

De verhouding tussen de payrollovereenkomst ex artikel 7:692 BW en de grondbeginselen van het arbeidsrecht

Student | Frans Bakker

Studentnummer | 12947806

Begeleider | mr. dr. J.P.H. Zwemmer

Master | Arbeidsrecht

Universiteit van Amsterdam | Faculteit der Rechtsgeleerdheid

Aantal woorden | 12.977

Samenvatting

In deze scriptie ter afsluiting van de master Arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam staat de verhouding tussen de payrollovereenkomst ex art. 7:692 BW en de uitgangspunten van het arbeidsrecht centraal. De juridische kwalificatie van de payrollovereenkomst betekent de legalisering van een arbeidsconstructie waarbij de band tussen het feitelijk en het juridisch werkgeverschap is doorgeknipt. Dit is niet in lijn met het uitgangspunt van het arbeidsrecht dat de eigenaar of uitbater is van de onderneming vanwege zijn bijzondere positie de juridisch werkgever is. Dit uitgangspunt is gestoeld op het principe dat arbeid geen handelswaar is en beschermt de menselijke waardigheid van de werknemer. Veel beschermingsbepalingen -veelal met betrekking tot goed werkgeverschap- zijn gericht op de juridische werkgever en missen hun doel als deze een andere is dan de feitelijke werkgever. Het losknippen van de band tussen deze twee werkgevers heeft dan ook grote consequenties voor de rechtspositie van de payrollwerknemer; zijn positie is op veel punten minder beschermd ten opzichte van de werknemer die rechtstreeks in dienst is bij de opdrachtgever.

Lijst van gebruikte afkortingen

AA:	Ars Aequi
ArA:	Arbeidsrechtelijke Annotaties
AR:	Arbeidsrecht Updates
Atw:	Arbeidstijdenwet
BW:	Burgerlijk Wetboek
HR:	Hoge Raad der Nederlanden
HvJEU:	Hof van Justitie van de Europese Unie
ILO:	International Labour Organisation
JAR:	Jurisprudentie Arbeidsrecht
MvT:	Memorie van toelichting
NJB:	Nederlands Juristenblad
NJ:	Nederlandse Jurisprudentie
NOW:	Noodmaatregel Overbrugging Werkgelegenheid
SCP:	Sociaal Cultureel Planbureau
SMA:	Tijdschrift over Arbeid en Sociale Zekerheid
STAR:	Stichting van de Arbeid
TAO:	Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming
TAP:	Tijdschrift voor de Arbeidsrechtpraktijk
TRA:	Tijdschrift voor Recht en Arbeid
TRS:	Tijdschrift voor Sociaal Recht
Waadi:	Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs
WAB:	Wet Arbeidsmarkt in Balans
WIA:	Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen
WOR:	Wet op de Ondernemingsraden
WWZ:	Wet Werk en Zekerheid

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen	2
Inleiding	5
Hoofdstuk 1: Achtergrond van de payrollovereenkomst ex art. 7:692 BW	7
1.1 Achtergrond.....	7
1.2 Valt payroll onder 7:690 BW?	8
1.2.1 Care4Care/Stipp: de feiten.....	9
1.2.2 Hoge Raad	10
1.3 Wetgever aan zet	10
1.3.1 Motieven voor payroll	11
1.4 Mogelijkheden en keuze wetgever	12
1.5 Verhouding 7:692, 7:690 en 7:610 BW en partijbedoeling	13
1.6 Tot besluit.....	14
Hoofdstuk 2: Essentie werkgeverschap	15
2.1 Ontwikkeling werkgeverschap	15
2.2 De arbeidsovereenkomst en de verhouding werkgever-werknemer	17
2.3 Grondbeginselen arbeidsrecht	18
2.3.1 Arbeid is geen handelswaar	19
2.3.2 Menselijke waardigheid.....	21
2.4 Tot besluit: payrollwerkgeverschap?	22
Hoofdstuk 3: Consequenties voor de payrollwerknemer	24
3.1 Arbeidsvoorwaarden	24
3.2 Ontslagbescherming	25
3.3 Goed werkgeverschap	26
3.4 Overgang van onderneming	27
3.5 Zieke payrollwerknemer	28
3.5.1 Meldingsplicht en controle- en verzuimvoorschriften.....	28
3.5.2 Re-integratie	29
3.6 Wedertewerkstelling in driehoeksverhoudingen.....	29
3.6.1 Wedertewerkstelling in een uitzendconstructie	30
3.6.2 Wedertewerkstelling in een payrollconstructie	31
3.7 Overige verplichtingen.....	32
3.7.1 Scholingsplicht	32
3.7.2 Informatieverplichting	33
3.7.3 Aansprakelijkheid bij ongevallen	34
3.7.4 Arbeidsomstandigheden	35
3.7.5 Medezeggenschap.....	35
3.8 De rechtspositie van de payrollwerknemer in de NOW	36
3.9 Tot besluit.....	36

Hoofdstuk 4: in hoeverre vormen deze consequenties een probleem?	37
4.1 Arbeidsrecht en menselijke waardigheid	37
4.2 De payrollovereenkomst en arbeidsrechtelijke bescherming	37
4.3 Tot besluit.....	38
Conclusie.....	40
Literatuur.....	42
Jurisprudentie.....	46
Parlementaire stukken	48
Overige bronnen.....	49

Inleiding

Ongeveer 20 jaar geleden werd met de uitzendovereenkomst ex art. 7:690 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) de eerste driehoeksrelatie juridisch gekwalificeerd. Kenmerkend aan een driehoeksrelatie is dat er drie verschillende partijen betrokken zijn bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Bij uitzending betreft dit de werknemer, de uitzendwerkgever als juridisch werkgever en de opdrachtgever als feitelijk werkgever. Doordat de uitzendwerkgever vraag en aanbod van arbeid aan elkaar koppelt, vervult deze driehoeksrelatie een belangrijke rol op de arbeidsmarkt. Een aantal jaren na de juridische kwalificatie van de uitzendovereenkomst ontstond het fenomeen payrolling als arbeidsrechtelijke driehoeksrelatie. Bij payrolling is het de opdrachtgever die de werving en selectie verricht, waarna de geselecteerde werknemer een arbeidsovereenkomst tekent met de payrollonderneming en laatstgenoemde de werknemer permanent en exclusief ter beschikking stelt aan de opdrachtgever. Tot voor kort kwalificeerde een arbeidsovereenkomst met een payrollwerkgever als uitzendovereenkomst waardoor op grond van art. 7:691 BW het verlichte arbeidsrechtelijke regime op payrolling van toepassing was. De wetgever heeft daar met de Wet Arbeidsmarkt in Balans (hierna: WAB) verandering in gebracht door de payrollovereenkomst in art. 7:692 BW juridisch te kwalificeren als bijzondere uitzendovereenkomst en op grond van art. 7:692a BW het verlichte arbeidsrechtelijke regime op de payrollovereenkomst buiten toepassing te verklaren. Hiermee wenste de wetgever de ontzorgende functie van payrolling te behouden en tegelijkertijd het misbruik te bestrijden.

De juridische kwalificatie van de payrollovereenkomst roept vragen op. De wetgever heeft een constructie gelegaliseerd waarbij de werknemer permanent en exclusief bij de opdrachtgever werkzaam is terwijl de opdrachtgever niet zijn juridische werkgever is. Is het in lijn met de uitgangspunten van het arbeidsrecht om een ‘papieren’ werkgever te creëren? Het internationale beginsel ‘labour is not a commodity’ moet voorkomen dat de arbeid van de werknemer als handelswaar gezien wordt. Hoe verhoudt dit beginsel zich tot de payrollovereenkomst, waarbij de opdrachtgever zonder de belangen van de werknemer mee te wegen, kan beslissen de permanente terbeschikkingstelling te beëindigen?

Het gegeven dat het van oorsprong de feitelijke werkgever is die zich als verhandelaar van de arbeid van de werknemer aan de beschermingsbepalingen van het arbeidsrecht moet houden, levert spanning op als deze werkgever niet dezelfde is als de juridische werkgever. Het is namelijk de juridische werkgever die de geadresseerde is van de beschermingsbepalingen in titel 7.10 BW. Het is dan ook in een payrollconstructie onduidelijk of de payrollwerkgever als

juridisch werkgever op eenzelfde manier invulling kan geven aan het werkgeverschap als de feitelijke werkgever zou doen. Kan de payrollwerkgever in mindere mate invulling geven aan het werkgeverschap, dan betekent dit dat het verschil in contractvorm tussen de payroll- en reguliere werknemer vergaande consequenties heeft.

Voorgaande probleemstelling leidt in deze scriptie dan ook tot de volgende centrale vraag:

Is de definitie van de payrollovereenkomst ex art. 7:692 BW in lijn met de grondbeginselen van het arbeidsrecht?

In het eerste hoofdstuk staat, voornamelijk aan de hand van parlementaire stukken, de herkomst van de payrollovereenkomst centraal. In hoofdstuk 2 zal uitgebreid aandacht worden besteed aan de essentie van de arbeidsovereenkomst en het werkgeverschap. Daarnaast komen in dit hoofdstuk de grondbeginselen van het arbeidsrecht aan bod. In hoofdstuk 3 zullen de consequenties voor de payrollwerknemer op het gebied van arbeidsrechtelijke bescherming naar voren komen. Tot slot zal in het laatste hoofdstuk worden beargumenteerd of en waarom, met een beroep op de grondbeginselen van het arbeidsrecht, deze consequenties een probleem vormen.

Hoofdstuk 1: Achtergrond van de payrollovereenkomst ex art. 7:692 BW

Op 1 januari 2020 introduceerde de wetgever met art. 7:692 BW een definitie van de payrollovereenkomst:

‘De payrollovereenkomst is de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen.’¹

De payrollovereenkomst is gekwalificeerd als een bijzondere uitzendovereenkomst die zich van een uitzendovereenkomst als omschreven in art. 7:690 BW onderscheidt op twee punten. Allereerst verricht de payrollwerkgever in tegenstelling tot de uitzendwerkgever geen allocatiefunctie. Dit betekent dat de payrollwerkgever niet verantwoordelijk is voor de werving en selectie van de werknemer.² Ten tweede onderscheidt de payrollovereenkomst zich van de uitzendovereenkomst op het gebied van exclusiviteit; de payrollwerknemer kan in eerste instantie slechts bij één opdrachtgever ter beschikking worden gesteld. In dit hoofdstuk zal er gekeken worden naar de reden van de wetgever om bovenstaande payrolldefinitie in art. 7:692 BW op te nemen.

1.1 Achtergrond

Er bestaan veel verschillende vormen van het ter beschikking stellen van werknemers aan opdrachtgevers. Voor de Wab vielen de meeste van deze vormen onder artikel 7:690 BW, de uitzendovereenkomst. De kwalificatie van een uitzendovereenkomst opent de wegen naar een verlicht arbeidsrechtelijk regime van art. 7:691 BW, wat onder meer inhoudt dat een werknemer langer tijdelijk te werk kan worden gesteld bij een opdrachtgever en makkelijker ontslagen kan worden. Of payrolling als flexibele contractvorm ook onder art 7:690 BW te scharen viel, was lange tijd onduidelijk. Bij payrolling is er sprake van een driehoeksverhouding waarbij de opdrachtgever een werknemer werft en selecteert. De opdrachtgever stuurt de werknemer door

¹ Art. 7:692 BW.

² Sommigen beweren dat er ook sprake kan zijn van allocatie indien de intermediair niet de werving en selectie heeft verzorgd, Donker van Heel 2020, p. 71.

naar een payrollonderneming, die neemt deze in dienst en stelt hem ter beschikking bij de opdrachtgever. Het juridisch werkgeverschap ligt in dit geval bij het payrollbedrijf. Ondanks dat er veel verschillende verschijningsvormen van payrollconstructies bestaan,³ bestaat de meest basale en meest voorkomende payrollconstructie uit een payrollbedrijf die een door de opdrachtgever aangedragen werknemer in dienst neemt waarna het payrollbedrijf de werknemer ter beschikking stelt aan de opdrachtgever. In de meeste situaties wordt er op deze manier een nieuwe werknemer in dienst genomen, maar er zijn ook verschijningsvormen waarin een opdrachtgever de bestaande arbeidsovereenkomsten van werknemers omzet in payrollovereenkomsten. De werknemers treden bij de payrollwerkgever in dienst en worden permanent en exclusief ter beschikking gesteld aan de opdrachtgever.⁴

1.2 Valt payroll onder 7:690 BW?

Artikel 7:690 BW stelt een aantal voorwaarden aan een constructie, wil deze als uitzendovereenkomst kwalificeren. Het moet gaan om een driehoeksrelatie waarbij allereerst sprake is van een arbeidsovereenkomst en waarbij de terbeschikkingstelling plaatsvindt in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever. Vervolgens moet de werknemer aan de opdrachtgever ter beschikking worden gesteld waarbij de opdrachtgever toezicht houdt en leiding heeft. Tenslotte moet de terbeschikkingstelling gebaseerd zijn op een overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de opdrachtgever.

Grammaticaal gezien valt een payrollconstructie onder de definitie van art. 7:690 BW; aan alle voorwaarden is immers voldaan. In het debat over dit dilemma is echter ook het tegendeel betoogd. De belangrijkste reden die hiervoor genoemd werd is het ontbreken van de allocatiefunctie in een payrollconstructie. Zwemmer betoogde met een beroep op de wetsgeschiedenis van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid⁵ dat er een allocatiefunctie in art. 7:690 BW gelezen moest worden en schaarde payroll dan ook niet onder art. 7:690 BW.⁶ Evenzo zagen Houweling en Van der Voet de allocatiefunctie als vereiste.⁷ Een ander argument voor het inlezen van een allocatiefunctie als voorwaarde voor art. 7:690 BW was te vinden in het feit dat de wetgever bij intra-concernuitzending -waar de allocatiefunctie ontbreekt- in art. 7:691 lid 6 BW om die reden heeft vastgesteld dat het uitzendregime niet geldt voor deze variant. De

³ Kuyt-Fokkens *NJB* 2006/24; Van Houte *ArbeidsRecht* 2011/36.

⁴ Deze vorm komt niet veel meer voor, Donker van Heel 2020, p. 71.

⁵ *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 3, p. 10.

⁶ Zwemmer *TRA* 2009/12.

⁷ Houweling & Van der Voet *ArA* 2013/2, p. 28-31.

wetgever dacht er anders over gezien het feit dat de toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tijdens Kamervragen aangaf dat art. 7:690 BW naar de letter van de wet geen allocatiefunctie vereist en dat een payrollconstructie onder de definitie van een uitzendovereenkomst kan vallen. Bij een eventueel geschil zou de rechter moeten beslissen of de payrollconstructie onder art. 7:690 BW valt.⁸

In de afgelopen 15 jaar zijn er veel geschillen voor de rechter gekomen. Meestal betrof het geschillen omtrent verplichtingen die voortvloeien uit het juridisch werkgeverschap, omdat het onduidelijk is op wie deze verplichtingen berust. Zo deed een ambtenaar een beroep op art. 7:610 BW door te stellen dat hij, ondanks het feit dat er een payrollovereenkomst gesloten was met de payrollonderneming, een arbeidsovereenkomst met de gemeente (de opdrachtgever) had waardoor hij binnen de gemeente afgespiegeld had moeten worden.⁹ De rechter ging hierin mee en oordeelde dat de ambtenaar een arbeidsovereenkomst had met de opdrachtgever. Er zijn verschillende zaken geweest waarin de kantonrechter of het hof door de payrollconstructie heen keek,¹⁰ tegenover verschillende zaken waarin er geconcludeerd werd dat de payrollconstructie onder art. 7:690 BW viel.¹¹ Een uitspraak van de hoogste rechter bleef lang uit, totdat het arrest Care4Care/Stipp¹² gewezen werd.

1.2.1 Care4Care/Stipp: de feiten

In deze zaak bestond er een conflict tussen het detacheringsbedrijf Care4Care Human Resources (hierna Care4Care) en Stipp, een bedrijfstakpensioenfonds in de uitzendbranche. Care4Care stelt hoogopgeleid medisch specialistisch personeel ter beschikking aan zorginstellingen. Stipp stond op het standpunt dat Care4Care zich verplicht aan moest sluiten bij het bedrijfstakpensioenfonds omdat er sprake was van uitzenden. Care4Care stelde dat er een allocatiefunctie is vereist om onder art. 7:690 BW te vallen. Omdat Care4Care geen allocatiefunctie vervulde stelde ze zich op het standpunt niet onder art. 7:690 BW te vallen. De kantonrechter wees de vordering van Stipp af. Het hof vernietigde het vonnis van de kantonrechter en zag de allocatiefunctie niet als vereiste voor art. 7:690 BW.

⁸ *Aanhangsel Handelingen II* 2009/10, nr. 2006.

⁹ Rb. Oost-Nederland 21 maart 2013, *JAR* 2013/95 m.nt. E.M. Hoogeveen.

¹⁰ Ktr. Almelo 11 maart 2014, *JAR* 2014/95; Hof Den Haag 29 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3820.

¹¹ Ktr. Amsterdam 4 juli 2014, *JAR* 2014/248.

¹² HR 4 november 2016, *JAR* 2016/286 m.nt. E. Knipschild (*Care4Care / Stipp*).

1.2.2 Hoge Raad

Advocaat-generaal Van Peursem kwam, na een gedegen analyse van de wetsgeschiedenis, de literatuur en de rechtspraak, tot de conclusie dat er sprake moet zijn van enige allocatiefunctie wil een constructie onder art. 7:690 BW vallen. De Hoge Raad (hierna: HR) ging hieraan voorbij door de uitspraak van het hof te bevestigen en geen allocatiefunctie in art. 7:690 BW te lezen. Volgens de HR blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de wetgever ook heeft beoogd dat andere driehoeksrelaties dan de klassieke uitzendrelaties onder de reikwijdte van art 7:690 BW zouden kunnen vallen als er aan de begripsomschrijving is voldaan. Een allocatiefunctie is volgens de HR zodoende geen vereiste voor de kwalificatie van een uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW. Payrollwerkgevers konden daardoor gebruik maken van het verlichte ontslagregime en daarmee verkeerde de payrollwerknemer in dezelfde juridische positie als de uitzendwerknemer. Op 2 december 2016 is in het Leerorkest-arrest¹³ de Care4Care-uitspraak expliciet ten aanzien van payrolling bevestigd.

1.3 Wetgever aan zet

De HR voelde aan dat het niet-inlezen van een allocatiefunctie in art. 7:690 BW wellicht niet helemaal strookte met de bedoeling van de wetgever en stelde daarom ten overvloede het volgende:

*'Voor zover de toepassing van de regels van art. 7:691 BW in nieuwe driehoeksrelaties als payrolling zou leiden tot resultaten die zich niet laten verenigen met hetgeen de wetgever bij de regeling van de art. 7:690-7:691 BW voor ogen heeft gestaan, is het in de eerste plaats aan de wetgever om hier grenzen te stellen.'*¹⁴

Met deze zinsnede legde de HR de bal bij de wetgever. Veel driehoeksverhoudingen zouden sinds deze uitspraak met zekerheid onder art. 7:690 BW vallen en werkgevers met 'verkeerde' bedoelingen kregen de kans constructies te gebruiken om het juridisch werkgeverschap en de daarbij behorende verplichtingen te omzeilen. Dit gevaar werd door de wetgever gezien; de toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid deelde in reactie op dit arrest tijdens Kamervragen mee dat het oordeel van de HR niet aansluit bij wat destijds door de

¹³ HR 2 december 2016, *JAR* 2017/16, m.nt. D. Maats (*Leerorkest*).

¹⁴ HR 4 november 2016, *JAR* 2016/286 m.nt. E. Knipschild, par. 3.4.3 (*Care4Care/Stipp*).

wetgever is beoogd. Echter gaf hij ook aan dat een eventuele wetswijziging pas in de volgende kabinetsperiode gerealiseerd zou kunnen worden.¹⁵ Enerzijds moesten werkgevers die payrolling misbruikten om te concurreren op arbeidsvoorwaarden bestreden worden. Anderzijds wilde de wetgever payrolling vanwege de ontzorgende functie behouden omdat opdrachtgevers daarmee veel administratieve lasten bespaard werden.

1.3.1 Motieven voor payrolling

Uit onderzoek van het Sociaal Cultureel Planbureau (hierna: SCP) blijkt dat er drie veelvoorkomende redenen zijn waarom werkgevers gebruik maken van een payrollconstructie. Allereerst hebben werkgevers minder administratieve rompslomp, ten tweede kunnen ze eenvoudiger werknemers ontslaan en tenslotte is het verlengen van tijdelijke contracten makkelijker.¹⁶ Voor een payrollonderneming bestaat het overnemen van de administratieve rompslomp vooral uit het zorgen voor een juiste en tijdige loonbetaling, verantwoordelijk zijn voor de re-integratie en andere administratieve verplichtingen. Daarnaast neemt een payrollwerkgever het ontslagrisico en het loondoorbetalingsrisico bij arbeidsongeschiktheid op zich, wat met name interessant is voor startende of kleine werkgevers.¹⁷ Verder heeft een payrollbedrijf vaak specialistische kennis in huis om bijvoorbeeld de cao-verplichtingen die gelden bij de opdrachtgever goed toe te passen¹⁸ en kunnen payrollwerkgevers ook op HR-gebied professionele ondersteuning bieden.

Het ontzorgende karakter komt vooral tot uitdrukking in het overnemen van de administratieve taken en het overnemen van de risico's die bij het werkgeverschap horen. Deze hoge risico's -met betrekking tot disfunctioneren, verlof, ziekte en arbeidsongeschiktheid-vormen voor ondernemers vaak een belemmering om personeel zelf in dienst te nemen.¹⁹ Misbruik van payrollconstructies komt vooral voor bij opdrachtgevers die payrollwerknemers in dienst nemen om te concurreren op loonkosten en andere arbeidsvoorwaarden. De Stichting van de Arbeid noemde payrolling dan ook in een advies 'een grote verdwijntruc van (goed) werkgeverschap'.²⁰ De verplichtingen die een juridisch werkgever normaal gesproken heeft,

¹⁵ *Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, nr. 654.

¹⁶ Sociaal Cultureel Planbureau 2019, p. 33.

¹⁷ Verburg, *AA* 2013/12, p. 909.

¹⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 39.

¹⁹ Brummelkamp, De Ruig & Roozendaal 2014, p. 40.

²⁰ STAR 2012, p. 21.

worden omzeild en het is maar de vraag of de payrollwerkgever deze verplichtingen op zich neemt of kan nemen.

1.4 Mogelijkheden en keuze wetgever

De wetgever wilde na het Care4Care-arrest op zoek naar mogelijkheden om misbruik van payrollconstructies te bestrijden en tegelijkertijd het ontzorgende karakter van payrolling te behouden. Dit kon op verschillende manieren bereikt worden. Allereerst bestond de mogelijkheid de definitie van de uitzendovereenkomst in art. 7:690 BW te wijzigen door de allocatiefunctie expliciet als voorwaarde voor de kwalificatie van een uitzendovereenkomst op te nemen. Daar stond de mogelijkheid om de payrollovereenkomst in het BW op te nemen en deze te kwalificeren als een bijzondere uitzendovereenkomst tegenover. Tenslotte bestond de mogelijkheid het fenomeen payrolling niet juridisch te kwalificeren. Op het gebied van arbeidsvoorwaarden kon de wetgever ervoor kiezen te volstaan met het gelijke behandelingsvoorschrift in art. 8 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Waadi) tegenover de optie een nieuw gelijk behandelingsvoorschrift te creëren met betrekking tot payrolling.

Het wijzigen van de definitie van de uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW zou er volgens de regering toe leiden dat de ontzorgende functie die payrolling heeft niet langer kon worden vervuld.²¹ Dat is dan ook de reden dat de regering ervoor heeft gekozen een payrolldefinitie als bijzondere uitzendovereenkomst in het BW op te nemen. Hiermee heeft de regering het advies van de Raad van State naast zich neer gelegd; de Raad van State verkoos een aanpassing van de definitie van art. 7:690 BW boven het creëren van een bijzondere uitzendovereenkomst omdat een aanpassing van de definitie van de uitzendovereenkomst volgens de Raad van State ‘beter inpasbaar zal zijn in het bestaande wettelijke stelsel en op minder praktische bezwaren zal stuiten.’²² Het arbeidsrechtelijke stelsel is op de stelling gebouwd dat de eigenaar of de exploitant van de onderneming degene is die zich als juridisch werkgever moet houden aan de beschermingsbepalingen uit titel 7.10 BW. De wetgever heeft ervoor gekozen om het ontzorgende karakter van payroll te behouden door een nieuwe overeenkomst in het leven te roepen waarbij de juridisch werkgever een ander is dan de feitelijk werkgever en heeft daarmee afstand genomen van dit bestaande arbeidsrechtelijke stelsel.

²¹ *Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 38*; daarnaast werd een amendement om een allocatiefunctie als vereiste in art. 7:690 op te nemen verworpen, *Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 27*.

²² *Kamerstukken II 2017/18, 34837, nr. 4, p. 16*.

Omdat op grond van art. 7:692a BW het verlichte uitzendregime niet van toepassing is op de payrollovereenkomst, zijn omzeiling van de wettelijke ontslagbescherming en de ketenregeling uitgesloten. De wetgever heeft er daarnaast voor gekozen om art. 8a Waadi toe te voegen. Dit artikel regelt dat de payrollwerknemer recht heeft op dezelfde primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden als de werknemer in vaste dienst. Echter, ook na het gelijktrekken van de ontslagbescherming en de arbeidsvoorwaarden tussen de payroll- en de reguliere werknemer kan niet gezegd worden dat de payrollwerknemer op gelijke voet staat met de werknemer die rechtstreeks in dienst is bij de opdrachtgever. Ook op andere gebieden binnen de arbeidsverhouding komt de payrollwerknemer tekort ten opzichte van de reguliere werknemer.

1.5 Verhouding 7:692, 7:690 en 7:610 BW en partijbedoeling

De payrolldefinitie in art. 7:692 BW definieert een payrollovereenkomst als een bijzondere uitzendovereenkomst. Het startpunt van de uitzendovereenkomst is de dwingendrechtelijke definitie van de arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 BW. Een werknemer moet daarom ook op grond van art. 7:692 BW een arbeidsovereenkomst getekend hebben met een payrollbedrijf. De HR heeft sinds het arrest Groen/Schoevers in verschillende arresten geoordeeld dat voor de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst niet alleen acht wordt geslagen op de feitelijke vormgeving van de arbeidsrelatie maar ook op onder andere de bedoeling die partijen voor ogen stond bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst en de maatschappelijke positie van partijen.²³ Dit wordt ook wel de ‘holistische benadering’ genoemd. Hoewel meerdere elementen een rol kunnen spelen in de duiding van een arbeidsovereenkomst is het de feitelijke situatie die doorslaggevend is; de gekozen constructie moet daarmee overeenstemmen.²⁴

Het feit dat er voor de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst vooral gekeken wordt naar de feitelijke werkelijkheid en in mindere mate naar de bedoeling van partijen zorgt ervoor dat ook voor de kwalificatie van de payrollovereenkomst ex art. 7:692 BW de feitelijke werkelijkheid doorslaggevend is. Dit blijkt ook uit een recent arrest van de HR waarin geoordeeld werd dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen de opdrachtgever en de payrollwerknemer, ondanks de aanwezigheid van een arbeidscontract tussen de werknemer en de payrollwerkgever.²⁵ Dit laat mijns inziens zien dat een schriftelijke payrollovereenkomst

²³ HR 14 november 1997, *JAR* 1997/263 (*Groen/Schoevers*); HR 14 april 2006, *JAR* 2006/119 (*Beurspromovendi/UvA*); HR 25 maart 2011, *JAR* 2011/109 (*Gouden Kooi*).

²⁴ HR 10 oktober 2003, *JAR* 2003/263 m.nt. D.M. Thierry (*Van der Male/Den Hoedt*); HR 13 juli 2007, *JAR* 2007/231 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*).

²⁵ HR 21 februari 2020, *JAR* 2020/87 m.nt. J.P.H. Zwemmer (*Taxi Dorenbos*).

niet volstaat voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst tussen de payrollwerkgever en de werknemer. Zwemmer geeft terecht aan dat de payrollwerkgever naast het tekenen van de payrollovereenkomst een voldoende zelfstandige en inhoudelijke rol moet vervullen bij de totstandkoming en de uitvoering van de payrollovereenkomst.²⁶ De wetgever noemde in dit kader werkgeverstaken op het gebied van scholing, re-integratie bij ziekte, loonbetaling en begeleiding.²⁷ Vervult de payrollwerkgever geen substantiële rol in de totstandkoming en uitvoering van de payrollovereenkomst, dan kan de opdrachtgever als juridisch werkgever ex titel 7.10 BW worden aangemerkt, ondanks het feit dat er geen overeenkomst bestaat tussen de werknemer en de opdrachtgever.

1.6 Tot besluit

De wetgever heeft met de kwalificatie van de payrollovereenkomst beoogd de ontzorgende functie van payrolling te behouden en misbruik te bestrijden. Hierdoor is er een constructie gelegaliseerd waarbij de werknemer permanent en exclusief bij een opdrachtgever werkzaam is terwijl deze opdrachtgever niet zijn juridisch werkgever is. Het is de vraag hoe het uit elkaar halen van het feitelijke en juridische werkgeverschap zich verhoudt tot de uitgangspunten en de (internationale) grondbeginselen die verscholen liggen achter het arbeidsrecht en wat voor consequenties dit onderscheid heeft voor de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer. Hiervoor is het allereerst van belang om helder te krijgen wat de essentie van het werkgeverschap is. Dit zal in hoofdstuk 2 aan de orde komen.

²⁶ Zwemmer 2012, p. 30.

²⁷ *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, F, p. 41.

Hoofdstuk 2: Essentie werkgeverschap

In hoofdstuk 1 kwam aan bod dat de payrollovereenkomst een afgeleide is van de uitzend- en arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst kan gezien worden als de spil van het arbeidsrecht en is een bijzondere overeenkomst tussen twee partijen: de werkgever en de werknemer. Titel 7.10 BW regelt de rechtsverhouding tussen beide partijen, legt verplichtingen op met name de werkgever en geeft duidelijkheid als er geschillen bestaan.

Het uitgangspunt van de Wet op de arbeidsovereenkomst is dat de juridisch werkgever dezelfde (rechts)persoon is als de eigenaar of de exploitant van de onderneming. Met art. 7:692 BW heeft de wetgever een werkgever ‘op papier’ gecreëerd; het is de payrollwerkgever die contractueel gezien werkgever is maar waarvan het de vraag is in hoeverre hij feitelijk werkgeverschap uitoefent. In dit hoofdstuk zal er dan ook gekeken worden naar de achtergrond van de werkgever in het arbeidsrecht. Allereerst zal de ontwikkeling van het werkgeverschap historisch getuurd worden. Vervolgens zullen de relevante grondbeginselen van het arbeidsrecht aan bod komen. Leidend is hierbij de bepaling uit het -door Nederland geratificeerde- Handvest van de International Labour Organisation (hierna: ILO) waarin opgemaakt is dat arbeid geen handelswaar is.

2.1 Ontwikkeling werkgeverschap

De discussie die de payrollconstructie teweegbrengt laat zien dat het werkgeverschap continu in beweging is. De essentie van het werkgeverschap vloeit voort uit de historie van het arbeidsrecht. De arbeidsovereenkomst is geïntroduceerd bij de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst op 13 juli 1907. Het is niet zo dat er voor deze wet geen werkgevers, werknemers of arbeidsovereenkomsten bestonden. Er bestonden wel arbeidscontracten maar deze waren vanwege het gebrek aan regulering ‘overgelaten aan het vrije spel der maatschappelijke krachten.’²⁸ De werkgever werd ‘meester’ genoemd en mocht kiezen wie hij in dienst wilde nemen, hoe lang en onder welke voorwaarden. Hoewel er een juridische gelijkheid tussen werkgever en werknemer bestond,²⁹ lag deze gelijkheid ver verwijderd van de feitelijke gelijkheid. Typerend hiervoor is de bepaling in art. 1639 lid 3 BW (oud): ‘de

²⁸ Naber 1985, p. 25.

²⁹ Werkgevers en werknemers waren juridisch elkaars gelijken om een overeenkomst aan te gaan en de voorwaarden te bepalen.

meester is echter bevoegd om hen te allen tijde, zonder het aanvoeren van redenen, weg te zenden'. Deze ongelijkheid werd met de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst gecompenseerd. Drucker speelde een grote rol bij het ontwerpen van de Wet op de arbeidsovereenkomst en noemde de arbeidsovereenkomst 'een overeenkomst met een geheel eigen aard'. Arbeid noemde hij 'een soort waar van heel bijzondere aard'.³⁰ Arbeid is om verschillende redenen bijzonder. Allereerst biedt de werknemer zijn arbeid aan als ruilwaar; hij wenst er geld voor terug. Ten tweede heeft arbeid een sterk persoonlijk karakter omdat arbeid gekoppeld is aan degene die de arbeid verricht en omdat vandaag verrichte arbeid morgen niet meer kan worden verhandeld. Ten slotte bestaat er geen andere overeenkomst die zo diep ingrijpt in de maatschappelijke toestand van de werknemer. Het gaat daarbij niet zozeer alleen om materiele zaken zoals loon, maar ook over niet in geld uit te drukken waarden zoals arbeidsvreugde, zelfontplooiing en arbeid als middel tot communicatie.³¹ Arbeid is zodoende voor een werknemer meer dan alleen een middel om in zijn levensonderhoud te voorzien en is niet verhandelbaar. Dit is een reden geweest voor codificatie van de Wet op de arbeidsovereenkomst.

Ook na de komst van de arbeidsovereenkomst heeft het werkgeverschap zich ontwikkeld. Waar in het begin van de twintigste eeuw de werkgever een veel herkenbaarder gezicht had, is dit tegenwoordig niet meer het geval. Destijds werkte een arbeider voor een persoon, zijn baas, de eigenaar van de onderneming. Tegenwoordig zijn ondernemingen vaak de vorm van rechtspersoon gaan aannemen, wat ertoe heeft geleid dat de werkgever maatschappelijk gezien abstracter is geworden.³² Daarnaast is het bepalen van 'het gezicht' van een onderneming moeilijker geworden omdat het feitelijke en contractuele werkgeverschap vaker uit elkaar worden gehaald. Zwemmer noemt dit in zijn dissertatie 'pluraliteit van werkgeverschap'.³³ Hiervoor geldt dat de werkgever waarmee het contract gesloten is in beginsel als werkgever ex art. 7:610 lid 1 BW wordt beschouwd. Zo is ook de payrollwerkgever als contractuele werkgever de juridisch werkgever ex art. 7:610 BW en zijn de beschermingsbepalingen van titel 7.10 BW op hem gericht.

³⁰ Bles 1907, p. 6.

³¹ Naber 1985, p. 27.

³² Naber 1985, p. 26.

³³ Zwemmer 2012, p. 23.

2.2 De arbeidsovereenkomst en de verhouding werkgever-werknemer

De arbeidsovereenkomst is gedefinieerd in art. 7:610 BW. Deze definitie zegt veel over de verhouding tussen de werknemer en de werkgever. Er is sprake van een arbeidsovereenkomst als een werknemer zich tegenover een werkgever verbindt om in dienst van de werkgever, in ruil voor loon, gedurende een zekere tijd, arbeid te verrichten.

De werknemer biedt zijn diensten aan in ruil voor loon. Deze diensten moeten in persoon worden verricht, omdat arbeidskracht onafscheidelijk aan de werknemer is verbonden.³⁴ Het element loon is essentieel voor een werknemer om in zijn levensonderhoud te voorzien. Dit maakt hem economisch afhankelijk; als een werknemer de economische noodzaak voelt om te werken, kan de werkgever de voorwaarden bepalen. Naast economische afhankelijkheid is de werknemer juridisch ondergeschikt, de werknemer levert zijn arbeid ‘in dienst van’ de werkgever. Hoewel de werkgever en de werknemer juridisch gezien elkaars gelijken zijn, dient de werknemer zijn prestatie te leveren in ondergeschiktheid aan de werkgever. De ondergeschiktheid uit zich onder andere in het feit dat de werkgever aanwijzingen en opdrachten kan geven aan de werknemer en dat de werknemer deze aanwijzingen moet opvolgen.³⁵ De gezagsverhouding speelt een doorslaggevende rol bij de vraag of een overeenkomst of relatie als arbeidsovereenkomst gekwalificeerd kan worden en bepaalt wie de partijen zijn bij de arbeidsovereenkomst.³⁶ Omdat de Wet op de arbeidsovereenkomst oorspronkelijk uitgaat van de eigenaar of exploitant van de onderneming als juridisch werkgever, is ook het element ‘in dienst van’ in art. 7:610 BW bedoeld in de verhouding tussen de werknemer en de eigenaar of exploitant van de onderneming waar de werknemer werkzaam is. Dit gegeven levert spanning op met de payrollovereenkomst, waarin de payrollwerkgever als juridisch werkgever kwalificeert terwijl de werknemer feitelijk in een ondergeschiktheidsrelatie met de opdrachtgever staat.

Het feit dat de werknemer economisch afhankelijk en juridisch ondergeschikt is, leidt ertoe dat hij ten opzichte van de werkgever bescherming nodig heeft. De Wet op de arbeidsovereenkomst heeft deze bescherming geboden door verschillende dwingendrechtelijke bepalingen in het leven te roepen. Deze bepalingen in het BW zijn gebaseerd op het beginsel van ongelijkheidscompensatie, waarbij art. 7:610 BW als toegangspoort fungeert.

³⁴ Bles 1907, p. 319.

³⁵ De gezagsverhouding is geconcretiseerd in het instructierecht van de werkgever in art. 7:660 BW.

³⁶ Zwemmer 2012, p. 17.

Het is de vraag of beide vormen van afhankelijkheid in de huidige maatschappij nog steeds bestaan. Wat betreft economische afhankelijkheid is er niet veel veranderd; de werknemer heeft het loon nog steeds nodig om in zijn levensonderhoud te voorzien. De juridische ondergeschiktheid heeft echter aan belang ingeboet. De feitelijke instructiebevoegdheid van de werkgever wordt in veel arbeidsrelaties niet meer gebruikt, werknemers worden meer autonoom in hun werkzaamheden en kunnen zichzelf ontwikkelen door middel van scholing. Deze verandering wil echter niet zeggen dat er geen sprake meer is van een gezagsverhouding en juridische ondergeschiktheid. De HR oordeelde in 1984 al dat bevelrecht over werkdiscipline genoeg is om een gezagsverhouding aan te nemen; feitelijke instructiebevoegdheid is niet noodzakelijk.³⁷ Sindsdien kijkt de HR voor de vraag of er sprake is van een gezagsverhouding ook naar organisatorische omstandigheden zoals werktijden, het karakter van de loonbetaling, loondoorbetaling bij ziekte, vakantieregeling en ondernemersrisico.³⁸ Zwemmer constateert na een gedegen analyse dat het element gezag niet zozeer geërodeerd is, maar dat het een breder uitlegbaar begrip is geworden en dat het element afhankelijk van de omstandigheden feitelijk of contractueel kan worden uitgelegd.³⁹

Kortom, de positie van de werkgever is bijzonder van aard vanwege de verhouding die hij heeft tegenover de werknemer. Het arbeidsrecht biedt de werknemer bescherming ter compensatie van de economische afhankelijkheid en de juridische ondergeschiktheid. Deze beschermingsgedachte is, zoals Verhulp in zijn oratie schreef, nog steeds actueel.⁴⁰

2.3 Grondbeginselen arbeidsrecht

Arbeidsrecht is beschermend recht ten voordele van de werknemer. Dit zegt echter vooral iets over wat het arbeidsrecht doet en niet over waarom het arbeidsrecht de werknemer beschermt.⁴¹ De vraag waarom het arbeidsrecht de bescherming van de werknemer regelt, legt de grondbeginselen van het arbeidsrecht bloot. Keuzes in wetgeving en in dit geval sociale rechtsvorming zijn altijd gebaseerd op bepaalde waarde-opvattingen. Het arbeidsrecht kent een eigen *theory of justice* waaraan nieuwe wetgevingsvoorstellen getoetst moeten worden.⁴² Rood

³⁷ HR 17 april 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AC8377, NJ 1985/18 (*Animeermeisjes*).

³⁸ Flier 2017, p.6; bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 34 036, nr. 64.

³⁹ Zwemmer 2012, p. 21.

⁴⁰ Verhulp 2003, p. 6.

⁴¹ Hendrickx TRS 2010/3, p. 30.

⁴² Langille 2011, p. 102.

heeft gesteld dat het arbeidsrecht zich niet aan alle situaties klakkeloos moet aanpassen zonder de essentiële vereisten van het arbeidsrecht op te geven:

‘There seems to be a desire to find new solutions for new situations, to look for a greater flexibility without giving up the essential requirements of labour law respecting the human dignity of the worker’⁴³

Menselijke waardigheid is volgens Rood een van de meest fundamentele grondbeginselen waaraan nieuwe regelgeving getoetst moet worden. In de literatuur worden vele andere (fundamentele) doelstellingen genoemd van het arbeidsrecht: sociale inclusie, mensenrechten, democratie, efficiency, participatie, bestaanszekerheid, menselijke vrijheid en emancipatie.⁴⁴ Al deze doelen zijn op hun beurt terug te reduceren tot de centrale gedachte dat ‘in het sociaal recht de arbeid niet als economisch goed centraal moet staan, maar de werkende als persoon’.⁴⁵ Deze centrale gedachte, de essentie van het arbeidsrecht, is terug te vinden in het ILO-verdrag.

2.3.1 Arbeid is geen handelswaar

‘Labour is not a commodity’, een uitdrukking die haar oorsprong vindt bij een Ierse econoom genaamd John Kells Ingram. Hij verwierp de toepassing van het vrijemarktdenken op arbeid en verzette zich tegen het feit dat arbeid als handelswaar gezien werd en daarmee op gelijke voet gesteld werd met materiële zaken als katoen en maïs.⁴⁶ De morele basis waarop de relatie werkgever-werknemer berust, verdwijnt volgens hem bij het idee dat arbeid als handelswaar gezien wordt. Deze gedachte werd in 1919 opgenomen in het Verdrag van Versailles,⁴⁷ waarna als uitvloeisel van de vredesonderhandelingen na de Eerste Wereldoorlog de ILO werd opgericht. Daarbij werd het beginsel dat arbeid geen handelswaar is uitdrukkelijk geformuleerd. In 2008 heeft de ILO bevestigd dat dit nog steeds het uitgangspunt is.⁴⁸

Hoewel voornoemde uitdrukking zijn oorsprong vindt omstreeks 1880, zijn het eerdere filosofen die de basis hebben gelegd. Kant was een dergelijk filosoof en maakte in een van zijn werken onderscheid tussen zaken die een prijs hebben en zaken die een waarde hebben. Veel

⁴³ Rood 1997, p. 149.

⁴⁴ Zekic 2014, p. 13.

⁴⁵ Fase SMA 2001, p. 252.

⁴⁶ Ingram *Journal of the Statistical and Social Inquiry Society of Ireland* 1880, p. 109.

⁴⁷ Art. 427 Verdrag van Versailles (1919).

⁴⁸ ILO 2008, p. 6.

zaken kunnen worden ingeruild tegen een prijs en hebben een marktwaarde. Er zijn echter ook zaken die iedere prijs overstijgen waardoor deze zaken geen prijs meer hebben maar een waarde.⁴⁹ De mens overstijgt iedere prijs en heeft dan ook volgens Kant waardigheid: de grondslag voor de gedachte dat arbeid niet verhandelbaar is.

De stelling dat arbeid geen handelswaar is kan echter ook enige relativisering gebruiken. Arbeid heeft een productief karakter en daarmee ook bijna altijd een economische waarde. Ondernemers ruilen geld in voor arbeid om hun onderneming te laten groeien in waarde; het is de persoonlijke arbeid van de werknemer waar de ondernemer kapitaal mee verdient. Daarnaast krijgt het marktdenken in de samenleving een overheersende positie en dit heeft ook betrekking op arbeid. Van der Heijden en Noordam onderstrepen dit als ze ‘economisering van de samenleving’ als belangrijke maatschappelijke ontwikkeling duiden.⁵⁰ In het arbeidsrecht leidt dit ertoe dat de wetgever naast beschermende en ordenende motieven voor het ontwikkelen van wetgeving ook economische motieven kan hebben. De voormalige vice-president van de Raad van State Donner (voor)zag deze ontwikkeling ook. Hij stelde in 2014 dat het gevaar dreigt dat wetten teveel tot instrumenten van snelle ingrepen worden gemaakt; ingrepen die veelal gemotiveerd worden door financiële, efficiency of doelmatige overwegingen.⁵¹ Dit brengt met zich mee dat arbeid toch op een zekere manier als handelswaar te kwalificeren valt. Op microniveau is het de werkgever die de arbeid van de werknemer ‘vermarkt’ om er economisch voordeel mee te doen en ook op macroniveau is het de tendens om het marktdenken op arbeid toe te passen.

Omdat arbeid enerzijds geen handelswaar is maar anderzijds wel, formuleert Hendrickx arbeid als ‘onvolledig koopwaar’.⁵² Dit brengt met zich mee dat -voor zover arbeid als handelswaar beschouwd kan worden- bescherming van de werknemer noodzakelijk is. Van Peijpe geeft dit helder weer door te stellen dat de relevantie van de verklaring dat arbeid geen handelswaar is niet ligt in haar normatieve inhoud, maar ‘juist omdat arbeidskracht in de economische werkelijkheid koopwaar is, dient het recht compenserende waarborgen te scheppen voor de belangen en de menselijke waardigheid van de werknemer. Arbeid is koopwaar, maar de arbeider mag niet als louter koopwaar worden behandeld’.⁵³ Om te voorkomen dat de arbeid van de werknemer verwordt tot handelswaar, is daarom het

⁴⁹ Kant 1997, p. 435.

⁵⁰ Van der Heijden & Noordam 2001, p. 26.

⁵¹ Donner 2014, p. 18.

⁵² Hendrickx TRS 2010/3, p. 33.

⁵³ Van Peijpe 1997, p. 369.

uitgangspunt dat de eigenaar of exploitant van de onderneming degene is die ingevolge titel 7.10 BW bepaalde verplichtingen ten opzichte van de werknemer in acht moet nemen.

2.3.2 Menselijke waardigheid

Achter het principe dat arbeid geen handelswaar is, zit een gedachte. Bij normale productiemiddelen geldt dat marktmechanismen van toepassing kunnen zijn op vraag, aanbod, uitruil en transactie. Het idee is dat de normale regels van uitruil en transactie, in tegenstelling tot vraag en aanbod, niet gelden voor arbeid.⁵⁴ Immers, arbeid is zoals dat bij de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst naar voren kwam, onlosmakelijk gekoppeld aan de arbeider. Het minimumloon voor iedere werknemer is een voorbeeld van het feit dat het Nederlandse arbeidsrecht gestoeld is op het principe dat arbeid geen handelswaar is. Puur economisch gezien is de prijs van arbeid een kwestie van vraag en aanbod. Is er veel vraag, dan gaat de prijs omhoog. Het minimumloon geeft echter een ondergrens; niet alleen de waarde van het werk bepaalt het loon, maar ook de minimale behoefte van de werknemer.⁵⁵

Het feit dat arbeid gekoppeld is aan de arbeider als persoon en zodoende niet verhandeld kan worden laat zien dat de menselijke waardigheid een belangrijke rol speelt in de manier waarop er naar arbeid gekeken wordt. Menselijke waardigheid verwijst naar de gedachte dat ‘alle menselijke wezens, ongeacht hun rang, status of personele kenmerken, een onvervreembare waardigheid in zich dragen die door anderen gerespecteerd moet worden’.⁵⁶ Dit brengt met zich mee dat iedere werknemer waardig is en niet als ‘product’ verhandeld kan worden, hetgeen ook Vandeputte stelt in zijn proefschrift. Hij geeft aan dat de menselijke waardigheid een fundamentele grondslag vormt voor het arbeidsrecht en noemt een aantal manieren waarop het arbeidsrecht de menselijke waardigheid dient te beschermen. Volgens hem komt deze bescherming tot uitdrukking in het bevorderen van de toegang tot werk, het verschaffen van een basisinkomen, het garanderen van een privéleven naast arbeid, het bieden van de mogelijkheid tot zelfverwezenlijking en persoonlijke ontwikkeling en ten slotte het bieden van de mogelijkheid tot inspraak in de beleidsbeslissingen die een onderneming neemt.⁵⁷ Deze niet-uitputtende opsomming laat zien dat het arbeidsrecht een zeer belangrijke functie heeft om de menselijke waardigheid te beschermen. Omdat de mens als persoon waardig is,

⁵⁴ Diebels 2014, p. 117.

⁵⁵ Diebels 2014, p. 117.

⁵⁶ Vandeputte 2011, p. 429.

⁵⁷ Vandeputte 2011, p. 441-442.

moeten er bepaalde keuzes in de arbeidswetgeving worden gemaakt om tegemoet te komen aan de gedachte dat arbeid niet als handelswaar kan worden gebruikt.

Het arbeidsrecht is zodoende essentieel om te voorkomen dat de arbeid centraal komt te staan in plaats van de mens in relatie tot de arbeid. Het uitgangspunt dat arbeid geen handelswaar is brengt met zich mee dat vermogensrechtelijke bepalingen niet van toepassing zijn op arbeidsovereenkomsten. Arbeidsrecht is noodzakelijk om de arbeider te beschermen. Deze bescherming kent uiteindelijk maar één doel: het beschermen van de menselijke waardigheid. Gesteld kan dan ook worden dat het grondrecht op menselijke waardigheid een fundamenteel positiefrechtelijk vertrekpunt is van waaruit nieuwe wetgeving ontwikkeld moet worden.

2.4 Tot besluit: payrollwerkgeverschap?

Nu duidelijk is dat de werkgever een bijzondere partij is in het arbeidsrecht en het arbeidsrecht erop gericht is de menselijke waardigheid te beschermen, rest de vraag in hoeverre de payrollovereenkomst aan dit doel voldoet.

Titel 7.10 BW is erop gericht de werknemer als zwakkere partij te beschermen tegen de onderhandelingsmacht van de werkgever. De werkgever heeft een zeer bijzondere positie; hij creëert de arbeidsplaats, heeft gezag over de werknemer, verdient aan zijn arbeid en treedt daarmee op als ‘vermarkter’ van de arbeid. Daar komt bij dat de werknemer een kwetsbare positie heeft omdat hij economisch afhankelijk en juridisch ondergeschikt is en meer uit zijn arbeid haalt dan alleen economisch gewin, zoals arbeidsvreugde en zelfontplooiing. Het uitgangspunt is dan ook dat de contractuele juridische werkgever als eigenaar en exploitant van de onderneming zich ter compensatie moet houden aan bepaalde beschermingsbepalingen. Deze bepalingen helpen de werkgever om te voorkomen te economisch naar arbeid te kijken. Immers, achter arbeidskracht zit een persoon, een mens. Deze mens is waardig en met deze menselijke waardigheid moet te allen tijde rekening gehouden worden. Met de komst van de payrollovereenkomst is echter de band tussen de opdrachtgever en de juridisch werkgever doorgeknipt. Dit staat op gespannen voet met het hiervoor besproken uitgangspunt dat de eigenaar of exploitant van de onderneming degene is die het juridisch werkgeverschap en de daarbij behorende verplichtingen draagt omdat hij degene is die in een gezagsrelatie staat met de werknemer en gebruik maakt van zijn persoonlijke arbeid. Omdat de beschermingsbepalingen uit titel 7.10 BW gericht zijn op de juridisch werkgever, is het in een payrollovereenkomst de payrollwerkgever die zich moet houden aan de verplichtingen terwijl de payrollwerkgever feitelijk geen gebruik maakt van de arbeid van de werknemer. De

opdrachtgever daarentegen, wordt door titel 7.10 BW in eerste instantie niet aangesproken op het zijn van een werkgever vanwege het feit dat hij geen arbeidsovereenkomst heeft gesloten met de werknemer. Omdat arbeid enerzijds niet als handelswaar is te kwalificeren maar anderzijds wel dergelijke trekken vertoont, zijn juist de werkgeversverplichtingen ingevolge titel 7.10 BW van belang om te voorkomen dat de arbeider als handelswaar gezien wordt.

Nu duidelijk is dat de kwalificatie van de payrollovereenkomst niet in lijn is met de uitgangspunten van het arbeidsrecht, is het van belang of dit gegeven concrete gevolgen heeft voor de arbeidsrechtelijke positie van de payrollwerknemer. Dit zal in het volgende hoofdstuk aan bod komen.

Hoofdstuk 3: Consequenties voor de payrollwerknemer

Het feit dat de payrollwerkgever slechts een ‘papieren’ werkgever is, heeft consequenties voor de payrollwerknemer. Onduidelijk is of de arbeidsrechtelijke bescherming van de payrollwerknemer nog steeds het beoogde effect heeft als de feitelijke werkgever iemand anders is dan de contractuele werkgever. De wetgever heeft gepoogd de payrollwerknemer te beschermen door art. 7:692a in het leven te roepen. Het verlichte uitzendregime is niet meer op de payrollwerknemer van toepassing waardoor de payrollwerknemer dezelfde mate van ontslagbescherming geniet als de reguliere werknemer. Ook op het gebied van arbeidsvoorwaarden heeft de wetgever maatregelen genomen; art. 8a Waadi regelt dat de payrollwerknemer recht heeft op dezelfde primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden als de reguliere werknemer. Het is de vraag of deze regelingen voldoende compensatie bieden, het uit elkaar halen van het contractuele en feitelijke werkgeverschap heeft invloed op meer terreinen dan alleen ontslag en arbeidsvoorwaarden. In dit hoofdstuk zal daarom onderzocht worden of het voor de payrollwerknemer praktisch gezien verschil maakt dat de band tussen de juridisch werkgever en de opdrachtgever losgeknipt is.

3.1 Arbeidsvoorwaarden

Met art. 7:692a BW heeft de wetgever toepassing van het lichte arbeidsrechtelijke regime uitgesloten bij de payrollovereenkomst. Daarnaast heeft de payrollwerknemer op grond van art. 8a Waadi recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers die in gelijke of gelijkwaardige functies werkzaam zijn voor de onderneming waaraan de payrollwerknemer is uitgeleend. Het artikel is van dwingend recht wat met zich meebrengt dat het verboden is minder gunstige arbeidsvoorwaarden af te spreken met de payrollwerknemers. Gunstigere arbeidsvoorwaarden kunnen wel worden overeengekomen.⁵⁸ De payrollwerknemer kan bij overtreding van art. 8a Waadi een civiele procedure starten tegen de payrollwerkgever. Met betrekking tot een loonvordering kan ex art. 7:616a BW ook de opdrachtgever aangesproken worden. Deze is op grond van dit artikel hoofdelijk aansprakelijk voor de voldoening van het verschuldigde loon aan de payrollwerknemer.

⁵⁸ *Kamerstukken II* 2018/19 35074, nr. 3, p. 43.

3.2 Ontslagbescherming

Voor beëindiging van de payrollovereenkomst tussen de payrollwerkgever en -werknemer gelden dezelfde arbeidsrechtelijke ontslagregels als bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst. Zo is naast het BW ook de Ontslagregeling van toepassing. In de regel zal de opdrachtgever aangeven dat er geen werk meer voorhanden is voor de payrollwerknemer. Als de opdrachtgever de opdrachtovereenkomst beëindigt, is het aan de payrollwerkgever om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Dit gebeurt door middel van een verzoek aan het UWV bij bedrijfseconomische redenen of een verzoek tot ontbinding aan de kantonrechter bij redenen die in de persoon van de payrollwerknemer liggen. Voor toepassing van de Ontslagregeling wordt geacht dat de payrollwerknemer werkzaam is bij de opdrachtgever.⁵⁹ Dit zorgt ervoor dat er bij ontslag van de payrollwerknemer wordt gekeken naar de bedrijfseconomische situatie bij de opdrachtgever, wat belangrijke implicaties heeft voor bijvoorbeeld de herplaatsing en de wederindiensttredingsvoorwaarde.⁶⁰

Indien de payrollwerknemer zelf de reden is van een voorgenomen beëindiging, zal de kantonrechter toetsen of zijn gedrag een redelijke grond oplevert ingevolge art. 7:669 lid 3 BW. Op de payrollwerkgever rust dan de bewijslast om aan te tonen dat het gedrag van de payrollwerknemer bij de opdrachtgever een redelijke grond oplevert. Leidt dit tot een afwijzing van het verzoek dan heeft de afwijzing van het ontbindingsverzoek de consequentie dat de payrollwerknemer op de loonlijst blijft staan zonder dat er werk voor hem is. Dit is voor de werknemer een onwenselijke situatie; hij is erbij gebaat zijn arbeidspotentieel te ontwikkelen en op de bank zitten brengt hem niet verder. Daar komt bij dat de payrollwerkgever na verloop van tijd in art. 7:669 lid 1 sub h BW een redelijke grond heeft om de payrollwerknemer te ontslaan.⁶¹ Mocht het ontbindingsverzoek van de payrollwerkgever slagen, zal de payrollwerknemer ex art. 7:673 BW een transitievergoeding krijgen, afgestemd op de lengte van het dienstverband bij de payrollwerkgever. Voor de payrollwerknemer die in een eerdere periode rechtstreeks in dienst is geweest bij de opdrachtgever, wordt dit dienstverband voor de toekenning van een transitievergoeding ex art. 7:673 lid 4 sub b BW meegerekend.

⁵⁹ Art. 20-23 Ontslagregeling.

⁶⁰ Regeling van de minister van SZW van 23 april 2015 (*Stcrt.* 2015, 12685), p. 26.

⁶¹ Rechtbank Enschede 13 december 2018, *JAR* 2019/29.

3.3 Goed werkgeverschap

Ingevolge art. 7:611 BW rust op de contractuele werkgever de verplichting zich als een goed werkgever jegens de werknemer te gedragen. Veel verplichtingen die hieruit voortvloeien zijn opgenomen in het BW zoals regelgeving omtrent opzegverboden, re-integratieverplichtingen en overgang van onderneming. Andere verplichtingen vloeien rechtstreeks voort uit art. 7:611 BW en zijn -in zekere mate- uitgekristalliseerd in de jurisprudentie. Omdat de payrollwerkgever een arbeidsovereenkomst heeft met de payrollwerknemer rust op hem de verplichting zich als een goed werkgever ex art. 7:611 BW te gedragen en niet op de opdrachtgever. Wettelijk gezien is er geen bepaling die regelt dat ook de opdrachtgever een bepaalde zorgvuldigheid in acht moet nemen ten aanzien van een ingeleende werknemer. De wetsgeschiedenis van art. 7:611 BW geeft ruimte voor de interpretatie dat de opdrachtgever zich toch aan een bepaalde vorm van ‘goed inlenerschap’ moet houden. Zo werd er tijdens de behandeling van art. 7:611 BW meegedeeld dat het goed werkgeverschap ‘niet slechts ziet op de bedoelingen van partijen onderling, maar ook op voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen en ontwikkelingen’.⁶² In de jurisprudentie is hierbij aansluiting te vinden; zo oordeelde het Hof Leeuwarden in 2006 dat er een zekere reflexwerking van art. 7:611 BW uitgaat, waardoor van de inlener in een uitzendrelatie verwacht mag worden dat hij zich bij de uitoefening van zijn toezichthoudende en leidinggevende taken als een goed werkgever ex art. 7:611 BW gedraagt.⁶³ Waar deze reflexwerking begint en eindigt, is minder duidelijk. Uit voornoemde uitspraak blijkt dat de reflexwerking niet met zich meebrengt dat de uitzendwerkgever bij het eindigen van de terbeschikkingstelling rekening moet houden met de belangen van de uitzendwerknemer, omdat juist de flexibele inzet van de uitzendkracht eigen is aan de uitzendrelatie.⁶⁴ Zeer recent is deze lijn echter door het Hof van Amsterdam doorbroken door te oordelen dat de inlener op grond van redelijkheid en billijkheid de belangen van de langdurig ter beschikking gestelde uitzendwerknemer bij de beëindiging van de terbeschikkingstelling had moeten betrekken.⁶⁵ Uit een andere uitspraak blijkt dat het beëindigen van de terbeschikkingstelling door de inlener wegens discriminatoire redenen in strijd kan zijn met goed werkgeverschap en kan leiden tot misbruik van bevoegdheid van de inlener.⁶⁶ Mijns inziens valt er veel voor te zeggen dat de reflexwerking juist in een payrollconstructie vanwege het permanente en exclusieve karakter

⁶² *Kamerstukken II* 1993/94, 23438, nr. 3, p. 15.

⁶³ Hof Leeuwarden 13 december 2006, *JAR* 2007/17.

⁶⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2015, *AR* 2015/0264 m.nt. J.P.H. Zwemmer.

⁶⁵ Hof Amsterdam 14 april 2020, *JAR* 2020/118 m.nt. E.M. Hoogeveen.

⁶⁶ Ktr. Leeuwarden 25 oktober 2011, *JAR* 2011/304 m.nt. J.P.H. Zwemmer.

verder reikt dan in een uitzendconstructie. Dit sluit aan bij de gedachte van Van der Kind die stelt dat de reflexwerking van art. 7:611 BW in geval van een intra-concern gedetacheerde werknemer verder reikt dan de uitzendwerknemer omdat het doel van de intra-concerninlening verschilt met het doel van een uitzendconstructie.⁶⁷ Daarnaast stelt Zwemmer dat het de allocatiefunctie is die het feit dat art. 7:611 BW niet integraal van toepassing is op uitzendkrachten, rechtvaardigt.⁶⁸ Bij payrolling mist de allocatiefunctie en is het doel van de terbeschikkingstelling anders dan bij uitzending: permanente terbeschikkingstelling van de werknemer tegenover het bereiken van flexibele inzet van arbeid. In onderstaande paragrafen zal duidelijk worden hoever de reflexwerking reikt in situaties waarin sprake is van payrolling met betrekking tot normen die voortvloeien uit het goed werkgeverschap. Dit zal duidelijk maken of en zo ja in hoeverre, de payrollwerknemer arbeidsrechtelijke bescherming op grond van goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW mist.

3.4 Overgang van onderneming

Ook op het terrein van de overgang van onderneming wordt de juridische complexiteit in driehoeksverhoudingen duidelijk. Als er sprake is van een overgang van onderneming ingevolge art. 7:662 BW e.v., gaan de rechten en de verplichtingen van de werkgever, die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst met de aldaar werkende werknemer, van rechtswege over op de verkrijger.⁶⁹ De grondgedachte is dat ter bescherming van de werknemer de bestaande arbeidsverhouding ongewijzigd wordt voortgezet met de verkrijger van de onderneming, waar de werknemer met behoud van arbeidsvoorwaarden in dienst treedt. Het feit dat een payrollwerknemer feitelijk in dienst is bij de opdrachtgever maar juridisch in dienst is bij de payrollwerkgever brengt onduidelijkheid met zich mee. De wetgever heeft ervoor gekozen de verplichtingen van de werkgever die overgaan naar de verkrijgende onderneming te beperken tot de verplichtingen die ‘voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst van de werknemer’. Daar schuurt het, de payrollwerknemer heeft een arbeidsovereenkomst met de payrollwerkgever dus zou bij een grammaticale uitleg niet meegaan naar de nieuwe onderneming.

De kantonrechter te Almere oordeelde in april 2018 dat de payrollwerknemer voor toepassing van de Richtlijn 2001/23/EG werkzaam was bij de opdrachtgever waardoor hij bij

⁶⁷ Van der Kind 2011, p. 46.

⁶⁸ Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2015, AR 2015/0264 m.nt. J.P.H. Zwemmer.

⁶⁹ De artikelen 7:662 BW e.v. zijn gebaseerd op de Richtlijn 2001/23/EG.

een overgang van onderneming overging van de opdrachtgever naar de verkrijger. In deze uitspraak werd verwezen naar de Albron-jurisprudentie, waarin door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna HvJEU) in 2010 geoordeeld is dat de intra-concern gedetacheerde werknemer vanwege het permanente karakter van de terbeschikkingstelling mee over gaat naar de verkrijgende onderneming.⁷⁰ Bij een overgang van onderneming van de opdrachtgever lijken zodoende de rechten van de payrollwerknemer gewaarborgd te zijn. In de omgekeerde situatie -als de payrollonderneming overgaat in een andere payrollonderneming- oordeelde de kantonrechter te Rotterdam dat de payrollwerknemers meegaan naar de verkrijgende payrollonderneming.⁷¹

Bij een overgang van onderneming van de opdrachtgever zal de payrollwerknemer mee overgaan. Dit is bijzonder, gezien het feit dat de payrollwerknemer niet werkzaam is ingevolge een arbeidsovereenkomst bij de opdrachtgever en dit wel een vereiste is voor toepassing van art. 7:663 BW.

3.5 Zieke payrollwerknemer

Als een werknemer te maken krijgt met ziekte, rusten op hem en zijn werkgever ingevolge titel 7.10 BW tal van verplichtingen. De payrollwerkgever is als juridisch werkgever verplicht ex art. 7:629 lid 1 BW het loon van de payrollwerknemer door te betalen. Verder heeft de juridisch werkgever de verplichting om de re-integratie van de werknemer te bevorderen en moet de werknemer daaraan meewerken.

3.5.1 Meldingsplicht en controle- en verzuimvoorschriften

De zieke payrollwerknemer is verplicht zijn ziekte te melden bij de juridische werkgever vanaf de eerste ziektedag.⁷² Daarnaast zal hij zijn ziekte ook moeten melden bij de feitelijke werkgever omdat deze met een gemis aan arbeidskracht kampt. Naast de meldingsplicht kan de werknemer worden verplicht zich te houden aan controle- en verzuimvoorschriften welke worden opgesteld door de juridisch werkgever. De grond hiervoor ligt in de gezagsverhouding die de juridisch werkgever heeft in relatie tot de werknemer.

⁷⁰ HvJ EU 21 oktober 2010, C-242/09, *JAR* 2010/298; HR 5 april 2013, *JAR* 2013/125, m.nt. R.M. Beltzer.

⁷¹ Ktr. Rotterdam 28 december 2018, *JAR* 2019/43. Zie anders: Ktr. Den Haag 26 juni 2013, *JAR* 2013/193, m.nt. J.P.H. Zwemmer.

⁷² Deze verplichting vloeit voort uit goed werknemerschap, zie HR 6 juni 1975, ECLI:NL:PHR:1975:AB3953, *NJ* 1975, 484.

3.5.2 Re-integratie

Er zijn veel re-integratievoorschriften waaraan de werkgever zich moet houden om de re-integratie van de werknemer zoveel mogelijk te bevorderen. Op grond van art. 7:658a BW is de werkgever verplicht in overeenstemming met de werknemer een plan van aanpak op te stellen.⁷³ Daarnaast moet de werkgever op grond van dit artikel de werknemer passende arbeid aanbieden binnen zijn onderneming en als dit niet lukt, passende arbeid in het bedrijf van een andere onderneming (re-integratie tweede spoor).

Re-integratie binnen de eigen onderneming zal in de meeste gevallen niet mogelijk zijn omdat in de payrollonderneming gewoonlijk geen of weinig functies beschikbaar zijn. Het is wenselijk dat de payrollwerknemer in de onderneming waar hij normaal gesproken werkzaam is kan re-integreren. Terecht merkt Laagland op dat er dan problemen kunnen ontstaan.⁷⁴ Of de payrollwerknemer in een passende functie bij de opdrachtgever wordt geplaatst, is afhankelijk van de wil van de opdrachtgever. Er kan zich dan de situatie voordoen dat de opdrachtgever weigert de payrollwerknemer in een passende functie te herplaatsen. Over het algemeen zullen hierover in de opdrachtovereenkomst tussen de opdrachtgever en de payrollwerkgever afspraken opgenomen worden. De payrollwerknemer is echter geen partij bij deze overeenkomst en kan zich daar als derde niet op beroepen.⁷⁵ Bij een weigering van de opdrachtgever om een payrollwerknemer te laten re-integreren in een passende functie, staat de payrollwerknemer machteloos. Mijns inziens biedt dit voor de opdrachtgever de mogelijkheid om de payrollwerknemer te 'lozen' zodra hij niet meer naar behoren functioneert. Omdat de feitelijke werkgever min of meer kan bepalen of een zieke payrollwerknemer wel of niet re-integreert in zijn onderneming, concludeer ik dat de bescherming van de zieke payrollwerknemer ver te zoeken is. Het feit dat hij wel loon doorbetaald krijgt van payrollwerkgever is slechts een doekje voor het bloeden.⁷⁶

3.6 Wedertewerkstelling in driehoeksverhoudingen

Is een werknemer op non-actief gesteld, op staande voet ontslagen of wil hij herplaatst worden bij passende re-integratie, dan zal hij bij de rechter in de meeste gevallen wedertewerkstelling vorderen. Er is in titel 7.10 BW geen concreet recht op wedertewerkstelling opgenomen. De

⁷³ De verplichting tot naleving is te vinden in art. 25 lid 2 WIA.

⁷⁴ Laagland, *TRA* 2019/85, p. 78.

⁷⁵ Laagland stelt dat ook het leerstuk van vereenzelviging geen soelaas kan bieden, *TRA* 2019/85, p. 78.

⁷⁶ De werknemer is namelijk niet alleen vanwege financiële redenen werkzaam (zie par. 2.1).

HR oordeelde in 1965 dat er in principe geen recht op tewerkstelling bestaat, maar dat afhankelijk van de omstandigheden van het geval en op grond van goed werkgeverschap dat recht wel kan bestaan.⁷⁷ Uit onderzoek van Boot en Bokx-Boom in 2014 blijkt dat een vordering tot wedertewerkstelling in de meeste gevallen aangenomen wordt, tenzij de werkgever zeer goede gronden aan kan voeren.⁷⁸ Omdat de payroll- of uitzendwerkgever een arbeidsovereenkomst heeft met de werknemer, rust op hem de verplichting zich als een goed werkgever ex 7:611 BW te gedragen. Het vorderen van wedertewerkstelling in een driehoeksverhouding is zodoende gecompliceerd omdat de werknemer feitelijk in dienst is bij de opdrachtgever maar een arbeidsovereenkomst heeft met de payroll- of uitzendwerkgever.

3.6.1 Wedertewerkstelling in een uitzendconstructie

Tot voor kort leek de reflexwerking van art. 7:611 BW niet met zich mee te brengen dat een uitzendwerknemer wedertewerkstelling kan afdwingen bij de inlener wanneer deze de terbeschikkingstelling eindigt.⁷⁹ In verschillende zaken kwam de rechter tot deze conclusie vanwege het feit dat de flexibiliteit voor de inlener maakt dat de inlener een hogere prijs betaalt dan hij had gedaan als hij de uitzendkracht zelf in dienst had genomen. Dit maakte in deze zaken dat de belangen van de werknemer niet meegenomen hoefden te worden in de keuze voor het beëindigen van de terbeschikkingstelling.

Het hof Amsterdam wees echter in een recente uitspraak wel een vordering tot wedertewerkstelling bij de inlener toe.⁸⁰ In deze uitspraak was de werknemer in dienst bij een schoonmaakbedrijf ISS en reeds 10 jaar tewerkgesteld bij Schiphol Nederland B.V. (hierna: SNVB).⁸¹ SNVB had zich in de overeenkomst met ISS het recht voorbehouden om de werknemer ‘om haar moverende redenen’ toegang tot Schiphol te ontzeggen. SNVB gebruikte dit recht en heeft de Schipholpas van de werknemer wegens vermeende diefstal van een flesje cola ingetrokken. Het hof oordeelde dat de rechtsverhouding tussen Schiphol en de werknemer zich kenmerkte door afgifte van de Schipholpas, de regels waar de werknemer zich aan moest houden en de mogelijkheid van SNVB om de Schipholpas in te nemen. Dit bracht met zich mee dat in deze rechtsverhouding de redelijkheid en billijkheid een rol speelde. SNVB had zich

⁷⁷ HR 26 maart 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC4555, *NJ* 1965/163.

⁷⁸ Boot & Bokx-Boom, *TRA* 2014/41, p. 48.

⁷⁹ Hof Leeuwarden 13 december 2006, *JAR* 2007/17; zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2015, *JAR* 2015/111.

⁸⁰ Hof Amsterdam 14 april 2020, *JAR* 2020/117 m.nt. E.M. Hoogeveen.

⁸¹ Er was in deze zaak geen sprake van een uitzendrelatie maar wel van een vergelijkbare driehoeksrelatie.

daardoor niet laten leiden en onrechtmatig jegens de werknemer gehandeld. De vordering tot tewerkstelling werd dan ook toegewezen.

Deze uitspraak laat zien dat de reflexwerking van art. 7:611 BW in bepaalde situaties zover kan reiken dat een vordering tot wedertewerkstelling bij de inlener door de rechter toegewezen wordt. In onderhavige zaak was het de afhankelijkheid van de Schipholpas die de rechtsverhouding tussen de werknemer en de inlener kenmerkte. Omdat deze bijzonderheid zich niet in elke uitzendrelatie voordoet, lijkt het voor uitzendkrachten nog steeds erg moeilijk tewerkstelling bij de inlener af te dingen, al staat de deur via art. 7:611 BW wel op een kier.

3.6.2 Wedertewerkstelling in een payrollconstructie

Aangezien het de allocatiefunctie is die rechtvaardigt dat art. 7:611 BW niet integraal toegepast kan worden op uitzendkrachten, is het de vraag of de payrollwerknemer op grond van goed werkgeverschap ex 7:611 BW wél wedertewerkstelling bij de opdrachtgever kan vorderen. Immers, de payrollwerkgever vervult geen allocatiefunctie en de payrollwerknemer wordt permanent en exclusief ter beschikking gesteld aan de opdrachtgever. Uit jurisprudentie blijkt dat bij intra-concern detachering een vordering tot wedertewerkstelling van de werknemer toegewezen wordt.⁸² Dit pleit ervoor dat ook de payrollwerknemer wedertewerkstelling moet kunnen afdwingen bij de opdrachtgever. Deze is feitelijk werkgever en dient zich ook als goed werkgever te gedragen; hij is de payrollconstructie voor een langere tijd aangegaan en maakt gebruik van de arbeid van de werknemer. Daarnaast heeft een payrollwerknemer er sterk baat bij tewerkgesteld te worden bij de opdrachtgever omdat het verbreken van de relatie tussen hem en de opdrachtgever gevolgen kan hebben voor de arbeidsovereenkomst tussen hem en de payrollwerkgever, deze kan hem immers niet onbeperkt op de loonlijst houden. Zwemmer en Huijg beargumenteren dat een payrollwerknemer via een derdenbeding tewerkstelling kan vorderen bij de opdrachtgever.⁸³ Een derdenbeding biedt een derde de mogelijkheid om zich te beroepen op een contract waar hij geen partij bij is. Het is voor het bestaan van een derdenbeding niet noodzakelijk dat partijen het letterlijk overeenkomen, waardoor de afspraak in de opdrachtovereenkomst tussen de payrollwerkgever en de opdrachtgever op grond waarvan de werknemer permanent en exclusief ter beschikking wordt gesteld aan de opdrachtgever kan kwalificeren als derdenbeding.⁸⁴ Hieraan liggen de volgende argumenten ten grondslag.

⁸² Hof den Haag 10 juni 2014, *JAR* 2014/190.

⁸³ Zwemmer & Huijg 2018, p. 98.

⁸⁴ Idem.

Allereerst heeft de werknemer, zoals hiervoor duidelijk is gemaakt, baat bij tewerkstelling bij de opdrachtgever en ten tweede kan, gezien de wetsgeschiedenis, art. 7:611 BW ook betekenis hebben bij een beëindiging van de tewerkstelling door de opdrachtgever.⁸⁵ In dit verband is ook de in paragraaf 3.2 besproken Ontslagregeling van belang. De ontslagbescherming van de payrollwerknemer is gepoogd gelijk te trekken met de werknemer die regulier in dienst is, door in payrollconstructies de opdrachtgever als werkgever te beschouwen. Dit zou ook consequenties moeten hebben voor de vordering tot wedertewerkstelling van de payrollwerknemer bij de opdrachtgever. De regering wees er tijdens Kamervragen op dat de payrollwerknemer zich in een geval van herplaatsing in een passende functie kan beroepen op de herplaatsingsplicht van de opdrachtgever met een beroep op art. 9 jo. art. 20 Ontslagregeling.⁸⁶ Dit zou met zich meebrengen dat ook bij een onredelijke beëindiging van de opdrachtovereenkomst de payrollwerknemer tewerkstelling moet kunnen vorderen bij de opdrachtgever.

In mijn optiek moet de payrollwerknemer naast herplaatsing in een passende functie ook wedertewerkstelling kunnen vorderen bij de opdrachtgever. Het feit dat art. 7:611 BW niet slechts ziet op de juridische werkgever en werknemer, pleit hiervoor. Daarnaast biedt de Ontslagregeling al aanknopingspunten voor een dergelijke benadering. Er ontbreekt echter tot nu toe een helder kader waardoor het onduidelijk is voor de payrollwerknemer of hij, al dan niet via een derdenbeding, wedertewerkstelling bij de opdrachtgever kan vorderen.

3.7 Overige verplichtingen

Er bestaan naast de onderwerpen die hiervoor aan bod zijn gekomen ook andere, minder op de voorgrond staande, verplichtingen op grond van titel 7.10 BW of andere regelgeving waaraan een juridisch werkgever moet voldoen. In deze paragraaf worden elk van deze verplichtingen behandeld.

3.7.1 Scholingsplicht

Art. 7:611a BW bevat een concretisering van het goed werkgeverschap. Op grond van dit artikel is een werkgever verplicht de werknemer in staat te stellen scholing te volgen die noodzakelijk is voor de uitoefening van zijn functie. De scholingsplicht betreft een inspanningsverplichting

⁸⁵ *Kamerstukken II* 1993/94, 23438, nr. 3, p. 15.

⁸⁶ *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, D, p. 56.

en geen resultaatsverplichting; de werkgever moet de werknemer de mogelijkheid bieden. De achtergrond van dit artikel is dat werkenden zich moeten blijven ontwikkelen en dat er daardoor geen menselijk kapitaal verspild wordt. De wetgever heeft beoogd dat de payrollwerkgever als juridisch werkgever deze verantwoordelijkheid op zich moet nemen, omdat juist het opnemen van de scholingsplicht door de payrollwerkgever de opdrachtgever kan ‘ontzorgen’.⁸⁷ Het feit dat de scholingsplicht bij de juridische werkgever ligt, kan voordelig zijn voor de payrollwerknemer. Doorgaans beschikken payrollbedrijven vanwege schaalvergroting over goede en goedkopere scholingsfaciliteiten waardoor een werknemer beter geschoold kan worden. Daarnaast kan de juridisch werkgever door scholing aan de werknemer aan te bieden inhoudelijke invulling geven aan het werkgeverschap, waardoor in een procedure eerder aangenomen zal worden dat de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met de payrollwerkgever.

3.7.2 Informatieverplichting

Op grond van art. 7:655 BW is de werkgever verplicht de werknemer een schriftelijke of elektronische opgave te doen van een aantal gegevens omtrent de arbeidsovereenkomst en de arbeidsvoorwaarden. Dit brengt met zich mee dat de payrollwerkgever moet aangeven of de arbeidsovereenkomst een uitzendovereenkomst ex 7:690 BW is of een payrollovereenkomst ex 7:692 BW. De payrollwerkgever is verplicht deze gegevens te verstrekken en kan bij het niet of niet juist verstrekken van de gegevens op grond van 7:655 lid 5 BW verantwoordelijk gehouden worden voor de schade die daardoor door de werknemer is geleden. De werkgever die besluit de arbeidsovereenkomsten van de werknemers te beëindigen en deze vervolgens onder te brengen in een payrollbedrijf, heeft een vergaande informatieverplichting ten opzichte van de werknemer. Uit een uitspraak van de kantonrechter in Arnhem in juni 2015 blijkt dat een werknemer in een dergelijk geval pas aan een beëindiging met wederzijds goedvinden gehouden kan worden wanneer sprake is van een ondubbelzinnige, op beëindiging gerichte, wilsverklaring.⁸⁸ Dit brengt met zich mee dat de werkgever moet meedelen dat er na omzetting van de arbeidsovereenkomst in een payrollovereenkomst een risico bestaat dat hij als opdrachtgever de terbeschikkingstelling kan beëindigen. Voldoet de werkgever niet aan deze

⁸⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 128.

⁸⁸ Ktr. Arnhem 3 juni 2015, *JAR* 2015/156; zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, *JAR* 2014/123.

verplichting, dan is er nooit een payrollovereenkomst tot stand gekomen tussen de werknemer en de payrollwerkgever.

Omdat de voor de werknemer geldende arbeidsvoorwaarden voor de payrollwerkgever vaak niet duidelijk zijn en de payrollwerkgever daarvoor afhankelijk is van de opdrachtgever, heeft de regering art. 12a Waadi in het leven geroepen. De opdrachtgever is op grond van dat artikel verplicht de bij hem geldende arbeidsvoorwaarden over te leggen zodat de payrollwerkgever weet heeft van de arbeidsvoorwaarden waardoor hij kan voldoen aan de informatieverplichting op grond van art. 7:655 BW.⁸⁹

3.7.3 Aansprakelijkheid bij ongevallen

De werkgever heeft ingevolge art. 7:658 BW een zorgplicht die inhoudt dat hij als werkgever moet voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Lid 4 van art. 7:658 BW regelt dat in driehoeksverhoudingen bij een tekortkoming in de zorgplicht van de opdrachtgever, de opdrachtgever naast de juridisch werkgever aansprakelijk is voor de door de werknemer geleden schade. Ten grondslag ligt hieraan de gedachte dat de keuzevrijheid van een werkgever om het werk te laten verrichten door eigen werknemers of anderen, niet van invloed moet zijn op de rechtspositie van iemand die het werk verricht en bij een bedrijfsongeval betrokken raakt.⁹⁰ Bij een payrollconstructie is zodoende de opdrachtgever naast de juridisch werkgever hoofdelijk aansprakelijk voor de door de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden schade.

Minder duidelijk is het wie er aansprakelijk is voor schade die de payrollwerknemer niet zozeer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, maar die wel verband houdt met de werkzaamheden. Ondanks dat dergelijke schade buiten het bereik van art. 7:658 BW valt, kan deze schade in sommige gevallen wel werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:611 BW opleveren.⁹¹ Lindebergh en Schneider achten het aannemelijk dat wanneer op de opdrachtgevende partij eenzelfde zorgplicht rust als bedoeld in art. 7:658 lid 1 BW, ook voor hem de verplichtingen uit goed werkgeverschap gelden.⁹² In lijn met deze gedachte is het mijn mening dat de exclusief en permanent ter beschikking gestelde payrollwerknemer de

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 147.

⁹⁰ *Kamerstukken II* 1997/1998, 25263, nr. 14, p. 6.

⁹¹ Zie voor werkgeversaansprakelijkheid bij woon-werkverkeer HR 19 december 2008, *JAR* 2009/18 (*Autoster Bergen/Hendriks*) en voor werkgeversaansprakelijkheid tijdens een bedrijfsuitje HR 9 november 2007, *JAR* 2007/305 (*Groot/Kievietsdal*).

⁹² Lindebergh & Schneider *TAP* 2009/3, p. 31.

opdrachtgever aansprakelijk moet kunnen stellen voor schade geleden buiten art. 7:658 lid 4 BW. De opdrachtgever is, beter dan de payrollwerkgever, in staat te overzien wat de werkzaamheden van de werknemer zijn en welke risico's hij in dat kader moet verzekeren.

3.7.4 Arbeidsomstandigheden

Voor toepassing van de Arbowet wordt de opdrachtgever in payrollconstructies als werkgever aangemerkt.⁹³ Dit brengt met zich mee dat de opdrachtgever als werkgever verantwoordelijk is voor een veilig en gezond arbeidsomstandighedenbeleid. Ook wordt de opdrachtgever op grond van art. 1:1 lid 1 sub a onder 2 Arbeidstijdenwet (hierna: Atw) in de zin van die wet beschouwd als werkgever waardoor op hem de verplichting rust de normen van de Atw niet te overschrijden met betrekking tot arbeids- en rusttijden.

3.7.5 Medezeggenschap

Art. 1 lid 3 onder a Wet op de Ondernemingsraden (hierna: WOR) bepaalt dat een uitzendkracht in de zin van de WOR 'meetelt' als een in de onderneming werkend persoon als hij ten minste 24 maanden krachtens een uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW in die onderneming werkzaam is. Vanaf dat moment moet een uitzendwerknemer ingevolge art. 6 lid 2 en 3 WOR nog eens zes of twaalf maanden in de onderneming werkzaam zijn voordat hij in aanmerking komt voor respectievelijk actief of passief kiesrecht in de opdrachtgevende onderneming. Omdat een specifieke regeling voor de werknemer die werkzaam is krachtens een payrollovereenkomst ex art. 7:692 BW ontbreekt, komt ook de payrollwerknemer pas na geruime tijd voor medezeggenschap bij de opdrachtgevende onderneming in aanmerking. Dat een uitzendwerknemer pas na geruime tijd in aanmerking komt voor medezeggenschap bij de inlener valt te rechtvaardigen; de tewerkstelling houdt vaak snel op en de uitzendwerknemer wisselt vaak van feitelijke werkgever. De payrollwerknemer echter wordt permanent en exclusief ter beschikking gesteld bij de opdrachtgever en staat in veel gevallen op gelijke voet met de reguliere werknemer. Waarom zou hij niet vanaf het begin in aanmerking komen voor medezeggenschap? Mijns inziens moet juist het permanente aspect van de terbeschikkingstelling ertoe leiden dat de payrollwerknemer vanaf zijn eerste werkdag als een in de onderneming werkend persoon in de zin van de WOR gekwalificeerd wordt. Dit zal op

⁹³ Art. 1 lid 1 sub a onder 2 Arbowet.

het gebied van medezeggenschap leiden tot een gelijke behandeling tussen de payrollwerknemer en de reguliere werknemer.

3.8 De rechtspositie van de payrollwerknemer in de NOW

Het feit dat de band tussen de juridisch werkgever en de payrollwerkgever doorgeknipt is, heeft ook gevolgen voor de toepassing van de tijdens de coronacrisis ingevoerde Noodmaatregel Overbrugging Werkgelegenheid (hierna: NOW). Deze regeling heeft ten doel de werkgevers die te maken hebben met een substantieel omzetverlies tegemoet te komen in de loonkosten van de werknemers. Voor toepassing van de NOW wordt er gekeken naar de juridisch werkgever, waardoor ook een payrollonderneming een omzetverlies van minimaal 20 procent moet hebben voordat een aanvraag tot financiële steun kan wordt toegewezen. In de situatie waarin de opdrachtgever te maken heeft met 100 procent omzetverlies krijgt de opdrachtgever ingevolge de NOW 90 procent compensatie van de loonkosten voor de werknemers die op de loonlijst staan. Deze compensatie geldt daarom niet voor de bij de opdrachtgever ter beschikking gestelde payrollwerknemers, omdat deze werknemers op de loonlijst van de payrollonderneming staan. Er kan zich dan de situatie voordoen waarin de payrollwerkgever vanwege een minimaal omzetverlies geen beroep kan doen op de NOW waardoor de werknemer ook bij zijn juridisch werkgever geen financiële compensatie kan ontvangen. In dat geval rest voor de payrollwerknemer een ontslagaanvraag vanwege bedrijfseconomische omstandigheden bij het UWV.⁹⁴

3.9 Tot besluit

In dit hoofdstuk zijn de consequenties van de payrollovereenkomst met betrekking tot de arbeidsrechtelijke bescherming van de payrollwerknemer naar voren gekomen. Ondanks dat de overheid heeft gepoogd de verschillen in bescherming tussen de payrollwerknemer en de reguliere werknemer gelijk te trekken, blijven er verschillen bestaan. Ik denk hierbij onder andere aan problemen voor de payrollwerknemer die ontstaan bij het vorderen van naleving van de arbeidsvoorwaarden, herplaatsing of wedertewerkstelling, problemen omtrent overgang van onderneming, werkgeversaansprakelijkheid, medezeggenschap en zeer recent problemen omtrent de toepasselijkheid van de NOW. In hoofdstuk 4 zal worden beargumenteerd of en in hoeverre, deze consequenties problematisch zijn.

⁹⁴ Zie *Kamerstukken I* 2019/20, 35420, nr. 15, p. 10.

Hoofdstuk 4: in hoeverre vormen deze consequenties een probleem?

De verschillen in arbeidsrechtelijke bescherming tussen een werknemer in vaste dienst en een werknemer in dienst op basis van een payrollovereenkomst zijn aanzienlijk, terwijl het op de werkvloer lastig is onderscheid te maken tussen een reguliere- of een payrollwerknemer. Is het een probleem dat een payrollwerknemer minder beschermd wordt door het arbeidsrecht? Hoe verhoudt het feit dat de payrollwerknemer minder beschermd is dan de reguliere werknemer zich tot de uitgangspunten van het arbeidsrecht?

4.1 Arbeidsrecht en menselijke waardigheid

In paragraaf 2.1 en 2.2 is naar voren gekomen dat de menselijke waardigheid centraal staat in het arbeidsrecht. Doordat de mens als persoon waardig is en de persoon onlosmakelijk gekoppeld is aan de arbeid die verhandeld wordt, moet de werknemer die zijn arbeid aanbiedt beschermd worden. Dat dit de grondgedachte is van het arbeidsrecht, is te zien in het feit dat de meeste beschermingsbepalingen zijn gericht op de persoon van de werknemer. Zo moet de werkgever de werknemer de mogelijkheid bieden zijn arbeidspotentieel te ontwikkelen, moet de werkgever de persoon van de werknemer laten re-integreren tijdens ziekte en is de werkgever verantwoordelijk voor schade die de werknemer op de werkvloer heeft geleden. Omdat arbeid geen handelswaar is maar toch verhandeld wordt, zijn er beschermingsbepalingen in het leven geroepen om de arbeider te beschermen. Omdat deze beschermingsbepalingen gericht zijn op de juridisch werkgever is het van groot belang dat de juridisch werkgever dezelfde is als de feitelijke werkgever. De feitelijke werkgever is degene die de arbeid van de werknemer creëert en ‘vermarkt’ waardoor het ook de feitelijke werkgever is die zich moet houden aan de beschermingsbepalingen. Dit is dan ook de reden dat de band tussen het feitelijke en juridisch werkgeverschap intact moet blijven. Het doorknippen van deze band heeft als consequentie dat er een werkgever is die wel gebruik maakt van de arbeid van de werknemer, maar zich in mindere mate moet houden aan de beschermingsbepalingen van titel 7.10 BW. Het risico bestaat dat deze werkgever de arbeid(er) meer en meer als handelswaar gaat zien wat kan leiden tot uitbuiting van de werknemer en concurrentie op arbeidsvoorwaarden.

4.2 De payrollovereenkomst en arbeidsrechtelijke bescherming

Zoals in hoofdstuk 3 is geconcludeerd is de payrollwerknemer op verschillende arbeidsrechtelijke gebieden minder goed beschermd dan de reguliere werknemer. De wetgever

heeft met de Wab de payrollovereenkomst een plaats gegeven in het BW vanwege de ontzorgende functie die een payrollconstructie opdrachtgevers kan bieden. Deze ontzorgende functie kenmerkt zich vooral door de overname van de administratieve lasten en de financiële risico's; veelal redenen voor de opdrachtgevende onderneming om van een payrollconstructie gebruik te maken.⁹⁵ De ontzorgende functie kan echter niet als rechtvaardiging genoemd worden voor het feit dat de payrollwerknemer aan arbeidsrechtelijke bescherming inboet. De belangen van de ondernemers lijken in de discussie omtrent het al dan niet kwalificeren van de payrollovereenkomst te hebben geprevaleerd boven de belangen van de payrollwerknemer. Een payrollconstructie heeft weinig tot geen voordelen voor de payrollwerknemer. Hij is feitelijk in dienst bij de opdrachtgever, maar kan de opdrachtgever in veel gevallen niet aanspreken op verplichtingen die voortvloeien uit goed werkgeverschap. Zo is het voor een payrollwerknemer onduidelijk of een vordering tot tewerkstelling of herplaatsing in een passende functie bij de opdrachtgever zal slagen en is het de vraag of een opdrachtgever aansprakelijk gesteld kan worden voor schade geleden buiten art. 7:658 BW. Daarnaast is in paragraaf 3.8 duidelijk geworden dat de payrollwerknemer zich met betrekking tot de NOW in een zeer kwetsbare positie bevindt. Waarom moet de opdrachtgever een 'ontzorgende' constructie aangeboden worden die ten koste gaat van de arbeidsrechtelijke positie van de payrollwerknemer? Ondanks dat de wetgever met de kwalificatie van de payrollovereenkomst heeft verklaard dat het uitzendregime niet van toepassing is op een payrollconstructie, blijft de payrollwerknemer een flexibele arbeidskracht voor de opdrachtgever. Hoewel de payrollwerknemer bij het einde van de opdrachtovereenkomst tussen de payrollwerkgever en de opdrachtgever op de loonlijst van de payrollwerkgever blijft staan, is hij feitelijk zijn baan sneller kwijt dan een reguliere werknemer. Een rechtvaardigingsgrond voor het verschil in arbeidsrechtelijke bescherming tussen payroll- en reguliere werknemers lijkt dan ook niet te bestaan.

4.3 Tot besluit

De keuze van de wetgever om de payrollovereenkomst in het BW op te nemen als een bijzondere uitzendovereenkomst heeft de payrollwerknemer weinig geholpen.⁹⁶ Ondanks dat de arbeidsvoorwaarden zijn verbeterd en het ontslagregime is veranderd, heeft de kwalificatie van de payrollovereenkomst voor de werknemer op veel punten verstreckende gevolgen. De

⁹⁵ Donker van Heel e.a. 2020, p. 66.

⁹⁶ Het ligt in de lijn der verwachting dat opdrachtgevers vanwege oplopende kosten minder snel voor een payrollconstructie zullen kiezen; dit is echter nog niet met cijfers te staven.

wetgever heeft een constructie ‘gelegaliseerd’ waarbij de band tussen de juridische en de feitelijke werkgever losgetrokken is. Deze constructie is niet in lijn met het uitgangspunt van het arbeidsrecht en biedt kwade werkgevers mogelijkheden om de arbeid van de werknemer als handelswaar te zien, waar de payrollwerkgever het slachtoffer van is. Uiteraard zijn er ook goede werkgevers die een payrollconstructie echt gebruiken vanwege de ontzorgende functie. Net zoals Laagland ben ik van mening dat deze werkgevers gebruik kunnen maken van andere bestaande mogelijkheden zoals het uitbesteden van de salarisadministratie en het extern verzekeren van de arbeidsrechtelijke risico’s.⁹⁷ Op deze manier wordt allereerst voorkomen dat het juridisch werkgeverschap verschuift naar iemand anders dan de feitelijke werkgever en ten tweede dat de regelgeving zo gecompliceerd wordt, dat zowel de payrollwerkgever als de payrollwerknemer geen weet meer heeft van zijn rechten en plichten.

Een feit is dat de payrollovereenkomst bestaat in zijn huidige vorm. Van groot belang voor de payrollwerknemer is nu dat de payrollwerkgever zoveel mogelijk inhoudelijke invulling geeft in de totstandkoming en de uitvoering van het werkgeverschap. Dit kan hij volgens Zwemmer doen door zorg te dragen voor, en knowhow te creëren op, het gebied van onder meer scholing, herplaatsing en re-integratie van de payrollwerknemer.⁹⁸ Geeft de payrollwerknemer weinig tot geen inhoudelijk invulling aan het werkgeverschap, dan brengen de dwingendrechtelijke werking van art. 7:610 BW en de kwalificatiejurisprudentie ondanks de overeengekomen payrollovereenkomst alsnog met zich mee dat de payrollwerknemer rechtstreeks in dienst is bij de opdrachtgever. Laatstgenoemde zal zich dan aan alle arbeidsrechtelijke verplichtingen moeten houden.

⁹⁷ Laagland *TRA* 2019/85, p. 80.

⁹⁸ Zwemmer 2012, p. 347.

Conclusie

In deze scriptie is ingegaan op de verhouding tussen de payrollovereenkomst ex art. 7:692 BW en de grondbeginselen van het arbeidsrecht. De kwalificatie van de payrollovereenkomst is een reactie van de wetgever geweest op jarenlange onduidelijkheid over de juridische hoedanigheid van payrolling. De wetgever wilde de ontzorgende functie van payrolling behouden maar het misbruik bestrijden. Door de payrollovereenkomst juridisch te kwalificeren als een bijzondere uitzendovereenkomst -en daarmee een arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 BW- meende de wetgever voornoemde doelstellingen te behalen. Het is zeer de vraag in hoeverre de wetgever de grondbeginselen van het arbeidsrecht heeft meegewogen in het proces richting de juridische kwalificatie van de payrollovereenkomst.

Het arbeidsrecht stoelt op de gedachte dat de werknemer ten opzichte van de werkgever bescherming nodig heeft. De feitelijke werkgever is degene die de arbeidsplaats creëert, geld verdient aan de werknemer en in een gezagsverhouding met de werknemer staat, daarom is het ook de feitelijke werkgever die zich moet houden aan de beschermingsbepalingen van het arbeidsrecht. Hij is verplicht zich als een goed werkgever te gedragen jegens de werknemer omdat de werknemer een mens is en geen goed, hij vertolkt waardigheid in plaats van materiële waarde. Bovengenoemd uitgangspunt voorkomt dat de werknemer als handelswaar behandeld wordt om het risico op uitbuiting en concurrentie op arbeidsvoorwaarden te verkleinen. De keuze van de wetgever om de band tussen het juridisch en feitelijk werkgeverschap los te knippen is dan ook niet in lijn met de uitgangspunten van arbeidsrechtelijke regulering.

Het losknippen van het juridisch en het feitelijk werkgeverschap heeft voor de payrollwerknemer grote praktische consequenties. Hoewel de rechtspositie van de payrollwerknemer op het gebied van arbeidsvoorwaarden en ontslagbescherming grotendeels is gelijkgetrokken met de rechtstreeks bij de opdrachtgever in dienst zijnde werknemer, zijn er veel andere gebieden waarop de payrollwerknemer aan bescherming inlevert. Zo is in hoofdstuk 3 aan de orde gekomen dat er bij een vordering tot wedertewerkstelling bij re-integratie of herplaatsing de nodige problemen kunnen ontstaan, of bij werkgeversaansprakelijkheid buiten art. 7:658 BW. Daarnaast komt een payrollwerknemer later dan de reguliere werknemer in zijn arbeidsrelatie in aanmerking voor medezeggenschap bij de opdrachtgever en is het onduidelijk in hoeverre hij de opdrachtgever kan aanspreken op andere verplichtingen die voortvloeien uit goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW. Tekenend voor het verschil in rechtspositie is de toepasselijkheid van de in par. 3.8 besproken NOW waarbij de payrollwerknemer buiten de boot kan vallen. Puur het hebben van een ander type contract mag mijns inziens niet de reden

zijn van een dergelijke ongelijke behandeling. Terwijl het arbeidsrecht het beschermen van de menselijke waardigheid als fundamentele grondslag heeft, biedt de payrollovereenkomst mogelijkheden voor ‘kwade’ opdrachtgevers om een inbreuk op deze waardigheid te maken door de belangen van de payrollwerknemer niet mee te laten wegen in de keuze om de terbeschikkingstelling al dan niet te beëindigen.

De wetgever is zich in allerlei bochten aan het wringen om de gevolgen van het uit elkaar halen van het feitelijke en juridische werkgeverschap te compenseren door regelgeving te ontwikkelen ter verbetering van de rechtspositie van de payrollwerknemer. In dit onderzoek is gebleken dat deze regelgeving deels resulteert in een betere rechtspositie, maar dat er op veel gebieden nog verbetering mogelijk is. Daarnaast leidt de alsmaar ingewikkelder wordende regelgeving tot rechtsonzekerheid. Het is de vraag of de wetgever door moet gaan met deze ‘symptoombestrijding’ of dat er fundamenteel gekeken moet worden naar de houdbaarheid van driehoeksrelaties als payrolling. Doorgaan met het ontwikkelen van regelgeving zou enerzijds met zich meebrengen dat de rechtspositie van de payrollwerknemer verbetert. Anderzijds biedt het ruimte voor nieuwe driehoeksrelaties om misbruik te maken van het feit dat de band tussen de feitelijke en juridische werkgever doorgesneden is, wat ten koste gaat van de werknemer.

Mijns inziens moet de wetgever er dan ook naar streven de band tussen het juridisch en het feitelijk werkgeverschap intact te houden, tenzij er een rechtvaardigingsgrond bestaat om deze los te knippen. Die rechtvaardigingsgrond moet liggen in het beschermen van de menselijke waardigheid. Uitzending als driehoeksrelatie heeft met het bevorderen van de toegang tot werk een belangrijke functie in de huidige maatschappij en komt daarmee tegemoet aan de bescherming van de menselijke waardigheid. Bij payrolling is dit niet het geval gezien het feit dat de opdrachtgever de allocatiefunctie verricht. Voor ondernemingen die payrolling gebruiken vanwege het ontzorgende karakter, geldt dat ze hun administratie kunnen uitbesteden en hun risico’s extern kunnen verzekeren. Het uitbesteden van het werkgeverschap hoort daar gezien de uitgangspunten van het arbeidsrecht niet bij; dit gaat ten koste van de rechtspositie van de payrollwerknemer. Daarmee is een wending van de wetgever vereist: met de kwalificatie van de payrollovereenkomst ligt de bijl aan de wortel van het arbeidsrecht.

Literatuur

Bles 1907

A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst* (deel I), 's-Gravenhage: Belinfante 1907.

Boot & Bokx-Boom, TRA 2014/41

G.C. Boot & S.H. Bokx-Boom, 'Het recht op tewerkstelling', *TRA* 2014/41, afl. 5, p. 40-50.

Diebels 2014

M. Diebels, *Re-integratie van de zieke werknemer: Nederland, Duitsland en flexicurity* (diss. Tilburg University), Deventer: Kluwer 2014.

Donner 2014

P.H. Donner, 'Donners rechtsstaat: je moet kijken naar de gevoelens van burgers', *Advocatenblad* 2014, afl. 9, p. 17-20.

Drongelen, van & Van Drongelen 2016

A. van Drongelen & J. van Drongelen, *Van arbeidsovereenkomst naar arbeidsverhouding*, Zutphen: Paris 2016.

Fase, SMA 2001

W.J.P.M. Fase, 'Sociale rechtsvorming of scharrelrecht?', *SMA* 2001, afl. 5, p. 249-256.

Heijden, van der & Noordam 2001

P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, Deventer: Tjeenk Willink 2001.

Hendrickx, TRS 2010/3

F.H.R. Hendrickx, 'Arbeidsrecht voor de spiegel', *TRS* 2010/3, p. 3-59.

Houte, van, ArbeidsRecht 2011/36

Y.A.E. van Houte, 'Uitzending en payroll: overeenkomst en verschil', *ArbeidsRecht* 2011/36, afl. 8/9, p. 34-43.

Houweling & Van der Voet, *ArA* 2013/2

A.R. Houweling & G.W. van der Voet, 'Uniform of gedifferentieerd arbeidsrecht. Een nationaal en rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging en toekomst van bijzondere arbeidsverhoudingen' *ArA* 2013/2, p. 3-61.

Ingram, *Journal of the Statistical and Social Inquiry Society of Ireland* 1880

J.K. Ingram, 'Work and the workman: an address to the trades' Union Congress' *Journal of the Statistical and Social Inquiry Society of Ireland* 1880, p. 106-123.

Kant 1996

I. Kant, 'Groundwork of the metaphysics of morals' in: Mary J. Gregor (vertaler), *Practical Philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press 1996, p. 43-108.

Kind, van der, *ArbeidsRecht* 2012/43

O. van der Kind, 'Reflexwerking van art. 7:611 BW' *ArbeidsRecht* 2012/43, afl. 10, p. 42-47.

Kuyt-Fokkens, *NJB* 2006/24

M.A. Kuyt-Fokkens, 'Payrolling: uitkomst of toch niet?', *NJB* 2006/24, p. 1312-1316.

Laagland, *TRA* 2019/85

F.G. Laagland, 'Payrolling: the story continues' *TRA* 2019/85, afl. 10, p. 77-80.

Langille 2011

B. Langille, 'Labour Law's Theory of Justice' in: G. Davidov & B. Langille (red.), *The Idea of Labour Law*, Oxford: University Press 2011, p. 102-107.

Lindebergh & Schneider *TAP* 2009/3

S.D. Lindenbergh & P.L.M. Schneider, 'Over de grenzen van... artikel 7:658 lid 4 BW' *TAP* 2009/3, afl. 3, p. 22-32.

Naber 1985

H. Naber, *De arbeidsovereenkomst in Nederland*, Deventer: Kluwer 1985.

Peijpe, van 1997

T. van Peijpe, 'Ongelijkheidscompensatie in het ontslagrecht' in: L. Betten et al. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht. Liber amicorum voor prof. mr. M.G. Rood ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar sociaal recht aan de Rijksuniversiteit te leiden op 14 februari 1997*, Deventer: Kluwer 1997.

Rood 1997

M. Rood, 'Internationalization: a new incentive for labour law and social security law' in: J.R. Bellace & M.G. Rood, *Labour law at the crossroads: Changing employment relationships* (Aaron-bundel), Den Haag: Kluwer Law International 1997.

Vandeputte 2011

W. Vandeputte, *Ontslagrecht tussen arbeidsmarktdenken en ontslagbescherming. Onderzoek naar modernisering van het Belgische ontslagrecht*, (diss. K.U. Leuven), 2011.

Verburg, AA 2013/12

L. Verburg, 'Payrolling: over duiding en verbreding' *AA* 2013/12, p. 907-914.

Verhulp 2003

E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht?* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2003.

Zekic 2014

N. Zekic, *Werkzekerheid in het arbeidsrecht*, (diss. Tilburg University), Deventer: Kluwer 2014.

Zwemmer, TRA 2009/12

J.P.H. Zwemmer, 'Waarom de payrollonderneming geen (uitzend)werkgever is' *TRA* 2009/12, afl 2, p. 11-20.

Zwemmer 2012

J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012.

Zwemmer & Huijg *TAO* 2018/3

J.P.H. Zwemmer & T. Huijg, 'Het derdenbeding in driehoeksrelaties in het arbeids- en pensioenrecht: (weder)tewerkstelling en de uitvoeringsovereenkomst' *TAO* 2018/3, p. 96-103.

Zwemmer 2020

J.P.H. Zwemmer, 'payrollovereenkomst' (hoofdstuk 4) in: P. de Casparis & J.P. Kroon, *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer 2020 (ed.).

Jurisprudentie

Hof van Justitie van de Europese Unie

- HvJ EU 21 oktober 2010, C-242/09, ECLI:EU:C:2010:625, *JAR* 2010/298 (*Albron/Roest*).

Hoge Raad der Nederlanden

- HR 26 maart 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC4555, *NJ* 1965, 163.
- HR 6 juni 1975, ECLI:NL:PHR:1975:AB3953, *NJ* 1975, 484.
- HR 17 april 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AC8377, *NJ* 1985, 18 (*Animeermeisjes*).
- HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, *JAR* 1997/263 (*Groen/Schoevers*).
- HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444, *JAR* 2003/263 (*Van der Male/Den Hoedt*).
- HR 14 april 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU9722, *JAR* 2006/119 (*Beurspromovendi/UvA*).
- HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, *JAR* 2007/231 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*).
- HR 9 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7557, *JAR* 2007/305 (*Groot/Kievietsdal*).
- HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG7775, *JAR* 2009/18 (*Autoster Bergen/Hendriks*).
- HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, *JAR* 2011/109 m.nt. C.J. Loonstra (*Gouden Kooi*).
- HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, *JAR* 2013/125, m.nt. R.M. Beltzer (*Albron/Roest*).
- HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *JAR* 2016/286 m.nt. E. Knipschild (*Care4Care/Stipp*).
- HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757, *JAR* 2017/16, m.nt. D. Maats (*Leerorkest*).
- HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:312, *JAR* 2020/87 m.nt. J.P.H. Zwemmer (*Taxi Dorenbos*).

Gerechtshof

- Hof Leeuwarden 13 december 2006, ECLI:NL:GHLEE:AZ4618, *JAR* 2007/17.
- Hof Den Haag 10 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2223, *JAR* 2014/190.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2340, *JAR* 2014/123.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1938, *AR* 2015/0264 m.nt. J.P.H. Zwemmer.
- Hof Den Haag 29 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3820.
- Hof Amsterdam 14 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1077, *JAR* 2020/118 m.nt. E.M. Hoogeveen.

Rechtbank

- Ktr. Leeuwarden 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BU2509, *JAR* 2011/304 m.nt. J.P.H. Zwemmer.
- Ktr. Oost-Nederland 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108, *JAR* 2013/95, m.nt. E.M. Hoogeveen.
- Ktr. Den Haag 26 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749, *JAR* 2013/193, m.nt. J.P.H. Zwemmer.
- Ktr. Almelo 11 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1214, *JAR* 2014/95.
- Ktr. Amsterdam 4 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5783, *JAR* 2014/248.
- Ktr. Arnhem 3 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3611, *JAR* 2015/156.
- Ktr. Almere 12 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1476, *JAR* 2018/115, m.nt. J.P.H. Zwemmer.
- Ktr. Enschede 13 december 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:4906, *JAR* 2019/29.
- Ktr. Rotterdam 28 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10789, *JAR* 2019/43.

Parlementaire stukken

- *Kamerstukken II* 1993/94, 23438, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 1997/98, 25263, nr. 14.
- *Kamerstukken II* 2016/17, 34036, nr. 64.
- *Kamerstukken II* 2017/18, 34837, nr. 4.
- *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, D.
- *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, F.
- *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2018/19, 25074, nr. 4.
- *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 27.
- *Kamerstukken I* 2019/20, 35420, nr. 15.
- *Aanhangsel Handelingen II* 2009/10, nr. 2006.
- *Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, nr. 654.

Overige bronnen

Brummelkamp, De Ruig & Roozendaal 2014

G. Brummelkamp, L. de Ruig & W. Roozendaal, 'Prikkels en knelpunten. Hoe werkgevers de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte beleven' *Panteia* 2014.

Donker van Heel e.a. 2020

P. Donker van Heel e.a., 'Driehoeksrelaties. De relatie met de Wet Allocatie Arbeidskrachten door Intermediairs (Waadi) en de Wet Flexibiliteit en Zekerheid (WFZ)' *De beleidsonderzoekers, Universiteit van Amsterdam, Seo, Mediad* 2020.

Flier 2017

Rapport van de interdepartementale ambtelijke werkgroep, 'Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie', bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 34 036, nr. 64.

Sociaal Cultureel Planbureau 2019

Sociaal Cultureel Planbureau (2019) *Arbeidsmarkt in kaart. Werkgevers editie 2*. Geraadpleegd van <https://digitaal.scp.nl/arbeidsmarkt-in-kaart-werkgevers-editie-2/assets/pdf/arbeidsmarkt-in-kaart-werkgevers-editie-2.pdf>.

STAR 2012

Visie op payrolling (STAR-advies 11/05 2012 aan het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) Den Haag: STAR 2012.

ILO 2008

International Labour Organisation (2008) *ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*. Geraadpleegd van https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_371208.pdf