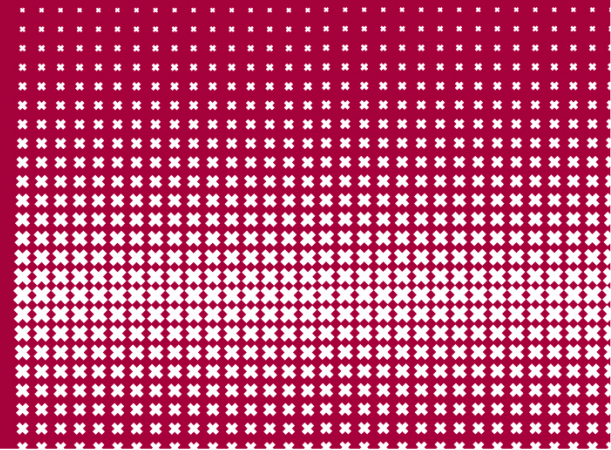




Johan Zwemmer



Payrolling: maatschappelijke functie en
juridische vormgeving



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.”

Dwingendrechtelijke definitie en geen schriftelijke overeenkomst vereist want:

- “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.”(wetgever 1907)



Invloed maatschappelijke ontwikkelingen op contractsvrijheid werkgever en werknemer

- Verbetering sociaaleconomische positie werknemer.
- Verandering arbeidsmarkt
- ‘Verrechtspersoonlijking’ van de werkgever als partij bij de arbeidsovereenkomst



Werkelijke bedoeling van partijen

- Door partijen gemaakte afwijkende contractuele afspraken kunnen gaan voor dwingende kwalificatie op grond van artikel 7:610 BW wanneer deze de werkelijke bedoelingen van partijen representeren.



Hoge Raad in STR/PGGM

Indien de relatie tussen partijen vanaf het begin en ook blijkens de wijze waarop feitelijk uitvoering is gegeven aan de contractuele afspraken aan alle voorwaarden van een arbeidsovereenkomst voldoet, is dat een belangrijke aanwijzing dat tussen hen een arbeidsovereenkomst is gesloten – ook al wensen ‘werkgever’ en ‘werknemer’ geen arbeidsovereenkomst. (HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449).



Werkgeverschap uitzend/detacheer- bureau vóór 1 januari 1999

- Uitzend/detacheerbureau kan werkgever zijn wanneer de door hem geworven werknemer zich contractueel heeft verplicht arbeid te verrichten bij door het uitzend/detacheerbureau in het kader van diens uitzend/detacheerbedrijf geworven opdrachtgevers (Zie o.a. HR 23 mei 1980, NJ 1980/633)



Bijzondere regeling uitzendovereenkomst in afdeling 11 Titel 10 Boek 7 BW

- “De uitzendovereenkomst is de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde.”



Bijzondere regeling voor uitzendovereenkomst heeft betrekking op arbeidsovereenkomst met uitzendbureau

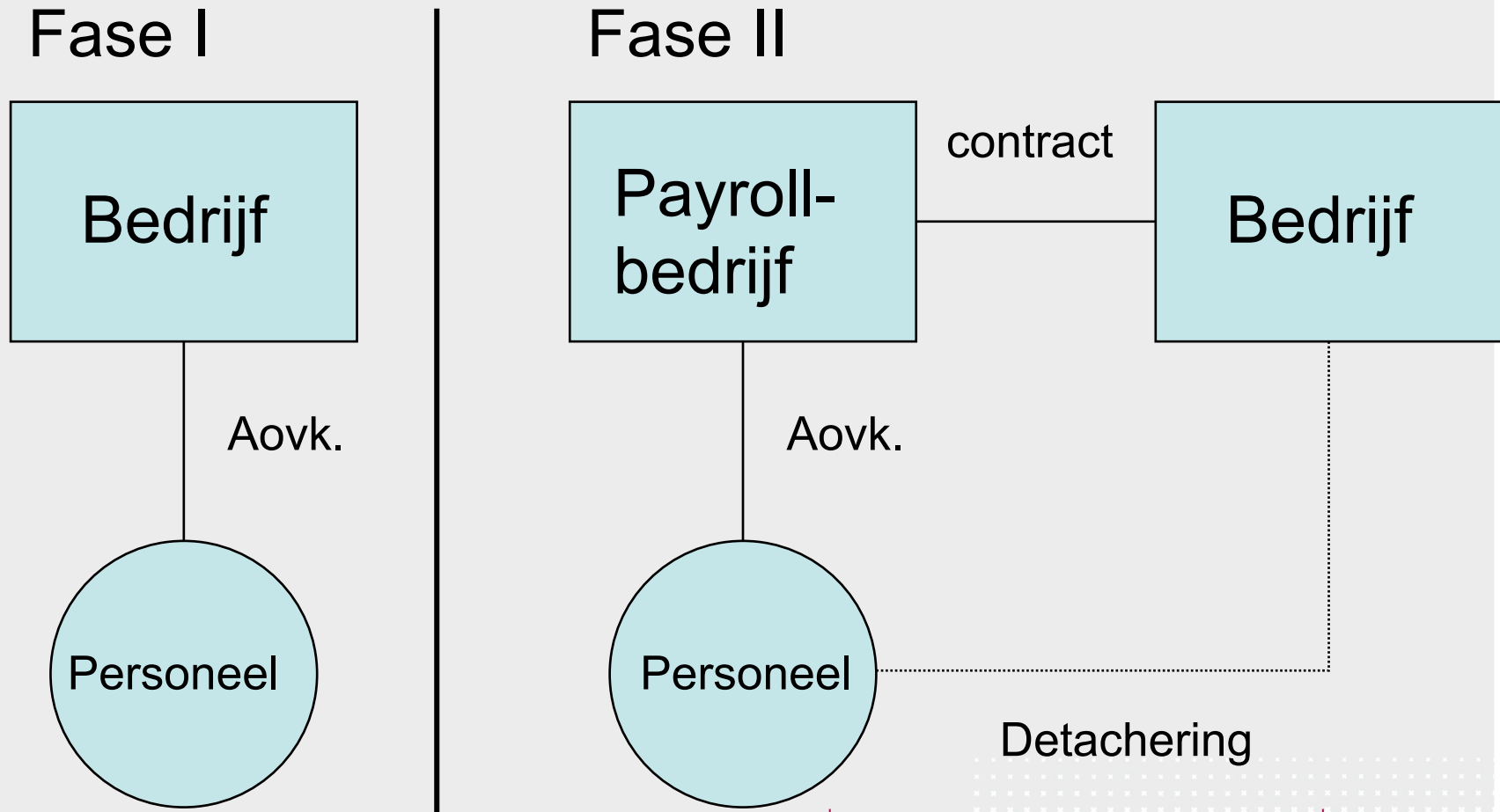
- De werkgever moet een allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt. Dat wil zeggen een op het uitzenden van personeel gerichte organisatie zijn die zich in die hoedanigheid bezighoudt met het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid. (Kamerstukken II 1996-1997, 25 263).



Payrolling volgens de Payroll-cao

- *“De arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte – in beginsel langdurige – opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. De payroll-overeenkomst komt tot stand na werving van de werknemer door de derde, niet de werkgever. [.....]De werkgever is niet gerechtigd de werknemer ter beschikking te stellen van andere ondernemingen dan de onderneming van de derde, anders dan in geval van re-integratie wegens arbeidsongeschiktheid of wegvallen van de opdracht bij de derde.”*

De payrollconstructie





Problemen bij kwalificatie payrolling

- Bedoeling partijen: overnemen juridisch werkgeverschap door payrollbedrijf is geen “werkelijke bedoeling”. Payrollbedrijf is geen onderneming waarin de werknemer werkt zoals het uitzendbureau dat wel is.
- Kán het personeel in dienst komen van de payrollonderneming indien daar nimmer wordt voldaan aan de elementen van art. 7:610 BW?
- Heeft het personeel niet vanaf de eerste dag een arbeidsovereenkomst met de inlener/voormalige werkgever?
- Gelijkschakeling met art. 7:690 BW? Probleem: payrollbedrijf heeft geen allocatieve functie. Om deze reden is intra-concern detachering bijvoorbeeld met name uitgesloten van de toepassing van de bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst.

Arbeidsovereenkomst met payrollbedrijf omdat payrolling maatschappelijk geaccepteerd is? (1)

- In de lagere rechtspraak wordt op basis van de met de payrollwerknemer gesloten arbeidsovereenkomst zonder nadere motivatie aangenomen dat payrollbedrijf werkgever is.
- Minister SZW staat niet afwijzend tegenover payrolling, maar legt de kwalificatie van de payrollovereenkomst bij de rechter.



Arbeidsovereenkomst met payrollbedrijf omdat payrolling maatschappelijk geaccepteerd is? (2)

- Vakbonden accepteerden payrolling en het werkgeverschap van het payrollbedrijf tot begin dit jaar.
- Bijna 200.000 werknemers zijn werkzaam op basis van een payrollovereenkomst.



Maar.... anders dan bij uitzending wordt flexibeler arbeidsregime niet gerechtvaardigd door karakter payrolling

- Payrolling vormt geen alternatief voor uitzending, of een nieuwe vorm van arbeid, maar dient als vervanging van de 'gewone' arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer.



Probleem is dan de verminderde ontslagbescherming van de payrollwerknemer of is juist die ontslagbescherming het probleem?

Het succes van payrolling kan ook zo worden uitgelegd dat het ontslagrecht door werkgevers als dermate belemmerend wordt ervaren dat de markt nu zelf naar oplossingen zoekt omdat overheid en sociale partners het laten afweten.

En... loslaten uitgangspunt dat werknemer in dienst is bij eigenaar/exploitant onderneming waarin arbeid wordt verricht, kan leiden tot een ander type arbeidsmarkt met als gevolg:

- Minder scholingsinvesteringen?
- Minder inspanningen bij re-integratie arbeidsongeschikte werknemer?
- Wijziging maatschappelijke rol arbeidsovereenkomst? Bijv. als voorwaarde voor hypotheek.
- Consequenties voor collectief overleg wanneer voor alle payrollwerknemers, ongeacht bedrijfstak dezelfde arbeidsvoorwaarden gelden.