van het kalenderjaar waarin de werkzaamheden door de derdelander zijn geëindigd. Als de opdrachtgever deze regels overtreedt, kan hij een boete verbeuren van € 2.250.⁴³⁾ Deze regeling is echter niet goed toepasbaar bij payrollrolling, omdat de opdrachtgever de werknemer hier werft en selecteert. In de 'Algemene voorwaarden voor het verstrekken van opdrachten tot het ter beschikking stellen van arbeidskrachten' (versie 2008)⁴⁴⁾ is daarom opgenomen dat de opdrachtgever, op verzoek van het payrollbedrijf, de identiteit van de payrollwerknemer controleert en aan het payrollbedrijf voorafgaand aan de werkzaamheden een kopie van een geldig legitimatiebewijs van de payrollwerknemer verstrekt aan het payrollbedrijf.

38. HR 9 juli 2010, JAR 2010/197 (Licotec/Van der Hoeven).

39. Tijdens de parlementaire behandeling van het huidige artikel 6:170 BW werd meegedeeld dat bij ondergeschikten in eerste instantie werd gedacht aan werknemers, maar ook aan ingeleende werknemers en aan personen die werkzaamheden verrichten op basis van een opdrachtsovereenkomst waarbij de verhouding tussen partijen zodanig is dat van ondergeschiktheid kan worden gesproken. Zie Kamerstukken II 1975/76, 7 729, nrs 6-7, p. 169.

40. Artikel 1 lid 1 sub a Arbeidsomstandighedenwet en artikel 1:1 lid 1 sub a Arbeidstijdenwet.

41. Artikel 1 sub a WAV.

42. Artikel 23 WAV. Zie hierover nader J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap, Deventer: Kluwer 2012, p. 60/61.

43. Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2013.

44. Deze algemene voorwaarden zijn in samenwerking met vertegenwoordigers uit de publieke sector, de uitzendbranche en de payrollbranche tot stand gekomen.

Conclusie

Bij payrollrolling verkeert de werknemer als gevolg van zijn arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf in een minder gunstige arbeidsrechtelijke positie dan wanneer hij gewoon in dienst was getreden (of gebleven) bij de opdrachtgever. Dat de opdrachtgever in een deel van de arbeidsrechtelijke wetgeving – op grond van het daarin gehanteerde materiële werkgeversbegrip – gehouden is de in die wetgeving neergelegde voorschriften na te komen, doet daar niet aan af. In de (lagere) rechtspraak is op uiteenlopende wijze geoordeeld over het werkgeverschap bij payrollrolling. Wanneer in deze rechtspraak werd uitgegaan van het werkgeverschap van het payrollbedrijf, keek de rechter soms wel en soms niet door de payrollconstructie heen bij de toepassing van de betrokken arbeidsrechtelijke wetgeving. In mijn dissertatie heb ik betoogd dat de payrollsector zichzelf opnieuw zal moeten uitvinden om voor de toepassing van Titel 10 Boek 7 BW als werkgever te kunnen worden gekwalificeerd. Wezen gaat voor schijn bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Dat geldt naar mijn mening eveneens bij de kwalificatie van de werkgever. Payrolling is nu geen alternatief voor uitzending, of een nieuwe vorm van arbeid, maar dient als alternatief voor de ‘gewone’ arbeidsovereenkomst van de werknemer met de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij werkzaam is. Om als werkgever in de zin van artikel 7:610 BW te worden aangemerkt, zal het payrollbedrijf een voldoende zelfstandige en inhoudelijke rol moeten spelen bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer. In mijn dissertatie heb ik betoogd dat payrollbedrijven invulling kunnen gaan geven aan deze rol door zorg te dragen voor, en knowhow te creëren op het gebied van, onder meer de (tussentijdse) scholing, de herplaatsing en, in geval van arbeidsongeschiktheid, de re-integratie van de payrollwerknemer. Uiteindelijk is het echter aan de rechter en de wetgever om te bepalen of en in welke vorm payrollrolling een plaats zal krijgen in het Nederlandse arbeidsrecht.



Wezen gaat voor schijn bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.

