

---

**Johan Zwemmer**



# **VvA Payrolling**

Bestaansrecht en toekomst

12 maart 2015



## Artikel 7:610 lid 1 BW

- *“De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.”*

## De arbeidsovereenkomst en het werkgeverschap

- Dwingendrechtelijke definitie en geen vormvereisten want (wetgever 1907):  
*“gij kunt zooveel regels van aanvullend recht ten behoeve der arbeiders verzinnen als gij wilt; het zal u niets baten; de werkgever legt hun een contract voor, waarbij zij van hunne rechten afstand doen; wanneer zij hebben geteekend - en zij zullen altijd teekenen behalve in tijden van werkstaking - dan blijft er van al hunne rechten niets over.”*
- In *“dienst van de andere partij, de werkgever”*:  
uitgangspunt van voorschriften in Titel 10 Boek 7 BW is dat daarin genoemde werkgever eigenaar of exploitant is van onderneming waarin werknemer de arbeid verricht.

## Dwingendrechtelijke kwalificatie werkgever

- Labour is not a commodity - Arbeid is geen handelswaar (artikel I sub a Philadelphia Declaration ILO).
- Niet alleen de arbeidsovereenkomst als rechtsverhouding, maar ook de aanwijzing van de partijen bij de arbeidsovereenkomst valt onder het dwingendrechtelijke bereik van de definitie van artikel 7:610 BW.
- Schriftelijke overeenkomst speelt noch bij kwalificatie arbeidsovereenkomst, noch bij de kwalificatie van de werkgever ex artikel 7:610 BW als partij bij de arbeidsovereenkomst een doorslaggevende rol.

**Binnen arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen dient de contractuele werkgever een voldoende zelfstandige en inhoudelijke rol te spelen bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst, om als werkgever te kunnen worden gekwalificeerd.**

- Uitzending? → allocatiefunctie arbeidsmarkt
- Detachering/contracting? → outsourcing/specialisatie
- Intra-concern detachering? → het concern als economische realiteit
- Payrolling? → uitbesteding juridisch werkgeverschap/  
flexibeler personeelsbestand

## Payrolling: geen uitzending ex artikel 7:690 BW

- Met artikel 7:690 BW werd niet beoogd elke arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding van een juridische basis te voorzien → werkgever moet allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt (Kamerstukken II, 25 263 nr. 3, p. 10, 33 en nr. 6 p. 16. Zie ook Kamerstukken II, 25 263 B, p. 9).
- Uitzendovereenkomst moest juridisch worden geduid in verband met de introductie van het verlichte arbeidsrechtelijk regime in artikel 7:691 BW voor werkgevers met allocatiefunctie.

## Arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW met payrollbedrijf?

- Door partijen gemaakte afwijkende contractuele afspraken kunnen gaan voor dwingende kwalificatie op grond van art. 7:610 BW wanneer deze de werkelijke bedoelingen van partijen representeren (Groen/Schoevers, HR 14 november 1997, NJ 1998, 149).

### Groen/Schoevers toegepast op payrolling:

- Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM (HR 13 juli 2007, NJ 2007/449)
  - kwalificatie arbeidsovereenkomst in driehoeksverhouding
- Van der Male/Den Hoedt (HR 10 oktober 2003, NJ 2007/446)
  - schriftelijke 'arbeidsovereenkomst' betekent niet automatisch arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW

## **En ABN AMRO/Malhi dan? (HR 5 april 2002, NJ 2003, 124)**

- Bij payrolling is niet de vraag wanneer gedurende de looptijd van de overeenkomst de opdrachtgever het payrollbedrijf als werkgever is gaan vervangen omdat (materieel) van meet af aan een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever wordt beoogd en zich ook zodanig tegenover elkaar hebben gedragen.
- Als de wijze waarop partijen overeenkomst schriftelijk hebben ingericht van meet af aan niet correspondeert met de werkelijke bedoelingen van partijen (blijkens de wijze waarop hieraan feitelijk uitvoering is gegeven), dan hebben deze schriftelijke afspraken geen betekenis bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.



## Moet payrolling een plaats krijgen binnen de bestaande arbeidsrechtelijke ordening?

- Arbeidsovereenkomst met payrollbedrijf aannemen omdat payrolling inmiddels maatschappelijk geaccepteerd is?
- Echter.... payrolling is geen alternatief voor uitzending of een nieuwe vorm van arbeid, maar dient als alternatief voor de 'gewone' arbeidsovereenkomst met de materiële werkgever en heeft nadelige consequenties voor arbeidsrechtelijke positie werknemer.
- Het succes van payrolling kan ook zo worden verklaard dat het arbeidsrecht door werkgevers als dermate belemmerend wordt ervaren dat de markt nu zelf naar oplossingen zoekt omdat overheid en sociale partners het laten afweten.

## Minister kiest voor wegnemen nadelige arbeidsrechtelijke consequenties:

- Ontslagbesluit payrollings per 1 januari 2015:
  - toetsing redelijke grond voor ontslag bij materiële werkgever
  - payrollwerknemer kan beroep doen op wederindiensttredingvoorwaarde
- Wetsvoorstel wet aanpak schijnconstructies
  - payrollbedrijf en opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk voor het aan de werknemer verschuldigde loon
- Wat volgt?
  - reïntegratieverplichtingen bij ziekte (7:658a BW), goed werkgeverschap verplichtingen (7:611 BW), overgang van onderneming (Albron-route?), maar ook: WAA, WMCO